

**ZUR FRAGE ÜBER DEN BEGRIFF DER  
SOCIETAS IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN  
RECHTE**

VON

**Prof. D. GRIMM**

---

TARTU 1933

K. Mattiesens Buchdruckerei Ant.-Ges., Tartu, 1933.

## I.

„Ein Interpolationsnachweis ist meist nur dann vollkommen, wenn ihm beides gelingt, die sprachliche und die sachliche Unmöglichkeit der inkriminierten Stelle im Munde eines klassischen Juristen aufzudecken“.

(Kübler, Festgabe für Gierke 1910, p. 275.)

Das Problem der *societas* im klassischen römischen Rechte ist neuerdings von E. Ein<sup>1)</sup> einer grundlegend neuen Betrachtung unterworfen worden.

Der Verfasser stellt folgende Leitsätze auf. Der klassischen römischen Jurisprudenz lag der Gedanke eines prinzipiellen Gegensatzes zwischen vertragsmässiger und ausservertragsmässiger Gemeinschaft, soweit es sich im letzteren Falle um Gemeinschaft aus Miteigentum handelt, durchaus fern. Der Begriff der *societas* umspannte in ihren Augen sowohl die vertragsmässige *Societas*, wie auch die Gemeinschaft aus Miteigentum, die — zum Unterschiede von der *societas consensu* — als *societas re* aufgefasst wurde. Der grundlegende Gedanke, von dem die römischen Juristen hierbei ausgingen, wird vom Verfasser folgendermassen ausgedrückt: *la societas non è una convenzione, come comunemente si dice, ma un rapporto che può nascere così dalla convenzione, come anche fuori della convenzione, dal fatto stesso che la cosa appartiene a più persone*<sup>2)</sup>. Hieraus erklärt sich, meint der Verfasser, dass die *actio pro socio* im klassischen Rechte auch blossen Miteigentümern als solchen zustand.

---

1) Dott. E. Ein, dell' Università di Tartu (Estonia). *Le azioni dei condomini*. Roma, Istituto di Diritto Romano presso la Facoltà Giuridica della R. Università. 1931. Abgedruckt im Bull. dell' Istituto di Diritto Romano, vol. 39, zugleich im Sonderabdruck erschienen. Die Abhandlung umfasst 221 Seiten (p. 73—294 nach der Pagination des erwähnten Bull.). Dem Problem der römischen *Societas* ist der erste Teil der Abhandlung (p. 76—138) gewidmet.

2) p. 77.

Die prinzipielle Scheidung des Gesellschaftsvertrages von der ausservertragsmässigen Gemeinschaft im Sinne von Miteigentum wurde erst von den Byzantinern bei Gelegenheit der Kodifikation Justinians durchgeführt<sup>1)</sup>. Sie waren es, die den Ausdruck *societas* im technischen Sinne ausschliesslich dem Gesellschaftsvertrage vorbehielten. Diesem vertragsmässigen Gemeinschaftsverhältnis wurde die ausservertragsmässige Gemeinschaft, die *communio*, wie sie sich beim Miteigentum vorfindet, als selbständiger Quasikontrakt gegenübergestellt. In Verbindung hiermit wurde das Feld der *actio communi dividundo*, soweit es sich um die Regelung persönlicher Ansprüche zwischen blossen Miteigentümern *manente communione* handelte, entsprechend ausgedehnt, während im klassischen Rechte diese Klage zur Regelung persönlicher Prästationen aus Miteigentum nur bei endgültiger Auseinandersetzung zwischen den Interessenten im Verlaufe des Teilungsverfahrens angewandt werden konnte, *manente communione* aber zur *actio pro socio* gegriffen wurde.

Diese Reform war nur durch eine lange Reihe von Interpolationen, die von den Kompilatoren vorgenommen werden mussten, zu erreichen.

Den meritorischen Wert dieser vom Verfasser konstruierten Reform schätzt er übrigens sehr gering ein: *questa riforma è più formale che sostanziale. Nel suo regime positivo nel diritto giustiniano la communio e la societas sono quasi identiche, perchè nemmeno il legislatore può cambiare con la sua volontà la realtà delle cose*<sup>2)</sup>. Etwas weiter heisst es: *la communione con tutte le sue azioni è quasi un doppione della societas*<sup>3)</sup>. Der Verfasser steht eben selbst auf dem Standpunkte, den er den klassischen römischen Juristen imputieren will und für das römische Recht der klassischen Epoche als den allein der gegebenen Sachlage entsprechenden ansieht, — auf dem Standpunkte der substantiellen Identität von *societas* und *communio*, im Sinne von *condominium*, was auch mehrfach von ihm ausdrücklich unterstrichen wird<sup>4)</sup>.

Die Festlegung dieses eigentümlichen rein doktrinellen Standpunktes des Verfassers bietet, wie sich aus dem Weiteren

---

1) p. 126—129.

2) p. 127.

3) p. 129.

4) Vgl. p. 108, Anm. 2, p. 162, Anm. 2.

ergeben soll, den Schlüssel für die Beurteilung sowohl der allgemeinen Problemstellung, wie auch der Art und Weise der Begründung, die der Verfasser seiner grundlegenden These angehehen lässt. Vorgefasste, auf rein terminologischer Basis erwachsene konstruktive Gesichtspunkte stehen für ihn an erster Stelle, denen gegenüber die *realità delle cose*, eine Wendung, deren Sinn charakteristischerweise nirgends ausgeführt wird, vollkommen verbleicht.

Sehr bezeichnend ist in dieser Beziehung die Zusammenstellung und Gruppierung des Beweismaterials, welches der Verfasser zur Begründung seiner Auffassung zusammenträgt.

An erster Stelle weist der Verfasser auf die Terminologie der Quellen hin<sup>1)</sup>. Die Miteigentümer werden in den Quellen durchgehends ohne jeden Vorbehalt als *socii*, das Verhältnis aus Miteigentum als *societas* bezeichnet. Ferner finden sich sowohl in juristischen, wie auch in nichtjuristischen Quellen vielfach Hinweise darauf, dass die Ausdrücke *societas* und *communio* als synonym aufgefasst wurden. Der Verfasser misst diesem Umstände durchgehends hohen Wert bei, obgleich er selbst sagt: *non oserei sostenere una tesi così contraria all' opinione dominante in base alla sola terminologia, se non potessi fondarla anche con argomenti più sostanziali*<sup>2)</sup>.

In letzterer Beziehung weist er vor allem darauf hin, dass die *actio pro socio* in einer Reihe von Quellenstellen ohne Vorbehalt als blossen Miteigentümern zustehend betrachtet wird. Der Hinweis auf die Interpolation der Klage, der in einigen Fällen gemacht wird, sei unhaltbar<sup>3)</sup>.

Hinzu komme, dass in einzelnen Quellenstellen sich teils direkte Erwähnung einer *societas re*, teils indirekte Hinweise auf das Bestehen einer *societas*, die nicht auf Vereinbarung beruhe, vorfinden. Die Annahme, dass es sich in diesen Fällen um Interpolationen oder spätere Glosseme handle, sei gleichfalls unbegründet<sup>4)</sup>.

Vom systematischen Standpunkte aus legt der Verfasser grossen Wert darauf, dass in den Sabinuskomentaren der klassischen Juristen dieselben die *societas* und die *communio*

1) p. 81—83.

2) p. 84.

3) p. 84 ff., vgl. p. 90.

4) p. 92 ff.

unterschiedslos behandeln, was sich daraus erkläre, dass ihnen beide Ausdrücke für synonym galten. Allerdings, bemerkt Ein, werden in den Ediktskommentaren die einschlägigen Fragen gesondert betrachtet, jedoch sei nicht zu ersehen, dass diese Scheidung prinzipiell durchgeführt worden sei<sup>1)</sup>.

Ein ferneres Indiz zugunsten seiner Auffassung entnimmt der Verfasser aus der Gegenüberstellung von Justinians Institutionen III, 27 pr. § 1—7 mit der entsprechenden Aufzählung in l. 5 D. 44, 7, welches Fragment dem l. 13 aureorum des Gajus entnommen ist<sup>2)</sup>. Er weist darauf hin, dass in der Aufzählung des Gajus der Hinweis auf das *communi dividundo iudicium*, der sich in der Institutionenstelle vorfindet, fehlt. Dies erkläre sich dadurch, dass vom Standpunkte des Gajus aus die *communio* im Begriffe der *societas* aufging und daher im gegebenen Zusammenhange nicht zu behandeln war.

Im weiteren Verlauf seiner Beweisführung behandelt der Verfasser die Frage, *se alla nostra societas re si possono applicare diverse regole della societas, conosciute attraverso i testi del Corpus Juris*. Allerdings sei die Übereinstimmung keine volle, doch habe das nichts zu sagen: *e se non di tutte le regole si trovassero applicazioni nella nostra società re, non si dovrebbe da ciò trarre argomento contro la nostra tesi, perchè non tutte le regole sono applicabili nemmeno a tutte le specie della società convenzionale*<sup>3)</sup>.

Von diesem ziemlich unbestimmten Standpunkte aus unterwirft der Verfasser die Entstehungs- und Aufhebungsgründe der *societas* des klassischen Rechts einer Betrachtung<sup>4)</sup>.

Was die ersteren betrifft, so behauptet er, dass den objektiven Momenten im Sozietätsbegriffe von den klassischen Juristen eine überragende Bedeutung zugeschrieben werde. Dies gehe sowohl aus den verschiedentlichen Hinweisen auf das Bestehen einer *societas re*, als auch daraus hervor, dass die mit Vorliebe zur Bezeichnung der Entstehung einer Sozietät angewandten Ausdrücke *coire* und *inire* das subjektive Moment der Vereinbarung nicht in sich schlossen. Hinzu komme, dass die Notwendigkeit des Vorliegens eines subjektiven Momentes für das Entstehen

1) p. 96 ff.

2) p. 100 ff.

3) p. 102—104.

4) p. 104 ff.

einer societas im Sinne des sog. animus oder der affectio societatis in neuerer Zeit überhaupt bestritten werde: questi elementi (sc. animus s. affectio societatis) non sono necessari per molti studiosi moderni, per i quali invece l'animus e simili sarebbero quasi sempre interpolati<sup>1)</sup>. Höchstens könne man attribuere questi elementi spirituali alla società convenzionale, e non a tutte le società<sup>2)</sup>.

Aus der recht verworrenen Darstellung der Aufhebungsgründe der societas, die in Anlehnung an das Ulpianfragment 63 § 10 D. 17, 2 und das Paulusfragment 65 pr. e. t. gegeben wird, geht soviel hervor, dass der Verfasser von der Ansicht ausgeht, dass Ulpian l. c. drei Gruppen von Aufhebungsgründen unterscheidet: solche, die der societas consensu und societas re gemeinsam sind (mors und capitis deminutio); solche, die der societas re eignen (res); endlich solche, die hauptsächlich die societas consensu im Auge haben (renuntiatio<sup>3)</sup>). Was das distrahere ex actione betrifft, welches genauer im Paulusfragment behandelt wird, so lehnt der Verfasser, mit Berufung auf die Verderbtheit des Textes, es ab, eine bestimmte Ansicht über diese Art der Aufhebung der societas zu äussern<sup>4)</sup>. Was hiermit bewiesen werden soll, wird vom Verfasser nicht ausdrücklich gesagt. Wie es scheint, soll die vom Verfasser ersonnene Klassifikation der Aufhebungsgründe der societas als Beleg dafür dienen, dass Ulpian im gegebenen Falle, gleich dem Verfasser, vom Allgemeinbegriff der societas ausgegangen sei, der sowohl die societas consensu wie auch die societas re in sich schliesst.

Der Verfasser fährt fort: anche con altre regole della società la nostra societas re non è in contrasto. Unter dieser Rubrik werden einige Bestimmungen behandelt, die auf den ersten Blick mit der Theorie des Verfassers nicht in Einklang zu stehen scheinen, aber nach seiner Ansicht sehr wohl mit ihr zu vereinbaren seien<sup>5)</sup>. Dies wird im einzelnen in bezug auf die Art der Festlegung der Anteile bei Gesellschaft und Miteigentum, ferner in bezug auf die bonae fidei-Natur der actio pro socio und die Beschränkung der Culpahaftung zwischen Gesellschaf-

1) p. 106. Literaturnachweise in den Anmerkungen.

2) p. 107.

3) p. 108.

4) p. 111.

5) p. 111—112.

tern und Miteigentümern, endlich in bezug auf den infamierenden Charakter der *actio pro socio* auszuführen versucht.

Damit sind die allgemeinen Erwägungen, die der Verfasser zugunsten seiner Theorie vorbringt, erschöpft. An sie knüpft er eine Analyse der fr. 31—34 D. 17, 2 mit folgenden Worten an: ora passiamo al punto più difficile, cioè all' esame dei testi che nella forma attuale stabiliscono una netta differenza tra la *societas* e la *communio*. Sono i fr. 31—34 D. 17, 2<sup>1)</sup>. Als Resultat dieser Analyse, auf die im weiteren zurückzukommen sein wird, ergibt sich für ihn folgendes. Grundlegende Bedeutung besitze das fr. 31 D. 17, 2<sup>2)</sup>. Der Verfasser vermerkt, dass dieses Fragment in der neueren Doktrin schon mehrfach genauer kritischer Untersuchung unterworfen worden ist und in verschiedenen Beziehungen für interpolationsverdächtig gilt. Ein ergänzt die betreffenden Bedenken durch Hervorhebung einer Reihe von Widersprüchen, die sich aus der Gegenüberstellung des Fragmentes mit einer Anzahl sonstiger Aussprüche klassischer römischer Juristen ergeben sollen. Auch die übrigen drei Fragmente erscheinen als stark von den Kompilatoren überarbeitet. Dies könne nur durch die Annahme erklärt werden, dass wir es mit einer prinzipiellen Umarbeitung der vier Fragmente seitens der Kompilatoren zu tun hätten, i quali hanno sostituito la semplice nozione della *societas classica* con una nuova concezione, la quale viola perfino i principi del contratto consensuale<sup>3)</sup>. Eine volle Rekonstruktion des ursprünglichen Wortlautes der Fragmente sei leider unmöglich. Nur soviel könne festgestellt werden, dass Ulpian im fr. 31 doveva dire il contrario di quello che dice il testo attuale. Dasselbe sei *mutatis mutandis* auch von den übrigen Fragmenten zu sagen<sup>4)</sup>.

Zum guten Schluss folgt eine Reihe von Fragmenten, in welchen die *actio pro socio* nach dem Ausdruck des Verfassers a proposito del *condominio* Erwähnung findet<sup>5)</sup>. Die Analyse dieser Fragmente ergibt nach Ein's Ansicht unter Berücksichtigung gewisser von den Kompilatoren vorgenommener Interpol-

1) p. 113 ff.

2) p. 113.

3) p. 126.

4) p. 126, 127. In Bezug auf das fr. 32 cit. vgl. das auf S. 127 Gesagte mit dem, was auf S. 121 vermerkt wird.

5) p. 129—138.

tionen, dass im klassischen Rechte gewisse persönliche Ansprüche und Verrechnungen zwischen blossen Miteigentümern ohne Zuhilfenahme der *actio pro socio* mangels anderer Klage überhaupt nicht durchzuführen gewesen wären.

## II

Bevor wir uns der inhaltlichen Kritik der Theorie des Verfassers zuwenden, erscheint es angezeigt, einige Bemerkungen allgemeiner Art vorzuschicken. Zunächst ist die in systematischer Beziehung wenig durchsichtige Behandlung vom Standpunkte des Verfassers grundlegender Fragen zu beanstanden, was überaus störend auf die Gesamtdarstellung einwirkt. — So wird der einheitliche Gesichtspunkt, unter dem der Verfasser die Rolle der *actio pro socio* in ihrer angeblichen Anwendung auf die internen Beziehungen blosser Miteigentümer auffasst, dadurch bedenklich verdunkelt, dass diese Frage an zwei ganz getrennten Stellen behandelt wird<sup>1)</sup>, wobei an der ersten Stelle das oben erwähnte Leitmotiv ganz in den Hintergrund tritt. — Ganz unmöglich ist der Ort gewählt, an dem der Verfasser seine Auffassung über die angebliche prinzipielle Umarbeitung des klassischen Sozietätsbegriffs seitens der Kompilatoren in Gemengelage mit der Analyse der fr. 31—34 D. 17, 2 entwickelt. Eine reinliche Scheidung zwischen blosser Hypothese und Beweisführung wird hierdurch einfach ausgeschlossen. Beide Momente fließen ineinander über, und die hypothetische Auffassung des Verfassers wird unmerklich zugleich zum Beweisgrunde für seinen radikalen Schluss, laut welchem Ulpian und Cons. am angeführten Orte das Umgekehrte von dem, was in der erhaltenen Fassung ihrer Aussprüche enthalten ist, ausgesagt haben müssen<sup>2)</sup>.

Auch unabhängig von dem soeben verzeichneten methodologischen Fehlsprung erheben sich gewichtige Bedenken gegen die vom Verfasser befolgte Methode.

Sehr betrübend ist vor allem die vorgefasste Meinung desselben hinsichtlich der Bedeutung und des Wertes terminologischer Momente. Die ganz zweifellose, allgemein bekannte Vieldeutig-

1) p. 84—92, p. 129—138.

2) p. 124—129. Vgl. insbesondere p. 124, Ziff. 11: ora è lecito chiedere perchè proprio questi testi offrono tanta difficoltà all' interprete e perchè in ispecie il fr. 31 offre tanti indizi d' interpolazione.

keit solcher Ausdrücke wie *societas*, *socii*, *communio*, *res*, *actio* etc. wird einer prinzipiellen Beachtung überhaupt nicht gewürdigt. Dass der Sinn solcher Ausdrücke nur aus dem konkreten Zusammenhange, in dem sie gegebenenfalls angewendet werden, festgestellt werden kann, liegt ihm fern. Dies tritt namentlich in seiner Auffassung der Ausdrücke *societas* und *socius* hervor. Diese seine Auffassung lässt sich nur psychologisch, nicht logisch erklären: dem Verfasser steht es ganz offenbar von Hause aus fest, dass die erwähnten Termini in Anwendung auf gesellschaftsrechtliche und Miteigentumsverhältnisse das Gleiche bezeichnen. Für ihn ist dies gewissermassen ein „Hier stehe ich, ich kann nicht anders“. Daraus ergeben sich ganz sonderbare Inkonsequenzen. Auf S. 84 gibt der Verfasser zu, dass der blosser Hinweis auf solche Ausdrücke zur Widerlegung der herrschenden Lehre nicht genüge. Das hindert ihn aber nicht, sich gelegentlich auf sie als selbständige vollgültige Beweise für seine eigene Theorie zu berufen. So heisst es z. B. auf S. 117: *come si può dire, che diventando comproprietari della cosa non saremo „socii“, se „socius“ è termine per il condominio*; oder auf S. 136, wo in bezug auf die Worte im fr. 9 pr. D. 11, 3: *et pro socio, si socii sint, teneri* — gesagt wird: *è strano questo „si socii sint“, perchè ogni condomino è „socius“*. —

Sehr auffallend ist die vom Verfasser beliebte Art und Weise des Zitierens von Quellenstellen. — Mehrfach werden bei der Anführung einzelner Fragmente nur Bruchstücke derselben zitiert ohne Berücksichtigung des Zusammenhanges, in dem sie mit den übrigen Teilen des betreffenden Fragmentes stehen, was häufig sinnstörend wirkt. Als Beispiele sei auf folgende Zitate hingewiesen: fr. 4 D. 17, 2, von dem nur das principium, und auch dies nicht immer voll ausgeschrieben wird<sup>1)</sup>, während der sinnergänzende § 1 fehlt; fr. 25 § 16 D. 10, 2, aus dem nur die Schlussworte angeführt werden<sup>2)</sup>, der wichtige Anfangssatz aber, der bis zum Worte *coheres* allgemein als echt gilt und von zweifelloser Bedeutung für die Erfassung des wahren Sinnes des Schlusssatzes ist, fehlt; fr. 2 pr. D. 10, 3, bei dem der den Verfasser störende Anfang und Schlusssatz weggelassen wird<sup>3)</sup>; fr. 34 D. 17, 2, welches durch eine ganze Reihe von Aus-

1) p. 104, vgl. p. 119.

2) p. 79, 115.

3) p. 114.

lassungen in einen Rätselspruch umgewandelt wird<sup>1)</sup>. — In enger Verbindung hiermit steht die durchgehende Gewohnheit des Verfassers, einzelne ihm passend erscheinende Fragmente römischer Juristen herauszugreifen und zu interpretieren, ohne mit ihnen eng zusammenhängende und ihren Sinn erläuternde Fragmente, zum Teil selbst wenn sie denselben Juristen zum Verfasser haben, zu berücksichtigen. Bei dieser Art von Interpretation wird dann alles Widersprechende kurzerhand als interpolationsverdächtig zurückgewiesen. Eine ganze Reihe von Beispielen für das Gesagte wird bei Gelegenheit der inhaltlichen Kritik der Theorie des Verfassers angeführt werden.

Sehr bezeichnend für die Methode des Verfassers ist auch die Schlussfolgerung, welche er aus der Parallele zwischen dem Gajusfragment 5 D. 44, 7 und der entsprechenden Institutionenstelle III, 27 pr. § 1—7 zieht. Aus dem Schweigen des Gajus, der die *communio* in seiner Aufzählung der *variae causarum figurae* nicht aufführt, wird der Schluss gezogen: *e mancava la communio per questa semplice ragione, che era compresa nella societas e trattata insieme con quest' ultima*<sup>2)</sup>. Ganz abgesehen davon, dass dieser Schluss an sich schon ganz unsubstantiiert ist, übersieht der Verfasser, dass Gajus im fr. 2 pr. D. 10, 3 *expressis verbis* den ihm vollbewussten Gegensatz zwischen *communio cum societate* und *sine societate* unterstreicht und durch Beispiele erläutert. — Noch bezeichnender erscheint es, dass die Nichterwähnung der *actio communi dividundo* seitens der Kompilatoren in Fällen, wo ihrer nach der Theorie des Verfassers hätte Erwähnung geschehen müssen, ganz anders — nämlich als blosser Vergesslichkeit ihrerseits — ausgelegt, also mit doppeltem Mass gemessen wird. So heisst es auf S. 86, bei Gelegenheit der Betrachtung des fr. 4 D. 9, 3: *i compilatori hanno dimenticato di aggiungere l' a. c. d.* Die Sache wird dadurch nicht besser, dass ein gleiches Manko der Kompilatoren in einer Reihe von ähnlich liegenden Fällen, wie z. B. bei Betrachtung der fr. 39. 62. 52 § 12 D. 17, 2, vom Verfasser mit Stillschweigen übergangen wird<sup>3)</sup>.

Die ernstesten Bedenken erregt die Einstellung des Verfassers zur Interpolationsfrage. Interpolationsannahmen, die ihm

1) p. 122.

2) p. 102.

3) Vgl. p. 90, 91, 133.

zusagen, werden meist ohne nähere Prüfung einfach akzeptiert, entgegenstehende entweder glatt oder mit höchst magerer Begründung abgelehnt. Unter solchen Umständen geht es nicht ohne arge Missverständnisse ab. — Zum Teil wird die Beanstandung einzelner Ausdrücke und Wendungen, die sich in der neueren Literatur vorfindet, mit der Beanstandung des Wesens der Sache verwechselt. Paradigmatisch ist in dieser Beziehung die Art und Weise, wie der Verfasser sich zur Frage über die Interpolation der Ausdrücke *animus* beziehungsweise *affectio societatis* verhält. Auf S. 106 heisst es: *questi elementi non sono necessari per molti studiosi moderni, per i quali invece l'animus e simili sarebbero quasi sempre interpolati*<sup>1)</sup>. — In anderen Fällen wird die Streichung eines Ausdruckes als interpoliert mit der Zulassung eines *Vacuum* gleichgesetzt. So bemerkt der Verfasser auf S. 85, bei Betrachtung des fr. 4 D. 9, 3, mit Berufung auf Levy, der es ganz anders meint: *se l'actio utilis è interpolata, come ammettono alcuni, non rimane che la prima (sc. die actio pro socio)*. Diese bequeme Auffassung wird vom Verfasser am häufigsten vertreten. — Nebenbei gesagt, hält es der Verfasser für zulässig, aus Quellenstellen, die er selbst als hoffnungslos korrumpiert bezeichnet, dennoch positive Schlüsse in dem ihm genehmen Sinne zu ziehen. Den Höhepunkt erreicht diese Behandlung der Quellen bei der Analyse der fr. 31—34 D. 17, 2, worauf noch näher einzugehen sein wird.

Zum Schlusse dieser allgemeinen Vorbemerkungen ist noch darauf hinzuweisen, dass der allgemeine Gedankengang des Verfassers von Zeit zu Zeit rein incidenter durch ganz unerwartete Behauptungen unterbrochen wird, die in krassem Widerspruch zu den grundlegenden Voraussetzungen seiner Theorie stehen, ohne dass auch nur der leiseste Versuch gemacht wird diese in die Augen springenden Widersprüche aufzuklären.

So behauptet er z. B. — in vollem Widerspruch zu der reinlichen Scheidung zwischen Miterben und Miteigentümern, die auf S. 78 vollzogen wird, woraus weiterhin sehr bestimmte Konsequenzen abgeleitet werden<sup>2)</sup> — auf S. 103 A. 2, in aller-

1) Berufungen auf die Literatur in A. 2 zu S. 106. Vgl. hiermit die Bemerkung des Verfassers auf S. 117: *i compilatori accentuano più il momento intenzionale introducendo l'animus, l'affectio*.

2) Vgl. seine Bemerkungen auf S. 131, 132 bei Gelegenheit der Betrachtung des fr. 2 § 5 D. 10, 2, wo das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung

dings ziemlich gequälter Fassung, dass eine societas re auch zwischen Miterben anzunehmen sei; auch die actio pro socio müsse ihnen zugestanden haben: la necessità di ammettere l'actio pro socio tra gli eredi è indispensabile, perchè l' actio fam. etc. è esperibile solo una volta, cioè per liquidare definitivamente lo stato della comunione dei beni ereditari. — Auf S. 83 A. 1 spricht sich der Verfasser zugunsten der Anerkennung einer societas re zwischen Mitnutznießern aus und hält es für wahrscheinlich, dass auch solchen zum Zweck der Regulierung ihrer gegenseitigen Prästationen die actio pro socio zur Verfügung gestanden habe, ohne sich weiter darüber auszulassen, wie das mit seiner Auffassung der societas re auf S. 77, wo verlangt wird che la cosa appartiene a più persone, zu vereinigen sei. — Endlich wird auf S. 124 ausgeführt, es sei aus vielen Gründen (molte ragioni) anzunehmen, dass die actio pro socio auch innerhalb der internen Beziehungen zwischen Mitpächtern (ob hierbei Staatspächter, von denen im vorhergehenden die Rede ist, oder zugleich auch einfache Pächter gemeint sind, bleibt unklar) zuständig war. Der einzige von den vielen Gründen, der hierfür angeführt wird, besteht in der Berufung auf l. 9, 3 (womit die l. l. 1 § 10. l. l. 3. 4 D. 9, 3 gemeint sind<sup>1)</sup>); diese Fragmente beziehen sich auf die Solidarhaftung von Miteinwohnern bei Vorliegen von effusa und dejecta; die Miteinwohner werden hierbei ohne weiteres als conductores bezeichnet, und in bezug hierauf lautet es einfach: dopo l'interpolazione „vel utili actione“ (wovon auf S. 85 die Rede war), non rimane che societatis iudicium anche per i conduttori di una cosa. Ob daraufhin eine societas re auch unter sonstigen Miteinwohnern anzunehmen sei, und wie sich der Verfasser eine solche denke, bleibt leider eine offene Frage.

### III.

Wir wenden uns nunmehr der inhaltlichen Kritik der Theorie des Verfassers zu und beginnen mit den Erwägungen allgemeiner Natur, die der Verfasser zur Begründung seiner Auffassung

---

in bezug auf die actio comm. div. damit erklärt wird, dass nell' actio familiae erciscundae si opera con le stipulazioni, mentre nell' actio communi dividundo questo non era necessario, perchè era l'actio pro socio in cui si teneva conto dei „nomina“.

1) p. 124 A. 1.

der klassischen *societas* vorbringt. Die sprunghafte, unsystematische Art der Behandlung des Stoffes seitens Ein's, die sich auf Schritt und Tritt störend äussert, erschwert unsere Aufgabe in hohem Masse. Stellen wir zunächst das *thema probandum* fest. Es gipfelt in der Behauptung des Verfassers, dass die *societas* und die *communio* aus Miteigentum im klassischen Recht substantiell identische Begriffe darstellten, ein einheitliches Institut bildeten, welches im grossen und ganzen gemeinsamer Regelung unterstand <sup>1)</sup>.

Soweit nun die Beweisführung des Verfassers auf rein terminologischer Grundlage beruht und auf die Feststellung hinausläuft, dass die Quellen zur Bezeichnung von Miteigentum und Miteigentümern durchgehends die Ausdrücke *societas* und *socii* verwenden, ist sie sachlich aus naheliegenden Gründen ganz wertlos. Abgesehen vom früher Gesagten genügt es in dieser Beziehung darauf hinzuweisen, dass *mutatis mutandis* mit demselben Rechte behauptet werden könnte, *ususfructus rei* und *ususfructus nominis*, *pignus rei* und *pignus nominis* seien nicht nur im wirtschaftlichen, sondern auch im juristischen Sinne gleichartige Begriffe.

Ebensowenig beweiskräftig sind die Berufungen des Verfassers auf die gemeinsame Behandlung gesellschaftsrechtlicher und ausserkontraktlicher Gemeinschaftsverhältnisse in den Sabinuskomentaren der späteren römischen Juristen. Ganz abgesehen davon, dass der Verfasser selbst zugeben muss, dass in den Ediktskomentaren beide Materien getrennt behandelt wurden, ist es schon an sich unzulässig, eine reine Zweckmässigkeitsfrage zu einer Prinzipienfrage umzustempeln.

Von der Verkennung der Sachlage, die dem Hinweise des Verfassers auf das Fehlen einer Erwähnung der *communio* im Gajusfr. 5 D. 44, 7 zu Grunde liegt, ist S. 11 schon die Rede gewesen.

Es bleiben hiernach nur drei Punkte übrig, auf die näher einzugehen ist. An erster Stelle handelt es sich um die Behauptung des Verfassers, dass die römischen Juristen der klassischen Zeit die *societas* nicht als Vertrag, sondern als ein Gemeinschaftsverhältnis betrachteten, welches gleichermassen auf Vertrag, wie auf der blossen Tatsache der Zugehörigkeit einer Sache zu Händen mehrerer Personen beruhen konnte; sodann um die hiermit

1) Ausdrücklich p. 108 A. 2: l'identità della comunione (condominio) con la *societas*, wiederholt p. 162 A. 2.

verknüpften Hinweise auf die Quellen, in denen das Bestehen einer societas re hervorgehoben oder vorausgesetzt wird; endlich um die Behauptung, dass sozietätsrechtliche und aus Miteigentum entspringende Gemeinschaftsverhältnisse in vielfacher Beziehung einer einheitlichen Regelung unterlagen.

Was zunächst den ersten Punkt betrifft, der in dem schon oben angeführten lapidaren Satze gipfelt <sup>1)</sup>: per il diritto classico . . . la societas non è una convenzione, come comunemente si dice, ma un rapporto che può nascere così dalla convenzione, come anche fuori della convenzione, dal fatto stesso che la cosa appartiene a più persone, — so ist die Fassung dieses Satzes eine sehr unglückliche. Was soll es heissen, dass der Verfasser die societas als Vertrag in Gegensatz zur Auffassung derselben als eines spezifischen Rechtsverhältnisses bringt, welches sowohl aus Vertrag als aus Miteigentum entspringen könne? Dass der Gesellschaftsvertrag ein Gemeinschaftsverhältnis begründet, wird von niemandem und insbesondere nicht von der herrschenden Lehre, welche er hierbei im Auge hat, irgendwie bestritten. Es kann sich doch nur darum handeln, ob dieses Gemeinschaftsverhältnis aus Gesellschaftsvertrag mit dem Gemeinschaftsverhältnis aus Miteigentum inhaltlich zusammenfällt oder nicht. Dieser Kardinalpunkt des ganzen Problems wird durch die Formulierung des Verfassers vollkommen verwischt. — Dazu kommt ein Zweites. Am angeführten Orte wird der Satz ganz richtig als Hypothese aufgestellt, die besonderer Begründung bedarf: veniamo alla dimostrazione della nostra tesi<sup>2)</sup>. (Im Verlaufe dieser Begründung beruft sich der Verfasser, neben seinen Hinweisen auf die Terminologie und die Systematik der Quellen etc., auf das Vorhandensein gemeinsamer Regeln, die beider Art von Gemeinschaftsverhältnissen eigen seien.) Auf S. 128 — 129 tritt der angeführte Kernsatz daneben als selbständiges Argument in doppelter Richtung auf. Einerseits soll er zur besseren Fundierung der hypothetischen Auffassung des Verfassers über die sog. Reform des klassischen Institutes der societas seitens der Byzantiner dienen <sup>3)</sup>. Eine Hypothese wird

1) p. 77.

2) p. 77 i. f.

3) Vgl. p. 128 Abs. 3, wo es einfach als sonnenklar gilt, dass die societas è un rapporto continuativo di comunanza di godimento comune, di esercizio comune im Sinne des p. 77 aufgestellten Leitsatzes. Dasselbe wird mit anderen Worten auf S. 129 wiederholt.

somit durch die andere unterstützt, was ihre Überzeugungskraft nicht gerade erhöht. Andererseits dient dieselbe Hypothese a. a. O. zugleich als Argument zur Stütze der Bedeutung, welche dem Bestehen gewisser gemeinsamer Regeln in bezug auf Gemeinschaft aus Gesellschaftsvertrag und aus Miteigentum vom Verfasser zugeschrieben wird, wie sich aus dem folgenden Satze ergibt<sup>1)</sup>: *non c'è veramente nessuna ragione perchè nella comunione volontaria, cioè introdotta in seguito all'accordo o nella comunione, la cui nascita non si deve all'accordo, i rapporti tra i partecipanti debbono esser sottomessi a regimi diversi; ebenda heisst es etwas weiter mit spezieller Berufung auf die societas quadrigae habendae: la realtà è la stessa cosa nell'uno come nell'altro caso.*

Was nunmehr die materielle Seite der Frage betrifft, so ergibt sich aus dem Gesagten, dass Sachgemeinschaft und Vermögensgemeinschaft vom Verfasser überhaupt nicht auseinandergehalten werden. Dass Miteigentum an den betreffenden Sachen durchaus nicht zum Begriffe der gesellschaftsrechtlichen Gemeinschaft gehört, kommt ihm gar nicht in den Sinn, ganz als ob er von dem Unterschiede zwischen *societas quoad sortem* und *quoad usum* nie etwas gehört hätte. Schon dies genügt, um die ganze Schwäche seines Ausgangspunktes ins Licht zu stellen. Dazu kommt die schwankende Bedeutung des an sich rein wirtschaftlichen Begriffes der Vermögensgemeinschaft, insoweit mit dieser wirtschaftlichen Tatsache juristische Folgen verbunden werden. Dasselbe ist *mutatis mutandis* von den verschiedenen Formen von Sachgemeinschaften zu sagen. Hieraus ergibt sich der zwingende Schluss, dass aus der blossen Tatsache, dass zwei gegebene Rechtsverhältnisse Gemeinschaftsverhältnisse sind, sich noch absolut keine Schlüsse im Sinne einer juristischen Gleichartigkeit derselben ziehen lassen.

Wir kommen nunmehr auf den zweiten Punkt zu sprechen, nämlich auf die angeblichen konkreten Hinweise in den Quellen auf das Bestehen einer *societas re* im Sinne des Verfassers. Er unterscheidet in dieser Beziehung direkte und indirekte Erwähnungen der *societas re*. Die Frage wird an zwei verschiedenen Orten behandelt<sup>2)</sup>. Die beiden Stellen, die als direkte Hinweise

1) p. 129.

2) p. 92—96, p. 104—105.

aufgefasst werden, sind das Modestinfr. 4 pr. D. 17, 2 und das Paulusfr. 25 § 16 i. f. D. 10, 2.

Das Modestinfragment 4 pr. D. 17, 2 lautet: societatem coire [et re et verbis] et per nuntium posse nos dubium non est.

Die Einstellung des Verfassers zu diesem Fragment ist im höchsten Grade bemerkenswert. Er beginnt damit, dass er sagt<sup>1)</sup>: Dal . . . fr. 4 D. 17, 2 non vogliamo trarre un grande argomento favorevole alla nostra tesi . . . perchè il testo non ha un chiaro senso, weist ferner darauf hin, dass gerade in bezug auf die für ihn entscheidenden Worte „et re et verbis“ nicht unbegründeter Interpolationsverdacht vorliege, um sodann auf den springenden Punkt zu kommen, in welchem Sinne der Ausdruck res im gegebenen Falle verstanden werden müsse. Er bemerkt in dieser Beziehung, dass die traditionelle Lehre den genannten Ausdruck im Sinne einer tacita manifestazione della volontà auffasse. Selbst umgeht er die Frage mit der Bemerkung: ma non mancano nei testi alcuni casi dove si parla della societas senza che si possa trovare il consenso (nel senso di accordo) neanche tacito. Den § 1 des Fragments (dissociamur renuntiatione, morte, capitis deminutione et egestate), aus dem mit voller Klarheit hervorgeht, dass allein die societas im technischen Sinne einer Gemeinschaft aus Gesellschaftsvertrag in Frage steht und mithin der Ausdruck res, unabhängig von anderen Erwägungen, im gegebenen Falle nur im Sinne einer indirekten Willenserklärung verstanden werden kann, übergeht der Verfasser einfach mit Stillschweigen. Und bei solcher Sachlage hält es der Verfasser für zulässig, das bewusste Fragment (welches hierbei bezeichnenderweise in der verkürzten Form: societatem coire et re . . . posse non dubium est zitiert wird) zwecks Konstatierung eines Widerspruchs zwischen dieser Stelle und dem im fr. 31 D. 17, 2 in seiner überkommenen Fassung Gesagten zu verwenden<sup>2)</sup>, und ihm! mithin volle Beweiskraft zu vindizieren. Nicht glücklicher ist die Berufung Ein's auf das fr. 25 § 16 D. 10, 2, von dem nur die letzten Worte zitiert werden<sup>3)</sup>: eadem sunt si duobus res legata sit; nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.

1) p. 104.

2) p. 119.

3) p. 95, vgl. auch p. 80.

Inwieweit dieser Paragraph überhaupt auf Authentizität Anspruch erheben kann, wird bekanntlich in der neueren Literatur sehr bestritten <sup>1)</sup>. Der Verfasser begnügt sich in dieser Beziehung mit der Bemerkung, dass die Kritik sich hauptsächlich gegen den dem zitierten Satze vorausgehenden Teil des § 16 cit. richtet, hält aber seinerseits den angeführten Schlusssatz für echt, mit der sonderbaren Begründung: *non è verosimile che proprio i compilatori avessero scritto „societas“ invece di communio (incidens)*. Worauf beruht denn dieses „non verosimile“? Einzig und allein auf der vorgefassten Meinung des Verfassers, der wieder einmal in eine *petitio principii* verfällt und das zu Beweisende — die Richtigkeit seiner grundlegenden Hypothese — als bewiesen voraussetzt und zum selbständigen Argumente erhebt.

Selbst aber wenn von der Annahme ausgegangen wird, dass der vom Verfasser zitierte Schlusssatz *quoad substantiam* echt sein könne, so muss in jedem Falle ein gleiches für den Anfangssatz des § 16 cit. gelten, der vom Verfasser weggelassen wird. Dieser Anfangssatz lautet: *non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum*. Beide Sätze stehen in engem Zusammenhange. Andernfalls bleibt das „et hos“ im Schlusssatze rein in der Luft hängen. Ist dem so, so folgt aus der Parallele zwischen *coheredes* und *collegatarii*, dass Paulus unmöglich eine *societas* im Sinne des Verfassers im Auge haben konnte, sondern den Ausdruck im landläufigen weiteren und somit untechnischen Sinne gebraucht.

Allerdings bemerkt der Verfasser auf S. 103 A. 2 beiläufig, dass auch die Erbengemeinschaft eine *societas re* bilde, und verbindet hiermit die weitere Behauptung, dass auch Miterben behufs Regelung ihrer internen Verhältnisse zur *actio pro socio* hätten greifen müssen, da ihnen hierfür sonst keine andere Klage ausser der *actio fam. ercisc.* zur Verfügung gestanden habe, diese Klage aber nur in Verbindung mit voller Aufhebung der Erbengemeinschaft anstellbar war. Dass letztere Behauptung handgreiflich falsch ist, ergibt sich aus dem vom Verfasser übersehenen Julianfr. 51 § 1 D. 10, 2, welches ausdrücklich besagt: *item si tu justam causam habes, propter quam per hereditatis petitio-*

1) Vgl. statt aller Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen, p. 131 ff.

nem potius quam familiae erciscundae iudicium negotium distrahere velis, tibi quoque permittendum erit hereditatem petere: nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur: veluti si ego (sc. coheres) debitor hereditarius sim, iudicio familiae erciscundae non consequeris id quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris. Im übrigen genügt es, auf solche dezisive Quellenstellen zu verweisen, wie die l. l. 35, 36, 37, 40 D. 17, 2, in denen die Gegensätzlichkeit zwischen Erbgemeinschaft und societas auf das allerbestimmteste ausgedrückt wird. Auch in dieser Beziehung schweigt sich der Verfasser vollkommen aus. Dazu kommt noch der oben schon erwähnte Widerspruch, in den der Verfasser mit sich selbst verfällt, indem er auf S. 87 und S. 131—132 die Erbgemeinschaft in ausgesprochenen Gegensatz zur Gemeinschaft aus Miteigentum bringt. — Damit dürfte die Berufung des Verfassers auf das fr. 25 § 16 cit. als Beleg für seine Behauptung der Identität zwischen Gemeinschaft aus Gesellschaftsvertrag und aus Miteigentum restlos erledigt sein.

Wir kommen nunmehr auf die Quellenstellen zu sprechen, in denen der Verfasser einen indirekten Hinweis auf das Bestehen einer societas re zu erblicken glaubt. An erster Stelle beruft er sich auf die Gajanischen Institutionen III § 154<sup>1)</sup>, wo es am Schlusse des § 154 cit. heisst: sed haec quoque societas de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, juris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.

Beseler hält mit guten Gründen diesen Satz für ein späteres Glossem, wozu der Verfasser bemerkt, dieser Umstand sei von keiner Bedeutung, selbst wenn unterstellt würde, dass ein Glossem vorliege: se non Gajo stesso, allora l'annotatore di Gajo sente il bisogno di avvertire che le regole espote dal § 148 in poi si riferiscono alle società consensuali solamento, alludendo così all'esistenza di un'altra società<sup>2)</sup>. Dass diese Bemerkung des Verfassers schon an sich nicht für, sondern gegen seine Grundthese spricht, fühlt er offenbar nicht. — Weiter heisst es dann: siccome non si può ammettere l'esistenza di una societas formale (in antitesi al nudus consensus), non avendone nessuna traccia nelle fonti, siamo autorizzati a ritenere l'esistenza di una società che

---

1) p. 92.

2) p. 92 A. 1.

si contrae senza il consensus nel senso dell' accordo<sup>1)</sup>. Der Verfasser berücksichtigt in diesem Falle weder die in Rom weitverbreitete Praxis der Umgiessung von Gesellschaftsverträgen in Stipulationsform, worauf die l. 71 pr. D. 17, 2 Bezug nimmt<sup>2)</sup>, noch die eigentümliche Struktur der Publikensozietät, zu deren Zustandekommen der blosse Consens der beteiligten Personen, eine derartige Sozietät zu begründen, bekanntlich nicht genügte<sup>3)</sup>. — Zum Schluss verweist Ein auf das Fehlen des entsprechenden Satzes in Justinians Institutionen III, 25, welches Manco von neuem mit dem angeblichen Gegensatz zwischen der klassischen Societas und der Societas des Justinianeischen Rechts begründet wird. Dass Gajus selbst, worauf schon hingewiesen worden ist, im fr. 2 pr. D. 10, 3 die *communio cum* und *sine societate* keinesfalls als identische Begriffe behandelt, also im § 154 cit. unmöglich die *societas re* im Sinne des Verfassers im Auge haben konnte, wird wie auch sonst einfach ignoriert.

Die zweite Stelle, auf die sich der Verfasser im gegebenen Zusammenhange beruft, ist das Pomponiusfr. 57 D. 44, 7, welches von der Rolle des *error* bei *bonae fidei negotia* handelt<sup>4)</sup>. Der von Ein angeführte Schlusssatz des Fragmentes lautet: . . . et *idem*<sup>5)</sup> in societate quoque *coeunda* respondendum est, ut si *dissentiant aliud alio existimante nihil valet ea societas, quae in consensu consistit*. Der Satz schmeckt sehr nach einem unbeholfenen späteren Glossem: mit demselben Rechte könnte der Katalog der *negotia bonae fidei*, von denen Pomponius im Anfange nur *qui emit* aut *qui conduxit* als Beispiele anführt, ganz zweckloserweise sehr bedeutend erweitert werden; das „*ea*“ ist im gegebenen Zusammenhange ganz gegenstandslos. Zur Sache genügt die bescheidene Frage: Seit wann beziehen sich denn die Regeln über Willensmängel bloss auf Verträge? Der Verfasser nimmt dies für seine *societas re* ausdrücklich an. Er sagt: è lecito dedurre anche dalle parole di Pomponio che oltre la *societas consensuale* esiste un altro tipo di società, alla quale

1) p. 93.

2) Vgl. auch Bruns Fontes I. R. A. 7, p. 376.

3) Mitteis, Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, p. 405 ff. und die Bemerkung zum § 154 cit. in der Studemund-Gradenwitzschen Ausgabe der Gajanischen Institutionen<sup>6)</sup>.

4) p. 94.

5) Beim Verfasser steht statt *idem* — *ideo*.

i vizi di volontà dei contraenti non trovano applicazione, perchè non si forma con l'accordo. Evidentemente Pomponio allude anch' egli alla societas re. Darüber ist kein weiteres Wort zu verlieren. Vom Standpunkte des Verfassers wäre nur hinzuzufügen: wie reimt sich diese seine Auffassung (wenn sie richtig wäre) mit der Behauptung der Identität zwischen Gemeinschaft aus Gesellschaft und aus Miteigentum?

Eine dritte Stelle, auf die sich Ein beruft<sup>1)</sup>, ist das Ulpianfr. 63 § 8 D. 17, 2, aus dem die Worte: quod non similiter in voluntaria societate observatur herausgegriffen werden. Das Fragment, in dem der Verfasser gleichfalls eine Anspielung auf das Bestehen di una società non consensuale entdeckt, lautet: in heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit. [licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est.]<sup>2)</sup> Et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat, quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea: quod non similiter et rel. Mitteis<sup>3)</sup> hält den vom Verfasser angeführten Schlusssatz für interpoliert. Wir halten es für wahrscheinlicher, dass es sich auch hier um ein verständnisloses Glossem handelt, doch tut das in diesem Falle weiter nichts zur Sache. Ein hält den Satz für echt, und zwar wieder aus dem uns schon bekannten Grunde, dass non ci pare che egli abbia ragione perchè non è la tendenza dei compilatori di accentuare l'esistenza di una societas non convenzionale, ma invece di farla sparire, und knüpft hieran die Bemerkung, dass auch Cicero Pro Quint. 24, 76 sagt: cum eo tu voluntariam societatem coibas, qui te in hereditaria societate fraudabat. — Hierzu ist folgendes zu bemerken. Nehmen wir selbst die für den Verfasser günstigste Voraussetzung an, dass der Schlusssatz des fr. 63 § 8 cit. echt sei, so erhellt doch aus dem ganzen Zusammenhange, dass der Ausdruck voluntaria societas hier nur den Gegensatz zur Publikanengesellschaft und nichts weiteres bezeichnen kann. Was sodann das Zitat aus Cicero betrifft, so ist nicht weniger klar, dass dieser in seiner

1) p. 96 A. 3.

2) Die eingeklammerten Worte werden von Ferrini mit Recht als interpoliert bezeichnet, wogegen der Verfasser keine Einwendungen erhebt.

3) o. c. p. 411.

Advokatenrede an die Gemeinschaft aus Miteigentum überhaupt nicht denkt, sondern seine *voluntaria societas* der Erbgemeinschaft, dieser jedoch dafür in ganz bestimmtem Gegensatze gegenüberstellt.

Das Gesamtfazit, das sich aus der Betrachtung der vom Verfasser im gegebenen Zusammenhange angeführten Quellenstellen ergibt, ist ein für die Theorie des Verfassers wahrhaft trostloses. Teils beziehen sich diese Stellen, wie das fr. 4 D. 17, 2, fr. 63 § 8 und die Institutionenstelle des Gajus III § 154, überhaupt nicht auf ausserkontraktliche Gemeinschaft, teils wird in ihnen, wie im fr. 25 § 16 D. 10, 2, die Gemeinschaft aus Miteigentum mit der Erbgemeinschaft in Parallele gestellt und beide in Gegensatz zur Gemeinschaft aus Gesellschaft gebracht, teils, wie beim Cicerozitat, ein gleicher Gegensatz zwischen Gemeinschaft aus Gesellschaft und Erbgemeinschaft statuiert, teils wird auch, wie beim fr. 57 D. 44, 7, vom Verfasser mangels anderer Gründe eine Beweisführung versucht, die absolut ausgeschlossen ist, indem sie auf einem handgreiflichen Schnitzer beruht.

Es bleibt uns noch übrig, den dritten vom Verfasser hervorgehobenen Punkt zu betrachten, der im Hinweise auf das Bestehen gewisser allgemeiner Regeln gipfelt, welche gleichermaßen für die Gemeinschaft aus Gesellschaft und aus Miteigentum Geltung hatten<sup>1)</sup>.

Der Verfasser äussert sich in dieser Beziehung ziemlich vorsichtig und gibt von Hause aus zu, dass neben gemeinsamen Regeln auch besondere Bestimmungen für jede dieser beiden Arten von Gemeinschaft bestanden, welchem Umstande er aber keine massgebende Bedeutung zuschreibt. Er sagt<sup>2)</sup>: *e se non di tutte le regole si trovassero applicazioni nella nostra società re, non si dovrebbe da ciò trarre argomento contro la nostra tesi, perchè non tutte le regole sono applicabili nemmeno a tutte le specie delle società convenzionali.*

Was die trennenden Momente in bezug auf beide Arten von Gemeinschaften betrifft, so beschränkt sich Ein auf eine Betrachtung der Entstehungs- und Untergangsgründe derselben. Bei dieser Gelegenheit kommt auch seine früher von uns besprochene skeptische Auffassung von der Rolle des *animus societatis*

1) p. 102 ff.

2) p. 104.

zur Sprache<sup>1)</sup>. Das Resultat, zu dem er gelangt, ist ein sehr mageres und inhaltloses. Es läuft darauf hinaus, dass das Vorliegen von Verschiedenheiten in der einen wie der anderen Beziehung nicht gegen die Möglichkeit des Bestehens einer societas re neben der societas consensu spreche<sup>2)</sup>: potremmo sempre attribuire questi elementi spirituali alla società convenzionale, e non a tutte le società. Im Anschlusse hieran heisst es weiter: Per quel che riguarda i modi di estinzione della società non troviamo nei testi nessun ostacolo alla possibilità della societas re. Der Verfasser fügt hinzu: Piuttosto troviamo la conferma di essa. Mit dieser conferma schaut es aber sehr übel aus. Der Verfasser beruft sich im wesentlichen auf das Ulpianfr. 63 § 10 D. 17, 2<sup>3)</sup>; das ergänzende Paulusfr. 65 § 10 h. t., welches sich auf die Aufhebung der Gesellschaft ex actione bezieht, wird als heillos korrumpiert beiseitegeschoben<sup>4)</sup>, die Aufhebung der Gesellschaft im Falle von Konkurs und Vermögenskonfiskation eines Gesellschafters (l. 65 § 1. 12 D. h. t.) wird überhaupt übergangen. — Das fr. 63 § 10 cit. lautet: Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidam maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero cum aut nullae relinquuntur aut conditionem mutaverint, neque enim ejus rei quae jam nulla sit quisquam socius est neque ejus quae consecrata publicatave sit. Voluntate distrahitur societas renuntiatione. Diesem Fragment, dessen Fassung an sich grosse Zweifel erregt, was der Verfasser zugibt, wird die höchste Gewalt angetan. Der Gedankengang des Verfassers ist folgender<sup>5)</sup>. Der Sinn des ex actione als Aufhebungsgrund der societas kann nicht festgestellt werden. Das ex personis hat una portata generale per qualsiasi specie della società, da Tod und capitis deminutio auch die societas aus Miteigentum aufheben — e sorge a colui che acquista la quota della sua proprietà! Das ex rebus ist spezifischer Aufhebungsgrund der societas re, und zwar aus folgendem Grunde: se il nostro testo dice: „neque enim ejus rei quae jam nulla sit

1) p. 106; s. oben S. 7 u. 12.

2) p. 107.

3) p. 107—108.

4) p. 111.

5) p. 108.

quisquam socius est“ vuol dire che già anche nelle singole cose comuni nella società esiste la *societas* e che questa vien meno con la cosa stessa. Das *ex voluntate* beziehe sich zwar vorwiegend auf die *societas voluntaria*, — ma anche nella *societas re*, quando il *condomino* aliena la sua quota! Eine solche Art von Beweisführung bedarf keiner Widerlegung.

Eigentümlich ist auch die Einstellung des Verfassers zu den verbindenden Momenten. Diese erblickt er erstens einmal darin, dass die *actio pro socio* auch blossen Miteigentümern (und zwar nicht nur ihnen, sondern, wie wir gesehen haben, auch Miterben, Mitnutznießern und sogar Mitpächtern und Mitmietern als solchen) zugestanden habe. Auf diese Frage wird noch zurückzukommen sein, da sie am gegebenen Orte vom Verfasser bloss gestreift wird. — Ferner wird darauf hingewiesen, dass gewisse Regeln beiden Arten von Gemeinschaft — der Gemeinschaft aus Vertrag und aus Miteigentum — gemeinsam waren. Diese Frage wird nicht etwa in ihrem ganzen Umfange behandelt. Vielmehr begnügt sich der Verfasser damit darzulegen, dass gewisse Bestimmungen, die gemeinhin als Eigentümlichkeiten der vertragsmässigen Gemeinschaft angesehen werden, bei genauerem Zusehen in der einen oder anderen Weise auch auf die Gemeinschaft aus Miteigentum Bezug haben und in diesem Sinne mit seiner Auffassung der *societas re* wol zu vereinbaren sind<sup>1)</sup>. Dieser Standpunkt des Verfassers ist der Beachtung wert. Das Bestehen von gemeinsamen Regeln für beide Arten von Gemeinschaften wird nicht etwa in weiterem Umfange nachgewiesen, sondern einfach präsumiert, — in concreto werden bloss einzelne willkürlich herausgegriffene Zweifelsfragen behandelt und zu erläutern versucht. An erster Stelle wendet sich der Verfasser gegen den denkbaren Einwand, dass allein bei der vertragsmässigen Gemeinschaft die Gesellschafter ihre Anteile selbst bestimmen können, und nur falls dies nicht der Fall ist, gleiche Anteile angenommen werden, während bei der *societas re* *i socii* stessi non possono stabilire le parti. Diesen Einwand lehnt er als un' obbiezione illusoria ab, da einerseits auch bei der *societas consensu* die Anteile nicht immer notwendigerweise von den Gesellschaftern selbst bestimmt zu werden brauchten, sondern auch von einem Dritten fixiert werden

1) p. 111--112.

konnten, — andererseits das Prinzip der Teilung nach partes aequales auch zwischen Kollegataren (die allein erwähnt werden) Anwendung finde, falls der Testator die Anteile nicht selbst fixiert habe. Der Einwand ist vom Verfasser nicht eben glücklich formuliert, das gewählte Beispiel zur Widerlegung desselben aber mehr als unglücklich gewählt. Der Verfasser übersieht den kleinen Unterschied zwischen Gesellschaftern und Kollegataren, der darin besteht, dass bei der societas consensu die Feststellung der Anteile durch einen Dritten doch nur auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung der Gesellschafter untereinander stattfinden kann, und dass der bezeichnete Dritte hierbei nicht nach blossem Ermessen, sondern boni viri arbitrato vorzugehen hat (cf. l. 76—80 D. 17, 2), während der Testator prinzipiell nach Gutdünken handeln kann. Gleichermassen übersieht der Verfasser bei seiner Berufung auf die Anwendung des Prinzips der partes aequae — selbst abgesehen von der Streitigkeit des Begriffes der partes aequae in bezug auf Gesellschafter —, dass bei der Weite des Geltungsbereichs dieses Prinzips aus ihm überhaupt keine Schlüsse über die Gleichartigkeit der einschlägigen Rechtsverhältnisse zu entnehmen sind. — Ganz sonderbar klingt es auch, wenn der Verfasser sich im weiteren darauf beruft, dass auch die bonae fidei-Natur der actio pro socio nicht gegen seine Theorie spreche, da es neben vertragsmässigen auch ausserkontraktliche Klagen, wie die actio rei uxoriae, gegeben habe, die schon früh den Charakter von bonae fidei judicia erworben hätten, wenngleich zuzugestehen sei, dass die actio communi dividundo, auf die es ja gerade ankommt, erst in späterer Zeit als bonae fidei iudicium Anerkennung gefunden habe. Ebenso merkwürdig klingt die Behauptung, dass per la responsabilità dei condomini (partecipanti ad una comunione) valgano i medesimi principi che per la societas, — als ob der Verfasser nie davon gehört hätte, dass diese Frage gerade für das klassische Recht im höchsten Grade streitig ist. Die Krone wird aber dieser ganzen Beweisführung durch seine Behandlung des Einwandes aufgesetzt, dass die actio pro socio schon als actio famosa in den Beziehungen zwischen blossen Miteigentümern keine Anwendung finden konnte. Er sagt wörtlich: Ma anche questa obbiezione non è affatto grave. Prima di tutto il condominio è più vicino all' antico consorzio familiare ed anche in pratica accade per lo più che due eredi, due legatari, due donatari sono prossimi congiunti.

Poi non è affatto ingiusto che il condomino quando agisce dolosamente o curando gli interessi altrui meno dei propri nella cosa comune, subisca le conseguenze analoghe al socio, che si è unito con l'altro liberamente. Non vedo ragione perchè in una *societas quadrigae habendae* (l. 58 D. 17, 2) tra gli estranei l'actio debba esser infamante, mentre non lo deve esser nel caso del semplice condominio della *quadriga legata* o *relegata* a due fratelli<sup>1)</sup>. Woher der Verfasser seine Kenntnisse über die betreffende Praxis römischer Erblasser und Schenkgeber hernimmt, bleibt sein Geheimnis. Auch die damit zusammenhängenden Äquitätserwägungen mit dem Hinweise auf die zwei fratelli machen die Sache nicht gerade besser. Und endlich: sollten auch bei Entstehung von Miteigentum auf Grund zufälliger *confusio*, gemeinsamer Schatzfindung, Okkupation von erlegtem Jagdwilde etc. gleichfalls nahe verwandtschaftliche Beziehungen zwischen den betreffenden Miteigentümern eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben?

Es erscheint angemessen, an dieser Stelle die Frage aufzuwerfen, wie sich alle die angeführten problematischen Erörterungen und sonderbaren Entgleisungen des Verfassers, dem weder Scharfsinn, noch bedeutende dialektische Kunst abgesprochen werden können, erklären. Neben einem gewissen draufgängerischen Temperament desselben liegt u. E. der Grundfehler in der schiefen Einstellung Ein's zum ganzen Problem.

Soll die substantielle Identität der Gemeinschaft aus Gesellschaftsvertrag und Miteigentum nachgewiesen werden, die der Verfasser selbst mit dem Hinweise auf die *realità delle cose*, welche der Gesetzgeber (Justinian) *nemmeno può cambiare con la sua volontà*<sup>2)</sup>, mit Emphase vertritt und den klassischen römischen Juristen zuschreibt, — so besteht doch die Kernfrage darin, ob erstens die wirtschaftlichen Gegensätze, die zwischen beiden Arten von Gemeinschaft zweifellos vorliegen, tatsächlich eine so untergeordnete Rolle spielen beziehungsweise in Rom spielten, dass hierdurch eine gemeinsame Regelung nicht ausgeschlossen erscheint, und ob zweitens eine solche gemeinsame Regelung zum mindesten für das klassische römische Recht aus den Quellen überhaupt nachzuweisen ist. Beide Fragen sind

1) p. 112.

2) p. 127.

offenbar eng miteinander verbunden, wobei die erstere augenscheinlich in hohem Masse präjudizielle Bedeutung für die Beantwortung der zweiten besitzt. Rechtsinstitute erwachsen doch letzten Endes nicht aus aprioristischen allgemeinen Prinzipien, sondern aus den wechselnden Bedürfnissen und Interessen des praktischen Lebens, die in den betreffenden konkreten sozialen und wirtschaftlichen Lebensverhältnissen ihren massgebenden Ausdruck finden. Es ist höchst charakteristisch, dass der Verfasser diese beiden Seiten der Frage nicht auseinanderhält und die erstere, sozusagen sozial-wirtschaftliche Seite derselben überhaupt nicht berücksichtigt.

Er rechnet weder mit der Tatsache, dass bei vertragsmässiger societas die Anteile der Gesellschafter nicht bloss in Geldbeiträgen und in Überlassung sonstiger Sachgüter, sondern auch in persönlichen Diensten bestehen können, noch mit der ferneren Tatsache, dass die Überlassung von Sachgütern nicht gleichbedeutend mit Begründung von Miteigentum an denselben ist, sondern auch in blosser Überweisung solcher zu Gebrauch oder bestimmter Verfügung bestehen kann, was an sich schon eine ganz verschiedene Regelung im Vergleich zu Gemeinschaft aus Miteigentum bedingt. Er übersieht vollkommen, dass der gemeinsame wirtschaftliche oder sonstige soziale Zweck, der die Gesellschafter miteinander verbindet, schon im wirtschaftlichen Sinne sowohl ihren gegenseitigen persönlichen Prästationen sonstigen Verträgen gegenüber, als auch insbesondere Prästationen, die aus Miteigentum entspringen, eine ganz spezifische Prägung verleiht, indem der Massstab für die Beurteilung der Handlungsweise der einzelnen Gesellschafter zueinander im Vergleich mit blossen Miteigentümern ein ganz verschiedener ist. Gilt im ersteren Falle als Massstab die Übereinstimmung der tatsächlichen Handlungsweise mit dem gemeinsamen verbindenden Zwecke, so fällt dies Moment bei blossem Miteigentum vollständig weg, indem der einzelne Miteigentümer an sich bloss an sein eigenes Spezialinteresse zu brauchen denkt; dieses Spezialinteresse beeinflusst auch die eventuellen Vereinbarungen zwischen Miteigentümern hinsichtlich des realen Gebrauches u. s. w. der gemeinsamen Sache, welche gesellschaftlichen Charakter tragen können, ihn aber keineswegs zu tragen brauchen und im allgemeinen auch nicht tragen. Abgesehen von solchen speziellen Vereinbarungen und speziellen

objektivrechtlichen Sonderbestimmungen bildet das Charakteristikum der gemeinschaftlichen Beziehungen zwischen blossen Miteigentümern das *non facere* und nicht, wie bei der Gesellschaft, ein bestimmtes *facere*.

Alles dies schliesst doch die Möglichkeit einer einheitlichen Regelung beider Arten von Gemeinschaften und damit die Grundvoraussetzung ihrer substantiellen Identität von Hause aus aus. Und das sollten die klassischen römischen Juristen, diese Praktiker *par excellence*, nicht gefühlt und nicht gewusst haben? Sie, denen jede Art Begriffsjurisprudenz weltenfern lag, sie, die ihre eigenen systemlos geprägten allgemeinen Formeln, wo diese störend wirkten, mit dem Worte: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*, einfach und ohne jedes Schwanken beiseitliessen? Ihnen sollte die landläufige, doch nicht von ihnen erst erfundene, sondern dem gemeinen Sprachgebrauche entnommene gleiche Ausdrucksweise zur Bezeichnung von Gemeinschaft aus Gesellschaftsvertrag und aus Miteigentum die Augen geschlossen haben, wie es dem Verfasser ergangen ist?

Wo sind denn die Beweise dafür? Zum mindesten können sie nicht in seinen allgemeinen Erörterungen gefunden werden, die in seinen eigenen Augen nur die Perspektive gewisser Möglichkeiten eröffnen, während der springende Punkt sorgfältig umgangen beziehungsweise verschleiert wird.

#### IV.

Wir wenden uns nunmehr der exegetischen Studie zu, die der Verfasser den fr. 31—34 D. 17, 2 angedeihen lässt<sup>1)</sup>. Es ist dies der schwierigste Punkt für ihn, wie er selbst bemerkt. In den angeführten Quellenstellen werden in der uns vorliegenden Fassung der Digesten Justinians die Begriffe *societas* und *communio* auf die schärfste Weise voneinander geschieden.

Grundlegende Bedeutung misst der Verfasser dem Ulpianfr. 31 D. 17, 2 zu: *ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit*. An diesen lapidaren Eingangssatz schliessen sich folgende erläuternde Beispiele an: *communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa cum non affectione societatis incidimus in rem communem, ut evenit in re duobus legata — item si a*

1) p. 113 ff.

duobus simul res emta sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, — aut si a duobus separatim emimus partem eorum non socii futuri. — Der Text weist zweifellos mehrfache Spuren von Interpolation auf<sup>1)</sup>. Die Frage dreht sich für den Verfasser darum, ob er auch inhaltlich etwas vom Standpunkte Ulpians Unmögliches aussagt. Dieses sucht er durch eine Reihe von Widersprüchen mit anderen Quellenstellen nachzuweisen, mit welchen die im Fragmente angeführten Beispiele nicht im Einklange ständen.

An erster Stelle liege ein derartiger Widerspruch zwischen dem Satze: *item si a duobus simul res emta sit* und dem analogen Satze des Gajus im fr. 2 pr. D. 10, 3 vor, wo dasselbe Beispiel im umgekehrten Sinne angeführt wird: *cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter rem emerunt*. Hinzu komme, dass die angeführten Worte Ulpians nicht zu dem stimmten, was Ulpian selbst im fr. 52 pr. D. 17, 2 sage.

Was zunächst das Gajusfragment betrifft, so muss vor allem festgestellt werden, dass von einem prinzipiellen Gegensatz der Auffassung zwischen ihm und Ulpian keine Rede sein kann, da Gajus a. a. O. mit der Feststellung beginnt: *nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividendo iudicio*. Daran knüpfen sich zwei Beispiele: das eine, oben angeführte, welches beide Juristen in entgegengesetztem Sinne anführen, und das zweite: *sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est*, in bezug auf welches zwischen beiden volle Übereinstimmung herrscht. Es kann sich also nur um eine verschiedene Auffassung in bezug auf den Fall einer *res simul* oder *pariter a duobus emta* handeln. Prima facie liegt hier in der Tat ein direkter Widerspruch vor. Dies nimmt auch Berger an<sup>2)</sup>, der gleich Ein dem Gajusfragment den Vorzug gibt, bei Ulpian dagegen nicht bewusste Interpolation, sondern ein blosses Glossem annimmt, das versehentlich von den Kompilatoren aufgenommen worden ist. Wir denken uns die Sache anders: in jedem der beiden Fälle wird der Fall sowohl von dem einen als von dem anderen Juristen allzu einseitig betrachtet. In concreto hängt alles von den

1) s. die Übersicht über die einschlägige Litteratur p. 113—114.

2) Teilungsklagen, S. 28.

Absichten der Kontrahenten ab. Wenn ihre Absicht bei dem gemeinsamen Ankauf auf gemeinsame Ausnutzung der Sache im gemeinsamen Interesse gerichtet war, so liegt eine *societas unius rei* vor (dies ist der Fall, an den Gajus denkt); wenn die Sache aber so liegt, dass z. B. beide Kontrahenten jeder für sich den Wunsch haben, sich die Sache zu sichern, jedoch die Möglichkeit fehlt, sie ganz für sich zu erwerben, und sie daher beschliessen, um die günstige Konjunktur nicht zu verpassen, dieselbe zunächst zu Miteigentum zu erwerben, ohne sich gleich den Kopf darüber zu zerbrechen, was weiter mit ihr geschehen solle, so entsteht wohl blosses Miteigentum, aber kein Gesellschaftsverhältniss an ihr (einen derartigen Fall mochte Ulpian im Auge haben). In jedem Falle hat die ganze Sache nichts mit der exorbitanten Theorie des Verfassers zu tun, — es handelt sich bloss um die Auslegung des präsumtiven Vertragswillens der Parteien. Und da muss man doch sagen, dass die Äusserung Ulpians vorsichtiger ist, als die des Gajus. Dass gemeinsamer Kauf in Verbindung mit Tradition<sup>1)</sup> unter normalen Umständen Miteigentum nach sich zieht, steht ausser Frage; ob und welche sonstige Vereinbarungen damit in concreto verbunden waren, ist eine Tatfrage, die sich aus dem Kaufe als solchem nicht ohne weiteres beantworten lässt. Die Äusserung von Gajus präjudiziert diese Frage, was Ulpian vermeidet. Inhaltlich spricht jedenfalls nichts dagegen, die Aussprüche beider Juristen für echt anzusehen<sup>2)</sup>.

Es liegt auf der Hand, wie wenig begründet unter diesen Umständen die Behauptung des Verfassers ist, dass das fr. 31 cit. im angeführten Falle *urta contro il senso comune*, wie sich

1) Dass sowohl Ulpian wie Gajus eine solche voraussetzen, folgt aus dem ganzen Zusammenhange.

2) Der Hinweis Ein's auf das fr. 52 pr. d. 17, 2, auf welches er S. 115 im Zusammenhange mit dem fr. 2 pr. cit. Bezug nimmt, übergehen wir mit Schweigen, indem wir zugunsten des Verfassers annehmen wollen, dass diesem Hinweise ein Druck- oder Flüchtigkeitsfehler zugrunde liegt. Das genannte Fragment wird weder a. a. O., noch sonst an anderer Stelle vom Verfasser besprochen und hat mit dem Problem, welches er behandelt, nichts zu tun. Miteigentum kommt überhaupt nicht in Frage: es handelt sich bloss darum, ob ein gegenstandslos gewordenes Mandat oder ein Gesellschaftsvertrag vorliegt. In dieser Beziehung hängt, wie Julian fein bemerkt, alles von den Absichten der Parteien ab. Wahrscheinlich meint der Verfasser das fr. 52 § 10 D. 17, 2, von welchem an anderer Stelle die Rede sein wird.

Ein ausdrückt<sup>1)</sup>, und wie wenig Grund vorliegt, aus dem gegebenen Anlass den echten Ulpian gegen die Kompilatoren auszuspielen beziehungsweise gegen sie in Schutz zu nehmen.

Im weiteren Verlaufe versucht der Verfasser den Hinweis im fr. 31 cit. auf das gemeinsame Vermächtnis einer Sache — *res duobus legata* — umzudeuten<sup>2)</sup>. Er verweist in dieser Beziehung auf den angeblichen Widerspruch der Auffassung Ulpians mit dem früher von uns erörterten Paulusfr. 25 § 16 i. f. D. 10, 2: . . . *si duobus res legata sit; nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.* Aus dem früher Gesagten (s. oben S. 17) erhellt, dass Paulus in diesem Falle den Ausdruck *societas* ganz zweifellos im landläufigen weiteren Sinne anwendet und an nichts weniger als an eine inhaltliche Gleichstellung von *societas consensu* und *societas re* im Sinne des Verfassers gedacht hat.

Kummer bereitet dem Verfasser dafür das Gajusfr. 2 pr. D. 10, 3, welches in bezug auf die *res duobus legata* genau dasselbe sagt, wie das fr. 31 cit. Eine Interpolation hält er in diesem Falle für ausgeschlossen. Das ist nur natürlich, denn dadurch würde er ja auch die Beweiskraft des vorangehenden Satzes, in welchem die *res pariter a duobus emta* als Beispiel einer *communio cum societate* bezeichnet wird, von seinem Standpunkte aus auf das höchste gefährden. Es muss also ein anderer Weg gesucht werden, um den Widerspruch mit dem Paulusfr. 25 § 16 i. f. D. 10, 2 zu vermeiden. Die Verlegenheitsauskünfte, die Ein gewissermassen zur Auswahl vorbringt, sind folgende<sup>3)</sup>. Erstens einmal: *è possibile che Gajo intenda qui sotto la societas non lo stato di comunanza sociale, ma il negozio giuridico, l'accordo per costituire la società.* Ja, wird denn damit der Gegensatz zwischen *communio cum* und *sine societate*, von dem Gajus a. a. O. ausgeht, aufgehoben und die inhaltliche Identität der einen und der anderen Art von Gemeinschaft bekräftigt? Und wie stimmt das mit dem Ausgangspunkte des Verfassers, laut welchem die klassischen römischen Juristen die *societas* nicht als una *convenzione*, sondern als un *rapporto* ansahen, che può nascere così dalla *convenzione*, come anche . . . dal fatto stesso, che la cosa appartiene a più persone<sup>4)</sup>? Der Verfasser fährt fort: se Gajo

1) p. 115.

2) p. 115.

3) p. 116.

4) p. 77.

non avesse pensato all' atto costitutivo della società ma alla società stessa, avrebbe detto una cosa esagerata, perchè non è vero che della cosa legata a due non si possa costituire una società quando i condomini lo vogliono esplicitamente. Das ist doch eine ganz unerhörte Unterschiebung, zu der die Worte des Gajus nicht den fernsten Anlass bieten. Als auf eine dritte Möglichkeit weist der Verfasser darauf hin, dass: non è del tutto escluso che anche i compilatori abbiano semplicemente sostituito o cancellato qualche parola. Per esempio poteva star prima invece di „societate“, „voluntaria societate“ o semplicemente „voluntate“ oppure „consensu“. Mit Hilfe solcher absolut unsubstantiiertes Voraussetzungen, die der Verfasser selbst nur zögernd vorzubringen wagt, lässt sich in die Quellen jede beliebige vorgefasste Meinung hineininterpretieren. Beweiskraft können sie nicht beanspruchen. Endlich zum letzten heisst es: finalmente si può pensare anche alla particolarità dell' editto provinciale, dal commento al quale il fr. 2 (pr. D. 10, 3) è desunto dai compilatori. Der Verfasser vermeidet es auch nur anzudeuten, was nach seiner Meinung zur Bekräftigung dieser Hypothese angeführt werden könnte.

In bezug auf die übrigen im fr. 31 cit. angeführten Beispiele einer blossen *communio* fasst sich der Verfasser kurz. Der Satz: aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit wird mit Berufung auf Beseler einfach als interpoliert erledigt <sup>1)</sup>; dass er inhaltlich vollkommen mit den übrigen Beispielen in Übereinstimmung steht und in bezug auf *coheredes*, deren Zusammenstellung mit blossen Miteigentümern a. a. O. an sich schon bezeichnend ist, durch eine Reihe anderer Fragmente, wie z. B. die fr. fr. 35. 37. 40 D. 17, 2 Bekräftigung erfährt, wird mit Stillschweigen übergangen. Die *communio* ist eben ein für allemal als synonym mit *societas* befunden worden <sup>2)</sup>, und damit ist die Sache für den Verfasser erledigt. Dass der Ausdruck *communio* im fr. 31 cit., ferner bei Gajus im fr. 2 pr. D. 10, 3, wie auch in dem von Ein auf S. 81 angezogenen fr. 52 § 5 D. 17, 2 (. . . etiamsi . . . societas . . . est, quod tamen socius non ex argentaria causa quaesit, ad communionem non pertinere explorati juris est), sowie fr. 67 pr. D. 17, 2

1) p. 117.

2) p. 81—82. Besonders merkwürdig ist die Berufung auf Cicero mit dem Hinweis auf Stellen, wo dieser Schriftsteller von *juris communio*, *humanitatis societas*, *utilitatis communio*, *communio legis* spricht.

(. . . societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur) zur Bezeichnung des *genus*, der Ausdruck *societas* zur Bezeichnung der *species* dient, kommt dem Verfasser nicht in den Sinn. Was das letzte Beispiel — *aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri* — anbetrifft, so wird die Interpolation dieser Stelle auf folgende Weise begründet: *è molto strano il modo di esprimersi del testo „eorum non socii futuri“*. Come si può dire che diventando comproprietari delle cose non saremo „socii“, se „socius“ è termine per il condominio! <sup>1)</sup> Es ist ermüdend, immer wieder darauf hinweisen zu müssen, dass derartige Berufungen auf die Terminologie der Quellen, Berufungen, welche eine klare *petitio principii* enthalten, für die Entscheidung des in Frage stehenden Problems keine Bedeutung beanspruchen können, sondern ein blosses Verlegenheitsasyl darstellen. Man kann die Ausdrucksweise des fr. 31 cit. in dieser, wie in anderen Hinsichten bemängeln und in dieser Beziehung Interpolation beziehungsweise in bezug auf die einen oder anderen Beispiele ungeschicktes Glossem annehmen <sup>2)</sup>, — damit ist doch aber inhaltlich noch nichts gewonnen, was schliesslich das allein Entscheidende für die Frage ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das fr. 31 cit. an sich genommen in keiner Hinsicht die Behauptung des Verfassers, Ulpian könne unmöglich das inhaltlich ausgesagt haben, was im Fragmente steht, zu erhärten imstande ist. Nicht ein einziger Beweis hierfür ist von ihm erbracht. Der scheinbare Widerspruch zwischen Ulpian und Gajus in bezug auf die *res a duobus simul emta* ist tatsächlich nicht vorhanden, die prinzipielle Übereinstimmung der Grundauffassung beider Juristen ist eine vollkommene. Alles übrige, was der Verfasser vorbringt, ist absolut unbeweisend und beruht zum Teil auf Missverständnis oder Flüchtigkeitsfehlern, wie die Berufung auf das fr. 52 pr. D. h. t., zum Teil auf dem unerschütterlichen Köhlerglauben Ein's an die zweifelloose Synonymität gleichlautender Ausdrücke.

Wir wenden uns nunmehr dem zweiten Fragmente zu, welches der Verfasser a. a. O. berührt. Es ist das gleichfalls Ulpian entnommene fr. 32 D. h. t.: *nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu, in re ipsa et negotio communiter gestum videtur*.

1) Das Ausrufungszeichen stammt vom Verfasser.

2) Vgl. Berger, o. c., p. 28.

Die ganze Art und Weise, wie sich der Verfasser zum Fragmente stellt, ist mehr wie eigentümlich. Er beginnt damit, dass er ihm eine sehr grosse Bedeutung für das in Rede stehende Problem zuschreibt — (testo) molto importante<sup>1)</sup>, und endet damit, dass es ihm gelungen sei a distruggere completamente il fr. 32, mit dem Zusatze: non cerchiamo di ricostruire il testo classico, ma accontentiamoci per ora del risultato negativo<sup>2)</sup>. Man sollte erwarten, dass hiernach das Fragment völlig ausser Kurs gesetzt würde und mithin weder für die herrschende Meinung noch für die Theorie des Verfassers in Anspruch genommen werden dürfte. Weit gefehlt. Der Verfasser beeilt sich, das negative Resultat durch einen sehr positiven Schluss zu ergänzen: probabile è che il giurista dicesse: „che non solo quando col consenso è costituita la società si dà l'actio pro socio, ma anche quando senza il consenso, re ipsa et negotio“<sup>3)</sup>.

Näher zugesehen besteht sein Hauptargument im Hinweise darauf, dass der zweite Satz des Textes syntaktisch fehlerhaft gebaut sei: anche nella seconda parte si sottintende societas coita est, altrimenti rimane senza predicato. Il testo suonerebbe allora così: „nam cum tractatu habito societas coita est pro socio actio est; cum sine tractatu in re ipsa et negotio societas coita est, communiter gestum videtur“<sup>4)</sup>. Selbst wenn wir annehmen wollten, dass im zweiten Satze das „re ipsa et negotio“ nicht zum „sine tractatu“, sondern als Correlat der „societas coita est“ im ersten Satze zum „communiter gestum videtur“ gehört, — so folgt daraus noch lange nicht, dass die Emendation des Verfassers eine sachgemässe und zudem die einzig mögliche ist. Sie ist nur aus seinem vorgefassten Standpunkt zu erklären und trägt in das Fragment einen ihm ganz fremden Sinn hinein. Soll schon zu Emendation gegriffen werden, so könnte nur „conjunctio fit“ oder eine ähnliche Wendung als Einschlebsel nach „sine tractatu“ in Frage kommen: es ist doch derselbe Ulpian, der wie im fr. 31 cit., so auch im vorliegenden Fragmente zu Worte kommt. Allerdings glaubt der Verfasser nachgewiesen zu haben, dass Ulpian im fr. cit. inhaltlich ganz was anderes gesagt haben müsse, als im Texte steht, aber wie es sich damit tatsächlich

---

1) p. 117.

2) p. 121.

3) ib. p. 121, cf. p. 127 i. i.

4) p. 118.

verhält, haben wir schon gesehen. Was die weiteren Argumente des Verfassers betrifft, so bestehen sie darin, dass im zweiten Satze ausser dem syntaktischen auch ein logischer Fehler stecke, perchè non è detto quale azione spetta in questo caso in antitesi all' actio pro socio<sup>1)</sup>. Ja, das hängt doch ganz von der Natur des re begründeten Rechtsverhältnisses und des betreffenden, neben der res erwähnten negotium ab, welches letztere der Verfasser auf Grund seines Einschlebsels ohne weiteres als societas bezeichnet. Hierüber ist kein weiteres Wort zu verlieren. Ferner beruft er sich mit Hinweis auf den Ausdruck tractatus darauf, dass il testo è guasto. Dies ist durchaus nicht neu und sicher zuzugeben, aber doch kein Beweis für seine eigene Theorie. Charakteristisch ist, wie er sich hierbei mit dem von ihm selbst erwähnten Hinweis darauf, dass in den Basiliken dieser Ausdruck durch *συναιθεσίς* — consensus — wiedergegeben wird, abfindet. Einerseits besteht er darauf, dass dieser Ausdruck von den Kompilatoren a. a. O. evidentemente im Sinne von Vorverhandlungen gebraucht werde, und zwar versteht er dies so, dass solche Vorverhandlungen von ihnen als notwendiges Requisite der societas betrachtet wurden, woran er triumphierend die Frage knüpft: ma è questo concorde coi principi romani circa i contratti consensuali, dove invece deve bastare qualsiasi modo di manifestazione della volontà, e dove in nessun altro contratto si è richiesto come requisito un „tractatus“? <sup>2)</sup> Sollten die Kompilatoren über diesen Punkt wirklich im unklaren gewesen sein? Es hätte genügt einen Blick auf den § 2 i. f. J. III 13 und den Institutionentitel de societate III, 25 zu werfen, wo der rein konsensuale Charakter der societas in der allerbestimmtesten Weise von den Kompilatoren unterstrichen wird, um den Verfasser von seinem etwas übereilten Schlusse abzuhalten. Andererseits quittiert er die Wiedergabe des Ausdrucks tractatus in den Basiliken mit dem ironischen Ausruf: così avremmo l'antitesi della societas consensu e citra consensum<sup>3)</sup>, als sei die Sache damit endgültig erledigt und die Antithese zweifellos als Machwerk der Kompilatoren blossgelegt.

Zum Schlusse sucht Ein einen neuen Widerspruch mit anderen Quellenstellen zu konstruieren. In dieser Beziehung weist

---

1) p. 118.

2) ib. p. 118. Vgl. p. 126, wo er auf die Frage zurückkommt.

3) p. 119.

er auf das schon früher genügend beleuchtete Modestinstr. 4 pr. D. 17, 2 hin, welches er in der verstümmelten Form: *societatem coire et re . . . posse non dubium est* wiedergibt. — Ferner beruft er sich auf das Paulustr. 65 § 13 D. 17, 2, laut welchem *societas e communiter gestio sono appaiati*. Das Fragment lautet: *si post distractam societatem aliquod in rem communem impenderit socius actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse, sed communi dividendo iudicio hujus quoque rei ratio habebitur; nam etsi distracta esset societas, nihilominus divisio rerum superest*. Die Annahme Beseler's, das „*communiterve*“ sei interpoliert, weist der Verfasser mit der Begründung zurück, che la tendenza della compilazione è di staccare il „*communiter gestio*“ dalla *societas*, non di avvicinarlo. . . Più probabile è che i compilatori abbiano dimenticato di cancellare in questo testo „*communiterve*“, come spesso accadeva. Eigene Hypothese als Beweis, Vergesslichkeit der Kompilatoren als *ultimum refugium*! Der Verfasser kann aber doch nicht umhin, eine Erklärung dafür abzugeben, wie es denn komme, dass die *actio pro socio* im gegebenen Falle *post distractam societatem* als unzulässig bezeichnet werde. Er tut das auf folgende merkwürdige Weise<sup>1)</sup>. Einmal handle es sich im gegebenen Falle nur um Ersatz von Auslagen, die der frühere Gesellschafter und fortdauernde Miteigentümer an der noch nicht geteilten gemeinsamen Sache nach Aufhebung der Gesellschaft und erfolgter Liquidation aller früheren persönlichen Ansprüche vorgenommen hatte. Ein solches Vorgehen seinerseits nach Auflösung der Gesellschaft setze ein Handeln contro *l'esplicito volere degli altri* voraus; unter diesen Umständen könne natürlich die Weigerung der übrigen früheren Gesellschafter ihm diese nachträglich gemachten Auslagen zu ersetzen nicht als un *comportamento doloso*, che si richiede per poter agire coll' *actio pro socio*, angesehen werden. Der Verfasser übersieht hierbei den kleinen Umstand, dass die Frage des Vorliegens eines *dolus* auch vom Standpunkte des klassischen Rechts, wie immer man seine Stellung zur *dolus* und *culpa*-Haftung ansehen will, eine reine Tatfrage ist, die erst im Laufe des Prozesses entschieden werden kann, eine *Dolus-Präsumtion* aber,

1) p. 120 A. 2. Auf die fr. 39. 45—51. D. 17, 2, die im gegebenen Zusammenhange ohne weitere Erläuterungen herangezogen werden, kommen wir im Abschnitt V zu sprechen.

auf die die Erklärung Ein's hinausläuft, nach allgemeinen Grundsätzen einfach ausgeschlossen ist. Kurz gesagt: das fr. 65 § 13 cit. bezeugt in der Kernfrage zweierlei: volle Übereinstimmung des Paulus mit Ulpian, vollen Widerspruch zur allgemeinen Auffassung des Verfassers.

Kehren wir nach dieser notgedrungenen Abschweifung zum fr. 32 cit. zurück, so bleibt uns nur übrig, die volle inhaltliche Übereinstimmung desselben mit dem im fr. 31 cit. Gesagten zu konstatieren. Nicht ein einziger der vom Verfasser angeführten Beweise für das Gegenteil kann auch nur halbwegs für stichhaltig befunden werden.

Wir wenden uns nunmehr dem fr. 33 D. 17, 2 zu, welches von den Kompilatoren gewissermassen als Fortsetzung des im fr. 32 cit. Gesagten eingefügt ist, indem es mit einem Nachsatze beginnt. Es ist gleichfalls dem Ulpian entnommen und lautet: *ut in conductionibus publicorum item in emtionibus. Nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. [Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.]* Bei der Interpretation des Fragmentes ist vor allem im Auge zu behalten, dass es von den Kompilatoren in arger Weise zerstückelt worden ist. Dass es auch im Sinne Ulpians als unmittelbare Fortsetzung der im fr. 32 vorhergeschickten allgemeinen Äusserung aufgefasst werden könnte, ist ausgeschlossen, wenn berücksichtigt wird, dass beide Fragmente zwei ganz verschiedenen Büchern seines Ediktskommentars entnommen sind, das fr. 32 cit. dem 2<sup>ten</sup> Buche, das fr. 33 dem 30<sup>ten</sup> Buche. Der verbindende Allgemeingedanke, der im Anfangssatze gestanden haben muss, ist offenbar von den Kompilatoren als überflüssig gestrichen. Auch im übrigen weist das Fragment starke Kürzungen auf: der Übergang von *ut in conductionibus publicorum item in emtionibus* zu dem *rem emere in commune* erscheint, wie im weiteren ausgeführt werden soll, ganz unvermittelt. Die Rolle des *nuntius*, welchen Ausdruck Mitteis, im Anschluss an Schlossmann, worauf der Verfasser hinweist<sup>1)</sup>, durch *manceps* ersetzt, bleibt unklar. Endlich ist der (eingeklammerte) Schlusssatz des Fragmentes wahrscheinlich, wie Beseler will, überhaupt interpoliert und

1) p. 121 A. 2.

steht jedenfalls, wie Ein richtig bemerkt<sup>1)</sup>, ausser allem Zusammenhange mit dem unmittelbar Vorhergehenden.

Inhaltlich ist ein Doppeltes denkbar. Im Fragment werden *conductiones publicorum* und *emtion* unterschieden. Die vorherrschende Ansicht, der auch der Verfasser mit Berufung auf *Mitteis* zustimmt<sup>2)</sup>, geht davon aus, dass das Fragment ausschliesslich von Verpachtung staatlicher Einkünfte, sei es aus Zollgefallen, aus staatlichen Bergwerks- und sonstigen Unternehmungen, oder aus staatlichen Domänen, redet. Worauf beziehen sich in solchem Falle die *emtion*es? Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, dass es sich um *conductio perpetua* von staatlichen Domänen handeln müsste, — ein Verhältnis, bei dem die Natur des betreffenden Begründungsaktes zur Zeit der klassischen Juristen kontrovers war, bis Kaiser Zeno die Streitfrage (l. 1 Cod. 4, 66) in dem Sinne entschied, dass diesfalls ein selbständiger Kontrakt vorliege. *Ulpian* würde dann — im Gegensatze zu *Gaj.* I. III, 145 — als Anhänger der Kaufnatur des betreffenden Kontraktes anzusehen sein, was ja an sich vollkommen möglich ist. Zugleich würde von dem entwickelten Standpunkte aus durchaus anzunehmen sein, dass der Ausdruck „*nuntius*“ an Stelle des klassischen „*manceps*“ ins Fragment hineininterpoliert worden ist.

Indessen erweckt die ganze Auffassung erhebliche Zweifelsfragen. Weshalb haben die Kompilatoren, wenn *Ulpian* tatsächlich unter *emtio* die *conductio perpetua* von Staatsland gemeint hatte, diesen Ausdruck nicht durch einen für ihre Zeit mehr adäquaten Ausdruck ersetzt oder doch umschrieben? Wie kommt es, dass weiterhin im Fragmente von *rem in commune emere* im allgemeinen, ohne Hervorhebung dessen, dass es sich um staatliche Domänen handle, die Rede ist? Was soll der Hinweis auf solche Personen bedeuten, *qui inter se contendere nolunt* und aus diesem Grunde häufig sich einer Mittelsperson beim Ankaufe der Sache bedienen, da doch die Zuziehung des *manceps* nicht allein vom blossen guten Willen der Publikanen-sozietäre abhing?

Alle diese Zweifel erledigen sich, wenn angenommen wird, dass *Ulpian* in der ursprünglichen, von den Kompilatoren bis zur Unkenntlichkeit verkürzten Fassung bei der Erwähnung der

1) *ib.* p. 121 A. 3.

2) *ib.* p. 121 im Text.

emtionones im Gegensatz zu den conductiones publicorum nicht den Erwerb dinglichen Erbpachtungsrechts an staatlichen Domänen im Auge hatte, sondern an den vorkommendenfalls vom Fiskus ausgeübten und auch im Privatverkehr verbreiteten Verkauf aller Art von Sachen im Wege der Versteigerung gedacht hat. Dann erklärt sich ungezwungen sowohl der Hinweis auf das *nolle inter se contendere* als Wunsch sich nicht zu überbieten wie auch die Erwähnung der Mittelsperson, wobei der *Manceps* selbstverständlich nicht in Frage kommt, — als auch der fernere Hinweis darauf, dass ein derartiges *rem emere in commune a societate longe remotum est*, da die kauflustigen Bieter hierdurch noch lange kein Sozietätsverhältnis weder untereinander noch in bezug auf die zu erwerbende Sache zu begründen brauchen.

Dem Gesagten widerspricht auch nicht die Zusammenstellung der conductiones publicorum mit den erwähnten emtionones bei Ulpian. Einerseits konnte es ihm ziemlich naheliegend erscheinen, in Verbindung mit den conductiones publicorum, bei denen die Lizitation eine wichtige Rolle spielte, die Versteigerung als solche zu erwähnen. Andererseits steht die Zusammenstellung beider Fälle des *commune agere* in vollem Einklange mit dem allgemeinen Gedankengange Ulpians, wie er in den beiden vorhergehenden *fr. fr. 31—32 cit.* zutage tritt. Das *tertium comparationis* besteht in folgendem: sowenig das durch *conductio publicorum* begründete Pachtverhältnis zwischen Fiskus und Publikanensozietät ein Sozietätsverhältnis zwischen den beiden Seiten hervorrufft, sowenig entsteht ein solches hinsichtlich der erworbenen Sache bei Lizitationskauf zwischen mehreren Bietern, die sich einer Mittelsperson bedienen, da sich der *animus* oder die *affectio societatis* aus der blossen Tatsache eines derartig vollzogenen Kaufes nicht erschliessen lässt<sup>1)</sup>.

Der Verfasser, der auf dem Standpunkte steht, es handle sich bei dem *rem emere in commune* um einen speziellen Fall

1) Beiläufig bemerkt, wird hierdurch auch die Ansicht von Mitteis, Röm. Privatrecht S. 408, hinfällig, der auf Grund des *fr. 33 cit.* auf den verfehlten Gedanken gekommen ist, ein sonst nirgends in den Quellen bei Staatspachtungen vorkommendes Institut — das *conducere in commune* — zu konstruieren, bei welchem „eben gemeinschaftliche, aber nicht gesellschaftliche Pachtung vorausgesetzt ist“, mithin „die auf gemeinschaftlichen Betrieb gerichtete Absicht als fehlend gedacht“ sein muss. Mitteis übersieht in diesem Falle, dass das von Ulpian erwähnte *rem emere in commune* an sich ausser Beziehung zur *conductio publicorum* steht und nicht etwa eine Abart der letzteren ist.

von Staatspachtung, springt mit dem Fragmente höchst streng um. Er stellt zunächst fest: in ogni modo siamo fuori del campo del condominio<sup>1)</sup>. Das genügt allein schon, um dem Verfasser die Frage vorzulegen: in welchem Sinne kann das Fragment als Beleg für die Theorie des Verfassers dienen, wenn von Miteigentum in ihm überhaupt nicht die Rede ist? Es stellt sich jedoch heraus, dass solches doch möglich ist: das fr. 33 verstösst nämlich nach der Ansicht des Verfassers *contro il senso commune* und sagt *un assurdo* aus. Wie könnte der Jurist gesagt haben: *rem emere in commune . . . a societate longe remotum est*. Gesetzt den Fall, dass Ein damit Recht hätte, so wäre dies doch auch kein sehr überzeugender Beweis für die Richtigkeit seiner Grundthese. Wie sieht es aber erst mit der Begründung dieser Behauptung aus? Er sagt: *prima di tutto abbiamo qui lo scopo comune od interesse comune: nolle inter se contendere; poi abbiamo comune la persona, che col consenso di tutti è incaricata di eseguire la compera comune*<sup>2)</sup>. Damit verschwimmt der Begriff des Gesellschaftsvertrages als selbständiger Vertragsart, und mehr noch — der allgemeine Begriff des juristischen Vertrages vollkommen. Wenn das *nolle inter se contendere* im Sinne des Verfassers verstanden werden soll, so lässt sich das schliesslich von jedem Vertrage sagen: wenn die Parteien miteinander streiten wollten, würden sie doch wohl keinen Vertrag abschliessen. Zudem geht das Nichtstreitenwollen dem Abschlusse des Vertrages voraus und kann höchstens als Motiv zum Abschlusse desselben eine gewisse Rolle spielen: oder sollte schon eine entsprechende Abmachung ein Gesellschaftsverhältnis *sui generis* begründen? sie hat doch an sich noch gar keine juristische Bedeutung! Ebenso lässt sich fragen: liegt schon in der Wahl einer Mittelsperson, die den betreffenden Vertrag abschliessen soll, die Herstellung eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Interessenten, unabhängig von der Natur des abzuschliessenden Vertrages? Fällt denn die Absicht der Parteien gemeinsam einen Vertrag abzuschliessen, der an sich, wie der Kauf, selbständige Bedeutung besitzt, notwendig mit der Absicht zusammen hierdurch ein Gesellschaftsverhältnis an dem Kaufobjekt einzugehen? Hinzuzufügen ist, dass sonstige Beweise

1) p. 121. Das hindert ihn übrigens nicht, auf p. 123 im gegebenen Falle von *condominio della cosa comperata* zu sprechen.

2) p. 122.

vom Verfasser zur Erhärtung seiner mehr wie sonderbaren Behauptung nicht vorgebracht werden.

Es bleibt nur übrig festzustellen, dass auch im gegebenen Falle kein einziger Beweis dafür vorgebracht ist, dass Ulpian inhaltlich das Entgegengesetzte von dem, was im fr. 33 cit. steht, gesagt haben müsse.

Es bleibt uns noch übrig das letzte Fragment, welches der Verfasser a. a. O. betrachtet, zu prüfen. Es ist das Gajusfr. 34 D. 17, 2, welches Ein in folgender verstümmelter Form wiedergibt<sup>1)</sup>: Quibus casibus . . . non societatis iudicio locus est, sed . . . familiae herciscundae . . . communi dividundo. Der vollständige Text lautet: Quibus casibus, si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deterio-rem fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo, inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.

Wie aus der Vergleichung des verstümmelten Textes mit dem vollständigen hervorgeht, hat der Verfasser den ganzen materiell-rechtlichen Inhalt des Fragmentes mit Einschluss des klaren Hinweises, dass als Subjekte Miterben und Miteigentümer in Frage kommen, sorgfältig ausgemerzt und bloss die drei Klagen stehen lassen. Im übrigen begnügt er sich mit zwei einander ausschliessenden Sätzen: il fr. 34 (da Gajo 10 Ed. prov.) dà la sanzione della communiter gestio, und etwas weiter: il frammento resta in aria perchè non sappiamo in quali casi trova applicazione la decisione contenuta in essa. Dazu kommt zusätzlich folgende Sentenz<sup>2)</sup>: in ogni modo l'esclusione dell' actio pro socio sembra molto recisa e imperativa, was von ihm offenbar als höchst verdächtig angesehen wird.

Das ist alles, was der Verfasser über das Fragment zu sagen weiss. Das Fragment steht in vollem Einklang mit den übrigen drei Fragmenten. Es ergänzt in sinngemässer Weise den sog. „logischen Fehler“ des fr. 32 cit. (S. oben S. 35.)

Nach Erledigung der dargestellten Einzelanalyse der fr. 31—34 cit. geht der Verfasser zum Schluss zu einer zusammen-

---

1) p. 122.

2) p. 123.

fassenden Betrachtung derselben über, mit welcher die Darlegung seiner Hypothese über die angebliche Reform des Institutes der klassischen *societas* seitens der Kompilatoren verflochten wird. Hierbei wird zum Teil früher Gesagtes von ihm wiederholt, zum Teil werden einzelne neue Erwägungen vorgebracht.

Der Verfasser beginnt mit der Behauptung, che questi quattro testi stanno uno dietro all' altro e formano la sede della „*communio incidens*“ del Digesto; . . . in nessun altro testo si sente tanta preoccupazione e tanta insistenza nel separare la *societas* dalla *communio* e dal *communiter gestum*<sup>1)</sup>. Diese sonderbare Behauptung ist nur als Ausläufer seiner eigenen Hypothese verständlich, steht und fällt mit dieser: selbständige Beweiskraft kann sie nicht beanspruchen. Der Gedankengang Ein's, der von ihm nicht genauer dargelegt wird, ist offenbar folgender: zur Zeit der klassischen Jurisprudenz spielte die *communio incidens* als solche in Beziehung auf die Gemeinschaft aus Miteigentum überhaupt keine Rolle, da diese Gemeinschaft als Abart der *societas* — als *societas re* — aufgefasst wurde und daher in den Kommentaren der klassischen Juristen in engster Verbindung mit der *societas re* beziehungsweise der *actio pro socio* behandelt wurde. Vom Standpunkt der Kompilatoren kam alles darauf an, diese Verbindung zu zerstören, und zu diesem Zwecke nahmen sie sich mit besonderem Eifer der vorliegenden Fragmente an, in denen in allgemeiner Weise von der *societas re* als Abart des allgemeinen Begriffes der *societas* in spezieller Anwendung auf die Zulässigkeit der *actio pro socio* zwischen Miteigentümern die Rede war, arbeiteten dieselben gründlich um, trugen den prinzipiellen Gegensatz zwischen *societas* und *communio* durch Umtaufung der *societas re* in *communio*, *communiter gestum* und ähnliche Wendungen in die klassischen Quellen hinein, unterstrichen den von ihnen neu erfundenen Gegensatz durch Einschlebung des *animus societatis* in den Begriff der *societas*, sowie durch Einfügung der *actio communi dividundo* in das fr. 34 cit., dank welchen Manipulationen die angezogenen Quellenstellen zur *sedes materiae* ihrer neuentdeckten *communio incidens* umgewandelt wurden. Der Verfasser legt sich dabei nicht einmal die naheliegende Frage vor, wie die Kompilatoren bei derartiger Einstellung auf den Gedanken kommen konnten,

---

1) p. 123.

diese ihre neue Weisheit, welche für sie nach der Darstellung des Verfassers gewissermassen eine Herzenssache war, bei der doch erst von ihnen vorgenommenen Zusammenstellung und Verteilung der Fragmente unter die betreffenden Digestentitel in den fernliegenden Titel *pro socio* 17, 2 und nicht in den tatsächlich die *sedes materiae* der ausserkontraktlichen Gemeinschaft aus Miteigentum und sonstigen dinglichen Rechten bildenden Titel *communi dividundo* 10, 3 zu verlegen, wo unter diesem Gesichtspunkt die Mahnung an die Nichtanwendbarkeit der *actio pro socio* bei ausserkontraktlicher Gemeinschaft viel näher gelegen hätte. Sollte etwa auch in diesem Falle die Erinnerungsschwäche und die vor Absurditäten nicht zurückschreckende Geistesstumpfheit der Kompilatoren, die ihnen bei jeder Gelegenheit vom Verfasser ohne Schwanken zugeschrieben wird, ihre fatale Rolle gespielt haben? Wie stimmt andererseits seine Behauptung, dass an keiner anderen Stelle der Digesten der Gegensatz zwischen *societas consensu* und *re* einen so schroffen Ausdruck gefunden habe wie in den besagten Fragmenten, zu dem *Gajusfr. 2. pr. D. 10, 3*, welches der Verfasser selbst als echt ansieht? <sup>1)</sup>

An zweiter Stelle weist der Verfasser auf eine schwerwiegende Lücke (*una grave lacuna*) hin, die sich aus der Zusammenstellung der *fr. fr. 31—34 cit.* ergebe, falls die *actio pro socio*, wie die *fr. fr. 32—33 cit.* besagen, als nicht zulässig gelten müsste <sup>2)</sup>. Hierzu ist zu bemerken: die von Ein aufgeworfene Lückenfrage kann nicht summarisch bei Gelegenheit der Betrachtung der angeführten Fragmente und insbesondere des *fr. 33 cit.*, sondern nur in allgemeinem Zusammenhange behandelt werden. Wir kommen darauf in unserem nächsten Abschnitt zurück, wo das vom Verfasser zusammengetragene Material systematischer Betrachtung unterworfen wird.

An letzter Stelle sucht der Verfasser nachzuweisen, dass aus der Zusammenstellung der *fr. fr. 31—34 cit.* in der Fassung, in welcher sie in die Digesten aufgenommen sind, sich unmögliche Schlussfolgerungen und innere Widersprüche ergeben, welche nur durch radikale Eingriffe der Kompilatoren zu erklä-

---

1) p. 116: ma siccome il testo (*sc. fr. 2. pr. D. 10, 3*) è esteriormente senza difetti, non possiamo subito dichiararlo interpolato.

2) p. 123.

ren seien<sup>1)</sup>. — So müsste vor allem ein Überblick über die im fr. 31 cit. angeführten Beispiele von *communio*, die eine mehr oder weniger erschöpfende Aufzählung der hierbei denkbaren Fälle von Erwerb einer Sache zu Miteigentum enthielten, zum Schlusse führen, che nessuno dei modi per cui cosa è fatta comune tra più persone è sufficiente per aver la società, was Ulpian offenbar unmöglich gesagt haben könne. Dies erscheint aber nur dann unmöglich, wenn Ulpian von vornherein als eingeschwoener Anhänger der Theorie des Verfassers angesehen wird, — sonst konnte er sich inhaltlich gar nicht anders äussern, als was das Fragment besagt: gleichzeitiger Erwerb von Miteigentum an einer Sache genügt nicht zum Zustandekommen einer Gesellschaft. Damit wird die Möglichkeit Miteigentum auch auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage zu erwerben durchaus nicht ausgeschlossen. — Im weiteren Verlaufe behauptet der Verfasser, aus der Zusammenstellung der Worte des fr. 31 cit.: „nec sufficit rem esse communem nisi societas intervenit“ mit den Worten: „communiter res agi potest etiam citra societatem“ müsse man zu dem unmöglichen Schlusse kommen che anche con gli accordi dei condomini circa la gestione comune la comunione non acquista la qualità della societas. Denn — sagt er — communiter agi significa evidentemente la gestione comune, also gemeinsame Verwaltung und Ausnutzung der betreffenden Sache. Ein übersieht hierbei, dass die Ausdrücke communiter agi und communiter gestum (welcher Ausdruck sich im fr. 32 cit. findet) in diesem Falle, wie auch sonst mehrfach in den Quellen<sup>2)</sup>, zur Bezeichnung von Handlungen dienen, welche für das Zustandekommen des betreffenden Rechtsverhältnisses erforderlich sind (Geschäftsabschluss, Annahme von Schenkung, Nichtablehnung eines legatum etc.). Nur diesen Sinn kann das communiter agi, wie sich aus dem gegebenen Zusammenhange ergibt, hier haben. — Daneben verweist Ein auf den angeblichen Widerspruch, der in dieser Hinsicht zwischen dem fr. 31 cit. und dem darauf folgenden fr. 32 cit. bestehe, quando la (sc. l. 32 cit.) integriamo col predicato „societas coita est“ (im zweiten Satze des angezogenen Fragmentes). Hierüber ist das Nötige von uns früher (s. oben S. 34) gesagt worden. Andererseits dient ihm dasselbe Fragment als Beleg

1) p. 125.

2) Vgl. Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des R. R. <sup>9</sup>, s. v. agere-gerere.

für seine abschliessende Behauptung, dass da questi testi risulterebbe che la societas su una causa può esservi soltanto, quando la societas esisteva già prima di diventat cosa comune tra i soci, e questa societas deve esser<sup>1</sup> costituita „tractatu habito“, cioè con esplicita dichiarazione della volontà diretta a costituire la „società“, e come spiegano i giuristi bizantini, dopo lunga meditazione e trattative<sup>1</sup>). Kostbar ist hier der Hinweis auf die kindlichen Ausführungen der Basiliken-Scholiaten, für welche die Kompilatoren zur Zeit Justinians doch nicht verantwortlich gemacht werden können. Richtig ist nur soviel, dass ein klassischer Jurist sich nicht so ausgedrückt haben würde, wie es die erwähnten Scholiasten tun. Das hat aber mit der Sache an sich nichts zu schaffen. Denn dass von Vorverhandlungen vor Abschluss eines Gesellschaftsvertrages überhaupt keine Rede sein könne oder dass solche Vorverhandlungen sich immer mit Blitzesschnelle abwickeln müssten, will wohl der Verfasser selbst nicht behaupten. Im übrigen ist sein Schluss, wie eben ausgeführt worden ist, ein auf reinem Missverständnis beruhender Trugschluss.

Hiermit ist das ganze Fundament blossgelegt, welches die Behauptung des Verfassers tragen soll: Ulpian müsse in den fr. fr. 31—33 D. 17, 2 das Umgekehrte von dem gesagt haben, als was in diesen Fragmenten steht<sup>2</sup>). Nicht ein Stein ist auf dem anderen geblieben.

## V.

Es bleibt uns zum Schlusse übrig, eine Reihe von Texten zu untersuchen, in denen nach der Ansicht des Verfassers die *actio pro socio* entweder ausdrücklich unter Miteigentümern als solchen, unabhängig davon, ob das Miteigentum auf Grund eines Gesellschaftsvertrages oder *ex alia causa* entstanden ist, zugelassen wird, — oder aus denen sich ergeben soll, dass bei entgegengesetzter Annahme im klassischen Rechte in einer ganzen Reihe von Fällen blosse Miteigentümer als solche wegen Mangels einer anderen Klage zum mindesten *manente communione* in ihren gegenseitigen persönlichen Beziehungen schutzlos geblieben wären.

1) p. 126. Die betreffenden Ausführungen der Basiliken-Scholiaten sind auf S. 119 A. 1 abgedruckt.

2) p. 126 i. f., p. 127 i. i.

Der Verfasser behandelt diese Frage an zwei verschiedenen Stellen<sup>1)</sup>. Er unterscheidet drei Serien von Fragmenten: erstens solche, in denen die *actio pro socio* neben anderen Klagen, die zwischen Miteigentümern erwähnt werden, vorkommt; zweitens solche, in denen die *actio pro socio* in der einen oder anderen Beziehung speziell neben der *actio communi dividundo* Erwähnung findet; drittens solche, in denen diese beiden Klagen ganz speziell in Hinsicht auf verschiedene persönliche Ansprüche zwischen Miteigentümern aufgeführt werden.

Bevor wir auf die einzelnen in Betracht kommenden Quellenstellen eingehen, mögen einige Bemerkungen allgemeiner Art in bezug auf die vorliegende Frage vorausgeschickt werden.

Die Frage über den Geltungsbereich der *actio pro socio* steht an sich als Frage rein praktischer Natur in keiner direkten Beziehung zu der Frage, welchen Standpunkt die klassischen römischen Juristen hinsichtlich der allgemeinen Konstruktion der *societas* einnahmen. Reine Konstruktionsfragen spielten bei ihnen überhaupt eine geringe Rolle, — praktische Motive standen für sie an erster Stelle. Dass die vom Verfasser versuchte Rekonstruktion der klassischen *Societas* ein mit unzulänglichen Mitteln unternommener Versuch geblieben ist, ist daher nicht ausreichend, um allein daraufhin mit Sicherheit behaupten zu können, die *actio pro socio* habe ausserhalb des Gebietes der gesellschaftsrechtlichen Gemeinschaft keine Anwendung gefunden. Die Frage muss in concreto nachgeprüft werden. Immerhin müssen auch in dieser Beziehung gewisse allgemeine *rationes dubitandi* aufgeworfen werden.

Erstens einmal widerspricht die Ausdehnung einer typischen Kontraktklage auf ausserkontraktliche Rechtsverhältnisse dem ganzen, noch festgefügtten Aktionensystem des klassischen römischen Rechts. Sodann musste der infamierende Charakter der *actio pro socio* ein schwerwiegendes Hindernis für eine solche Ausdehnung darbieten. Endlich spricht die sehr bestimmte Stellung, welche namentlich Ulpian im fr. 31 D. 17, 2<sup>2)</sup>

1) p. 84—92, p. 129—138.

2) Der einleitende Satz: „*ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet*“ wird übrigens auch vom Verfasser als echt angesehen, indem er den Ausdruck *societas* hier in seinem Sinne versteht; bloss der Nachsatz: *nec enim sufficit et rel.* und die ihm angefügten Beispiele werden von ihm bestritten.

und Gajus im fr. 2 pr. D. 10, 3 einnehmen, entschieden gegen eine solche Ausdehnung.

Hinzu kommt noch, dass eine *actio pro socio utilis*, die letzten Endes allein in Frage kommen könnte, in den Quellen nirgends erwähnt wird, — im schroffen Gegensatze zur *actio communi dividundo*, bei der dies mehrfach der Fall ist <sup>1)</sup>. Aber, wie gesagt, diese allgemeinen Erwägungen sind an sich nicht entscheidend. Es muss auf die Einzelentscheidungen der römischen Juristen eingegangen werden.

1) An erster Stelle werden folgende eng verbundene Fragmente vom Verfasser angeführt <sup>2)</sup>: fr. 1 § 10 D. 9, 3: *si plures in eodem coenaculo habitent unde dejectum est, in quemvis actio (sc. de effusis et dejectis) dabitur, — fr. 3 eod.: et quidem in solidum, sed si cum uno fuerit actum ceteri liberabuntur, — fr. 4 eod.: perceptione non litiscontestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.*

Die Wahl der Fragmente kann nicht eben als sehr glücklich bezeichnet werden, wenn berücksichtigt wird, dass sie nicht von Miteigentums-, sondern von einfacher Wohnungsgemeinschaft handeln. Darüber setzt sich der Verfasser mit der kurzen Bemerkung hinweg: *cohabitanti sono consequentemente anche i condomini* <sup>3)</sup>, — als ob das immer der Fall sein müsste und Paulus gerade an einen solchen Fall gedacht hätte. — Im übrigen weist Ein darauf hin, dass im fr. 4 cit. neben den Worten „*perceptione non*“ (was in diesem Falle nicht interessiert) die Worte „*vel utili actione*“ interpoliert seien <sup>4)</sup>. Er sagt in dieser Beziehung wörtlich: *se l'utilis actio è interpolata, come ammettono alcuni, non rimane che la prima, d. h. die actio pro socio.* Dass sein Gewährsmann Levy <sup>5)</sup> auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht und die Frage, welche Klagemittel zwischen Interessenten,

Über den entsprechenden einleitenden Gajussatz spricht er sich, wie wir gesehen haben, überhaupt nicht aus.

1) V. Berger, o. c. p. 29 sqq.

2) p. 84.

3) Übrigens spricht er, wie schon erwähnt worden ist, auch einfachen Mitbewohnern, zum mindesten soweit sie Mieter sind, wohlwollenderweise auf S. 124 A. 1 gleichfalls die *actio pro socio* zu, um sie nicht ohne Schutz zu lassen.

4) p. 85 mit Hinweis auf Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, I p. 286 (richtig p. 238) A. 6 und Bonfante, *Istituzioni* <sup>8</sup> p. 377 n. 2.

5) Bonfante a. a. O. berührt dieses Moment überhaupt nicht.

die nicht zugleich Gesellschafter sind, an Stelle der *actio utilis* in Betracht kommen müssten, in spezieller Anwendung auf *contutores* einer eingehenden Untersuchung unterwirft<sup>1)</sup>, wird vom Verfasser nicht einmal angedeutet, geschweige denn näher betrachtet. Ebenso wenig Berücksichtigung findet das ihn inhaltlich widerlegende Ulpianfr. 5 § 4 D. 9, 3, wo es in einem analogen Falle heisst: *cum autem legis Aquiliae actione propter hoc (sc. effusa et dejecta) quis condemnatus est, merito qui ob hoc quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam Labeo dicit adversus dejectorem, quod verum est. Plane si locaverit dejectori etiam ex locato habebit actionem*<sup>2)</sup>. Zum Schlusse legt Ein an dieser Stelle sich selbst die Frage vor, wie es komme, dass im gegebenen Falle die Kompilatoren die *actio communi dividundo* mit Stillschweigen übergehen, während im allgemeinen die *actio pro socio* und *comm. div.* nebeneinander erwähnt werden<sup>3)</sup>, ohne an den naheliegenden Einwand zu denken, was wohl die letztere Klage selbst vom Standpunkte seiner eigenen Theorie mit rein obligationsrechtlicher Wohnungsgemeinschaft zu tun haben könne.

Das nächste Fragment, auf das sich der Verfasser im gegebenen Zusammenhange beruft, ist das Ulpianfr. 63 § 9 D. 17, 2: *si servo legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet. An tamen pro socio iudicio communicari debeat cum herede socii quaeritur. Et ait Julianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari et posse hanc sententiam defendi Julianus ait: non enim propter communionem hoc acquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem sed propter suam partem acquisierit.*

Der Verfasser<sup>4)</sup> weist darauf hin, dass erstens: *dal contesto non si vede se lo schiavo è diventato comune con la volontà dei domini oppure è stato legato ecc. e non si vede in somma se esso è comune „cum societate aut sine societate“, esprimendosi coi termini del fr. 2 (pr.) D. 10, 3; sodann: essa (sc. actio pro socio) viene negata non perchè il socius-condomino sopra-*

1) Levy, o. c. I p. 230 ff.

2) Die unglückliche Fassung des Fragmentes hebt den allgemeinen Sinn desselben nicht auf.

3) p. 85, 86.

4) p. 86, 87, cf. p. 105 A. 3 i. f.

vissuto e l'heres socii non fossero socii, ma soltanto perchè uno dei condomini non ha acquistato propter societatem, bensì propter partem suam. È lecito argomentare che nel caso contrario, cioè quando l'acquisto fosse avvenuto propter societatem o communione, l'erede del socio potrebbe agire con l' actio pro socio per conseguire la comunicazione dell' acquisto.

Es fällt nicht schwer nachzuweisen, dass sowohl der Ausgangspunkt, wie der Schluss des Verfassers etwas voreilig sind. Wir haben es im gegebenen Falle mit einem Responsum von Sabinus zu tun, welches den Anlass zur Betrachtung der übrigen Juristen — Pomponius, Julian und Ulpian — geboten hat. Aus dem ganzen Zusammenhange und der Art und Weise der Behandlung der aufgeworfenen konkreten Frage ergibt sich vor allem, dass sie nur auf dem Boden gesellschaftsrechtlicher Gemeinschaft erwachsen konnte.

Es handelt sich um Erwerb durch einen gemeinsamen Sklaven. In dieser Beziehung galten für Erwerb aus Gesellschaft und aus Miteigentum ganz verschiedene Grundsätze: im ersteren Falle kam das allgemeine Prinzip in Frage, welches in den fr. fr. 9—13 D. 17, 2 (unter Ausschluss der societas omnium bonorum, deren Bestehen bekanntlich nicht präsumiert wurde — l. 7 pr. D. 17, 2) seinen Ausdruck findet, in dem zweiten Falle das Prinzip, welches im fr. 5 pr. D. 45, 3 formuliert wird. Im Fragmente wird ausdrücklich nur auf das erste Prinzip Bezug genommen. — Seine Anwendung auf den Fall, wo ausser den zwei Gesellschaftern, die Miteigentümer des Sklaven waren, welchem der verstorbene Miteigentümer aus seinem Vermögen ein legatum sine libertate hinterlassen hatte, noch andere Gesellschafter in Frage kamen, die nicht zugleich Miteigentümer des Sklaven waren, erledigt sich einfach: hoc (sc. legatum) ad solum socium pertinet. Die Frage wird jedoch verwickelter, wenn der Erbe des verstorbenen Gesellschafters Ansprüche auf Herausgabe seines Teils am Legat erhebt: als successor in universum jus defuncti kann er in dieser Beziehung offenbar keinen Anspruch aus Anlass der Liquidation des Vermögens der früheren Gesellschaft, die durch den Tod seines Erblassers der Auflösung verfiel, erheben; — kann er es aber nicht in seiner Eigenschaft als Miteigentümer des Sklaven eventuell mittels actio pro socio tun? Dies war die Frage, die Sabinus als respondierender Jurist vorgelegt bekam und in kürzester Form, da Responsen bekanntlich

nicht näher motiviert zu werden brauchten, in verneinendem Sinne beantwortete. In derartigen Fällen musste natürlich immer neben der prozessualtechnischen Seite, — um welche Klageformel es sich handeln könnte, — und zwar an erster Stelle die materiellrechtliche Grundlage des Anspruchs berücksichtigt werden. War eine solche nicht vorhanden, so fiel die prozessualische Frage von selbst fort und brauchte nicht besonders erörtert zu werden. Im Hinblick hierauf sahen sich weder Sabinus noch die späteren Juristen, die den interessanten Fall in Betracht nahmen, gemüssigt auf diese prozessualische Seite näher einzugehen. Aus der blossen Erwähnung des *societatis iudicium* lassen sich mithin überhaupt keine Schlüsse hinsichtlich der Zuständigkeit dieser Klage zwischen blossen Miteigentümern ziehen. Damit kommen alle Künsteleien des Verfassers in Fortfall: auch dies Fragment ist in keiner Richtung geeignet seine Auffassung zu stützen.

Ein drittes Fragment ist das von Ulpian zitierte Papinianfr. 52 § 10 D. 17, 2: *socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis et sortem cum certis usuris intra quattuor menses postquam opus reffectum erit recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habeat, [potest tamen pro socio agere ad hoc ut consequatur quod sua interest. Finge enim malle eum suum consequi quam dominium insulae]. Oratio enim Divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor menses dominium dedit.*

Dass das vorliegende Fragment von den Kompilatoren verschiedentlich einer Retusche unterworfen worden ist, ist zweifellos<sup>1)</sup>. Am weitesten geht Pringsheim, der unter anderem den ganzen eingeklammerten Absatz als interpoliert ansieht. Der Verfasser wendet sich gegen diese letztere Behauptung, — *nella sostanza io non vedo perchè la decisione non possa esser classica*. Dies erscheint von seinem Standpunkt aus sehr verständlich, wenn berücksichtigt wird, dass bei Weglassung des streitigen Absatzes seine Berufung auf das vorliegende Fragment einfach gegenstandslos wird. Seine eigene Interpretation des Fragmentes geht von folgenden Voraussetzungen aus<sup>2)</sup>. Einerseits sei es undenkbar, dass nach Ablauf der viermonatlichen Frist das Eigentum am restaurierten Gebäude automatisch auf den Miteigentümer übergehe, ohne dass er das Recht hätte hierauf zu

1) S. die Literaturnachweise beim Verfasser, p. 88 A. 1.

2) p. 89.

verzichten preferendo ottenere le sue spese anche dopo la scadenza del termine di quattro mesi. Unter dieser Voraussetzung sei das angefochtene Wort „malle“, welches è sempre un verbo latino, durchaus am Platze. Andererseits lasse die Pringsheimsche Auffassung, selbst angenommen dass sie richtig sei, die Frage offen: con quale azione il condomino può agire contro gli altri entro quattro mesi nel caso che i condomini non avessero conchiuso la „societas“, falls die actio pro socio nicht anwendbar sein sollte. Es bleibe dann nur die actio communi dividundo übrig. Da aber diese Klage im klassischen Rechte manente communione nicht anstellbar war, so ergebe sich bloss il mezzo mastodontico di chieder la divisione dell' insula. Ma — fügt Ein hinzu — nessuno può costringere il giudice ad aggiudicare la casa al condomino che aveva fatto il restauro di essa. Das hätte unter Umständen die grössten Schwierigkeiten im Gefolge haben müssen. Auch von diesem Standpunkte bleibe nur eine Annahme nach: die Zulässigkeit der actio pro socio auch unter blossen Miteigentümern. Der wahre Sinn des Fragmentes würde dementsprechend folgender sein: innerhalb von vier Monaten sind die Miteigentümer, die sich an den durch den Umbau des gemeinsamen Gebäudes verursachten Unkosten nicht beteiligt haben, verpflichtet den auf sie fallenden Anteil an denselben unter Zuschlag von 12% demjenigen von ihnen, der diese Unkosten getragen hat, zu ersetzen, e consequentemente il socio diligente può esperire l' actio (pro socio) per avere rimborsate le spese con 12% godendo il privilegio dell' esecuzione. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist geht das Gebäude in das volle Eigentum des ersatzberechtigten Miteigentümers über, falls er es nicht vorzieht, auf dieses ihm auf Grund der oratio Divi Marci zukommende Recht zu verzichten. Tut er solches, so kann er auch dopo quattro mesi esperire l'actio pro socio per avere „quod sua interest“: insomma può scegliere quella via, che è aperta prima dell' oratio divi Marci (cf. Gaj. 32 D. 39, 2).

Bevor wir auf das Fehlerhafte in der Argumentation des Verfassers eingehen, müssen wir uns vor allem mit der Auffassung von Pringsheim auseinandersetzen. Wir sind in dieser Beziehung mit dem Verfasser insofern einig, als der streitige Absatz inhaltlich durchaus Papinian zugeschrieben werden kann. Dafür sprechen u. E. schwerwiegende innere Gründe. Inhaltlich ist der Absatz von grosser Feinheit und füllt, vom praktischen Stand-

punkt aus angesehen, eine fühlbare Unklarheit im Texte der Oratio in bezug auf die Sachlage nach Ablauf der viermonatlichen Frist bei Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses in sehr befriedigender und glücklicher Weise aus, insoweit der Erwerb des betreffenden Gebäudes zu Volleigentum dem Interesse des ersatzberechtigten Gesellschafters und Miteigentümers nicht entspricht und mit Schwierigkeiten in bezug auf das im übrigen fortdauernde Gesellschaftsverhältniss verknüpft erscheint. Setzen wir den Fall, dass seinerzeit ein ergastulum oder Rennstall etc. auf gemeinsame Rechnung der Gesellschafter zu Miteigentum erworben war, welche Gebäude dem Gesellschaftszwecke zu dienen hatten; die obligatorischen Verpflichtungen dauern in dieser Beziehung auch im Falle des Überganges des betreffenden Gebäudes in das Volleigentum des ersatzberechtigten Gesellschafters fort, seine Verfügungsfreiheit über das Gebäude bleibt gehemmt, die Beitreibung von Geldsummen, deren er benötigte und in Hinsicht auf welche er auf die Zahlung der Ersatzkosten für seine Reparaturverwendungen rechnete, bleibt nunmehr in der Schwebe, — was soll er tun? Papinian weist durch seine Auslegung der Oratio auf den eventuellen Ausweg hin, der bei dem infamierenden Charakter der actio pro socio ein sehr reales Druckmittel für die säumigen Genossen enthält. Dies ist die eine Seite. Andererseits bleibt bei Streichung des Passus nichts als eine mehr wie banale Periphrase der Oratio übrig, die Papinians nicht würdig ist und zudem unerklärt lässt, was wohl Ulpian, dessen Ediktskommentar dieser Auszug aus Papinian ohne Hinzufügung irgendwelcher eigener Erörterungen entnommen ist, bewogen haben könnte, sich mit einem so nichtssagenden Zitate aus Papinian zu begnügen.

Hieraus folgt natürlich nicht, dass die Schlüsse, welche der Verfasser aus der alleinigen Erwähnung der actio pro socio im Fragmente ziehen zu können glaubt, richtig sein müssten. Hiergegen spricht schon, dass Ulpian, dessen vom Verfasser in keiner Hinsicht widerlegte Auffassung der societas in fr. 31 D. 17, 2 sehr deutlich ausgeführt ist, in dieser Beziehung dem Ausspruche Papinians — bei vorausgesetzter und soeben u. E. nachgewiesener inhaltlicher Authentizität desselben — nichts hinzuzufügen für nötig befunden hat. Dazu tritt noch folgendes hinzu.

Zunächst ist die Annahme des Verfassers, dass die Klage, welche die Oratio für die Zeit vor Ablauf der viermonatlichen

Frist zugunsten des ersatzberechtigten Miteigentümers vorsieht, eine der Gemeinschaftsklagen und insbesondere die *actio pro socio* sein müsse, vollkommen ausgeschlossen. Die *actio pro socio* gehört zu den *bonae fidei iudicia*. Die Klage der *Oratio* ist *stricti juris*: sie sieht das höchste erlaubte Prozentfixum — *centesimae usurae* — vor und verleiht dem ersatzberechtigten Miteigentümer im Konkurse des ersatzpflichtigen Genossen das Konkursprivileg, was beides zur *actio pro socio* nicht stimmt. Es kann sich nur um eine spezielle *condictio ex lege* von der Art handeln, welche Paulus im fr. un. D. 13, 2 im Auge hat, wenn er sagt: *si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere experiamur, ex lege agendum est*. Dass eine solche Klage, wie zuweilen angenommen wird<sup>1)</sup>, für die klassische Zeit überhaupt nicht in Frage komme, ist undenkbar: es genügt daran zu erinnern, dass seit der Abfassung des *Edictum Perpetuum* und dem damit verbundenen Wegfall weiterer rechtsschöpferischer Tätigkeit des Prätors solche *condictiones ex lege* schon in klassischer Zeit in zunehmendem Masse an Bedeutung gewinnen mussten. — Dass neben dieser Klage *ex oratione* D. M. die mit ihr nominell konkurrierenden Klagen *pro socio* und *communi dividundo*, deren Gajus in dem vom Verfasser angezogenen fr. 32 D. 39, 2 (welches, wie der Verfasser S. 190 selbst vermerkt, in die Zeit vor dem Erlass der *Oratio* fällt) Erwähnung tut, ihre praktische Bedeutung im gegebenen Falle verlieren mussten, ist einleuchtend.

Was sodann die Lage nach Ablauf der viermonatlichen Geltungsfrist der erwähnten *condictio* betrifft, so ist folgendes zu bemerken. Der Verfasser nimmt irrigerweise an, dass auch in diesem Falle die *actio communi dividundo* eine Rolle spielen konnte. Dies ist praktisch vollkommen ausgeschlossen: der ersatzberechtigte Miteigentümer erhielt ja auf Grund der *Oratio* unmittelbar Volleigentum an dem Gebäude, welches er auf seine Kosten wiederhergestellt hatte, zudem unter Ausschluss irgendwelcher Ersatzverpflichtungen hinsichtlich der säumigen Genossen, wie das dem sozialpolitischen Zwecke der *Oratio* entsprach — möglichst wirksame Kautelen für den Wiederaufbau verfallender *aedes communes* zu schaffen. Was konnte einen einfachen Miteigentümer unter diesen Umständen bewegen, auf das horrende Privileg, welches ihm durch die *Oratio* in den Schoß fiel, zu verzichten?

1) V. Girard, *Manuel élémentaire du droit romain* 7, p. 643 n. 3, wo weitere Literatur angeführt wird.

Das einzige Band, welches ihn mit seinen Genossen verknüpfte — das gemeinsame Gebäude — war zu seinem alleinigen Vorteil zerrissen. Was wollte er denn noch mehr? Lagen sonstige Ansprüche seinerseits vor, die auf dem Boden des Miteigentumsrechts am Gebäude gegen seine ehemaligen Miteigentümer erwachsen waren — sei es auf Grund besonderer Vereinbarungen hinsichtlich der Nutzung, der Einkünfte aus dem Gebäude u. dgl., sei es durch Verletzung seines Miteigentums- oder Mitbesitzrechtes, durch Schädigung des Gebäudes u. s. w. — so blieben solche bestehen und konnten auf Grund der betreffenden Spezialklagen beigetrieben werden, worauf weiter unten noch einzugehen sein wird. Von Schutzlosigkeit des ersatzberechtigten Miteigentümers bei Fehlen der *actio pro socio* kann mithin in keiner Hinsicht die Rede sein.

Anders konnte die Lage sich darstellen, wenn zwischen den Miteigentümern des gemeinsamen Gebäudes ein Gesellschaftsverhältnis bestand: hier war das einigende Band an sich von ganz anderer Natur, das Miteigentum an den einen oder anderen Sachen, soweit ein solches überhaupt bestand, spielte häufig bloss eine sekundäre Rolle. Im Hinblick hierauf konnte auch die Frage von Bedeutung werden, ob der wegen Verwendungen auf das gemeinsame Gebäude ersatzberechtigte Miteigentümer unter Verzicht auf die Wohltat der *Oratio* zur *actio pro socio* greifen könne, worüber eine direkte Bestimmung in der *Oratio* fehlte. Schon das Gesagte genügt, um zu dem Schlusse zu kommen, dass Papinian bei Erwähnung der *actio pro socio* nur Miteigentum aus Gesellschaftsvertrag im Auge haben konnte. Bestätigt wird dieser Schluss durch folgende weitere Erwägungen: erstens einmal durch die Aussage des Gajus im fr. 32 D. 39, 3, welche sich auf die Zeit vor der *Oratio* bezieht und wo neben der *actio pro socio* die *actio communi dividundo* erwähnt wird; sodann zweitens, wenn berücksichtigt wird, in welchem Zusammenhange das Zitat aus Papinian im fr. 52 § 10 D. h. t. 17, 2 von Ulpian vorgebracht wird. Es folgt auf ebensolche Zitate in den unmittelbar vorhergehenden §§ 6—9 desselben Fragments, die dem liber III *Responsorum Papinians* entnommen sind: in allen diesen Paragraphen handelt es sich ausgesprochenermassen nur um *societas* im technischen Sinne. Dies spricht entschieden dafür, dass der § 10 gleichfalls demselben Buche der *Responsen* entnommen ist, in welchem Papinian eine

ganze Reihe von Spezialfragen aus dem Gebiete der societas der Betrachtung unterzog, wozu er als ehemaliger magister libellorum des Septimius Severus ganz besonders geeignet war. Der Fall, aus Anlass dessen die ganze Frage akut wurde, ist ja offensichtlich dem frisch pulsierenden Rechtsleben entnommen, nicht etwa ein Produkt theoretischer Tüftelei. Auch dies spricht gegen die Autorschaft der Kompilatoren. Dass bei der Betrachtung der konkreten Frage eine Anknüpfung an die Bestimmungen der Oratio D. M. stattfinden musste, ist ganz selbstverständlich. In welcher Weise Papinian dies getan hat und wie es bei ihm zum Ausdruck gekommen ist, dass es sich in concreto um Gesellschafter und nicht um Miteigentümer überhaupt handle, lässt sich wegen der verstümmelten Form, in der die Kompilatoren in ihrer Verkürzungssucht seinen Ausspruch unter Zerreißung des Zusammenhanges zwischen den Anfang und das Ende des Fragmentes hineingeschoben haben, nicht mehr feststellen. Sei dem wie ihm wolle, soviel ist klar: dafür, dass Papinian auf Grund dieser Stelle die actio pro socio unter blossen Miteigentümern für statthaft hielt, liegt auch nicht der Schatten eines Beweises vor.

Die nächste Stelle, auf die sich der Verfasser beruft, ist das Pomponiusfr. 39 D. 17, 2<sup>1)</sup>: Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio.

Der Verfasser spricht sich gegen Biondi's Auffassung aus, es müsse Interpolation vorliegen, da der Tatbestand, von dem das Fragment ausgeht, keinen Hinweis auf das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages enthalte. Ein antwortet hierauf einfach: ma basta rilevare che Pomponio nel libro 13 ad Sab. trattava della societas. Unwillkürlich fragt man sich: folgt etwa hieraus, dass Pomponius unter societas dasselbe verstanden hat, wie der Verfasser? Das wäre doch wohl zu beweisen, um so mehr da Pomponius in bezug auf die Erbengemeinschaft, welche der Verfasser auch als societas anzusehen geneigt ist, im fr. 37 e. t. anderer Ansicht ist. Ein weiteres Argument Biondi's, der es für höchst unwahrscheinlich hält, dass Pomponius mit solcher Sicherheit die actio pro socio zwischen Miteigentümern als solchen hätte zulassen können, wo doch Ulpian im fr. 2 § 1 D. 11, 7 die Frage eingehend in Verbindung mit der weiteren Frage über

---

1) p. 90.

die Grenzen der Zulässigkeit der prätorischen *actio in factum* gegen den, *qui mortuum in locum alienum intulit*, behandelt, ohne der *actio pro socio* Erwähnung zu tun, — erledigt der Verfasser durch die kurze Bemerkung: *ma perchè non possono concorrere due azioni, l' actio pro socio e l' actio in factum?* Da muss man doch wieder fragen: ist denn durch blossen Hinweis auf eventuell denkbare Klagenkonkurrenz die präjudizielle Frage der Zulässigkeit der *actio pro socio* zwischen Miteigentümern als solchen schon im bejahenden Sinne entschieden? Das läuft doch wieder darauf hinaus, dass zu Beweisendes als bewiesen angenommen wird. Überzeugendere Belege zur Begründung der Authentizität des vorliegenden Fragmentes werden vom Verfasser nicht vorgebracht. Ihm genügt vollkommen, dass es nach seiner Ansicht mit seiner Theorie übereinstimmt. Das *onus probandi* des Gegenteils überlässt er seinen Gegnern. Sehr offen ist dieser Standpunkt in einer Bemerkung ausgedrückt, die ihm in anderem Zusammenhange, nämlich bei Besprechung der Frage, ob die oben erwähnte prätorische Klage zwischen Miteigentümern im klassischen Rechte zulässig war, entschlüpft<sup>1)</sup>: *secondo la testimonianza di Pomponio (ad Sabinum) l. 39 D. 17, 2, si poteva per il seppellimento fatto dall' altro condomino, agire contro questo con l' actio pro socio. Il testo non dice se in ogni condominio o solo „cum societate“, ma secondo la nostra tesi la esperibilità dell' actio pro socio è naturale per ogni condominio. Daraufhin werden die widersprechenden Quellenstellen, fr. 2 § 1 D. 11, 7, fr. 43 D. 11, 7, mit Berufung auf eine Reihe anderer Schriftsteller kurzerhand als interpoliert abgefertigt. Weiter kann die Befangenheit wohl nicht getrieben werden<sup>2)</sup>.*

Abschliessend ist zu sagen, dass nur zweierlei übrig bleibt. Entweder muss Biondi beigetreten werden, oder aber wir müssen, was u. E. wahrscheinlicher ist, voraussetzen, dass Pomponius im ursprünglichen Zusammenhange seiner Erörterungen, der uns verloren gegangen ist, die von ihm im Fragmente aufgeworfene

1) p. 249 A. 1.

2) Dabei ist noch zu bemerken, dass die in der neueren Literatur erörterte Interpolationsfrage, auf die der Verfasser hinweist, sich nicht etwa auf das fr. 39 cit. und die *actio pro socio*, sondern auf eine ganz andere Frage — eben auf die Frage über den Geltungsbereich der prätorischen *actio in factum* in Anwendung auf Miteigentümer im klassischen Recht — bezieht.

Frage in spezieller Hinsicht auf Gesellschaftsverhältnisse behandelt hat, was auch die Einfügung des verkürzten Fragments in den Digestentitel pro socio 17, 2 erklären würde. Was die Frage betrifft, ob neben der actio pro socio für Gesellschafter und neben der actio communi dividundo beziehungsweise a. familiae erciscundae für sonstige Miteigentümer — auf welche beide Klagen Ulpian im fr. 2 § 1 i. f. D. 11, 7 hinweist — ausserdem den einen wie den anderen die prätorische actio in factum (welche Ulpian im fr. 6 § 6 D. 10, 3 ohne eigene direkte Stellungnahme erwähnt, und welche unter dem Namen eines interdictum de mortuo inferendo auch im verderbten Papinianfr. 43 D. 11, 7 auftaucht) zustand oder nicht, so ist, wie es auch der Verfasser tut, diese Frage im bejahenden Sinne zu beantworten, da die Klage auf selbständigem Fundament beruht<sup>1)</sup>.

Das letzte Fragment, das der Verfasser am gegebenen Orte zur Sprache bringt, ist das Pomponiusfr. 62 D. 17, 2: Si Titius cum quo mihi societas erat decesserit egoque cum putarem Titii hereditatem ad Sejum pertinere, communiter cum eo res venderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Sejus abstulerit, te, quia re vera Titii heres es, partem a me redactae pecuniae societatis iudicio non consecuturum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretia percepissem, neque interesse, utrum per se partes meas vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. Alioquin eventurum, ut etiam, si duo socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit partem alteri societatis iudicio praestare debeat. Sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione forte a Sejo consecuturus sis, quicquam mihi praestare debere, quia quod ad Sejum pervenerit, tuarum partium pretium sit nec ad me habentem meum quicquam ex eo redire debeat.

Der Verfasser bemerkt hierzu<sup>2)</sup>: (il testo) parla del iudicium societatis all' erede del socio anche senza che „ego“ e l' heres Titii avessero contratto alcuna società, weist darauf hin, dass il iudicium societatis è negato solamente perchè „ego“ non ha conseguito più di quello che gli spetta, und fügt hinzu: se Pomponio (o Sabino) avesse assolutamente negato la possibilità del iudicium societatis tra „ego“ e l' erede di Titio, avrebbe accennato

1) Vgl. Berger, o. c., p. 118 sqq.

2) p. 91.

a qualche altra azione, forse alla *condictio*. Das stimme aufs schönste mit seiner Auffassung der *societas re* überein: la cosa si spiega benissimo con la nostra tesi.

Das vorliegende Fragment bietet, gleich dem früher erörterten Fragment 63 § 9 D. 17, 2, ein typisches Beispiel eines zu Schulzwecken benutzten konkreten Rechtsfalles, welcher die Grundlage des von Neratius und Aristo erteilten *Responsum* bildet. Tu, der wahre Erbe des Titius, bestreitet nicht den gemeinsamen Verkauf der betreffenden Erbschaftssachen seitens des Ego und des Putativerben Sejus, wünscht aber in seiner Erbenqualität als Miteigentümer von Ego seinen Anteil am Erlös von ihm erstattet zu haben und fragt an, ob dies im Hinblick darauf, dass Ego und der verstorbene Titius in einem Sozietätsverhältnis zueinander gestanden hatten, im Wege der Anstellung der *actio pro socio* möglich sei. — Es entsteht somit wiederum, wie in dem Falle, welcher im fr. 63 § 9 D. h. t. 17, 2 vorlag, die doppelte Frage: erstens, ob überhaupt materiellrechtlich ein Anspruch des Tu gegen Ego vorliege, und zweitens, ob derselbe im bejahenden Falle prozessual durch das *societatis iudicium* durchzusetzen sei. Die Beantwortung der ersten Frage ist offenbar von präjudizieller Bedeutung für die zweite.

Sowohl Neratius wie Aristo, denen Pomponius zustimmt, geben auf die erste Frage eine verneinende Antwort, indem sie bei dem vorliegenden Tatbestande die materiellrechtliche Möglichkeit eines Anspruches des Tu gegen Ego verneinen, da Ego als Miteigentümer nur das Seinige aus dem Erlöse erhalten habe, woraus sich die Verneinung der zweiten Frage für sie von selbst ergibt. Damit ist die Frage für den respondierenden Juristen erledigt, der keine Veranlassung hatte darauf einzugehen, ob bei veränderter Sachlage, nämlich falls der Ego ein Mehr als ihm zukam aus dem Erlöse erhalten habe, die Sozietätsklage oder eine andere Klage zuständig sei. Aus dem Schweigen der Juristen über diesen Punkt lässt sich mithin keineswegs entnehmen, dass sie prinzipiell die *actio pro socio* zwischen blossen Miteigentümern für zulässig hielten. — Mehr noch: der Schlusssatz des Fragmentes *alioquin eventurum et sqq.*, welcher jedenfalls späteren Ursprungs sein muss und wohl von Pomponius eingefügt ist, exemplifiziert die sinnlosen Konsequenzen, zu denen die entgegengesetzte Meinung führen müsse, gerade an dem Beispiel einer wahren *societas*, — ein neuer Beleg dafür,

wie fremd den klassischen römischen Juristen der ganze Gedankengang des Verfassers war. Als Beweis für die These desselben kann auch das angezogene Fragment in keiner Beziehung in Frage kommen.

2) Wir wenden uns nunmehr der zweiten Serie von Fragmenten zu, auf die sich der Verfasser beruft. Sie behandeln speziell die Frage über die Beziehungen zwischen der *actio pro socio* und der *actio communi dividundo*<sup>1)</sup>.

Grundlegende Bedeutung (*il testo fondamentale*) schreibt der Verfasser dem Paulusfr. 1 D. 10, 3 zu: *communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem.*

Der Verfasser wendet sich gegen die Auffassung von Arrangio-Ruiz, der die Stelle für interpoliert hält, wobei neben anderen vom Standpunkte des Verfassers aus weniger wesentlichen Gründen darauf hingewiesen wird, dass im Fragment die *communio* als mit der *societas* untrennbar verbunden angesehen werde. Der Verfasser sieht umgekehrt gerade hierin einen sehr gewichtigen Beweis für die Richtigkeit seiner Theorie<sup>2)</sup>: questo testo distingue la sfera dell' *actio pro socio* da quella dell' *actio communi dividundo*: siccome l' *actio pro socio* comprende soltanto le pretese tra i partecipanti alla *communio* (che è la stessa *societas*), era necessario introdurre una nuova azione per la divisione delle cosa. Damit stimme, dass l' *actio communi dividundo* nella sua figura originaria era adatta solo per quello che non era compreso nell' *actio pro socio*.

Die Behauptung von Arrangio-Ruiz ist hyperkritisch und schießt in diesem Punkte über ihr Ziel hinaus, die Beweisführung des Verfassers aber mehr wie fadenscheinig. An sich besagt der Text inhaltlich bloss, dass bei Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses die *actio pro socio* als solche die *actio communi dividundo* nicht überflüssig macht, da die erstere Klage nicht auf Teilung gerichtet ist. Das ist sehr richtig, berechtigt aber noch lange nicht zu dem Schlusse, dass bei jeder sonstigen *communio* und im besonderen bei Gemeinschaft aus Miteigentum gleichfalls nur die *actio pro socio* in Frage kommen

---

1) p. 129 ff.

2) p. 130.

könne. Davon steht im Fragment kein Sterbenswort. Vom Standpunkt des Verfassers angesehen bleibt es zudem ganz unbegreiflich, wie die Kompilatoren bei ihrer angeblichen durchgreifenden Revision des sog. klassischen Sozietätsbegriffes das Fragment überhaupt in einer Fassung aufnehmen konnten, welche ihrer „neuen“ Auffassung der *societas stracks* widersprechen soll.

Der Verfasser scheint dies selbst gefühlt zu haben, da er sich zur Bekräftigung des von ihm Gesagten auf zwei weitere Fragmente beruft<sup>1)</sup>: fr. 43 D. 17, 2: *si actum est communi dividundo non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit*, — in Verbindung mit fr. 2 § 5 D. 10, 2: *In hoc iudicium (sc. familiae erciscundae) etsi nomina non veniant, tamen, si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni*.

Der Verfasser bemerkt hierzu: nelle azioni divisorie probabilmente nella loro forma originaria questa „*nominum ratio*“ non entra. Abbiamo attestazioni esplicite solamente per l' *actio familiae erciscundae*, mentre non l' abbiamo per l' *actio comm. div.* Dies wird nun dadurch erklärt, dass nell' *actio familiae erciscundae* si opera con le stipulazioni, mentre nell' *actio communi dividundo* questo non era necessario, perchè era l' *actio pro socio* in cui si teneva conto dei „*nomina*“.

Sehen wir im Interesse des Verfassers davon ab, dass er bei dieser Gelegenheit seinen eigenen Ausspruch vergessen hat<sup>2)</sup>: la necessità di ammettere l' *actio pro socio* tra gli eredi è indispensabile, perchè l' *actio fam. erc.* è esperibile solo una volta cioè per liquidare definitivamente lo stato della comunione dei beni ereditari, und beschränken wir uns auf seine am gegebenen Orte angeführten Erwägungen. In dieser Hinsicht ist zweierlei festzustellen. Erstens spiegelt sowohl das fr. § 5 D. 10, 3 als auch das fr. 43 D. 17, 2 nur historische Reminiszenzen wider, da für die Zeit des klassischen römischen Rechts die Prästationsfunktion der *actio communi dividundo* und das *nominum rationem habere* in Verbindung mit der Adjudikationsfunktion der Klage keinem Zweifel unterliegen kann, was ja auch der Verfasser in-

1) p. 131.

2) p. 103, A. 2 i. f.

direkt selbst zugibt. Dann kann aber das eine Fragment nicht zur Bekräftigung des anderen im Sinne des Verfassers dienen. Was sodann das Fehlen des *nominum rationem habere* bei der *actio fam. ercisc.* betrifft, so übersieht der Verfasser, dass die Ausbildung der Prästationsfunktion bei der Erbteilungsklage durch die Geltung des Prinzips *nomina ipso jure divisa sunt* in eigentümlicher Weise beeinflusst wurde und vorkommendenfalls zu weitgehendem Abschluss von *stipulationes de eorum divisione* führen musste, deren eben deshalb Ulpian im fr. 2 § 5 cit. und Gajus im fr. 3 D. eod. t. 10, 2 besondere Erwähnung tun. In Verbindung hiermit steht auch der Ausspruch Julians im fr. 51 § 1 D. 10, 2: *item si tu justam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius quam familiae erciscundae iudicium negotium distrahere velles, tibi quoque permittendum erit hereditatem petere: nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur: veluti si ego debitor hereditarius sim, iudicio familiae erciscundae non consequeris id quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris.* Das steht alles meilenweit fern von der *actio pro socio*, um die es dem Verfasser zu tun ist, und schliesst jedes *tertium comparationis* aus.

Noch unverständlicher ist die Berufung des Verfassers auf das fr. 38 § 1 D. 17, 2 in Verbindung mit dem Schlusssatze des oben angeführten fr. 43 D. h. t., in denen die Frage der Konkurrenz zwischen der *actio pro socio* und *communi dividendo* erörtert wird<sup>1)</sup>: fr. 38 § 1 D. 17, 2: *si tecum societas mihi sit et res ex societate communes. quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis vel pro socio vel communi dividendo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait. fr. 43 D. e. t. i. f.: sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.*

Die Ausführungen des Verfassers sind überaus verworren. Zunächst sagt er: nel primo testo il Levy ha con buon fondamento dimostrato l'interpolazione, giacchè non è affatto vero che altera actione alteram tolli, quando queste due azioni hanno sì diverse funzioni. In dieser Beziehung hat er Levy gründlich missverstanden: es handelt sich nicht um si

1) p. 132.

diverse funzioni, sondern um Verschiedenheit der causae und in diesem Sinne um alia res bei beiden Klagen, wie Levy sehr deutlich feststellt. Was die si diverse funzioni betrifft, so sagt er ebenso deutlich: „unstreitig waren im Stadium der Liquidation Forderungen auf Schadensersatz, Herausgabe von Früchten oder Verwendungserstattung im Rahmen beider Judizien verfolgbar; sollten sie nun mangels eadem res doppelt beigetrieben werden können?“<sup>1)</sup> Im weiteren Verlauf heisst es denn bei dem Verfasser auch: *le due azioni non concorrono, ma si cumulano. Ma siccome anche nell' actio comm. div. possono venire alcune pretese, sarebbe ingiusto conseguire due volte con mezzi diversi lo stesso, worauf er mit erneuerter Berufung auf Levy mit den Worten schliesst: insomma si tratta della consunzione giudiziale.* Das ist sehr richtig, hat aber gar keinen Zusammenhang mit seiner These. Dafür übergeht der Verfasser den springenden Punkt mit Schweigen, nämlich dass Paulus im fr. 38 § 1 cit. ausdrücklich von einer wahren *societas* spricht. Dies ergibt sich aus den Worten des Fragments „*et res ex societate communes*“, welche Worte im Hinblick auf die vorhergehende Erwähnung „*si tecum mihi societas sit*“ eine sinnstörende Tautologie darstellen würden, wenn Paulus unter *societas* das verstanden hätte, was dem Verfasser beliebt.

Damit wäre die Beweisführung Ein's auch in bezug auf die soeben besprochene Serie von Fragmenten erledigt.

3) Zum Schlusse lässt der Verfasser eine Reihe von Fragmenten Revue passieren, in welchen in Beziehung auf verschiedene Ansprüche zwischen Miteigentümern die *actio pro socio* und *communi dividundo* genannt werden. Er teilt sie in vier Gruppen ein<sup>2)</sup>.

Die erste Gruppe umfasst Fälle, in welchen über den Ersatz von Verwendungen, die einer der Miteigentümer hinsichtlich der gemeinsamen Sache vorgenommen hat, gehandelt wird. Nach Hinweis auf das unmittelbar vorher von ihm angeführte fr. 38 § 1 D. 17, 2, welches im gegebenen Falle ihm keinen Anlass zu besonderen Bemerkungen bietet, geht der Verfasser zur Betrachtung des Ulpianfr. 52 § 12 D. 17, 2 in Verbindung mit dem Paulusfr. 19 § 4 D. 10, 3, von dem bloss der erste Satz zitiert wird, über.

1) Konkurrenz der Aktionen und Personen II, p. 140, p. 141.

2) p. 133 ff.

Das fr. 52 § 12 cit. lautet: item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum Cassius scripsit. Im Anfangssatze des fr. 19 § 4 cit. heisst es: Aquarum iter in iudicium communi dividendo non venire Labeo ait; nam aut ipsius fundi est et ideo in iudicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus.

Der Verfasser setzt sich mit beiden Fragmenten folgendermassen auseinander<sup>1)</sup>. In bezug auf das erstere sagt er: evidentemente il rivus communis può significare il canale per esercitare la servitus aquaeductus, appartenente al fondo comune (cfr. 1 § 2 D. 43, 21). Questo testo ha una portata generale e si riferisce al condominio come tale: eppure si menziona la sola actio pro socio. Hieraus wird für das zweite Fragment, in dem die Impensenfrage überhaupt nicht berührt wird, folgende Nutzanwendung gezogen: come si vede, il communi dividendo iudicium era escluso al tempo di Labeone e conseguentemente non si potevan far valere anche le pretese per il rimborso delle spese fatte sull' aquarum iter, ma si poteva agire coll' actio pro socio, come dietro Cassio ammette Paolo (soll heissen Ulpiano). Weitere Argumente werden nicht vorgebracht.

Leider ist die Interpretation beider Fragmente eine ganz unhaltbare. Beide Fragmente behandeln ganz verschiedene Fragen und stehen in absolut keinem Zusammenhange miteinander. Was zunächst das fr. 52 § 12 D. 17, 2 betrifft, so bleibt es ganz unverständlich, wie Ein auf den Gedanken kommen konnte, es handle sich um eine Wasserleitungsservitut zugunsten eines gemeinsamen Grundstückes, welches von einem Kanal, der das Grundstück durchläuft, gespeist wird. Davon steht im Fragmente nichts. Unverständlich bleibt auch sein Hinweis auf das fr. 1 § 2 D. 43, 21. In diesem Fragment erläutert Ulpian sowohl in dem vom Verfasser angezogenen § 2, wie in den folgenden §§ 3—8 gewisse schon zu seiner Zeit antiquierte schwerverständliche Ausdrücke, welche der Prätor in seinem interdictum de rivis anwendet. Von Miteigentum ist überhaupt keine Rede, — es handelt sich, wie der § 9 des fr. cit. auseinandersetzt, um den possessorischen Schutz der servitus aquae ducendae. Dass solche Servituten bestanden, ist ja genügend bekannt. Mit

1) p. 133.

unserer Frage hat dies aber nichts zu tun. Das fr. 52 § 12 D. 17, 2 behandelt den Fall eines *communis rivus* und nicht den eines *communis fundus*. Die anliegenden Grundstücke stehen jedes im Volleigentum des betreffenden Eigentümers und Nachbarns, gemeinsam ist nur der die beiden Grundstücke trennende Bach. Was nun die gegenseitigen Beziehungen zwischen den beiden Anliegern in Hinsicht auf die Benutzung des gemeinsamen Wasserlaufs betrifft, so können diese an sich natürlich sehr verschiedener Art sein: sie können sowohl auf gesellschaftlicher, wie auch auf ausserkontraktlicher Grundlage beruhen. Im letzteren Falle, mit dem wir es hier allein zu tun haben, da die Anlieger als solche nur den Bach gemeinsam haben, ist normalerweise eine Vereinbarung über die Art der Nutzung und der ganzen Behandlung des Baches zwischen ihnen anzunehmen, welche ihrerseits, im Hinblick auf das gemeinsame Interesse am Bache, wiederum normalerweise in Form einer *societas unius rei* abgeschlossen wird, obgleich auch andere Vertragsformen — mietweise Benutzung oder Vorliegen eines *Innominatkontraktes* etc. — denkbar sind: ganz vertragslose Verhältnisse sind im gegebenen Falle, zum mindesten auf die Dauer, aus naheliegenden Gründen in praxi ziemlich ausgeschlossen, da das Bedürfnis einer Verständigung zur Vermeidung unnützer Streitigkeiten ein zu grosses ist, und eventuell, falls eine solche nicht zu erreichen war, mit Gewalt zur Anstrengung der Teilungsklage drängen musste, wobei die endgültige Regelung der Frage nicht mehr von den Petenten, sondern vom Teilungsrichter abhing. Fassen wir diese naheliegenden Erwägungen ins Auge, so ist es schon hieraus klar, dass Cassius, selbst wenn er rein theoretisch an die Frage herangetreten wäre, die Frage unmöglich durch einen blossen Hinweis auf die *actio pro socio* hätte für erledigt halten können. Eine solche theoretische Monographie von seiner Hand über eine derartige Spezialfrage ist jedoch ein reines Gedanken Ding. Wir haben es offenbar mit einem konkreten Responsum des Juristen zu tun, dem der oben erörterte Normalfall zugrunde lag. Dies wird ausser Frage gestellt, wenn berücksichtigt wird, dass das Zitat aus Cassius im Ediktskommentar Ulpian's an einer Stelle angeführt wird, wo er eine ganze Reihe von Zitaten aus den Werken römischer Juristen, welche sich auf Sozietät beziehen, vorbringt. Dies ist bei der allgemeinen Einstellung Ulpian's zum Sozietätsproblem, die im fr. 31 h. t. 17, 2 Ausdruck

gefunden hat, ausschlaggebend. Unmöglich hätte Ulpian, den der Verfasser vergeblich zu seinem Kronzeugen zu stempeln versucht, eine so prinzipiell von der seinigen abweichende Ansicht des Cassius, wie sie der Verfasser letzterem zuschreibt, ohne jeden Widerspruch in seinen Kommentar aufnehmen können.

Damit kommt auch der sonderbare Schluss in Wegfall, den der Verfasser in bezug auf das zweite von ihm in Betracht gezogene fr. 19 § 4 D. 10, 3 zieht. Ein genaueres Eingehen auf dieses überaus bestrittene Fragment<sup>1)</sup>, welches die Impensenfrage gar nicht berührt, erübrigt sich unter diesen Umständen. Nur soviel sei gesagt, dass in ihm nicht Miteigentum als solches, sondern das dingliche Nutzungsrecht am iter aquarum, welches zwei Miteigentümern eines Grundstücks an einem dritten fremden Grundstück zusteht, in bezug auf die Anwendbarkeit der actio communi dividendo behandelt wird.

Weiterhin wird vom Verfasser das Paulusfr. 19 § 2 D. 10, 3 herangezogen, in welchem es heisst: *si per eundem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividendo vel pro socio agi posse*. Der vom Verfasser weggelassene Schluss des Fragmentes lautet: *quae enim communio juris separatim intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum*.

Der Verfasser macht sich auch in diesem Falle die Sache leicht. Er meint: *la congettura più plausibile è forse il pensare che Pomponio ammettesse solo l' actio pro socio ed escludesse la communi dividendo mentre il „durius“ è probabilmente un glossema*. Zur Begründung wird angeführt: *per l' actio pro socio si può argomentare coll' analogia del communis rivus — also wieder Cassius! — e l' actio communi dividendo dev' esser esclusa per mancanza del diritto suscettibile della divisione. L' actio negotiorum gestorum dev' esser pure esclusa, come ha fatto già il Riccobono, perchè non si gerivano gli affari altrui*.

Die Beweisführung des Verfassers ist wiederum sehr brüchig. Was zunächst den Tatbestand anbetrifft, so handelt es sich auch hier nicht um Miteigentum, sondern, wie Berger sehr richtig bemerkt<sup>2)</sup>, um eine Wegegerechtigkeit, die mehreren Personen in ihrer Eigenschaft als Eigentümer mehrerer herrschender

1) Vgl. Berger, Teilungsklagen p. 51 ff.

2) o. c. p. 49.

Grundstücke zusteht. Hierauf weist sowohl die Wendung „*via nobis debetur*“ — nicht „*via communis*“, worauf Berger aufmerksam macht — als auch Paulus' Frage: „*quae enim communio juris separatim intellegi potest*“ hin, welche Frage, wenn es sich um Miteigentümer eines und desselben herrschenden Grundstückes handeln würde, zu dem eine Wegegerechtigkeit gehörte, einfach sinnlos wäre. Praktisch ist ein solches Verhältnis in diesem und in analogen Fällen, wie bei Bestellung von Wassernutzungsrechten, häufig vorgekommen. Nicht umsonst enthalten die Quellen eine ganze Reihe von Bestimmungen, die auf solche Fälle gemünzt sind: es genügt, auf die fr. fr. 2 §§ 1. 2, fr. 14 D. 8, 3, fr. 15 D. 8, 4, fr. 4 D. 43, 20 hinzuweisen. Von hier aus rückt auch die Kontroverse zwischen Paulus und Pomponius erst ins rechte Licht. Zweifellos ist es für beide, dass jeder der Nachbarn an sich ein selbständiges dingliches Wegerecht für sein eigenes Grundstück, nicht aber für ein fremdes erwerben kann. Das dürfen ja, nebenbei gesagt, nicht einmal Miteigentümer in bezug auf ihr gemeinsames Grundstück ohne Einverständnis tun. Es könnte sich mithin im gegebenen Falle nur um eine selbständige, nicht auf Miteigentumsrecht am herrschenden Grundstücke, sondern auf dinglichem Mitbenutzungsrecht als solchem beruhende Gemeinschaft handeln. Ist eine solche möglich? Dies ist der springende Punkt, hinsichtlich dessen die beiden Juristen, wie Berger a. a. O. sehr schön auseinandersetzt, voneinander abweichen. Pomponius bejaht ihn, Paulus ist entgegengesetzter Meinung. Natürlich bezieht sich der Streit nicht auf den Fall, wenn eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Frage von den Beteiligten vorgenommen ist: dann, aber auch nur dann, kann von *actio pro socio* die Rede sein. Eine solche Regelung zwischen im übrigen miteinander in keinen Beziehungen stehenden Volleigentümern verschiedener Grundstücke kann aber doch nicht präsumiert werden. Wie steht es in sonstigen Fällen, wo eine derartige Beredung nicht vorliegt? Dies ist letzten Endes der Punkt, um den der Streit geführt wird. Wir haben keine Veranlassung am gegebenen Ort auf das Nähere einzugehen, da alles Nötige in dieser Beziehung von Berger auseinandergesetzt ist. Pomponius hat, wie Berger mit Hinweis auf Julian — fr. 4 D. 43, 20 — darlegt, eine *actio communi dividundo utilis* im Auge, die mit der normalen Teilungsklage in diesem Falle nichts als den Namen gemein hat, Paulus spricht

sich für die *actio negotiorum gestorum (contraria)* aus. Diese letztere a limine abzulehnen und daraufhin auf Interpolation zu schliessen, wie es Riccobono und mit Anlehnung an ihn der Verfasser tun, liegt absolut kein Grund vor: der Betreffende muss nur nachweisen können, dass die Aufwendungen auf den Weg, dessen Instandhaltung an sich im Interesse beider Wegeberechtigten liegen musste, von ihm nicht nur im eigenen, sondern zugleich im wohlverstandenen Interesse des anderen Teils vorgenommen worden seien, welches er im Auge gehabt habe. Ob er dies in concreto nachweisen kann oder nicht, ist eine reine Tatfrage. Die Ausdehnung der Klage auf derartige Fälle ist in einer ganzen Reihe von Quellenstellen bezeugt<sup>1)</sup>. Dass alle solche Quellenstellen aus nachklassischer Zeit stammen beziehungsweise dass inhaltliche Interpolation vorliege, ist nicht nachzuweisen und schon an sich höchst unwahrscheinlich. Seit Wegfall der selbständigen rechtsschöpferischen Tätigkeit des Prätors war das Bedürfnis eines Ersatzes derselben durch die Jurisprudenz, sei es auf direktem Wege oder durch Einflussnahme auf die kaiserlichen Reskripte, von selbst gegeben. — Der Verfasser, der über die Sachlage überhaupt nicht im klaren ist, übergeht den erwähnten Kernpunkt der ganzen Kontroverse vollkommen. Oder sollte er auch hier eine *societas re* annehmen? Was bleibt denn dann von diesem Begriffe überhaupt übrig? Mit dem an sich irrthümlichen Hinweise auf Cassius, der zudem einen ganz anderen Tatbestand im Auge hat, ist die Sache noch lange nicht abgetan. Weitere Bemerkungen erübrigen sich.

An letzter Stelle weist der Verfasser im gegebenen Zusammenhange auf das Gajusfr. 32 D. 39, 2 hin, ohne es wörtlich anzuführen<sup>2)</sup>. Es lautet in dem hier interessierenden Absatz: *nam etsi unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividendo.*

Ein begnügt sich mit dem Hinweise, dass hier in der Tat beide Klagen genannt werden, und fügt bloss hinzu: *ma in un altro testo esaminato da noi prima, cioè nella l. 52 § 10 D. 17, 2*

1) Vgl. statt aller Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts<sup>9</sup>, II § 431 sub 4, n. 12.

2) p. 134.

si parla nel caso analogo soltanto dell' *actio pro socio*. Abbiamo espresso già il nostro dubbio circa l' *actio communi dividundo*. Gemeint ist der streitige Satz im betreffenden Papinianfragment, in welchem es vom *socius*, qui *cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit*, heisst: *potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat*. Das Nötige hierüber ist von uns bei Betrachtung des letzteren Fragmentes schon gesagt (s. oben S. 50 ff.), und es liegt kein Anlass vor hierauf zurückzukommen.

Das inhaltlich vom Verfasser sorgfältig ausgehöhlte Gajusfr. 34 D. 17, 2<sup>1)</sup>, in welchem unter anderem auch von Impensenersatz die Rede ist, wobei die *actio pro socio* zwischen blossen Miteigentümern und Miterben ausdrücklich ausgeschlossen wird (s. oben S. 41), wird im gegebenen Zusammenhange mit Schweigen übergangen.

Nach Erledigung der Impensenfrage geht der Verfasser zur Frage über den Anteil von Miteigentümern am Fruchtgenuss der gemeinsamen Sache und sonstigem Erwerb aus ihr über.

Zunächst kehrt er nochmals zu dem von ihm schon in anderem Zusammenhange behandelten Paulusfr. 38 § D. 17, 2 zurück, in welchem unter anderem aus Anlass von Fruchterwerb aus der gemeinsamen Sache gesagt wird, dass hieraus entstehende Ansprüche *vel pro socio vel communi dividundo iudicio* begetrieben werden können. Es scheint ihm nicht klar, welche Rolle die *actio comm. div.* in diesem Falle spielen könne. Seine Meinung geht dahin, dass diese Klage in bezug auf Ansprüche aus Fruchterwerb, soweit es sich bloss um Früchte handelt, von Hause aus nicht anwendbar sei. Die Begründung lautet<sup>2)</sup>: *se uno solo dei condomini ha acquistato i frutti vuol dire che egli solo era in possesso della cosa e si dovrebbe poter ottenere i frutti con la rei vindicatio o con una condictio distinta, come è nel diritto classico la regola nella rei vindicatio*. Come proprietario il condomino acquista i frutti con la *separatio* e non si può più parlare dell' *adjudicatio dei frutti* perchè il condomino è già proprietario di una certa quantità di essi.

Es liegt hier ein offenes Missverständnis seitens des Verfassers vor. Die Quellen sprechen sich über diesen Punkt sehr bestimmt aus. Julian sagt im fr. 25 D. 22, 1: *qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus quos ex eo perce-*

1) p. 122.

2) p. 135.

perit invito vel ignorante socio, non majore ex parte suos facit, quam ex qua dominus praedii est nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur. Aus diesem Fragmente ergibt sich, dass der Erwerb von Früchten an der betreffenden Sache — zudem bloss pro rata parte — nicht auf Grund blosser separatio, sondern erst durch perceptio erworben werden kann, was auch ganz verständlich ist, da bis zu diesem Zeitpunkte die fructus separati wie die Muttersache selbst im Miteigentume stehen. Falls der Miteigentümer als solcher, also wissentlich, sich ein Mehr oder gar alle Früchte angeeignet hat, so erwirbt er an diesem Mehr kein Eigentum und kann selbst nicht als bonae fidei possessor gelten. Ob ein solches Mehr vorliegt oder nicht, ist eine Tatfrage. Die hieraus entspringenden Ansprüche der übrigen Miteigentümer sind bei Einleitung des Teilungsverfahrens in bezug auf die gemeinsame Sache schon im klassischen Rechte zu berücksichtigen, und die Geschädigten sind keineswegs gezwungen, dieserhalb zu Umwegen zu greifen. Hierzu kommt noch, dass zu den Früchten auch die sog. fructus civiles gehören können, in bezug auf welche die separatio überhaupt keine Rolle spielt. — Was im übrigen diese Erörterungen des Verfassers mit dem Geltungsbereich der actio pro socio zu tun haben sollen, bleibt sein Geheimnis, da er sich mit der allgemeinen Formel begnügt: in somma in questa funzione dell' actio comm. div. ci sono delle questioni che abbisognano di uno schiarimento. Das besagt im gegebenen Falle gar nichts.

Ferner weist der Verfasser auf das Gajusfr. 28 § 1 D. 45, 3 hin: si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique acquiri. Sed eum, cujus ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis judicio de parte recipienda recte acturum. Idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus acquirat.

Der Text geht von dem Satze des römischen Sklavenrechts aus, laut welchem aller Erwerb, den ein gemeinsamer Sklave selbst auf Kosten des Vermögens eines der Miteigentümer durch Stipulation mit einem Dritten gemacht hat (falls dies ohne speziellen Hinweis auf den betreffenden Mitherrn bei Abschluss der Stipulation geschehen ist, cf. ib. § 3), allen Miteigentümern zufällt; jedoch könne, fügt Gajus hinzu, der hierdurch Betroffene in solchem Falle von den übrigen das ihnen materiell sine causa

Zugefallene mittels der *actio pro socio* oder *communi dividundo* zurückfordern. Der Verfasser argumentiert in gewohnter Weise folgendermassen <sup>1)</sup>: evidentemente coll' *actio comm. dividundo* si può ottenere il suo solo alla divisione della cosa. Se accanto ad essa è nominata l' *actio pro socio* senza dire gli speciali presupposti di questa, ciò vuol dire che ogni condomino può agire con essa prima della divisione e forse anche dopo; ma il *iudicium comm. div.* come mezzo possibile per pretese personali è immaginabile solo perchè nella divisione della cosa vengono considerate anche le pretese.

In diesen Worten tritt die irrtümliche Grundvoraussetzung, von welcher der Verfasser in diesem und in einer Reihe von analogen Fällen ausgeht, besonders schroff zu Tage. Er gibt sich keine Rechenschaft von der wahren Bedeutung der Prästationsfunktion der *actio communi dividundo* (wie auch *mutatis mutandis* der *actio pro socio*). Diese Bedeutung besteht darin, dass den Beteiligten in Verbindung mit dem Anspruche auf Teilung die Möglichkeit einer gleichzeitigen Verrechnung verschiedener zwischen den Miteigentümern entstandener persönlicher Ansprüche gegeben wird, die auf dem Boden ihrer Beziehungen zueinander oder zu Dritten erwachsen können, — das sog. *nominum rationem habere* (cf. l. 43 D. 17, 2). Dies setzt doch offenbar voraus, dass die betreffenden Ansprüche an sich bestehen. Jeder solche Anspruch, mag es ein Anspruch aus Verwendungen, aus Fruchterwerb etc. sein, beruht auf einer bestimmten *causa* und setzt eine entsprechende Spezialklage voraus. Im gegebenen Falle ist es die *condictio* auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung. Will der blosse Miteigentümer nicht die Teilungsklage, deren Gegenstand in concreto der gemeinsame Sklave ist, anstellen, so bleibt es ihm unbenommen zur *condictio* zu greifen. Von einer Lücke, die nur durch Zulassung der *actio pro socio* zwischen blossen Miteigentümern ausgefüllt werden konnte, kann mithin gar keine Rede sein. Damit fällt das einzige Argument, worauf sich der Verfasser hier beruft, vollkommen zusammen. Denn falls der betreffende Anspruch des Klägers nach allgemeinen Grundsätzen überhaupt nicht zu substantiieren war, konnte auch die *actio pro socio* im Verrechnungsverfahren keine Hilfe gewähren.

---

1) p. 135.

Schliesslich verweist der Verfasser a. a. O. noch auf das Paulusfr. 19 pr. D. 9. 4, welches mit Fruchterwerb übrigens nichts zu tun hat. Das Fragment, welches den Fall behandelt si in re communi mea et tua damnum dederit Titii servus, unter welchen Umständen gegen Titius die actio legis Aquiliae noxalis Platz greift, lautet in dem uns hier allein interessierenden Schlussteil: si alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit (sc. servus) et ob id ab utroque dominus sit absolutus, recte dicitur eum, cui noxae deditus sit, alteri teneri communi dividundo iudicio, ut communicet servum noxae sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.

Der Verfasser bemerkt zu diesem Fragment <sup>1)</sup>: il testo dice cosa impossibile per il diritto classico, perchè attribuisce all' actio comm. div. una funzione diametralmente opposta alla sua destinazione: coll' azione divisoria si crea una communio pro indiviso. Se questa frase stava nel testo originario, doveva necessariamente esservi l'actio pro socio in luogo dell'a. c. d.

Bei der Betrachtung des Fragmentes, welches deutliche Spuren von Interpolation aufweist, ist davon auszugehen, wie es auch der Verfasser in anderem Zusammenhange mit Berufung auf Levy tut <sup>2)</sup>, dass jeder der Miteigentümer unmittelbar mit der Noxalklage nur den ihm persönlich zugefügten Schaden einklagen konnte. Dagegen konnte sich der Herr des schuldigen Sklaven mittels noxae deditio desselben an den als Kläger auftretenden Miteigentümer von jeder weiteren Verantwortung wegen des zugefügten Schadens auch dem anderen Miteigentümer gegenüber befreien. Da jedoch der Sklave vom Standpunkte der internen Beziehungen zwischen den Miteigentümern der geschädigten Sache aus angesehen als Äquivalent für den gesamten Schaden, der beiden zugefügt war, erscheinen musste, so entsprang hieraus zugunsten desjenigen Miteigentümers, der durch die noxae deditio des Sklaven um seine eigene Klage gegen den früheren Herrn desselben gebracht worden war, ein persönlicher Anspruch gegen seinen Widerpart auf Übereignung des Sklaven zu Miteigentum. Zur Durchsetzung dieses Anspruches konnte der Geschädigte auch in diesem Falle zu einer condictio auf Grund ungerechtfertigter Bereiche-

1) p. 135, vgl. p. 222—223.

2) p. 219.

rung greifen<sup>1)</sup>. Nur soviel ist dem Verfasser zuzugeben, dass in concreto die gemeine Teilungsklage, die sich ja nur auf die geschädigte *res communis*, nicht auf den *servus noxae deditus* beziehen konnte, nicht in Frage kommt. Hieraus folgt aber keineswegs, dass die *actio pro socio*, welche im Fragmente überhaupt nicht erwähnt wird, eine Rolle spielen konnte. Die Sache liegt u. E. vielmehr folgendermassen. Gajus hat, da die *actio comm. div. manente communione* zu seiner Zeit nicht zulässig war, auf die Bereicherungsklage hingewiesen. Die Kompilatoren haben an ihrer Stelle die *actio comm. div.* in ihrer neuen Funktion als Prästationsklage *manente communione* ins Fragment hineininterpoliert. Dies allein entspricht allgemeinen Grundsätzen und der historischen Entwicklung sowohl der *condictio sine causa*, wie der Teilungsklage im römischen Rechte.

Im weiteren Verlauf kommt der Verfasser auf eine Reihe von Fragmenten zu sprechen, bei denen es sich um die Folgen der Solidarhaftung von Miteigentümern eines gemeinsamen Sklaven aus Rechtsgeschäften oder Delikten desselben, durch die ein Dritter in Mitleidenschaft gezogen worden ist, handelt<sup>2)</sup>. Der eine Miteigentümer ist mittels der betreffenden adjektivischen oder Noxalklage in *solidum* zugunsten des Dritten kondemniert worden. Es fragt sich, welche Klage ihm gegenüber seinen Genossen zwecks proratorischer Repartition des hierdurch erlittenen Schadens zusteht.

In bezug auf zwei von diesen Fragmenten — fr. 25 D. 10, 3 und fr. 27 § 8 D. 15 (gemeint ist der Titel D. 15, 1) — beschränkt sich der Verfasser darauf, hinzuweisen, dass in beiden Fragmenten die *actio pro socio* und *a. comm. div.* nebeneinander erwähnt werden, ohne sich auf weiteres einzulassen. Von den fr. fr. 13 § 2 — 14 D. 14, 3, wo dasselbe stattfindet, sagt er bloss, dass sie keiner Reinigung bedürften, da *nel primo testo è evidente una societas vera e propria* — der Ausdruck klingt im Munde des Verfassers sehr hübsch —, e conseguentemente qui veramente si può aggiungere all' *actio comm. div.* l' *actio pro*

1) Berger, o. c. p. 205 i. f., p. 229 denkt in diesem Falle an eine *actio comm. div. utilis*. Diese Klage kann u. E. nur im Sinne einer mit der *condictio* konkurrierenden Klage in Frage kommen.

2) p. 135, 136.

socio, perchè non ha bisogno di schiarimenti<sup>1)</sup>. Unter diesen Umständen hat es unsrerseits keinen Zweck auf diese Stellen einzugehen. — Näher berührt der Verfasser nur das Paulusfr. 6 § 1 D. 9, 4<sup>2)</sup>: si servo meo in nave vel in caupona utaris et damnum mihi det vel furtum faciat, quamquam et furti actio et damni injuria mecum sit, haec tamen actio (sc. adversus nautas caupones stabularios), quia in factum est, etiam servi mei nomine adversus te competit. Idem dicetur, etsi communis sit. Tu tamen, quod mihi praestiteris ejus nomine, vel communi dividendo vel pro socio actione aut si partem vel totum conduxisti, etiam ex conducto habebis me obligatum.

Der Gesichtspunkt, unter welchem das Fragment die Aufmerksamkeit des Verfassers auf sich zieht, ist ein sehr merkwürdiger. Er findet es höchst wichtig (molto importante), dass im Schlusssatze des Fragmentes neben der actio comm. div. è nominata senz' altra spiegazione l'actio pro socio, ma prima di nominare l' actio conducti si spiega la ragione perchè si dà quest' azione, und wirft die Frage auf: ora perchè non spiega nello stesso modo anche l' esperibilità dell' actio pro socio, se il condominio di per sè non forma anche un rapporto di societas! Für ihn ist die Antwort damit von selbst gegeben.

Wir haben keinen Anlass auf das Fragment, welches im höchsten Grade revisionsbedürftig erscheint, an diesem Orte näher einzugehen, und wollen uns nur mit folgender Bemerkung begnügen: dem Verfasser scheint der sehr einfache Gedanke nicht gekommen zu sein, dass solche Klagen, wie die actio conducti, an sich mit Gemeinschaftsverhältnissen als solchen nichts zu tun haben, auch unabhängig von ihnen gegeben sein können und, insoweit sie mit den Klagen aus Gemeinschaft auf Grund von Gesellschaftsvertrag und Miteigentum konkurrieren, jedenfalls auf ganz anderem Fundamente beruhen, weshalb eine Erwähnung desselben sehr natürlich erscheint. Wie kann hieraus ein neuer und noch gar als höchst wichtig bezeichneter Beweis für die Zulässigkeit der actio pro socio zwischen blossen Miteigentümern geschmiedet werden?

1) Über alle hier genannten Texte s. Levy, o. c., an den in seinem Quellenindex angeführten Orten.

2) p. 136, vgl. p. 248.

Es bleiben noch zwei Fragmente zu erwähnen, in welchen eine deterioratio beziehungsweise corruptio des gemeinsamen Sklaven dem einen Miteigentümer gegenüber dem anderen zur Schuld fällt und die Ansprüche, die hieraus für den geschädigten Miteigentümer erwachsen, betrachtet werden<sup>1)</sup>. Es sind dies das Ulpianfr. 9 pr. D. 11, 3 und das Paulusfr. 10 D. 9, 4.

Das erstere Fragment lautet: *si quis servum communem meum et suum corruperit, apud Julianum... quaeritur, an hac actione (sc. de servo corrupto) teneri possit, et ait teneri eum socio. Praeterea poterit et communi dividendo et pro socio, si socii sint, teneri, ut Julianus ait.* (Die Fortsetzung des Fragments interessiert im gegebenen Falle nicht.) — Das zweite Fragment besagt: *sed et eo nomine agere cum socio poterit, quod servum communem deteriore fecit, quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriore fecisset. Ceterum si nihil praeterea post noxae deditionem commune habebit pro socio vel, si socii non fuerunt, in factum agi poterit.*

Der Verfasser reibt sich an den Wendungen: „*si socii sint*“ — „*si socii non fuerunt*“ mit dem Ausrufe: *ma è strano questo „si socii sint“, perchè ogni condomino è „socius“,* und schliesst hiéras, dass diese Wendungen von den Kompilatoren hineininterpoliert sind. Nach früher Gesagtem verlohnt es nicht auf diese Art von Argumentation einzugehen: der Verfasser will es nun einmal nicht einsehen, dass der Ausdruck „socius“ einen verschiedenen Sinn hat, je nachdem ob es sich um Gesellschafter oder um blosse Miteigentümer handelt. — Über die Frage, wie mit dieser Begründung des Verfassers der ausdrückliche Hinweis von Paulus im fr. 10 D. 9, 4 cit. auf die *actio in factum* stimmt, welche mit Ausschluss der *actio pro socio „si socii non fuerunt“* dem durch die Deterioration des Sklaven geschädigten Miteigentümer zugebilligt wird, schweigt sich der Verfasser a. a. O. vollkommen aus. Er kommt aber auf diese Frage in anderem Zusammenhange, nämlich bei Behandlung der strittigen Frage zu sprechen, ob *actiones noxales* im klassischen Rechte zwischen Miteigentümern zulässig waren (was er verneint). Bei dieser Gelegenheit stellt sich heraus, dass nach seiner Ansicht ausser den Worten „*vel si socii non fuerunt*“ auch die Worte „*in fac-*

1) p. 136, 137, vgl. in bezug auf das fr. 10 D. 9, 4 auch p. 248—251

tum“ interpoliert sind<sup>1)</sup>. Von der an sich durchaus sachgemässen Voraussetzung ausgehend, dass es sich im gegebenen Falle um die *actio de servo corrupto* handle und ein vom deteriorierten Sklaven an einem Dritten begangenes Delikt supponiert werde (cf. fr. 9. 17 D. eod.), welches eventuell die *noxae deditio* des schuldigen Sklaven an den geschädigten Dritten zur Folge haben konnte, — führt der Verfasser folgendes aus: im letzteren Falle, *se egli* (der Deteriorator des Sklaven) *invece aveva consegnato lo schiavo al terzo, leso dal delitto del servo, allora, siccome l'actio de servo corrupto cade (!), l'altro socio può con l'actio pro socio (che crediamo esser qui l'unica vera e classica) conseguire i danni per il servo perduto per colpa dell' altro.*

Weshalb die *actio de servo corrupto* unter den gegebenen Umständen fortfallen soll, bleibt dunkel. Die Haftung der Miteigentümer aus dem an einem Dritten begangenen Delikt des Sklaven gegenüber diesem Dritten hat doch an sich nichts mit der Deterioration des Sklaven seitens des einen der Miteigentümer, welche in der Begehung des Deliktes zutage getreten ist, zu tun: es liegt in beiden Fällen eine *alia res* vor. Auch die Person des Klägers ist eine verschiedene: im ersten Falle ist der Dritte der Kläger, im zweiten Falle — der unschuldige Miteigentümer. Von einem Wegfall der *actio de servo corrupto* kann keine Rede sein. Die Klage besteht ruhig fort und konkurriert mit den betreffenden Klagen aus Gemeinschaft (cf. fr. 9 pr. D. 11, 3 cit.). Im gegebenen Falle bestand die Schwierigkeit darin, dass die *actio communi dividundo* als gemeine Teilungsklage wegen Mangels eines Teilungsobjektes *post noxae deditioem* — *si nihil praeterea commune habebit* — nicht anwendbar war. Paulus weist nun darauf hin: liegt ein Gesellschaftsverhältnis vor, so kann der durch die Deterioration des Sklaven geschädigte Miteigentümer gegen den Deteriorator als Gesellschafter zur *actio pro socio* greifen; fehlt ein solches Verhältnis — *si socii non sunt* —, liegt also blosser Gemeinschaft aus Miteigentum vor, so bleibt der Betreffende doch nicht schutzlos, — ihm steht immerhin die *actio in factum de servo corrupto* zur Verfügung. Dies ist ganz richtig, schliesst jeden Interpolationsverdacht a limine aus und

1) p. 253, vgl. p. 251, wo das fragliche Fragment im Wortlaute zitiert wird und die Worte „*vel, si socii non fuerint, in factum*“ als interpoliert eingeklammert sind.

widerlegt den Verfasser in vorzüglicher Weise. — Was in Verbindung hiermit von ihm über die *actio pro socio* gesagt wird, ist von keinem höheren Wert, als das von ihm auf S. 137 Geäußerte.

Zum Schluss beruft sich der Verfasser noch auf die Fragmente 45—51 D. 17, 2, in welchen die Frage der Konkurrenz beziehungsweise der Kumulation der *actio pro socio* mit verschiedenen Deliktsklagen betrachtet wird<sup>1)</sup>.

Der Verfasser behauptet, dass die erwähnten Fragmente si riferiscono ad ogni condominio, senza fare nessuna distinzione tra un semplice condominio e condominio con la società. Dabei fehle jeder Hinweis auf die *actio communi dividundo* (ma manca affatto l'*actio communi dividundo*), was dahin verstanden werden müsse, che nell' *actio comm. dividundo* delle pretese si tien conto nella procedura della divisione, ma con l' *actio pro socio* queste si possono ottenere durante la comunione o cessata la comunione. Dazu komme noch — data la facilità di confondere i due istituti così vicini (!): se per poter esperire l' *actio pro socio* tra i condomini dovesse intervenire una esplicita convenzione, i giuristi romani non avrebbero mancato di dichiarar questo, come non mancano in proposito delle altre azioni (per es. *actio conducti* ecc.) di dichiarare che tra i condomini è intervenuto il tale e tal contratto (ad es. 6 § 1 D. 4, 9).

Also: wenn die römischen Juristen die Frage von der Konkurrenz beziehungsweise Kumulation der *actio pro socio* mit verschiedenen Deliktsklagen behandeln, ohne an dieser Stelle der *actio communi dividundo* zu gedenken, und ohne die speziellen Voraussetzungen, bei Vorliegen welcher die *actio pro socio* entsteht, wohlgemerkt: an dieser Stelle, auseinanderzusetzen, — so soll das ein Beweis dafür sein, dass sie unter *societas* dasselbe verstehen, wie der Verfasser. Ist denn die *actio communi dividundo* auch eine Deliktsklage? Bildet die Frage von den Voraussetzungen der Entstehung eines Anspruchs nicht ein gesondertes Thema, welches mit der Konkurrenz- und Kumulationsfrage an sich nichts zu tun hat? — Wie sollten die römischen Juristen auf die perverse Idee gekommen sein, diese Fragen miteinander zu verbinden? Der Verfasser weist in dieser Beziehung als zwingende Veranlassung auf die leichte Möglichkeit hin, die

1) p. 137, vgl. p. 97—98.

beiden Institute der Gemeinschaft aus Gesellschaftsvertrag und aus Miteigentum zu verwechseln, — ja, bestand denn diese Gefahr vom Standpunkte der römischen Juristen überhaupt? Das gehört doch zum *thema probandum* des Verfassers und kann nicht zugleich als Beweis für die angeblich gleiche Auffassung der römischen Juristen dienen. Wir haben es auch in diesem Falle mit einem ganzen Rattenkönig von Missverständnissen zu tun.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Versuch des Verfassers die Anwendbarkeit der *actio pro socio* ausserhalb ihres natürlichen Geltungsbereichs aus den Quellen nachzuweisen auf der ganzen Linie Schiffbruch gelitten hat und als verfehlt zurückzuweisen ist.

## VI.

Es sei gestattet, unserer Kritik der vorliegenden Arbeit Ein's — einer wissenschaftlichen Erstlingsschrift — einige Schlussbemerkungen hinzuzufügen.

Der Ausgangspunkt und die Methode Ein's sind ohne Zweifel verfehlt, die praktischen Konsequenzen, die er in bezug auf den Geltungsbereich der *actio pro socio* im klassischen römischen Rechte zieht, erscheinen ganz unhaltbar. In seiner Arbeit steckt ein gutes Stück reiner Begriffsjurisprudenz in Anwendung auf ein rechtshistorisches Thema, die *realtà delle cose*, — der grundlegende Unterschied zwischen Gemeinschaften aus Gesellschaftsvertrag und aus Miteigentum sowohl im wirtschaftlichen wie im juristischen Sinne, d. h. im Sinne der die betreffenden konkreten Verhältnisse regelnden Rechtsnormen und der aus ihrer Zusammenfassung sich ergebenden Rechtsinstitute, dieser grundlegende Unterschied, den die klassischen römischen Juristen, wie sich aus ihren sehr bestimmten Aussprüchen ergibt, sehr wohl durchfühlten, — ist von Ein nicht erfasst. Dennoch wäre es ungerecht, seiner Arbeit daraufhin kurzerhand jeden wissenschaftlichen Wert abzusprechen. Subjektiv wäre dies ungerechtfertigt, weil seine Arbeit von zweifelloser wissenschaftlicher Begabung des Verfassers, Ernst und eiserner Konsequenz in der Verfechtung seiner Ansichten, sowie bedeutender dialektischer Kunst zeugt, welche *prima facie* wenn nicht überzeugend, so doch gewissermassen suggestiv überredend wirken kann, solange das Fehlerhafte seiner Grundvoraus-

setzungen nicht aufgedeckt ist. Objektiv muss u. E. anerkannt werden, dass seine Schrift entschieden überaus anregend wirkt. Auch an sich verfehlte Theorien, namentlich wenn sie konsequent durchgeführt werden, können in diesem Sinne wissenschaftliche Bedeutung erlangen, indem die Aufmerksamkeit auf neue oder bislang weniger beachtete Fragen gelenkt wird.

Dies ist u. E. bei Ein durchaus der Fall. Einige dieser Fragen wollen wir zum Schlusse kurz andeuten. Vorher sei noch eines vermerkt.

Die unzulässige Hineintragung verwirrender begriffstheoretischer Momente bei der Behandlung rechtshistorischer Fragen steht bei Ein nicht vereinzelt da. Sie ist, von der älteren rechtshistorischen Literatur ganz abgesehen, auch bei hervorragenden Vertretern der neueren Romanistik anzutreffen. Ein markantes Beispiel bildet in dieser Beziehung die Besitzlehre des kürzlich verstorbenen bedeutenden italienischen Romanisten Bonfante, der als Lehrer Ein's einen sehr merkbaren Einfluss auf ihn ausgeübt hat. In seinen ausführlichen, zum Teil fast monographischen Charakter tragenden Anmerkungen zur italienischen Bearbeitung von Windscheids Pandektenlehrbuch <sup>1)</sup> entwickelt er seine allgemeine Auffassung des Besitzes, in welcher er historische und begriffstheoretische Momente in engen Zusammenhang bringt. Der Gesichtspunkt, von dem er hierbei ausgeht und den er historisch zu begründen sucht — das Vorwiegen des Herrschaftsmomentes im Begriffe der römischen *possessio*, dem die *custodia*, das in *possessione esse* gegenübersteht — ist ein typisch begriffsmässiger. Er gleicht dem traditionellen Willensmoment in der früher allgemein herrschenden Lehre wie ein Ei dem anderen, und berührt sich im Ergebnis aufs engste mit der Anschauung v. Savigny's, nur dass der *animus dominantis*, die *ψυχή δεσπόζοντος* der Byzantiner, an die Stelle des nicht quellenmässigen *animus domini* tritt. Im übrigen sieht er wie v. Savigny den sog. abgeleiteten Besitz als anomalen Besitz an und sucht dies aus der Betrachtung der einzelnen Abarten dieses abgeleiteten Besitzes zu begründen. In Verbindung hiermit kommt er auch auf die Entwicklung des Besitzschutzes des Usufruktuars im römischen Rechte zu sprechen und sucht nachzuweisen, dass im Justinianischen Rechte die *juris possessio*

1) Note al B. Windscheid, Il Diritto delle Pandette, I. 3, vol. V p. 351 ff.

des Usufruktuars der rei possessio Platz gemacht habe<sup>1)</sup>. Wir können auf diese unserem gegenwärtigen Thema ganz fernliegenden Fragen, welche von uns an anderem Orte in weiterem Zusammenhange betrachtet werden sollen, hier nicht näher eingehen. Nur soviel sei in bezug auf die spezielle Frage der besitzrechtlichen Lage des römischen Usufruktuars bemerkt: in diesem Punkte tritt die Nichtberücksichtigung der *realità delle cose* in besonders schroffer Form zutage. Die praktisch lebenswichtige Frage, die in diesem Falle zu lösen war, bestand im Bedürfnis der Ausdehnung des selbständigen Besitzschutzes auf den dinglich berechtigten Usufruktuar bei gleichzeitiger Wahrung des von alters her anerkannten selbständigen Besitzschutzes des Eigenbesitzers. Diesem Bedürfnis, welchem die antiquierte einseitige *regula juris: compossessio plurium in solidum esse non potest* nicht entsprach, wurde durch die künstliche Spaltung der *possessio* in die *possessio rei* und *possessio juris* in Anwendung auf die Personalservituten in praktisch zweckmässiger, obgleich logisch mehr wie anfechtbarer Weise die Spitze abgebrochen. Welches Interesse die Kompilatoren daran haben konnten diese Lösung zum Schaden des Eigenbesitzers aufzugeben, ist nicht abzusehen und u. E. aus den Quellen nicht zu erweisen. Im Ergebnis führt der prinzipiell fehlerhafte Ausgangspunkt Bonfante's, wie bei Ein, zu unhaltbaren Schlussfolgerungen, — mit dem Unterschiede, dass sich diese im gegebenen Falle nicht auf das klassische, sondern auf das Justinianische Recht beziehen.

Kehren wir nach dieser Abschweifung, welche für die allgemeine Einstellung Ein's in gewissem Sinne eine Erklärung bieten dürfte, indem sie dieselbe in einem neuen Lichte erscheinen lässt, zu unserem Thema zurück, so wären u. E. folgende Fragen hervorzuheben, zu deren Aufwerfung die Schrift unseres Verfassers Anlass bietet.

Neben dem Vorwiegen des begriffstheoretischen Momentes fällt in seiner Abhandlung die vollständige Verkennung der sog. Prästationsfunktion der *actio pro socio* und der *actio communi dividundo* auf. Diese Verkennung ist in hohem Masse daraus zu erklären, dass das Prästationsproblem in Anwendung auf die römischen Gemeinschaftsklagen in unserer

---

1) o. c. p. 365.

Doktrin bislang einer systematischen Durcharbeitung entbehrt und in seinem Kerne nicht vollkommen klar erfasst ist. Die eingehende Behandlung dieses Problems in der höchst belehrenden Monographie Berger's über die Entwicklung der römischen Teilungsklagen behandelt die Frage naturgemäss nur im Rahmen dieser Klagen; das gemeinsame Moment, welches die erwähnten Klagen in Hinsicht dieses Problems mit der *actio pro socio* verbindet, findet nicht die nötige Berücksichtigung. Andererseits wird die Frage mit dem Kompensationsproblem verquickt, was wiederum eine sehr einseitige Beleuchtung derselben zur Folge hat. Der Kern des Problems besteht in folgendem. Das *praestare* umfasst bei den römischen Gemeinschaftsklagen, möge es sich um vertragsmässige oder ausserkontraktliche Gemeinschaft handeln, zwei sehr verschiedene Gruppen von Fällen.

Die erste Gruppe bilden Einzelansprüche zwischen Gemeinschaftern, welche wiederum doppelter Art sein können.

Erstens gehören hierzu solche Ansprüche, die unmittelbar aus Handlungen oder Unterlassungen der einen Gemeinschaftler gegenüber den anderen entspringen, sei es in erster Linie, wie bei der *societas*, aus Verletzung normaler Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag, oder, wie bei der *communio*, aus Verletzung der betreffenden legalen Verpflichtungen oder spezieller Vereinbarungen in betreff der Nutzung oder Verfügung über die gemeinsame Sache, oder endlich — in beiden Fällen — aus *incidenter* hinzutretenden anderen Gründen, wie aus selbständigem Delikt, Quasidelikt, ungerechtfertigter Bereicherung, eventuell *negotiorum gestio* u. dergl. — Zweitens können Einzelansprüche in Frage kommen, die aus Rechtsgeschäften oder aus sonstigen Beziehungen eines gegebenen Gemeinschaftlers zu dritten Personen entspringen, soweit hierdurch mittelbar die übrigen Gemeinschaftler zu ihren Gunsten oder zu ihren Lasten berührt werden.

In solchen Fällen tritt die *Kon demnationsfunktion* der entsprechenden Gemeinschaftsklagen in reiner Form in Kraft. Bei Ansprüchen zwischen Gesellschaftern ist im klassischen Rechte die *actio pro socio* in jedem Falle zuständig, wobei der Gefahr prozessualer Konsumtion durch *praescriptiones pro actore*, eventuell durch judiziale Stipulationen in *future damno vel lucro pendente* (cf. l. 38 pr. D. 17, 2) vorge-

beugt werden kann. Mit der *actio pro socio* konkurrieren gegebenenfalls die aus dem vorliegenden Tatbestande sich ergebenden besonderen Klagen, wie die *actio negotiorum gestorum*, *actio legis Aquiliae* u. s. w. — Bei Ansprüchen aus Miteigentumsgemeinschaft sind im klassischen Rechte manente *communione* ursprünglich nur die betreffenden besonderen Klagen anwendbar. In einer Reihe von Fällen erwähnen die Quellen daneben seit Julian die *actio communi dividundo utilis*<sup>1)</sup>.

Zur zweiten Gruppe gehören Verrechnungs- und Liquidationsansprüche *ex variis causis* zwischen Gemeinschaftern, — das sog. *nominum rationem habere* (cf. l. 43 D. 17, 2), welche gleichfalls entweder unmittelbar aus Handlungen der Gemeinschaftler gegeneinander oder mittelbar aus den Beziehungen eines gegebenen Gemeinschaftlers zu Dritten erwachsen, insoweit solche die übrigen Gemeinschaftler und in diesem Sinne die Gemeinschaft als solche berühren.

Es dürfte wohl allgemein anerkannt sein, dass solcher Art Verrechnungsansprüche, die im praktischen Resultate auf Saldierung hinauslaufen, auf dem Boden der *societas* ihre Durchbildung erfahren haben und erst in späterer Zeit auf Miteigentumsgemeinschaften aus Anlass des Teilungsverfahrens und in Verbindung mit diesem ausgedehnt worden sind (cf. l. 43 D. h. t. 17, 2 cit.).

Ursprünglich ist die ganze Frage auch bei Vorliegen einer *societas* bloss für den Fall der Liquidation der Gesellschaft aufgeworfen worden. Hierfür spricht insbesondere das fr. 65 § 15 D. 17, 2, welches zweifellos eben solche Verrechnungsansprüche behandelt und eine Ausnahme in der Anwendung auf *societates vectigalium* festlegt, bei denen eine und dieselbe *societas* verschiedene *vectigalia* übernimmt. Das erwähnte Fragment lautet: *nonnunquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum (sc. contractum) pervenerit*. Der Sinn dieses vielfach missverstandenen Fragmentes ist folgender: gemeinhin findet das Verrechnungsverfahren nur im Falle der Auflösung der Gesellschaft statt. Verfolgt aber die Gesellschaft, wie das z. B. („*veluti*“)

1) Vgl. hierüber Berger, o. c., *passim*.

bei Vektigalgesellschaften häufig der Fall sein konnte, verschiedene Unternehmungszwecke, deren Erreichung nicht gleichzeitig einzutreten braucht, so ist das Verrechnungsverfahren auch bei Fortbestehen der *societas* in bezug auf ihre übrigen Unternehmungen nicht in Frage zu stellen, wenn bloss eine der Unternehmungen liquidiert werden soll oder zu Ende geführt ist, da in solchem Falle die Verrechnung — das *referre in medium* — sich nur auf die betreffende Unternehmung bezieht und die übrigen in keiner Hinsicht berührt, indem die gegenseitigen Ansprüche aus den übrigen Unternehmungen nicht in Frage kommen.

Die Verrechnung auch unter solchen Umständen nur unter der Voraussetzung zuzulassen, dass auch alle übrigen Unternehmungen, an denen die Gesellschaft beteiligt ist, aufgelöst werden, wäre wirtschaftlich einfach widersinnig gewesen. Dies und nicht mehr will Paulus sagen. Wir haben es mit einer Frage zu tun, die sich unmittelbar nur auf gegenseitige Verrechnungsansprüche bezieht. Den Ausdruck „*manente communione*“ als interpoliert anzusehen oder ihm einen weiteren Umfang in dem Sinne beizulegen, dass Paulus im gegebenen Falle eine Ausnahme aus einem allgemeinen Prinzip zulassen will, laut welchem die einmalige Anstellung der *actio pro socio* nicht nur bei gegenseitigen Verrechnungsansprüchen (wo dies in *praxi* wohl die Regel war), sondern auch bei Verfolgung von Einzelansprüchen im Wege prozessualer Konsumtion die Auflösung der Gesellschaft notwendig nach sich ziehen musste, — erscheint gleichermassen ausgeschlossen. Das hätte ja zum mindesten für das klassische Recht, wenn von früheren Entwicklungsstadien der Klage abgesehen wird, *mutatis mutandis* auch bei sonstigen Dauerverhältnissen, wie bei Miete, Pacht, allgemeiner Geschäftsführung u. s. w., vielfach zu ganz unmöglichen Situationen führen müssen, und hätte zugleich häufig den Interessen und Absichten der Parteien radikal widersprochen. Eine solche Annahme ist auch nicht mit der anerkannten Zulässigkeit des Einschaltens von *praescriptiones pro actore* in die Klageformel in Einklang zu bringen, welche die nötige Remedur gegen unerwünschte oder zweckwidrige prozessuale Konsumtion darboten und wohl kaum vom alleinigen Ermessen des Klägers abhingen, sondern im Bedarfsfall vom Prätor unter Androhung der *denegatio actionis* erzwungen werden konnten.

Eine Bestätigung dieser unserer Auffassung enthält das Principium desselben Fragmentes, welches lautet: fr. 65 pr. D. 17, 2: *actione (sc. societas) distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso, quod iudicio [ideo] dictatum est, [ut societas distrahatur], renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.* Die Annahme, dass die eingeklammerten Worte interpoliert seien, ist in jedem Falle inhaltlich ganz unhaltbar<sup>1)</sup>.

Sehen wir das Fragment ohne vorgefasste Meinung in bezug auf die prozessuale Konsumtionswirkung der Klage an, so werden von demselben zwei Arten der Auflösung der Gesellschaft auf Grund von Rechtsakten (*actione*) unterschieden: *novatio* und *iudicium*. Schon diese Zusammenstellung ist höchst charakteristisch. Unter *novatio* kann unmöglich die Novation des einen oder anderen Einzelanspruches gemeint sein, da solche offenbar an sich nicht als ausreichender Grund für die Auflösung der Gesellschaft dienen kann. Es kann sich nur um die *stipulatio Aquiliana* mit anschliessender *acceptilatio* zum Zweck der *distractio societatis* handeln. Als Form hierzu konnte der Abschluss gleichzeitiger aktiver und passiver Korrealstipulationen mit nachfolgenden *Acceptilationen* dienen, was zur Löschung aller eventuellen Ansprüche der Gesellschafter, einschliesslich künftiger, nicht fälliger und bedingter gegenseitiger Ansprüche führte. Dies war die gegebene Art und Weise freiwilliger aussergerichtlicher Auflösung der Gesellschaft mit *ipso jure*-Wirkung, welche natürlich nur bei allgemeinem Einverständnis der Gesellschafter möglich war. War die notwendige vorausgehende Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander auf diesem Wege nicht zu erzielen, so musste zum *iudicium societatis* gegriffen werden, falls der gemeinsame Zweck eben in der endgültigen Liquidation der Gesellschaft bestand und die Gesellschafter sich nur in bezug auf die Verrechnung ihrer gegenseitigen Ansprüche nicht einigen konnten und es vorzogen, um reinen Tisch zu machen, sich nicht an einen unbeteiligten Dritten oder an einen Schiedsrichter zu wenden, sondern die Sache dem Geschworenengericht — dem *arbiter* in diesem Sinne — zu über-

1) S. hierüber, wie über das Vorhergehende, die Auseinandersetzungen und Literaturnachweise Ein's p. 109, 110, der das Fragment gründlich missverstanden hat und mit ihm nichts Rechtes anzufangen weiss.

lassen. In diesem Sinne ist die Wendung „*judicio ideo dictatum est, ut societas distrahatur*“ aufzufassen. — Auch der Ausdruck „*renuntiatam societatem*“ gewinnt erst von diesem Standpunkte aus seine wahre Bedeutung: das *renuntiare* setzt im gegebenen Zusammenhange gemeinsamen Rücktrittswillen voraus, der sich aus der Anstellung der Klage auf allgemeine Verrechnung aller gegenseitigen Ansprüche zwischen allen Gesellschaftern ergibt, indem die Klage hier zu einer solchen *mutatio* der Gesellschaft führt, dass nichts von ihr nachbleibt, wie dies auch bei der *stipulatio Aquiliana* mit nachfolgender *acceptilatio* der Fall war. Anlässe zu solchem gemeinsamen Vorgehen mussten sich bei der leichten Auflösbarkeit der römischen *societas* häufig genug darbieten, — es genügt an die Beendigung einer *societas* bei Todesfall, Konkursöffnung, *publicatio*, einseitigem Rücktritt eines der Gesellschafter zu denken, insoweit die übrigen Gesellschafter nicht etwa durch besondere Verabredung die Fortdauer der Gesellschaft vorgesehen hatten oder Bereitwilligkeit zwischen ihnen herrschte, eine neue Gesellschaft zur Erreichung desselben gesellschaftlichen Zweckes zu begründen. — Formell musste die Klage auch in solchen Fällen von jedem Gesellschafter gesondert gegen jeden der übrigen vom Magistrat erbeten werden, wobei aber die Verhandlung der verschiedenen Klagen einem *judicium* mit *gemeinsamem arbiter* überwiesen werden konnte. Dies ergibt sich *a fortiori* aus dem *fr. 52 § 14 D. 17, 2*, wo ein solches *unum judicium* selbst für den Fall zugelassen wird, wenn ein und dieselben Personen mehrere Sozietätsverträge zu verschiedenen Zwecken untereinander abgeschlossen hatten<sup>1)</sup>. In diesem Sinne ist eine gewisse Analogie der *actio pro socio* in ihrer Verrechnungsfunktion mit den Teilungsklagen nicht wohl abzuleiten: hier wie dort läuft die Sache im praktischen Resultat auf Liquidation hinaus, nur dass bei der *actio pro socio* die Adjudikation im Miteigentume der Gesellschafter stehender *res communes* wegfiel<sup>2)</sup>. Ob es hierbei im Endresultat überhaupt zu einer Kondemnation auf den dem einen oder anderen zukommenden Saldo kam, hing von den Umständen ab. Im allgemeinen ist wohl anzunehmen, dass die beteiligten Gesellschafter, sobald das allgemeine Verrechnungsergebnis des *arbiter* vorlag, im eigenen

1) Vgl. über analoge Erscheinungen bei den Teilungsklagen Wenger, Institutionen des röm. Zivilprozessrechtes, p. 161 sqq.

2) Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II, p. 660.

Interesse — um die bei Kondemnation drohende Rechtsfolge der Infamie zu vermeiden — durch freiwillige Begleichung ihrer Saldoschulden die Sache beilegten, um ein absolutorisches Urteil zu erlangen.

Ganz anders stand die Frage, wenn kein allgemeines Einverständnis in bezug auf die Auflösung des Gesellschaftsbandes zu erzielen war. Dann musste der einzelne Gesellschafter, der auf Auflösung bestand, von sich aus die *actio pro socio* gegen die übrigen auf Verrechnung des auf ihn fallenden Anteils erheben, — *pro portione, qua socius fuerit*, wie sich in einem an und für sich fernliegenden Falle die l. 44 § 1 D. 21, 1 ausdrückt. Sollte Proculus, wenn er tatsächlich eine solche Sachlage vor Augen hatte, ganz unbefangen zur Charakterisierung des faktischen Resultats derselben die Worte „*renuntiatam societatem*“, welche bei Streichung der eingeklammerten Worte allein übrig bleiben würden, gebraucht haben, um hiermit die Konsumtionswirkung der Litiskontestation anzudeuten, welche mit *renuntiatio* an sich gar nichts zu tun hat? So naheliegend diese etwas laxen Ausdrucksweise bei gemeinsamem Auflösungs willen aller Gesellschafter erscheint, so unverständlich ist sie bei einseitigem Vorgehen eines der Gesellschafter gegenüber den übrigen, da in diesem Falle der *Renuntiationswille* eine ganz andere Bedeutung hat. Das Interesse des Gesellschafters, der als Kläger auftritt, erschöpft sich im eigenen Loskommen von der Gesellschaft; was weiter geschieht, berührt ihn nicht und er hat auch keinen Einfluss darauf: ob die Gesellschaft zwischen den übrigen infolge seines Austritts endgültig zusammenbricht, ob sie fort dauert, wie es bei vorzeitigem Rücktritte aus einer *societas in tempus coita* der Fall sein konnte (cf. l. 65 § 6 D. 17, 2), ob sie durch Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages mit gleichem Gesellschaftszweck zwischen den übriggebliebenen Gesellschaftern erneuert wird, kann ihm ganz gleichgültig sein und hängt in keiner Hinsicht von ihm ab. Welchen Sinn könnte der Ausspruch des Proculus — Interpolation der eingeklammerten Worte vorausgesetzt — in der verkürzten Form: „*Proculus enim ait, hoc ipso, quod iudicio . . . dictatum est . . . renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit*“, überhaupt haben? Höchstens doch nur den, dass die Anstellung der *actio pro socio* an sich eine ausdrückliche Erklärung des einseitigen *Renuntiationswillens*

ersetzt beziehungsweise eine solche Erklärung *implicite* enthält. Das Ganze läuft dann auf eine bloße *Interpretation* des einseitigen *Renuntiationswillens* hinaus. Wie soll hieraus folgen, dass im klassischen Rechte die *actio pro socio manente communi* überhaupt nicht angestellt werden konnte, selbst für den Fall, dass es sich um einen Einzelanspruch handelte und *praescriptio pro actore* vorlag? Und was sollte wohl Paulus bewogen haben, einen solchen Ausspruch des *Proculus* im gegebenen Zusammenhange überhaupt anzuführen? Das ist doch ganz ausgeschlossen. Wir sehen: wie die Sache auch gewendet wird, es liegt weder für die *Interpolationsannahme* (inhaltlich gesprochen), noch für die Annahme, dass *Proculus* die *actio pro socio* nur in Verbindung mit Auflösung der *societas* für zulässig gehalten habe, — welche beide Annahmen die eine durch die andere gestützt werden sollen, — auch nur der Schatten eines Beweises vor.

Zum Schlusse möge noch eine kurze Bemerkung zur Frage der Ausdehnung der Liquidationsfunktion der *actio pro socio* auf die *actio communi dividundo* Platz finden. Dass diese Ausdehnung erst nach Ausbildung der erwähnten Funktion bei der *actio pro socio* — auch in Anwendung auf Sozietätsverhältnisse — stattgefunden haben muss, ergibt sich mit Gewissheit aus dem *Ulpianfr.* 43 D. 17, 2 in Verbindung mit dem *Paulusfr.* 1 D. 10, 3, die historische Reminiszenzen widerspiegeln<sup>1)</sup>. Den nächsten Anlass zur Ausdehnung der Liquidationsfunktion auf die *actio comm. div.* bei Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses wird das Bedürfnis zur möglichsten Beschleunigung und Vereinheitlichung des Prozessmechanismus geboten haben, — im Anfange vielleicht in Form der Zulassung eines *unum iudicium* hinsichtlich beider Klagen.

Parallel hiermit geht die Ausdehnung derselben Funktion auf das Gemeinschaftsverhältnis zwischen blossen Miteigentümern bei Erhebung der erwähnten Teilungsklage mit naheliegender Beschränkung auf die Fälle, *si quid in his (sc. rebus communibus) damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi* (*Ulp. fr.* 3 pr. D. 10, 3)<sup>2)</sup>. Hier musste der Anlass zur Ausdeh-

1) Die an diese Fragmente geknüpften *Interpolationsfragen* interessieren in diesem Falle nicht.

2) Hierüber *Berger*, o. c., p. 106 ff.

nung der Liquidationsfunktion der Gesellschaftsklage auf die *actio communi dividundo* tiefer liegen. Er bestand in dem wachsenden Bedürfnisse die ursprünglich rein arbiträren, dem vollen Ermessen des Teilungsrichters überlassenen Befugnisse desselben bei Abwägung der durch die *adjudicatio* der gemeinsamen Sache oder Sachen erforderlichen Entschädigungen für die hierdurch betroffenen Miteigentümer gewissen Schranken zu unterwerfen und hierfür einen objektiven Massstab zu schaffen. Dieses wurde durch Zulassung der Verrechnung gegenseitiger Ansprüche der Miteigentümer, die aus ihrem spezifischen Gemeinschaftsverhältnis sich ergeben hatten, in sinngemässer Anlehnung an das Vorbild bei Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses erreicht. Hierdurch erklärt sich zugleich, dass diese Verrechnungsoperation im klassischen Rechte prinzipiell bloss bei gleichzeitiger Teilung Zulassung fand. Die Weiterentwicklung dieser Richtung der Teilungsklagen, die von Berger in seiner angeführten Untersuchung eingehend dargestellt ist, geht über den Rahmen unserer Darstellung hinaus.

Tartu-Dorpat,  
Februar 1933.