Werk

Titel: II. Ueber Anfechtungen von Zahlungen mit der actio Pauliana

Autor: Laspeyres

Ort: Heidelberg

Jahr: 1838

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1838_0021|log6

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

II.

Ueber Anfechtung von Zahlungen mit der actio Pauliana.

Vom Prof. Dr. **Laspeyres** in Halle.

Die eben ſo beſtrittene als wichtige Frage, in wie weit die vor Eröffnung des Concurſes erfolgte Befriedigung eines einzelnen Gläubigers von den übrigen Creditoren angefochten werden könne, iſt neuerdings in dieſer Zeitſchrift [1]) einer umfaſſenden Prüfung unterworfen worden. In Uebereinſtimmung mit einzelnen Neuern erklärt Franke bei wirklicher Zahlung einer bereits fälligen Schuld die actio Pauliana für ſchlechthin unzuläſſig, und verwirft entſchieden die von den meiſten Rechtslehrern, inbeſondere aber in der Praxis anerkannte Ausnahme, daß auch Zahlungen der Anfechtung unterlägen, ſobald ſie der Cridar ex gratificatione d. h. um einen Gläubiger vor den übrigen zu begünſtigen, geleiſtet habe. Mit der wirklichen Zahlung dürfe jedoch die datio in solutum nicht gleichgeſtellt werden, vielmehr trete bei dieſer gleichwie bei der Pfandbeſtellung, welche letztere von einzelnen Rechtslehrern mit Unrecht für ſchlechthin revocabel gehalten werde, die allgemeine Regel ein. Auch ſei es mehr als zweifelhaft, ob man bei erfolgter Berichtigung einer betagten noch nicht fälligen Schuld die übrigen Gläubiger auf Einklagung des interusurium beſchränken dürfe; vielmehr müſſe man wohl auch hier, falls nicht etwa der Verfalltag vor Eröffnung des Concurſes eintrete, oder der bereits bezahlte Gläubiger auch im Concurſe ſeine volle Befriedigung erhalten haben würde, eine Revocation der Zahlung eben ſo für zuläſſig erachten, wie wenn der Cridar eine bedingte Schuld bezahlt hätte, und die

1) Franke über die Zuläſſigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbeſtellung, Hingabe an Zahlungs-Statt (Band XVI. Heft 1, S. 125—45, Heft 2, S. 251—70).

Bedingung entweder erſt nach eröffnetem Concurſe oder gar nicht einträte. Endlich erklärt Franke auch in dem Falle die Anwendbarkeit der actio Pauliana für unzweifelhaft, wo der Schuldner eine bloſe obligatio naturalis in böſer Abſicht getilgt hat.

In den meiſten Punkten wird man dieſen Anſichten unbedenklich beiſtimmen müſſen; gerade aber darüber, daß die Bezahlung fälliger klagbarer Schulden ſchlechthin irrevocabel, und die ſogenannte Gratifications-Theorie unbedingt verwerflich ſei, ſcheint es mir nicht möglich, mich mit Franke einverſtanden zu erklären [2]). Die große Wichtigkeit dieſer Frage für den Rechtsverkehr liegt zu Tage; um ſo weniger bedarf eine neue Erörterung dieſer intereſſanten Lehre, veranlaßt durch einen dem Halliſchen Spruch-Collegium zur Entſcheidung vorgelegten Rechtsfall, bei welchem faſt alle jene Streitpunkte in Frage ſtanden, weiterer Rechtfertigung. Möge dieſelbe insbeſondere auch bei dem geehrten Verfaſſer jenes Aufſatzes geneigte Aufnahme finden.

§. 1.

Ob die actio Pauliana den Reſtitutionen zuzuzählen ſei oder nicht [3]), dürfen wir für unſern Zweck dahin geſtellt ſein laſſen, als außerordentliches Rechtsmittel, welches auf Billigkeit beruhend nur Ausnahmsweiſe und unter gewiſſen Bedingungen zu Gebote ſteht, iſt ſie jedenfalls zu betrachten. Der Strenge des Rechts nach muß ſo lange noch nicht die

2) Auch Mühlenbruch im Lehrb. d. Pandecten Th. I. §. 174. weicht hierin immer noch von Franke ab, wogegen z. B. Bayer in ſeiner Theorie des Concurs-Proceſſes S. 80, und W. Frege meditat. de act. Pauliana spec. II. Lips. 1836. p. 56, 57, unbedingt deſſen Anſichten beitreten. Ueber die ältere Literatur vgl. Franke a. a. O. S. 135.

3) Vgl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 14 flg., v. Schröter über Weſen und Umfang der in integr. rest. (in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß Th. 6. S. 918), Schneider, die allg. ſubſid. Klagen des Röm. Rechts, S. 271 flg.

missio in bona, die Eröffnung des Concurſes verfügt iſt, dem Cridar freie Verfügung über ſein Vermögen zuſtehen, und jedes Rechtsgeſchäft, wenn nicht aus andern Gründen ungültig, des Concurſes ungeachtet aufrecht erhalten werden. Ueber jene Vorausſetzungen und Bedingungen iſt im Allgemeinen kein Streit; gleichwohl erſcheint es, um für die Erörterung der Frage, welche den eigentlichen Gegenſtand dieſer Abhandlung bildet, eine feſte Grundlage zu gewinnen, nicht unräthlich, näher erſt noch darauf einzugehen.

Vor allem erforderlich iſt die fraudatio creditorum [4]), die Benachtheiligung und Verkürzung ſolcher Gläubiger, welche gültige Forderungen an den Cridar hatten, und ohne das jetzt angefochtene Geſchäft entweder vollaus befriedigt worden wären, oder doch mehr erhalten hätten, als ihnen jetzt im Concurſe zufällt. Auf Seiten des Cridars wird dabei die wirkliche Abſicht der Übervortheilung, ein consilium fraudandi erfordert; in der Perſon des Dritten dagegen iſt zwar auch (mit Ausnahme einzelner Fälle, wo wie z. B. bei der Schenkung, die Mitwiſſenſchaft nur über den Umfang, nicht über die Zuläſſigkeit der Revocation entſcheidet [5])) Theilnahme am Betruge nöthig, aber in mehr paſſiver und indirecter Weiſe,

4) L. 1. pr. Dig. quae in fraud. credit. (42. 8.) Ait Praetor: „Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo.“ — L. 10. pr. cod. Ait Praetor: „Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actionem ex edicto meo competere esseve oportet, et si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.“

5) L. 6. §. 11. Dig. h. t. vgl. mit §. 13. eod. und L. 5. Cod. h. t. — L. 6. §. 10. vgl. mit L. 10. §. 5. Dig. eod. — L. 6. §. 12. vgl. mit L. 10. §. 5. Dig. eod. und L. 1. §. 22. Dig. si quid in fraud. patr. (38. 5.)

als bloſe conscientia fraudis [6]). Iſt dieſe vorhanden, ſo iſt die actio Pauliana begründet, mag der Cridar ſelbſt den Dritten von ſeiner argliſtigen Abſicht unterrichtet, oder dieſer nur anderweitig Kunde davon gewonnen haben [7]); ſelbſt, wenn blos aus den äuſſern Umſtänden bei Abſchließung des Geſchäfts oder aus deſſen Inhalte ein consilium fraudandi mit Sicherheit angenommen werden kann, ſcheint es, daß der Dritte, welcher deſſen ungeachtet das Geſchäft eingegangen iſt, in Anſpruch genommen werden darf [8]). Hat aber der Dritte die böſe Abſicht des Cridars gar nicht gekannt, ſo braucht er die Revocation nicht zu fürchten [9]), ihm ſoll es ſelbſt nicht ſchaden, wenn er zur Zeit, als er das Geſchäft mit dem Cridar abſchloß, bereits gewußt hat, daß Andere begründete Anſprüche hätten, oder wenn ihm gar bereits deſſen Inſolvenz bekannt war [10]). Coincidiren muß alſo der

---

6) L. 10. §. 2. Dig. h. t. Quod ait Praetor: „sciente te“ sic accipimus: *te conscio et participante*. Non enim si simpliciter scit illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si *particeps fraudis* est. Darin liegt der Hauptunterſchied von der alienatio in fraudem patroni, wo es nur auf den dolus liberti ankommt. L. 1. §. 4. Dig. si quid in fraud. patr. (38. 5.)

7) Nach L. 10. §. 3. Dig. h. t. ſoll, wer von den Creditoren vor Abſchließung des Geſchäfts förmlich gewarnt worden iſt, jederzeit in Anſpruch genommen werden können; non enim caret fraude, qui conventus testato perseveret.

8) Als unmittelbarer Beweis hiefür würde die L. 17. §. 1. Dig. h. t. gelten können, nach welcher ſelbſt das consilium fraudandi aus den äußern Umſtänden des betreffenden Falls hergeleitet werden darf, wenn man nicht mit den Baſiliken (Lib. IX. tit. 8. L. 17.) und der Gloſſe dieſe Stelle von einer Schenkung verſtehen müßte, bei welcher die conscientia fraudis überall nicht in Betracht kommt. Analoge Anwendung dieſer Stelle iſt aber um ſo unbedenklicher, als überhaupt der Beweis des dolus meiſt nur aus äußeren Thatſachen geführt werden kann.

9) L. 6. §. 8. Dig. eod.

10) L. 10. §. 2. 4. 7. Dig. eod. — Anders nach Preuß. Recht, welches überhaupt nicht conscientia fraudis, ſondern nur, daß dem Drit-

Wille beider Theile, die Gläubiger zu benachtheiligen, wenn auch nicht gerade eine Wechſelwirkung zwiſchen den Plänen des Cridars und des Dritten nothwendig iſt, dergeſtalt etwa, daß dieſer jenen zur frauduloſen Veräuſſerung veranlaßt hätte; in der Perſon des Dritten wird mehr mala fides als eigentlicher dolus erfordert [11]); ohne jene aber ſoll die Argliſt des Cridars, wie vollſtändig auch erwieſen, für ſich allein die Klage nicht begründen.

§. 2.

Das Daſein dieſer zwiefachen, theils directen, theils indirecten, fraudatio iſt indeß nicht das einzige Requiſit der actio Pauliana; dieſe iſt vielmehr, wie Ulpian [12]) ſich ausdrückt, nur möglich, si eventum fraus habuit. Mit dieſem Requiſite iſt nun keineswegs blos gemeint, daß das beabſichtigte Geſchäft perfect geworden iſt, obſchon, wenn es vor

---

ten die Inſolvenz bekannt geweſen ſey, fordert. Vgl. Pr. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 50 §. 53 flg. — Der Cod. judic. Bavar. Tit. 19. §. 19, welcher übrigens den hypothekariſchen Gläubigern allein die actio Pauliana zugeſteht, verlangt die conscientia fraudis nur, damit unentgeldliche Reſtitution eintrete, und ſelbſt das consilium fraudis bloß in dem Falle, wo der klagende Gläubiger ein ſchlechteres Pfandrecht hat, als derjenige, gegen welchen die Klage gerichtet iſt.

11) Nur ſelten wird von dem dritten Erwerber der Ausdruck, daß er in dolo verſire, gebraucht, regelmäßig nur auf ſeine scientia oder ignorantia, bona oder mala fides hingewieſen. Vgl. indeß u. a. L. 9. eod. Is qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit, quaesitum est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debet, qui eum admisit, quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.

12) L. 10. §. 1. eod. *Ita demum* revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, *si eventum fraus habuit*, scil. si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Vgl. auch Julian in L. 15. eod. . . . „utrumque exigimus *et consilium et eventum.*“ und L. 1. Cod. qui manum. non possunt (7. 11.)

Eröffnung des Concurſes rückgängig wird, natürlich von der actio Pauliana nicht mehr die Rede ſein, ſondern die etwa noch nicht erfolgte Reſtitution nur mit der Klage verlangt werden kann, welche der Cridar ſelbſt gehabt hätte. Eben ſo wenig kommt es darauf an, ob das Geſchäft dem Dritten, oder dem Cridar, oder beiden Vortheil gebracht hat [13]); dies iſt nur dann erheblich, wenn noch nach Jahresfriſt der Erwerber zur Rückgewähr wenigſtens deſſen, was er gewonnen hat, genöthigt werden ſoll [14]). Vielmehr bezieht ſich jenes Requiſit zunächſt darauf, daß es wirklich zum Concurſe gekommen, und die missio in bona, wie die venditio bonorum verfügt ſein muß, um die actio Pauliana entſtehen zu laſſen; denn principaliter ſoll ja dieſe von dem curator bonorum angeſtellt werden, und überall wird der Umſtand an vendita vel possessa sint bona als entſcheidend hervorgehoben [14a]). Zugleich muß, wie Franke richtig bemerkt, der Debitor zur Zeit, wo er das jetzt zu revocirende Geſchäft ſchloß, bereits inſolvent geweſen, oder durch deſſen Abſchließung es geworden ſein, wogegen, wenn nur zufällig hinterher die Inſolvenz eintritt, ſchon um deshalb, weil es dann an dem consilium fraudandi fehlen würde, die Revocation wegfällt. Ganz beſtimmt erklären dies die Geſetze, freilich nur für den Fall einer frauduloſen Manumiſſion [15]).

---

13) Ausdrücklich erklärt Ulpian in der L. 8. §. 1. Dig. de reb. auct. jud. possid. (42. 5), daß die creditores in possessionem missi einen Kauf- oder Pacht-Contract bloß um deshalb, weil die Sache zu wohlfeil überlaſſen worden, und ſofern nicht gerade dies in fraudem creditorum geſchehen ſey, nicht anfechten könnten. Auch in der L. 7. Dig. h. t. wird des Verkaufs um zu geringen Preis zwar erwähnt, aber nicht gerade auf dieſen Umſtand die Revocabilität des Geſchäfts geſtützt.

14) L. 10. §. 24. Dig. h. t.

14a) L. 9. L. 25. §. 7. Dig. h. t. L. 25. Dig. de reb. auct. jud. (42. 5.)

15) L. 10. Dig. qui et a quib. manum (40. 9.): In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo

Indeß in vielen Stellen über die actio Pauliana wird in Betreff des Debitors der Zuſatz gemacht, qui solvendo non est [15a]); und die Frage aufgeworfen, an fraudentur creditores d. h. ob die Gläubiger, wie es die Abſicht des Debitors war, auch wirklich verkürzt ſind [15b]) Beides weiſet deutlich darauf hin, daß zwiſchen der Abſchließung des anzufechtenden Geſchäfts auf der einen Seite, und andrerſeits der Inſolvenz des Debitors, der Concurs-Eröffnung und dem Ausfall, welchen die Gläubiger ohne dies an ihren Forderungen erleiden würden, nothwendig ein Zuſammenhang beſtehen muß [16]); um ſo weniger kann, wie es ſcheint, die analoge Anwendung der obigen Beſtimmung bezweifelt werden. Endlich aber iſt mit jenem Requiſite des eventus fraudis, wie ich glaube, auch dies noch gemeint, daß gerade diejenigen Gläubiger, welche der Cridar argliſtiger Weiſe übervortheilen wollte, und von denen der Dritte wußte, daß ihnen zum Nachtheile das Geſchäft geſchloſſen werde, bei dem Concurſe wirklich betheiligt ſind, und ohne Revocation ganz oder zum Theil leer ausgehen, mindeſtens weniger erhalten würden, als ſie ſonſt zu bekommen Hoffnung gehabt hätten. Eine ſolche Beſchränkung der actio Pauliana, wodurch dieſe zu einem rein perſönlichen Rechte einzelner beſtimmter Gläubiger

manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Vgl. auch L. 7. pr. L. 11. §. 1. L. 23. eod. und §. 3. Inst. quib. ex caus. manum. non licet (1. 6.)

15a) L. 6. §. 11 u. 12, Dig. h. t.

15b) L. 6. §. 10 u. 11. L. 10. §. 8. Dig. h. t.

16) Bei der fraudulosen Manumiſſion iſt dies ſo nothwendig, daß wenn mehrere Sclaven freigelaſſen ſind, und der Werth eines derſelben ſchon den Ausfall der Gläubiger deckt, auch nur die Manumiſſion dieſes einen revocirt wird. Vgl. L. 24. Dig. qui et a quibus. Daher ſoll auch eine Veräußerung, welche mit Zuſtimmung der Gläubiger geſchehen iſt, nie revocabel ſeyn, weil der etwanige Schaden derſelben von ihnen ſelbſt verſchuldet, nicht eigentlich Folge der Veräußerung iſt. Vgl. L. 6. §. 9. Dig. h. t. nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.

wird, ſcheint zwar auf den erſten Blick auffallend, zumal dem curator bonorum, der doch die Concursmaſſe als ſolche, oder den Inbegriff aller Concursgläubiger vertritt, das Klagerecht beigelegt wird. Indeß deuten hierauf ſchon die Worte des Edicts hin, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, actionem dabo; ſie können m. E. nicht anders verſtanden werden, als daß jenem, dem curator bonorum, die Klage nur zuſtehen ſoll, wenn der Cridar ſeine Gläubiger überhaupt zu übervortheilen beabſichtigte, wie dies in der Regel der Fall ſein wird; das letztere hingegen, daß nämlich ein einzelner beſtimmter Gläubiger das Klagrecht hat, ſolle dann eintreten, wenn nur deſſen Verkürzung allein in der Abſicht des Cridars lag, und dieſer auch wirklich durch die Veräuſſerung Nachtheil erlitten hat. Deutlicher erhellt es aber aus L. 10. §. 1. Dig. h. t. [17]), wo Ulpian es als geltendes Recht bezeichnet, daß, wenn der Cridar, um einzelne Gläubiger zu übervortheilen, eine Veräuſſerung vornimmt, nachher aber dieſe befriedigt, und vielleicht neue Schulden contrahirt, dieſe letztern Gläubiger nur dann zur Anfechtung jener Veräuſſerung berechtigt ſeien, wenn mit ihrem Gelde die frühern befriedigt worden ſind, und ſo das consilium fraudandi gleichſam auf ſie perpetuirt worden iſt; nicht minder aus L. 15. und 16. eod. [18]), wonach

17) Nach den oben Note 12 angeführten Worten heißt es: Ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit alios postea sortitus est, cessat revocatio. Si vero horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore. Secundum hanc distinctionem et ab Impp. Severo et Antonino rescriptum est, eoque jure utimur. Hieraus iſt auch zu erklären die anſcheinend widerſprechende Entſcheidung in L. 25. Dig. qui et a quib.

18) Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit, et eodem testamento manente decesserit, libertates datae ratae esse de-

unter derſelben Beſchränkung teſtamentariſche Freilaſſungen, die zum Nachtheil einzelner Gläubiger verfügt waren, irrevocabel ſind, wenn dieſe nachher ihre Befriedigung erhalten haben, weil in derſelben Perſon beides, ſowohl das consilium als eventus fraudationis zuſammentreffen müſſe [19]), und ſo wenig dem Gläubiger, deſſen Übervortheilung nicht beabſichtigt worden, als demjenigen, welcher keinen Ausfall an ſeiner Forderung erleide, das Anfechtungsrecht zugeſtanden werden könne. Unerheblich iſt nur, ob der Gläubiger, welcher hinterher die Revocation verlangt, von Anfang an der einzige war, deſſen Übervortheilung der Cridar wollte, oder ob nur er allein wirklichen Nachtheil erleidet, die übrigen dagegen, zu deren Schaden die Veräuſſerung dienen ſollte, ihre volle Befriedigung erhalten haben [20]); eben ſo iſt es

---

bent, etsi hereditas solvendo non sit, quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem personam exigimus, et consilium et eventum. Et si quidem creditor, cujus fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum, qui fraudatur, consilium initum non est, libertates utique (vulg. itaque) ratae sunt, nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur.

19) Auch in L. 10. §. 1. cit. (Note 12) iſt vielleicht zu Anfang si iidem creditores ſtatt si hi creditores zu leſen. Dafür ſpricht nicht bloß die im §. 6. folgende Aeußerung Ulpians (ſ. Note 20), ſondern auch der Text der Baſiliken (Lib. X. tit. 8. L. 10.), wo es heißt: *εἰ αὐτοὶ οἱ* (richtiger noch die Synopsis Leunclavii: *οἱ αὐτοὶ*) *δανεισταί, οὓς ἠθέλησε βλάψαι, πιπράσκουσι* etc. Jedenfalls iſt auf hi ein beſonderer Nachdruck zu legen.

20) L. 10. §. 6. Dig. h. t. Praeterea sciendum est, posse quaeri, quod dicitur „in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si iidem sint creditores“? Etsi unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit, sive, cum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum est, adhuc actioni fore locum. Schon Accursius in der Gl. posse quaeri deutet an, daß Ulpian ein Bedenken an die frühere Aeußerung im §. 1. anknüpft, aber mehr supponire als beſtimmt ausſpreche, ob nämlich nur dann die Klage ſtatt finde, wenn alle Creditoren, deren Schaden beabſichtigt war, unbefriedigt bleiben; und dies Bedenken löſet er dahin, daß dies nicht erforderlich ſey. Hieraus rechtfertigt ſich die obige Interpunction.

gleichgültig, ob der Dritte alle Gläubiger, gegen welche die arglistige Absicht des Cridars gerichtet war, oder nur einen derselben kannte, sofern nur dieser beim Concurse unbefriedigt bleibt [21]). Immer also kommt die Revocation, welche der eine Gläubiger, der übervortheilt werden sollte und es wirklich ist, durchsetzt, auch allen übrigen Gläubigern zu Gute, deren Übervortheilung nicht gerade in der Absicht des Cridars lag, zu deren voller Befriedigung aber das noch vorhandene Vermögen nicht ausreichen würde; selbst das Erbieten des Dritten, den einen Gläubiger, welcher ihn als particeps fraudis in Anspruch nehmen konnte, vollständig zu befriedigen, kann die Revocation zum Nachtheil der übrigen an sich nicht klagberechtigten Gläubiger nicht ausschließen [22]). Daß Klagrecht selbst aber setzt wesentlich voraus, daß gerade in der Person desjenigen, welcher in eignem Namen oder durch den curator bonorum das Geschäft anfechten will, das consilium und die conscientia fraudationis zusammentreffen, und daß gerade dieser Gläubiger einen Ausfall erleidet, mag dies erst durch die Distribution der Masse sich ergeben, oder nach deren Ermittelung und erfolgter Liquidation mit Gewißheit vorauszusehen sein [23]). Daß nicht blos in subsidium, sondern

21) §. 7. l. ℔. Illud certe sufficit, et si unum scit creditorem fraudari, ceteros ignoravit, fore locum actioni.

22) In dieser Weise ist, wie ich glaube, die Aeußerung Ulpians im §. 8. l. ℔. zu verstehen: Quid ergo, si ei, quem quis scit, satisfactum est, numquid deficiat actio, quia qui supersunt non sunt fraudati? Et hoc puto probandum. Non tamen si dicat aliquis „Offero quod debetur ei quem scio creditorem“, audiendus erit, ut actionem eludat. So hat auch Azo sie verstanden nach der Gl. actionem: fraudati et volentis revocare quidquid alienatum est, licet ultra sit debitum, et quia proficiet aliis creditoribus.

23) Die Worte satisfactum est in §. 6. u. 8. cit. gehen ohne Zweifel auf den Erfolg der bonorum venditio, nicht auf eine Befriedigung durch den Cridar, auf eine dimissio im Sinne des §. 1; die bonorum venditio entschied auch, da nur nach Procenten geboten wurde, der Regel nach sofort, ob Befriedigung zu erwarten sey oder nicht.

ſchlechthin die Klage möglich ſei, dafern nur in Betreff irgend eines Gläubigers die argliſtige Abſicht des Cridars und die Mitwiſſenſchaft des Dritten erwieſen zu werden vermag, gleichviel ob gerade dieſer Gläubiger aus der Maſſe ſeine volle Befriedigung erhält oder nicht, daß alſo der curator bonorum von vornherein und zu dem Zwecke blos, um die Activ-Maſſe überhaupt zu vergrößern, die Revocation beantragen könne, dies iſt nach Inhalt unſerer gemeinrechtlichen Quellen entſchieden in Abrede zu ſtellen, und in dem veränderten heutigen Concurs-Verfahren dürfte eben ſo wenig meines Erachtens ein Grund zu finden ſein, weshalb jene Beſchränkung der actio Pauliana nicht mehr Platz greifen ſollte [23]).

§. 3.

Ein drittes Requiſit dieſer Klage und eine nicht minder wichtige Beſchränkung derſelben liegt ſodann bekanntlich darin, daß die Dispoſition des Cridars, wenn Revocation verlangt wird, eine wirkliche deminutio patrimonii enthalten muß [24]). Weſentlich hängt dies mit dem mehr erwähnten Erforderniſſe zuſammen, denn nur unter dieſer Vorausſetzung kann man ſagen, daß fraus eventum habuit, und daß den Creditoren ein wirklicher Schaden erwachſen iſt; im entgegengeſetzten Falle, wenn der Cridar nur einen möglichen Erwerb ausgeſchlagen oder verabſäumt hat, iſt allein ein lucrum cessans vorhanden, in wie fern jener Erwerb, wenn er ſtattgefunden hätte, den Creditoren vielleicht ein größeres

23a) Das Franz. Recht, welches ſehr entſchieden dem Römiſchen in dieſer Lehre ſich anſchließt (vgl. Zachariä Handb. des Franz. Civilrechts Th. 2. §. 246), erkennt dieſe Perſönlichkeit der Klagberechtigung an. Code civ. Art. 1167. Ils (les créanciers) peuvent aussi, *en leur nom personnel*, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

24) L. 6. pr. D. h. t. ... pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt, ne locupletentur. L. 134. Dig. de R. J. Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur.

oder doch beſſeres Executions-Object verſchafft haben dürfte. Der Natur der Sache nach können auch die Gläubiger, ſo lange ihrem Schuldner die freie Dispoſitions-Gewalt noch nicht fehlt, nichts weiter verlangen, als daß deſſen Vermögensumſtände, welche ihnen hinlängliche Sicherheit zu gewähren ſchienen, erhalten werden, wenigſtens keine anderen als ſolche Aenderungen erleiden, welche entweder ohne alles Zuthun des Schuldners eintreten, oder bei einer verſtändigen Vermögungs-Verwaltung ſelbſt von dem redlichſten und beſonnenſten Mann vorgenommen zu werden pflegen. Erbſchaften und Legate auszuſchlagen, ſteht daher bis zur Concurs-Eröffnung dem Cridar unbedingt frei, und ſelbſt wenn es offenkundig nur zu dem Zwecke geſchehen wäre, um den Gläubigern Mittel ihrer Befriedigung zu entziehen, und wenn zugleich derjenige, welchem nunmehr die Erbſchaft oder das Legat zufällt, dieſe böſe Abſicht gekannt hätte, immer iſt die actio Pauliana unmöglich [25]). Eben ſo wenig findet ſie ſtatt, wenn er frauduloſer Weiſe eine poteſtative Bedingung nicht erfüllt, unter welcher ihm eine Leiſtung zugeſichert war, oder wenn er ſeinen Sohn emancipirt, um an der dieſem zugewendeten Erbſchaft keine Anſprüche zu gewinnen, welche ſeinen Gläubigern ein neues Executions-Objekt gewähren könnten [26]). Wenn jemand ſeinen zum Erben eingeſetzten Sclaven verkauft, können die Gläubiger den Verkauf nur anfechten, wenn gerade hierbei eine fraudatio creditorum beabſichtigt war, dieſe alſo um den Werth des Sclaven verkürzt werden ſollten, nicht aber wenn es nur

25) L. 6. §. 2 u. 4. Dig. h. t. — Ob dies Repudiationsrecht auch noch nach eröffnetem Concurſe zuſtehe, iſt beſtritten; ſ. Bayer Theorie des Concurs-Proceſſes §. 23. Im Preuß. Recht hat der Cridar dann nicht mehr das Recht zu entſagen. Pr. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 50. §. 41; eben ſo nicht nach Sächſ. Recht. Dec. 25. J. 1746. (Frege l. l. p. 60). Nach dem Code civil Art. 788. können die Gläubiger, wenn zu ihrem Nachtheil auf die Erbfolge verzichtet iſt, jederzeit an Statt des Schuldners die Erbſchaft antreten.

26) L. 6. §. 3. eod.

geſchah, um die Erbſchaft dem neuen Käufer zuzuwenden, mag gleich hierbei argliſtige Abſicht obgewaltet haben [27]). Nicht einmal, wenn jemand ohne Abzug der quarta Trebelliana die ihm zugefallene Erbſchaft an den Fideicommiſſar reſtituirt [28]), oder um ſeine Gläubiger zu verkürzen, die Erbſchaft für ſuspect erklärt, und ex Scto Pegasiano zur Antretung und vollſtändigen Reſtitution ſich nöthigen läßt [29]), ſoll die actio Pauliana Platz greifen; im letztern Falle nicht, weil er auch geradezu auf die Erbſchaft hätte verzichten können, ohne daß ſeine Gläubiger zum Widerſpruch berechtigt geweſen wären, im erſtern wohl um deshalb nicht, weil der Fideicommiſſar ſtreng genommen nicht ein bereits vollſtändig erworbenes Recht aufgiebt, da er ja eigentlich zur gänzlichen Reſtitution verpflichtet iſt, vielmehr nur ein facultatives Recht nicht ausübt, auf einen geſetzlich möglichen Gewinn verzichtet.

Dagegen unterliegen der actio Pauliana, deren anderweitige Bedingungen vorausgeſetzt, alle Disposſitionen, durch

27) §. 5. l. l. Si servum suum heredem institutum alienavit, ut jussu emtoris adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit, cessat edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem; at si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur.

28) L. 19 u. 20 eod. Patrem qui non expectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiae plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse. — Debitorem, qui ex SCto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter fecisse.

29) L. 67. §. 1. Dig. ad SCtum Trebell. (36. 1.). Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum fraudatorii interdicti hereditatem suspectam adibis et restitues mihi quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali commodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam, recipiendo eam hereditatem, quam, remota postulatione mea, creditores compellere te, ut adires, non potuerint.

welche der Cridar Rechte oder Sachen verliert, welche bereits Theil ſeines Vermögens geworden waren, gleichviel welcher Art dieſe Vermögensſtücke ſind, und ob durch bloſes Unterlaſſen, oder durch Verzichtleiſtung, oder durch förmliche Übertragung, oder ſonſtiges poſitives Thun der Verluſt eintritt [30]). Mag der Cridar Geldzahlungen leiſten oder ſonſt fungibler Sachen ſich entäußern, oder anderweitige Stücke ſeines Vermögens einem Dritten überlaſſen, mag er völliges Eigenthum übertragen, oder Pfandrechte und andere dingliche Rechte einräumen oder eine dos beſtellen, mag er auf jura in re oder auf Forderungsrechte verzichten, mag er ſich einem Dritten in ſtrengen Formen des Civilrechts oder durch ſimplen Vertrag verpflichten, dieſem ein Klagrecht zugeſtehn oder nur die Möglichkeit verſchaffen, durch Exceptionen ſich in dem ihm zugewandten Vortheil zu ſichern, mag er endlich dadurch ein Recht einbüßen, daß er nicht durch zeitige Klaganſtellung die Verjährung unterbrochen hat, oder dadurch daß er in einem Prozeſſe dem Gegner einen Eid deferirt hat, in allen dieſen und ähnlichen Fällen [31]) können deſſen Gläubiger auf Grund der frauduloſen Verkürzung ein Anfechtungsrecht geltend machen. Das Verbot iſt allgemein, wie dies ſchon das Edict ſelbſt in den Worten: Quae fraudationis causa *gesta* erunt, etc. und quae Lucius Titius fraudandi causa *in bonis fecit*, noch beſtimmter Ulpian [32])

30) L. 3. §. 2. Dig. h. t. Et qui aliquid fecit ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet. L. 4. eod. In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, intelligendum est.

31) L. 1. §. 2. in f. L. 2. L. 3. pr. §. 1. L. 5. L. 10. §. 13—15. L. 14. L. 17. §. 1. L. 18. L. 25. pr. Dig. h. t. L. 9. §. 5. Dig. de jurejur. (12. 2.) L. 43. §. 7. Dig. de aedil. edicto (21. 1.). Selbſt wer nur die actio redhibitoria anſtellt, alſo ein Recht geltend macht, um das Kaufobject dem Gläubiger zu entziehen, wäre nach L. 9. Dig. de alien. jud. mut. (4. 7.) als fraudator zu behandeln.

32) L. 1. §. 1. u. 2. Dig. h. t.

ausſpricht, indem er als Gegenſtand der Klage quaecunque in fraudem alienata sunt bezeichnet, und die Edictsworte dahin erklärt: Haec verba generalia sunt et continent omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari qualecunque fuerit nam late ista verba patent. In eben ſo umfaſſenden Sinne als bei dem Verbote der alienatio in fraudem patroni [33]) iſt auch hier der Begriff der Alienation genommen.

§. 4.

So iſt die Anwendbarkeit der actio Pauliana, was die Rechtsgeſchäfte betrifft, deren Revocation auf dieſem Wege bewirkt werden kann, eben ſo ausgedehnt, als ſie in Bezug auf die anderweitigen Requiſiten vielfach beſchränkt iſt. Fragt man nun aber, was der eigentliche Grund dieſer Klage iſt, ſo darf freilich nicht in Abrede geſtellt werden, vielmehr folgt es eben ſo aus dem Begriffe der Alienation als aus dem Requiſite einer fraus debitoris, daß weder eine rein zufällige Verminderung des Vermögens, noch eine ſolche in Betracht kommen kann, zu welcher der Cridar wider ſeinen Willen gezwungen worden iſt. Seine Mitwirkung iſt vielmehr immer nöthig, und durch ſeine Schuld muß der für die Gläubiger eingetretene Nachtheil herbeigeführt ſein, nicht als Unglücksfall gelten können; nur ſolche Geſchäfte dürfen alſo angefochten werden, welche aus freiem Entſchluſſe vom Cridar geſchloſſen ſind. Indeß dürfte es doch meines Erachtens ſich nicht rechtfertigen laſſen, wenn Franke [34]) vor-

33) L. 1. §. 3. Dig. si quid in fraud. patr. Omne autem, quodcumque in fraudem patroni gestum est, revocatur. L. 4. pr. eod. Quodcunque dolo malo liberti alienatum est, Faviana actione revocatur. Auch in den einzelnen Fällen, wo dies Verbot Platz greift, nicht bloß in dem allgemeinen Grundſatze, daß eine deminutio patrimonii erfordert werde, findet ſich eine gleiche Uebereinſtimmung. Vgl. L. 1. §. 6. sq. eod.

34) A. a. O. S. 140.

zugsweise in dieſer Freiwilligkeit den eigentlichen Grund unſrer Klage finden, und in Folge hiervon als unbedingte Regel den Satz aufſtellen will, daß, wo in Betreff desjenigen Rechtsgeſchäfts, deſſen Revocation die Gläubiger verlangen, irgend eine Rechtsnothwendigkeit obgewaltet hat, ſomit eine Verpflichtung zur Abſchließung für den Cridar irgend wie begründet geweſen iſt, die actio Pauliana niemals zuläſſig ſei, wenn gleich vielleicht alle jene Requiſite evident vorliegen. Denn zunächſt ſchließt die Rechtsverbindlichkeit nicht abſolut die Freiwilligkeit aus; jene kann vorhanden ſein, was die Abſchließung des fraglichen Geſchäfts im Allgemeinen betrifft, und letztere doch in der Art liegen, wie daſſelbe zu Stande kommt, oder in den Umſtänden, unter welchen das jus quaesitum des Gegners realiſirt wird, oder darin, daß zu dieſer Zeit der Cridar zu einer deminutio patrimonii ſich verſteht, vor allem aber darin, daß er, ohne abzuwarten, ob der Gegner das ihm zuſtändige Zwangsrecht geltend machen will, ohne alſo die Möglichkeit des Zwanges verwirklicht zu ſehen, zu der ihm obliegenden Leiſtung ſich verſtanden hat. Noch weniger kann, wie mich dünkt, die Äußerung Labeo's [35]) beweiſen, auf welche Franke hauptſächlich ſich ſtützt:

> Eum enim, quem praeses invitum solvere cogat impune non solvere, iniquum esse. Totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, utputa pignora venditionesque.

Denn wie mich dünkt, will Labeo hier weniger einen allgemeinen Grundſatz ausſprechen, als ſeine Entſcheidung des voranſtehenden Rechtsfalls rechtfertigen. Der Gebrauch des Praesens in dem Satze quem praeses u. ſ. w. deutet zugleich ſehr beſtimmt darauf hin, (dies erkennet auch ſchon die Gloſſe

35) L. 6. §. 6. Dig. h. t.

durch den Zuſatz actore agente zum Worte cogat an [36]), daß Labeo einen Zahlungsbefehl als bereits erlaſſen, den richterlichen Zwang als wirklich eingetreten vorausſetzt, keineswegs auf die bloſe Möglichkeit deſſelben ſich ſtützt [37]), und nicht ſowohl ſagen will, es dürfe eine Zahlung, welche nöthigenfalls hätte erzwungen werden können, nicht angefochten werden, als vielmehr, daß ſie irrevocabel ſei, wenn ſie nur auf Befehl des Richters ſtattgefunden hat; wäre jenes die Meinung des Juriſten geweſen, ſo würde man cogeret erwarten müſſen. Auch dürfte die fernere Äußerung des Juriſten weder ein größeres Gewicht haben, als die Worte des Edicts ſelbſt, welches überhaupt nur fordert, daß etwas in betrügeriſcher Abſicht geſchehen ſei (quae fraudationis causa gesta erunt), noch an ſich für jene Behauptung Franke's beweiſen. Sie kann allerdings den Sinn haben, daß nur diejenigen Rechtsgeſchäfte dem Edict unterliegen, welche ohne Zuthun des Richters geſchloſſen zu werden pflegen, eben ſo gut aber auch den, daß, wo etwa von Gerichtswegen der Cridar zu einem Rechtsgeſchäfte genöthigt worden ſei, die Anfechtung wegfallen müſſe; und für dieſe letztere Deutung ſpricht wenigſtens dies, daß in der Regel der Ausdruck se interponere da vorkommt, wo wirklich die Obrigkeit befehlend oder entſcheidend eintritt [38]). Aus den Beiſpielen, auf welche ſich der Juriſt bezieht, läßt ſich ſogar ein Argument dafür abnehmen, daß der Juriſt hier nur auf die concreten Umſtände der einzelnen Fälle als entſcheidend hinweiſen will; denn auch auf Pfandbeſtellung kann man ja ganz unabhängig von dem Willen des Schuldners, ein wirkliches jus quaesitum haben, und eben ſo we-

36) Vgl. auch Gl. non interponit: Jubendo vel approbando, *ut hic fecit*, et sic nota, quod jussus vel authoritas judicis excusat.

37) Noch beſtimmter als in der Gloſſe wird dies im Casus der L. 6. cit. durch die Worte si debitor multorum solvat uni ex creditoribus *jussu judicis* anerkannt.

nig iſt eine Zwangs-Verbindlichkeit zum Verkaufe gänzlich in Abrede zu ſtellen z. B., wenn an einer untheilbaren Sache ein Miteigenthum beſteht und die actio communi dividundo angeſtellt wird, oder wenn der Teſtator ſeinen Erben verpflichtet hat, eine ſeiner Sachen einem Dritten für einen beſtimmten Preis zu überlaſſen.

Der Grund des Edicts dürfte vielmehr einzig und allein in der fraudatio, in dem unrechtlichen Verhalten der betreffenden Individuen zu ſuchen ſein; es iſt nur darauf gerichtet, daß niemand aus ſeinem Betruge Vortheil ziehe, oder durch fremden Betrug benachtheiligt werde, und die Klage iſt gleichſam als eine eigenthümlich erweiterte und modificirte actio de dolo [38a]) zu betrachten. Das consilium fraudandi, der dolus des Cridars, iſt überall weſentlich, und nur ſo weit er wirklich begründet geweſen iſt und wirklich Erfolg gehabt hat, kann überhaupt, wie wir oben geſehen haben, die Klage erhoben werden. Wenn der dolus incidens nicht zur Aufhebung eines geſchloſſenen Rechtsgeſchäfts ausreicht, ſo fällt auch die actio Pauliana fort, wenn zwar der Cridar die Abſicht die Gläubiger zu verkürzen gehabt hat, aber nicht gerade dadurch zu dem betreffenden Geſchäft veranlaßt wurde. Iſt den Rechten der Gläubiger kein Eintrag geſchehen und ihnen kein wirklicher Nachtheil erwachſen, ſondern nur die Möglichkeit eines Vortheils entzogen, wie in den Fällen eines Nichterwerbs von Seiten des Cridars, ſo ſind ſie zur Klage eben ſo wenig berechtigt, als wenn ſie ſelbſt die Veräuſſerung genehmigt und freiwillig den daraus erwachſenden Nachtheil übernommen haben. Eben ſo weſentlich iſt der dolus, die fraus, wenn ſchon in mehr negativer Weiſe, auf Seiten des Dritten, gegen welchen die Klage

38) Vgl. u. a. L. 24. §. 1. Dig. de minor. L. 32. §. 3. Dig. de recept. L. 4. §. 1. Dig. fam. ercisc. L. 22. §. 6. Dig. sol. matrim. L. 4. §. 9. Dig. de damno inf. L. 5. Dig. de liber. causa. — Die Baſiliken geben hier gar keinen Aufſchluß, da ſie ſich des eben ſo zweideutigen Ausdrucks τὰ χωρὶς ἄρχοντος bedienen.

gerichtet iſt [39]), damit er für verpflichtet gelte, durch Reſtitution des früheren Verhältniſſes den Schaden zu erſetzen, welcher den Gläubigern erwachſen iſt. Wo ſeine Theilnahme für unerheblich gilt, und auch ohne Mitwiſſenſchaft um jenes consilium fraudandi die Klage begründet iſt, handelt es ſich entweder um einen Act der Liberalität, alſo um ein reines lucrum, welches niemand auch nur aus fremden Betruge ziehen ſoll, oder es wird doch nicht wie in jenem Falle [40]) unentgeldliche Reſtitution der Sache mit allen inzwiſchen gezogenen Früchten, ſondern nur Herausgabe deſſen, um was der Dritte reicher geworden iſt, alſo nur Reſtitution des lucrum ex fraude zugemuthet [41]). Gleich der actio doli iſt die Klage nur in personam, nicht in rem gerichtet [42]), und gegen die Erben deſſen, welcher des Betruges wenigſtens als Theilnehmer ſich ſchuldig gemacht hat, nur ſo weit begründet, als die Vortheile aus dieſem Betruge auf ſie übergegangen ſind [43]). Ganz entſchieden wird endlich die actio Faviana und Calvisiana, der Pauliana in allem analog, außer daß ſie ſchlechthin niemals durch die ignorantia des Beklagten ausgeſchloſſen iſt, auf den dolus malus des Veräußerers gegründet [44]), und ſo darf man wohl auch hier die Argliſt des Schuldners, ſeinen böſen Vorſatz, die Gläubiger zu verkürzen, als das Motiv des im Edict ausgeſprochenen Verbots, nie als das eigentliche Fundament der actio Pauliana anerkennen [45]).

38 a) In der L. 129. Dig. de R. I.: Nihil dolo facit creditor, qui ſuum recipit, wird dolus und fraus ganz identiſch genommen; eben ſo zuweilen in den Baſiliken z. B. L. 26. h. l. von dolus ſtatt fraus geſprochen.

39) L. 9 und L. 10. §. 3. Dig. h. t. (ſ. Note 7.)

40) L. 7. und 8. und L. 10. §. 20. Dig. h. t.

41) L. 6. §. 10—12, L. 10. §. 5. und 24. L. 25. pr. in f. eod.

42) L. 9. eod.

43) L. 10. §. ult. und L. 11. eod.

44) L. 1. pr. §. 1. L. 4 pr. Dig. si quid in fraud. patr. (38, 5.)

45) Dafür ſpricht beſonders noch der Umſtand, daß wenigſtens Aus-

§. 5.

Gehen wir nun auf die Frage über, ob die Bezahlung einer an ſich klagbaren und bereits fälligen Schuld von den Gläubigern des Cridars, welche beim Concurſe ganz oder theilweiſe leer ausgehen, angefochten werden dürfe, ſo kann von dem Standpuncte aus, auf welchen Franke ſich bei der ganzen Erörterung geſtellt hat, allerdings kein Zweifel obwalten, daß dies unbedingt in Abrede geſtellt werden müſſe, und die Irrevocabilität ſolcher Zahlungen als Regel ohne Ausnahme zu betrachten ſei. Denn ein jus quaesitum auf Befriedigung wird man unter Vorausſetzung der Klagbarkeit und Fälligkeit ſeiner Forderung jenem Mitgläubiger nicht abſprechen, und die Zahlung immer als Folge der dem Cridar obliegenden Zwangs-Verbindlichkeit angeſehen werden können.

Schwieriger iſt die Entſcheidung, wenn man allein in der doloſen Verminderung des Vermögens und der Übervortheilung der Gläubiger den Grund der Klage findet. Auf der einen Seite iſt freilich nicht in Abrede zu ſtellen, daß, während es bei freiwilligen Veräuſſerungen nahe liegt, eine argliſtige Abſicht des Cridars vorauszuſetzen, und gewiſſermaßen die Umſtände ſelbſt das Daſein des consilii fraudandi ergeben, bei Bezahlung von Schulden gewiſſermaßen eine Präſumtion für die Redlichkeit des einen wie des andern Theils ſtreitet, weil nur eine Zwangspflicht erfüllt, ein wirkliches Recht geübt wird. Allein daraus folgt zunächſt nichts weiter, als daß, wenn überhaupt bei der actio Pauliana die Entſcheidung nur ex causa, wie ſich Julian in L. 6. §. 2. Dig. de reb. auctor. jud. possid. (42, 5.) d. h. nur unter genauer Erwägung aller Umſtände möglich iſt, dies bei Anfechtung vor Zahlungen in noch höherem

---

nahmsweiſe der Prätor auch dann den Creditoren zu Hülfe kommen kann, wenn ihr Schuldner fraudandi causa eine Erbſchaft angetreten hat. Vgl. L. 1. §. 5. Dig. de separat. (42, 6.)

Grade geſchehen, und ein um ſo ſtrengerer Beweis ſowohl des consilii fraudandi als der conscientia fraudis erbracht werden muß. Aber leugnen läßt ſich doch nicht, daß, der Cridar, welcher mit ſeiner Inſolvenz wohl bekannt, nur einen Gläubiger, und zwar gerade zu dem Zwecke befriedigt, um dieſem einen Vortheil vor den übrigen zu verſchaffen, ſich gegen die letztern eines dolus ſchuldig macht, und eben ſo wird der befriedigte Gläubiger, wenn er nicht etwa blos die Inſolvenz, ſondern auch die böſliche Abſicht ſeines Debitors kennt, als fraudis particeps zu betrachten ſein. Dem letzteren kann es dann nicht mehr zu gute kommen, daß er blos erhalten hat, was ihm gebührt. Denn ein vollkommnes Recht auf Befriedigung hat er doch eigentlich nur, ſo lange keine Inſufficienz des Vermögens vorliegt, nachher nur, in ſo fern er vor den übrigen Gläubigern ein Vorzugsrecht geltend machen kann, und eine Vertheilung des Vermögens pro rata ſich nicht braucht gefallen zu laſſen. Auch iſt ja mit dem Requiſite des eventus fraudis nicht dies gemeint, daß dem Dritten, gegen welchen die actio Pauliana gerichtet werden ſoll, ein lucrum, ſondern nur, daß den klagenden Gläubigern ein damnum aus den Handlungen des Cridars erwachſen ſei. Dieſer ſelbſt wiederum wird ſich darauf, daß dem befriedigten Gläubiger ein Zwangsrecht zuſtehe, und er, indem er Zahlung leiſtete, nur einer unvermeidlichen Nothwendigkeit nachgegeben habe, mit vollem Rechte allein dann berufen können, wenn der Gläubiger ein rechtskräftiges Urtheil erſtritten, oder doch die Klage bereits angeſtellt, mindeſtens mit derſelben gedroht hat. Wenigſtens erkennen die Geſetze eine Veräußerung des Pupillar-Vermögens nur dann als eine nothwendige, und daher auch ohne richterliches Decret gültige Alienation an, wenn entweder der Socius auf Theilung der gemeinſchaftlichen Sachen bereits angetragen, oder der Pfand-Gläubiger ein ihm gültig beſtelltes Pfandrecht wirklich geltend gemacht hat, oder die

Veräußerung Folge eines rechtskräftigen Urtheils iſt [46]); und in ähnlicher Weiſe ſoll bekanntlich auch das Verbot einer alienatio judicii mutandi causa auf die Befriedigung eines Gläubigers nur dann nicht Anwendung finden, wenn dieſer ſeinen Willen klagbar zu werden bereits kund gegeben hatte [47]).

Die Anwendbarkeit der actio Pauliana ſcheint indeß auf der andern Seite wenigſtens in ſo fern geläugnet werden zu müſſen, als die Bezahlung einer Schuld ſtreng genommen nicht als deminutio patrimonii anzuſehen iſt. Als Vermögen wird eigentlich nur betrachtet, quod superest deducto aere alieno; hingegen ſoll dazu auch dasjenige gerechnet werden, was eingeklagt werden könnte (si quid est in actionibus, petitionibus persecutionibus [48])). So könnte man daher behaupten, daß der Gegenſtand der Leiſtung von dem Augenblicke an, wo die Forderung fällig iſt, zwar noch im Vermögen des Debitors ſich befindet, aber nicht eigentlich zum Vermögen gehört. Gleichwohl geht aber doch erſt durch die wirkliche Zahlung ſowohl Eigenthum als Beſitz dieſes Objects dem Cridar verloren, und wenn man auch von dem zahlenden Debitor nicht ſagen wollte, daß er in bonis ali-

46) L. 1. §. 2. Dig. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9)... Si communis res erit et socius ad divisionem *provocet*, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, *jus suum exequetur*, nihil novandum censeo. — L. 17. Cod. de praed. et aliis reb. min. (5, 71.). Inter omnes minores nec commune praedium sine decreto praesidis sententia Scti distrahi patitur; nam ad divisionis causam *provocante* tantummodo majore socio, ejus alienationem et sine decreto fieri jampridem obtinuit. — L. 3. §. 3. l. l. Si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronunciatum, tutoresque restituerunt ... valebit alienatio propter rei judicatae auctoritatem.

47) L. 10. pr. Dig. de alien. jud. mut. c. facta (4. 7). Nam et si obligatus solvero quod a me *petere velles*, huic edicto locus non erit.

48) L. 49. Dig. de V. S. (50, 17).

quid fecit fraudandi causa [49]) ſo findet wenigſtens die Äußerung Ulpian's, daß, qui fecit aliquid ut desinat habere quod habet, dem Edict entgegenhandle, hier um ſo mehr Anwendung, als bei dem analogen Verbote der alienatio judicii mutandi causa die Übertragung des Beſitzes als Alienation bezeichnet wird, und nur das bloſe Aufgeben deſſelben nicht als eine Handlung gelten ſoll, welche die Reſtitution rechtfertigen könnte [50]). Auch wird nicht blos bei dieſem Verbote darauf hingewieſen, daß wenigſtens unter Umſtänden ſogar eine Zahlung als Alienation gelten könne [51]), ſondern auch der Grund, weshalb ohne Zuſtimmung des Tutor oder Curator ein Pflegbefohlner keine gültige Zahlung leiſten könne, darin geſetzt, quia nullum dominium transferre potest [52]), die sine auctoritate tutoris vom Pupillen geleiſtete Zahlung ſogar ausdrücklich als Alienation bezeichnet [53]), und ſomit wenigſtens eine Analogie zwiſchen Zahlungen und anderweitige Veräuſſerungen gerade da anerkannt, wo es ſich um ein geſetzliches Verbot handelt.

Sonach dürfte aus allgemeinen Gründen zu einem ſichern Reſultate kaum zu gelangen ſein, alles vielmehr auf den Inhalt unſerer Rechtsquellen ankommen. Nur iſt, wie ich glaube, bei deren Prüfung zweierlei nicht auſſer Acht zu laſſen. Sehr häufig nämlich beziehen ſich die Bemerkungen

---

49) Die L. 49. cit. In bonis nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur möchte hier wohl nicht Anwendung finden, da ſie nur von fremden Sachen ſpricht, welche jemand in gutem Glauben beſitzt.

50) L. 4. §. 1. und 2. L. 8. §. 2. Dig. de alien. jud. mut. c. facta (4. 7).

51) L. 10. pr. eod. cit. (Note 47).

52) L. 9. §. 2. Dig. de auct. et cons. tut. (26. 8).

53) §. 2. Inst. quib. alien. lic. (2. 8) ... Pupilli vel pupillae solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis, cum scil. *nullius rei alienatio* eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

der Römiſchen Juriſten nicht ſowohl auf die Frage, ob die fraudatio creditorum zur Anfechtung berechtige, als vielmehr betreffen ſie lediglich das Bedenken, ob nach den beſondern Umſtänden des ſupponirten Rechtsfalls eine ſolche fraudatio überhaupt angenommen werden könne. Außerdem aber iſt dies immer feſtzuhalten, daß eigentlich jede Dispoſition des Cridars, auch eine wirkliche Veräuſſerung, ſobald ſie nur vor erfolgter missio in bona ſtattgefunden hat, im Zweifel als rechtsgültig betrachtet, und ſo lange aufrecht erhalten werden muß, bis das consilium fraudandi, die conscientia fraudis und der eventus fraudationis zur Genüge erwieſen iſt. Mit Stellen der erſtern Art iſt daher über die Revocabilität eigentlich nichts entſchieden, und eben ſo wenig iſt damit, daß hie und da einzelne Geſchäfte als zuläſſig anerkannt werden, deren unbedingte Gültigkeit feſtgeſtellt; eine ſolche abſolute Irrevocabilität kann vielmehr nur behauptet werden, wenn ungeachtet des Daſeins aller jener Bedingungen und Vorausſetzungen die Geſetze ſie anerkennen.

§. 6.

Als die Hauptſtelle unter den hierher gehörigen Geſetzesſtellen, um auf deren nähere Erklärung überzugehen, pflegt von ältern und neuern Schriftſtellern [54]) die L. 6. §. 6. Dig. h. t. angeſehen zu werden; gerade dieſe kann indeß, wie ich glaube, ſo gut wie gar nicht in Betracht kommen, da ſich die Äußerung Labeo's [55]) auf eine zwar analoge, aber doch weſentlich verſchiedene Frage bezieht. Auffallend wäre es gewiß, wenn Ulpian den Rechtsſatz, daß Zahlun-

54) Schon die Gloſſe giebt dieſer Stelle die gewöhnliche Deutung. Vgl. Cas. L. 6. h. t. und Gl. L. 129. de R. J.

55) Apud Labeonem scriptum est, eum qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur recipiat. Eum enim, quem Praetor (al. Praeses) invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse. — Vgl. auch L. 129. Dig. de R. J. (oben Note 38 a).

gen des Cridars, wenn vor Eröffnung des Concurſes erfolgt, irrevocabel ſeien, den er doch im §. 7. als entſchieden anerkannt, mit den Worten eoque jure utimur bezeichnet, gleichwohl zweimal in unmittelbar auf einander folgenden Stellen auszuſprechen für rathſam erachtet hätte. Bekanntlich wird aber auch die actio Pauliana der Regel nach allein gegen den Dritten angeſtellt, mit welchem das zu revocirende Geſchäft abgeſchloſſen war [56]); auf dieſen müſſen daher die Worte eum enim etc. bezogen werden, während der Ausdruck fraudem facere, da der Dritte hinſichtlich der fraudatio ſich durchaus paſſiv verhält, und nur indirect durch ſeine conscientia fraudis am Betruge Theil nehmen muß, kaum anders als vom Cridar verſtanden werden kann [57]). Nicht alſo von einer Zahlung, welche der Cridar ſeinerſeits geleiſtet hat, ſondern von einer ſolchen iſt hier die Rede, wodurch er von einem ſeiner Schuldner befriedigt worden iſt [58]). Auch dieſe könnte man als fraudulöſe Alienation zu betrachten geneigt ſein, weil der Cridar das jus crediti einbüßt, und vielleicht in Folge davon die Gläubiger ein zu ihrer Befriedigung geeignetes Object verlieren. Allein abgeſehen davon, daß der Debitor des Cridars ſich bei etwaniger Klaganſtellung dieſer Leiſtung gar nicht zu entziehen vermochte, liegt auch in der Bezahlung gar keine deminutio patrimonii, da der Cridar in natura

56) L. 1. pr. L. 25. §. 7. Dig. und L. ult. Cod. h. t.

57) Die Worte in fraudem facere werden zwar häufig von beiden Theilen gebraucht, wie z. B. L. 3; L. 4; L. 6. §. 8. und 9; L. 12. pr. Dig. h. t.; ein Ausdruck aber wie der obige, welcher auf die Urheberſchaft hindeutet, kommt meines Wiſſens nirgends von dem Dritten vor; das Edict ſelbſt (L. 1. pr. eod.) braucht ihn dagegen gerade vom Cridar.

58) Für dieſe Erklärung ſprechen ganz entſchieden die Baſiliken, welche in Lib. IX. tit. 8. L. 6. §. 3. unſrer Stelle mit den Worten ὁ χρέος λαβὼν οὐ περιγράφει wiedergeben; denn περιγράφειν brauchen ſie immer (vgl. L. 10. §. 13. L. 6. §. 5 und 7 eod.) vom Cridar allein.

erhalten hat, was ihm bisher nur in actione, als Anſpruch gehörte [59]), und der ſpäter für ſeine Gläubiger ſich etwa ergebende Verluſt nicht Folge der Zahlungs-Leiſtung und Annahme, ſondern nur davon iſt, daß der Cridar das Empfangene conſumirt hat. Vollkommen gerechtfertigt erſcheint daher zwar die Entſcheidung Labeo's; nur kann ſie für unſre Frage kaum eine Analogie darbieten, am wenigſten aber die unbedingte Irrevocabilität der vom Cridar geleiſteten Zahlungen beweiſen, da ſtreng genommen der Juriſt ſogar nichts weiter ſagt, als daß aus der bloſen Annahme und Leiſtung einer Zahlung die fraudatio creditorum noch nicht hergeleitet werden dürfe.

Eine andere Stelle, auf welche Franke beſonders Gewicht legt, die L. 25. §. 1. Dig. h. t. [60]), iſt meines Erachtens eben ſo wenig entſcheidend. Venulejus erörtert hier die Frage, in wie weit die Beſtellung einer dos, welche ein Schuldner, um ſeine Gläubiger zu verkürzen, ſeiner Tochter ausgeſetzt hat, revocirt werden könne, und unterſcheidet

---

59) Gerade hierin liegt der Unterſchied von dem Falle der L. 1. §. 7. Dig. si quid in fraud. patr., wo allerdings Paulus den Verluſt einer actio als deminutio patrimonii bezeichnet, aber einen Verluſt durch Verjährung, wo jedes Aequivalent fehlt, vorausſetzt.

60) Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione, et si restituerit eam, desinit dotem habere, nec quidquam emancipatae, divortio facto, restituturum Labeo ait.... Sed si priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem, judicio dotis nomine conventus, nihilominus ,eum hac actione teneri Labeo ait, nec ullum regressum habiturum ad mulierem; sin vero sine judice, videndum, an ulla repetitio competat ei? Quod si is ignoverit, filia autem scierit, tenebitur filia; si vero uterque scierit uterque tenebitur. At si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem, quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit, se restituturam. *In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei debetur, acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.*

dabei vier Fälle. Unzweifelhaft erſcheint ihm die Frage, wenn der Schwiegerſohn oder die Tochter, oder beide um die fraus patris gewußt haben. Iſt der Schwiegerſohn allein fraudis particeps, ſo iſt auch gegen ihn allein die Klage begründet, gleichviel ob er die dos noch beſitzt, oder dieſelbe aus freien Stücken, oder auf erfolgte dotis actio reſtituirt hat. Die Frau ſelbſt kann in dem letzten Falle weder von den Gläubigern mit der actio Pauliana in Anſpruch genommen werden, da ſie zwar den Gegenſtand jener frauduloſen Veräuſſerung ihres Vaters beſitzt, aber nicht fraudis particeps iſt; noch iſt ſie ihrem Manne, welcher für die bereits reſtituirte dos den Gläubigern aus ſeinem eignen Vermögen haftet regreßpflichtig oder zur Herausgabe der ihr freiwillig zurückgegebenen dos verbunden, da er der Ungültigkeit der dotis constitutio wohl bewußt, die Reſtitution hätte verweigern dürfen, noch weniger aber aus eignem Entſchluß die dos hätte reſtituiren ſollen, und ſomit den Schaden, welchen er jetzt in Folge der actio Pauliana an ſeinem Vermögen erleidet, ſelbſt verſchuldet hat [61]); nur wenn er noch im Beſitze der Dos ſich befindet, ſo iſt die Frau bei der actio Pauliana in ſo fern mit betheiligt, als ſie nur bei etwaniger Trennung der Ehe, da ſie für indotata zu betrachten iſt, keinen Anſpruch auf Reſtitution der bereits den Gläubigern reſtituirten Dos hat. War dagegen der Tochter allein die betrügeriſche Abſicht des Vaters bekannt, ſo iſt nur ſie den benachtheiligten Gläubigern verhaftet, natürlich aber erſt nach Trennung der Ehe, oder wenn freiwillig der Mann

61) So iſt m. E. die von Venulejus aufgeworfene, aber nicht beantwortete Frage sin vero sine judice, videndum, an ulla repetitio competat ei? zu löſen. Das Folgende als Entſcheidung dieſer Frage zu betrachten, iſt rein unmöglich. In völligem Widerſpruch mit den Pandecten entſcheiden die Baſiliken (L. 25. §. 1. h. t.) daß der Mann, wenn er nicht freiwillig die Dos der Frau reſtituirt hatte, ſeinen Regreß an dieſe nehmen könne, nachdem er den Gläubigern die Dos zurückgewährt hätte.

die Dos reſtituirt; denn auch dieſer hat, da die dotis constitutio nicht ipso jure null, ſondern nur revocabel iſt [61a]), durch die Beſtellung Rechte gewonnen, welche ihm, ſo lange überhaupt möglicherweiſe eine Dos wirkſam iſt, nur bei etwaniger Theilnahme am Betruge entzogen werden können [61b]). Iſt das der Fall, war alſo beiden Theilen die fraus patris bekannt, ſo geht die actio Pauliana gegen beide, gegen den Mann, ſofern er noch im Beſitze der Dos iſt, gegen die Frau, aus welchem Grunde auch ihr bereits die Dos reſtituirt war, Bedenken. meint Venulejus, ſeien nur erhoben worden für den letzten Fall, daß keiner von den beiden Ehegatten um die fraus patris gewußt hätte; die Frau wollten Einige für verhaftet halten, die Dos den Gläubigern zu reſtituiren, oder ihnen doch deren Reſtitution für den etwanigen Rückfall zuſichern; der Mann dagegen könne ſo wenig in Anſpruch genommen werden, als ein Gläubiger, welcher von ſeinem Schuldner befriedigt worden ſei [62]).

Offenbar iſt hier eine zwiefache Interpretation möglich. Hat Venulejus bei dieſer Vergleichung des Ehemanns mit dem creditor qui a fraudatore quod ei deberetur, accepit, deſſen bona fides vorausgeſetzt, ſo beweiſet dieſe Stelle nichts weiter, als daß, wie überhaupt jedem außer dem donata-

---

61 a) Arg. L. 26. Dig. de contr. emt. (18, 1.) Si sciens emam ab eo cui bonis interdictum est ... dominus non ero, dissimiliter atque si a debitore, siens creditorem fraudari, emero.

61 b) Anſcheinend dagegen iſt L. 14 u. f. Dig. h. t. Ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum; allein die actio de dote iſt ja eben, mit wenigen Ausnahmen, erſt nach Trennung der Ehe begründet, und ſomit die Ceſſion, welche der Juriſt für nothwendig erklärt, offenbar nur eventuell.

62) Dieſe Befreiung des Mannes von jedem Anſpruche erkennen auch die Baſiliken an, laſſen aber die Verpflichtung der Frau, welche in den Pandecten mindeſtens als zweifelhaft bezeichnet iſt, ganz unbedingt eintreten.

rius, ſo auch dem befriedigten Gläubiger die ignorantia, der Mangel der participatio fraudis, zu Statten komme, was übrigens auch ſo nicht bezweifelt werden könnte, da er ſelbſt vor dem Käufer den Vorzug hat, daß er nur bekommt, was ihm von Rechtswegen gebührt, einem Beſchenkten aber vollends nicht gleichgeſtellt werden kann. Nur im entgegengeſetzten Falle, daß jener Ausſpruch des Venulejus abſolut aufzufaſſen wäre, der Juriſt alſo den Umſtand, ob dem Gläubiger die betrügeriſche Abſicht des Schuldners bekannt geweſen ſei, für durchaus unerheblich erachtet hätte, würde die unbedingte Irrevocabilität der Zahlungen und die Verwerflichkeit der ſog. Gratifications-Theorie ſchlechthin feſtſtehen. So die Stelle zu erklären, meint nun zwar Franke, daß „nach dem Früheren das einzig Zuläſſige ſei.“ Indeß keine der übrigen Geſetzesſtellen, welche derſelbe allegirt hat, (und darauf können doch nur die Worte „nach dem Früheren“ bezogen werden, da eine Bezugnahme auf die allgemeinen Argumentationen als petitio principii gelten müßte, die übrigen Äußerungen des Venulejus aber gar nicht einmal von Franke erwähnt ſind,) erklärt, worauf es doch ankäme, daß eine Bezahlung ſelbſt dann der actio Pauliana nicht unterliege, wennſie fraudandi consilio geſchehen und dem Creditor dieſe fraus bekannt geweſen wäre, ſondern nur, daß blos um deshalb allein, weil der vor allen andern befriedigte Gläubiger die Inſolvenz des Cridars gekannt habe, er noch nicht auf Herausgabe des Empfangenen belangt werden dürfe. In ihrem Zuſammenhange die Stelle betrachtet, kann aber auch, wie mich dünkt, kaum ein Zweifel obwalten, daß Venulejus in der Perſon des Gläubigers bona fides oder ignorantia ſupponirt hat. Der Grund weshalb einige Juriſten gezweifelt haben, ob nicht ihrer ignorantia ungeachtet wenigſtens die Frau zur Herausgabe der Dos an die Gläubiger für verpflichtet gelten müſſe, war ſicher nur der, daß ſie meinten, es könne dieſelbe wohl als donataria betrachtet werden, (quia intelligitur quasi ex

donatione aliquid ad eam pervenisse) und müsse daher wenigstens dasjenige herausgeben, um was sie bereichert wäre, oder was ihr künftig bei der Restitution der Dos zufiele. Dies Bedenken nun, welches übrigens Venulejus stillschweigend als unbegründet verwirft, schwebt ihm auch bei dem Manne und hinsichtlich dessen etwaniger Restitutionspflicht vor. Hier indeß meint er, sei eine donatio noch viel weniger vorhanden, vielmehr die Dotation gleichsam nur Entschädigung für die durch die Eheschließung übernommenen onera matrimonii; weit entfernt, daß die Dos für den Mann ein wirkliches lucrum sei, habe er, da er ohne Dos die Heirath vielleicht nicht eingegangen wäre, dem Vater gegenüber ein Recht auf die Dotation, ähnlich wie ein Gläubiger auf die Bezahlung von Seiten seines Schuldners [63]). Dies Argument ist unbedenklich als richtig anzuerkennen, offenbar aber diese Analogie mit dem Gläubiger in gleicher Weise begründet, mag der Mann um das consilium fraudationis seines Schwiegervaters gewußt haben oder nicht. Wäre also Venulejus der Meinung gewesen, daß ein befriedigter Gläubiger niemals, auch dann nicht, wenn er die in betrügerischer Absicht geleistete Zahlung mala fide empfangen hätte, zu deren Restitution verpflichtet sein könne, so hätte er auch dort die Rückforderung der Dos für unzulässig halten müssen; gleichwohl erklärt er auf das Bestimmteste, daß der Ehemann, wenn er um die fraus soceri gewußt habe, der actio Pauliana unterliege, und findet gerade in dieser scientia den Grund für die Revocabilität der bestellten Dos. Nicht sowohl will daher der Jurist sagen, daß, weil der Schwiegersohn gleichsam Creditor sei und einen Anspruch auf die Dos habe, die actio Pauliana überall nicht gegen ihn stattfinde, sondern nur, daß aus diesem Grunde, und weil er nicht Donatarius sei, seine ignorantia ihm zur Entschuldigung

63) Cf. L. 18. Dig. de O. et A. (44. 7.) L. un. §. 1. Cod. de impon. luerat. descript. (10, 35.)

gereichen müſſe. So verſteht ſchon die Gloſſe [64]) unſere Stelle, ganz entſchieden iſt ihr in den Baſiliken [65]) dieſe Deutung gegeben; ſo verſtanden beweiſet ſie eben für die von Franke aufgeſtellte Anſicht nichts, enthält vielmehr ſogar ein indirectes Anerkenntniß, daß auch bei geleiſteten Zahlungen die actio Pauliana, zwar nur unter den ſonſt geltenden Bedingungen, immer aber doch möglich ſei.

Selbſt die L. 6. §. 7. Dig. h. t. [66]) ſagt eigentlich nur, daß, ſo wenig als wirkliche Alienationen bloß um deshalb revocirt werden können, weil der dritte Erwerber die Inſolvenz des Cridars gekannt hat, auch geleiſtete Zahlungen nur aus dieſem Grunde, ſo fern nicht etwa der Concurs ſchon eröffnet war, von dem befriedigten Creditor nicht zurückgefordert werden dürften, und ſteht ſo mit der Aeußerung Ulpians [67]) in L. 21. pr. Dig. de peculio (15. 1.) auf glei-

64) Gl. *non dandum* L. 25 cit.: Non enim ex donatione capit, licet dos dicatur donatio, ut supra de donat. L. 1. — Gl. *indotatam:* Et sic quodammodo sibi debitum videtur accepisse pro onere matrimonii, et sic similis est creditori. Vgl. auch Cas. §. 1. cit.

65) Basil. Lib. IX. tit. 8. L. 25. Hier heißt es zuerſt im §. 1. ähnlich wie in den Pandecten nur: εἰ δε αὐτὸς ἠγνόει, οὐχ ὑπόκειται, ὥσπερ οὐδὲ δανειστὴς χρεός λαβών; nachher im §. 2. wird aber die Irrevocabilität der Zahlungen noch beſonders ausgeſprochen mit den Worten εἰ ὁ βλάψας ἀγνοοῦντι τῷ δανειστῇ δῶ τὸ χρέος οὐκ ἀνατρέπεται τὸ πραχθέν, und hier die ignorantia creditoris entſchieden als Bedingung derſelben bezeichnet.

66) Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam accepit, antequam bona debitoris possideantur quamvis sciens prudensque debitorem non esse solvendo, non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum receperit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus; nec enim debuit praecipere ceteris post bona possessa cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

67) Summa cum ratione etiam hoc peculio Praetor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset .... Sed et si quis cum suspicaretur alium secum acturum alio peculium avertat, dolo non caret; sed si alii solvit, non

cher Linie, welche, wie Franke ſelbſt richtig bemerkt, für die Revocabilität oder Irrevocabilität der Zahlungen wenig oder nichts beweiſet, vielmehr nur dafür zum Beleg dienen kann, daß der Schuldner, welcher einen Gläubiger vollauf befriedigt, und gleichwohl weiß, es hätten noch andere Perſonen begründete Forderungen, um deshalb allein eines dolus nicht ſchuldig erachtet werden darf.

Indirect wird indeſſen allerdings in dieſer Stelle anerkannt, daß der Regel nach Zahlungen rechtmäßiger Schulden, wenn nur vor erfolgter missio in bona geleiſtet, dem befriedigten Creditor verbleiben. Damit ſtimmt auch die Entſcheidung Julians in L. 10. §. 16. Dig. eod. [68]) überein, daß der Gläubiger, welcher von dem flüchtigen Schuldner Befriedigung erlangt hat, die actio Pauliana nicht zu fürchten brauche, ſobald noch nicht die missio in bona verfügt war, nicht minder die Aeußerung Scaevola's in den Schlußworten der L. 24. Dig. eod. [69]). Auch hängt hiermit ſowohl die Beſtimmung Juſtinians [70]), daß der Erbe nach Anfertigung eines Inventars ohne Beſorgniß die ſich meldenden Gläubiger befriedigen könne, weil es, wenn hintenher andere Gläubiger mit beſſerem Rechte auftreten, die-

---

dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur, et licet creditori vigilare ad suum consequendum.

68) Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem et pecuniam secum ferentem et abstulissem id, quod mihi debeatur placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus mittantur creditores, hoc factum sit, an postea? Si ante, cessare in factum actionem; si postea, huic locum fore.

69) Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est, ideoque non revocatur quod percepi. Die nähere Erörterung dieſer Stelle, welche wie ſich zeigen wird, nur unter der Vorausſetzung, daß keine Fraudation dabei obgewaltet habe, die Zahlungen für irrevocabel erklärt, muß hier noch ausgeſetzt bleiben.

70) L. 22. §. 4—6. Cod. de jure delib. (6,30).

ſen überlaſſen bleibe, ihr Vorzugsrecht gegen jene geltend zu machen, als die Vorſchrift [71]) zuſammen, daß, wenn ein Erbe ſeinen Antheil an den vom Erblaſſer deponirten Geldern und Sachen eingeklagt hat, der andere Erbe aber mit der Klage ſäumt, und in Folge eintretender Inſolvenz des Depoſitars, oder aus einem andern Grunde leer ausgeht, weder ein Theilungs- noch ein Entſchädigungs-Anſpruch begründet ſei, weil eben die Befriedigung jenes einen Gläubigers an und für ſich als dolos nicht gelten kann.

§. 7.

Als Regel iſt es daher allerdings zu betrachten, daß die Bezahlung von Schulden, ſelbſt wenn dadurch die Inſolvenz bewirkt wird, oder dieſe zu der Zeit bereits vorhanden war, gleichwohl von den übrigen Gläubigern nicht angefochten werden kann, vielmehr präſumtiv gültig iſt und bleibt.

Dabei erklärt es auch Franke mit Recht für gleichgültig, ob die Befriedigung des Gläubigers auf vorgängige Klage durch richterliche Verurtheilung herbeigeführt iſt, oder in Folge bloßer Privat-Mahnung eintritt, oder in dem freien Entſchluſſe des Schuldners ihren Grund hat. Die Aeußerung Ulpians in L. 10. §. 16. Dig. h. t. [72]) macht gar keine Schwierigkeiten, da, wie Franke mit der Gloſſe [72 a]) richtig bemerkt, auferre auch von Klaganſtellung gebraucht wird [73]), jedenfalls in dem vorliegenden Falle die Selbſthülfe gerechtfertigt und der Einklagung der Schuld gleichzuſtellen wäre; aber auch die Schwierigkeiten der L. 24. §. 1.

---

71) L. 9. Cod. depositi (4. 34).

72) S. Note 68.

72 a) Gl. locum fore L. 10. §. 16. cit.

73) Vgl. u. a. L. 22. §. 1. Dig. de evict. (21. 2.), L. 15. Dig. de jure dotium (23. 3.), L. 85. Dig. de leg. I., L. 66. §. 5. Dig. de leg. II., L. 21. Dig. de jure fisci (49. 14). In den Baſiliken (L. 10. §. 10.) iſt ſogar nur von λαβειν χρεος, debitum recipere, die Rede.

in f. eod. [74]) ſind nur ſcheinbar. So viel iſt zunächſt gewiß daß Scaevola hier für den Fall freiwilliger Zahlung die Regel als anwendbar anerkennt; denn mit den Worten si non extorserim kann nichts anders gemeint ſeyn, als was er vorher mit is obtulerit mihi bezeichnet. Bei jeder andern Art der Befriedigung hingegen ſcheint er mit den Worten si extorserim invito, revocetur, die Anfechtung für zuläſſig zu erklären. Allein wollte man extorquere, wie es häufig vorkommt [75]), von agere verſtehen, ſo wäre es nicht bloß an ſich widerſinnig, daß die freiwillig geleiſtete Zahlung unangefochten bleiben, die auf richterlichen Befehl erfolgte der Revocation unterliegen ſollte, ſondern es würde auch dieſe Entſcheidung ebenſowohl der L. 10. §. 16. h. t, welche von einer Klaganſtellung jedenfalls verſtanden werden kann, als der L. 6. §. 6. h. t. widerſprechen, welche es mit allem Recht für eine Iniquität erklärt, daß jemand richterlichen Zwanges ungeachtet nicht ohne Gefahr ſolle Zahlung leiſten können. Gleich abſurd wäre es, wenn Scaevola die durch bloßes Mahnen und Andringen des Gläubigers (auch in dem Sinne daß man jemand wider ſeinen Willen, obſchon ohne Intervention des Gerichts, zu etwas zu bewegen ſucht, kommt bekanntlich extorquere vor) [76]) herbeigeführte Zahlung für revocabel erklärte, da ſie dem Weſen nach einer freiwilligen Leiſtung, welche er für unzweifelhaft gültig hält, gleichgeſtellt werden muß. So bliebe nichts übrig, als extorquere, zumal wegen

---

74) Quid ergo si cum in eo esset, ut bona debitoris mei venirent solverit mihi pecuniam, an actione revocari possit a me? Distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito, ut si extorserim invito, revocetur, si non extorserim non revocetur. Sed vigilavi etc. So lautet die Stelle nach der lectio vulgata; Haloander lieſt et, Gebauer an distinguendum est.

75) L. 4. Dig. depositi (16. 3.) L. 35. Dig. de O. et A. (46. 3.) L. 19. §. 1. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 173. Dig. de R. J.

76) L. 41. Dig. de liber. causa (38. 2.)

des Beiſatzes invito, von Privatgewalt [77]) zu verſtehen. Indeß hier ſind nur zwei Fälle denkbar, entweder erlaubte Selbſthülfe, wie gegen den flüchtigen Schuldner oder ein Zwang, welcher unter das Verbot des decretum D. Marci fällt; in jenem Falle die Revocation zu geſtatten, widerſpräche eben ſo der Natur der Sache als der L. 10. §. 16. h. t.; bei unerlaubter Privatgewalt dagegen unterliegt zwar die Revocation der Zahlung keinem Zweifel, immer aber könnte ſie nur ex persona debitoris mit einer Condiction, nicht ex proprio jure von den Creditoren mittelſt der actio Pauliana bewirkt werden, und ſo würde ſich der Juriſt, entweder einer unglaublichen Ungenauigkeit des Ausdruckes, wenn er mit revocetur auf jene Condiction hinweiſen wollte, oder wenn er die actio Pauliana für zuläſſig gehalten hätte, einer wirklichen Abſurdität ſchuldig gemacht haben. Offenbar muß daher die Aeußerung Scaevola's, wie dies ſchon in der Gloſſe [78]) angedeutet wird, ſo verſtanden werden, daß er bei jenen Diſtinctionen nicht ſowohl eine Anſicht ausſpricht, welche er ſelbſt für richtig hält, ſondern nur frageweiſe ein Bedenken aufwirft, welches entſtehen könnte; ſeine eigene Meinung aber erſt in den Schlußworten sed vigilavi etc. kund giebt [79]). Er will nur ſagen, daß um der bloßen Extorſion willen die actio Pauliana noch nicht erhoben werden könne, überhaupt auf den Anlaß zur Zahlung nichts ankomme.

Eben ſo wenig als die Veranlaſſung der Erfüllung, kommt der Gegenſtand der Leiſtung in Betracht. Zwar ſprechen einige Stellen von dem creditor qui debitam pecuniam recepit, oder dem debitor qui solverit pecuniam [80]). Allein als ein

---

77) L. 22. Dig. quod metus cause (4. 2).

78) Gl. distingendum l. l.

79) Ohne Zweifel muß deshalb an distinguendum est? mit Gebauer geleſen werden.

80) L. 6. §. 7, und L. 24. §. 1. Dig. h. t. L. 18. §. 10. Dig. de jure fisci (49. 14.) L. 5. Cod. de privil. fisci (7. 73).

ſingulärer Rechtsſatz, welcher eine möglichſt ſtricte Interpretation erforderte, kann die Gültigkeit der Zahlungen überall nicht betrachtet werden, ſondern dieſe iſt, wie wir geſehen haben, nur Folge davon, daß überhaupt erſt mit der Concurseröffnung die Dispoſitionsgewalt des Cridars aufhört, welchem bis dahin zur Befriedigung ſeiner Gläubiger um ſo mehr das Recht zuſtehen muß, als er dadurch nur einer ihm obliegenden Pflicht nachkommt. In den meiſten Stellen iſt zugleich, und in den Baſiliken [81]) ſelbſt da, wo in den Pandecten jene ſpecielleren Ausdrücke gebraucht werden, ganz allgemein vom creditor qui quod sibi debetur, qui debitum suum recepit die Rede, worunter jeder, welcher eine rechtsbegründete klagbare Forderung hat, und jedwede Art von Schuld, keineswegs bloß Geldſchulden zu verſtehen ſind [82]). Auch beziehen ſich alle Stellen, welche die actio Pauliana für zuläſſig erklären, nur auf ſolche Fälle, wo ungeachtet der Inſolvenz ein Verkaufs-, Tauſch- oder ſonſtiges Geſchäft erſt geſchloſſen, nicht aber ein früher ſchon eingegangenes Geſchäft der Art erſt nach eingetretner Inſolvenz erfüllt wird, und offenbar iſt z. B. dem Verkäufer, welcher dem Cridar früher das Kaufgeld creditirt hatte und nun noch zeitig genug daſſelbe zu erlangen ſucht, der Käufer zu vergleichen, welcher die bereits bezahlte aber noch nicht tradirte Sache bei Eintritt der Inſolvenz von dem Verkäufer ſich ausantworten läßt. So würde es durchaus nicht gerechtfertigt werden können, wenn man jene Regel nur bei Zahlung von Geldſchulden oder in ſolchen Fällen anerkennen wollte, wo andre fungible Sachen Gegenſtand der vom Cridar getilgten Obligation waren. Noch weniger aber darf man wegen des Wortes recipere [83]) auf die causa obligandi ein Gewicht

---

81) So insbeſondere wird L. 6. §. 7. cit. mit den Worten wiedergegeben εἰ μὲν πρὶν νομὴν ὑποστῇς, ἔδωκας δανειστῇ etc.

82) L. 10—12. Dig. de V. S., L. 94. Dig. de solut. (46. 2.) L. 16. §. 2. Dig. qui et a quib. manum (40. 9).

83) Oefters kommt der Ausdruck accipere vor, und wenigſtens wird hiermit recipere ſehr häufig ſynonym gebraucht.

legen und etwa nur da, wo die Erfüllung ſich auf eine frühere gleichartige Leiſtung bezieht und als restituere darſtellt, wie beim Darlehn, die Irrevocabilität als Regel anerkennen, ſondern jede Erfüllung bereits vor Eintritt der Inſolvenz beſtehender Verbindlichkeiten iſt im allgemeinen als gültig zu erachten.

Immer aber dürfen wir nur die eigentliche Erfüllung, bei welcher gerade dasjenige, was der Creditor zu fordern berechtigt iſt, das wirkliche debitum geleiſtet wird, und diejenigen modi solvendi, bei welchen die wirkliche Solution gleichſam fingirt wird, wie z. B. die Compenſation und gerichtliche Depoſition, den Alienationen entgegenſetzen, und nur hier die Irrevocabilität als Regel anerkennen. Alle übrigen ſind jenen zuzuzählen und insbeſondre kann darüber kein Zweifel obwalten, daß Franke S. 262. mit Recht die datio in solutum in Betreff der actio Pauliana gänzlich einem gewöhnlichen Kaufe gleichgeſtellt wiſſen will. Denn nicht bloß daß der Creditor hier keineswegs erhält, quod sibi debetur, ſondern nur für dasjenige, was ihm der Cridar ſchuldet, befriedigt wird, ſo iſt die datio in solutum entweder ein Kaufgeſchäft, wo ſie auf freiwilliger Uebereinkunft beruht [84]), oder ſie iſt doch, wenn nach vergeblich verſuchtem Verkauf der Mobilien und Immobilien die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners conſtirt iſt [85]), mehr eine Begünſtigung des letztern, als ein Recht des Creditors, welches dieſer nach freiem Belieben geltend machen könnte [86]). Der Unterſchied von der Pfandbeſtellung, welche ſo entſchieden den mittelſt der actio Pauliana revocabeln Alienationen zugezählt wird, liegt auch in der That nur da-

84) L. 24. Dig. de pign. act. (13. 1.) L. 81. Dig. de contrah. emt. (18. 1.) L. 16. §. 9 Dig. de pign. (20. 1.) L. 4. Cod. de evict. (8. 45.)

85) Nov. 4. c. 3.

86) Marezoll Bemerkungen über einzelne Fragen aus dem Röm. Civilrecht Nr. 11. §. 2. und 3. in: v. Grolman und v. Löhr Magazin für Rechtswiſſenſch. Bd. 4. Heft 2. S. 233. 239.

rin, daß dem Creditor bei dieſer bloß mittelbar durch den Werth der verpfändeten Sache, bei der datio in solutum gleichſam unmittelbar durch deren Subſtanz Befriedigung verſchafft werden ſoll, und ſelbſt die Differenz, welche bei dem jetzigen Concursverfahren eintreten würde, daß nämlich der Gläubiger, welcher nur ein Pfandrecht erhalten hätte, an dem Concurs Theil nehmen müßte, war wenigſtens im älteren Römiſchen Rechte nicht begründet, nach welchem die Pfandgläubiger ſelbſtſtändig und ohne in den Concurs ſich einzulaſſen, ihr Recht verfolgen durften [87]), um ſo weniger könnte man die Analogie der pignoris datio als entſcheidend für die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit der datio in solutum in Abrede ſtellen. Es fehlt aber auch, wie ich glaube, nicht an Geſetzesſtellen, aus welchen man unmittelbarer die Richtigkeit der von Franke, namentlich gegen Schweppe aufgeſtellten Anſicht, zu erweiſen vermag.

Schon dies könnte als Argument gelten, daß während den Tutoren nicht bloß das Recht ertheilt, ſondern ſogar zur Pflicht gemacht iſt, die Schulden des Pupillen zu bezahlen, ohne daß hier, nach Römiſchem Rechte wenigſtens, eine obrigkeitliche Genehmigung nöthig iſt, gleichwohl es eines richterlichen Decrets bedarf, ſobald die Tilgung der Schulden mittelſt einer datio in solutum bewirkt werden ſoll [88]). Wichtiger iſt meines Bedünkens die Aeußerung Ulpians in L ult. Dig. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 4.) [89]). Anſcheinend iſt zwar hiermit nichts weiter geſagt, als daß, wer eine Sache in solutum erhalten hat, gleich demjenigen, welchem ſie durch Tauſch oder litis aestimatio u. ſ. w. zugefallen iſt,

87) Heffter, Inſtitut. d. Civil-Prozeſſes S. 566. Bayer, Theorie des Concurs-Proz. S. 25

88) L. 15. Cod. de praed. et aliis reb. minor. (5. 71).

89) Is qui rem permutatam accepit, emtori similis est; item is qui rem in solutum accepit, vel qui lite aestimata rem tenuit vel ex causa stipulationis, non ob liberalitatem est consecutus.

einem Käufer verglichen werden könne. Nach der Inſcription iſt aber dieſe Stelle aus einem Werke über die Fideicommiſſe entnommen und bezieht ſich, wie ſchon ihre jetzige Stellung andeutet, ohne Zweifel auf die missio in possessionem, welche der Fideicommiſſar oder Legatar, falls der onerirte Erbe Caution verweigert, zu fordern berechtigt iſt. Unterſcheidet ſich dieſe nun gleich darin weſentlich von der missio in possessionem beim Concurſe, daß ſie nur zum Zweck temporärer Sicherſtellung geſchieht, und bloß zum Beſitze, nicht zum Verkaufe der überwieſenen Sachen ermächtigt, ſo beruht ſie doch im übrigen auf gleichem Prinzipe. Denn nicht bloß in Betreff der wirklichen res hereditariae, d. h. derer, quae in causa hereditaria manent kann die Immiſſion verlangt werden [90]), es iſt auch wie beim Concurſe eine Anfechtung der vom Onerirten bewirkten Veräußerungen mittelſt ſummariſcher Klage geſtattet [91]), und zwar unbedingt, wenn erſt nach bereits verfügter Immiſſion die Veräußerung ſtatt gefunden hat [92]); ſonſt nur, falls die veräußerten Sachen dolo malo heredis in causa hereditaria esse desierunt [93]). Bei dieſer offenbaren Analogie ſcheint es unbedenklich, die Zuläſſigkeit der actio Pauliana bei einer in fraudem creditorum erfolgten datio in solutum auf dieſe Stelle zu ſtützen, in welcher Ulpian die Gleichſtellung mit dem Käufer ſicher nur in der Beziehung hervorheben will, daß auch dann, wenn der Onerirte Erbſchaftsſachen zwar nicht verkauft, aber dolo malo vertauſcht oder an Zahlungsſtatt gegeben habe, gegen den dritten Erwerber auf Immiſſion gedrungen werden könne. Noch entſcheidender dürfte die L. 1. Cod. h. t. [94]) ſein. Ob hier die

90) L. 5. §. 5. Dig. ut in poss. legat. s. fideic. (36. 4).

91) L. 5. §. 5. cit. L. 1. Cod. eod. (6. 53).

92) L. 3. Cod. eod.

93) L. 8. 13. 15. Dig. und L. 6. Cod. eod.

94) Heres qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obliga-

Worte cui res cessit, wie in der Gloſſe, mit in solutum dando zu erklären ſind, oder auf eine cessio bonorum ſich beziehen, welche bekanntlich auch wohl cessio rerum genannt wird [95]), iſt allerdings zweifelhaft. Für jene Erklärung möchte nur dies ſprechen, daß es den Anſchein hat, als ob auf Seiten des Dritten ein Eigenthumserwerb vorausgeſetzt werde, während dies die cessio bonorum niemals, vielmehr immer nur ein Verkaufsrecht zur Folge hat [96]). Wie verſchieden indeß je nach der einen oder andern Deutung jener Worte ſich der Rechtsfall geſtaltet, welcher dies Reſcript Antonin's veranlaßt hat, immer würde die Entſcheidung zum Belege unſrer Behauptung dienen. Nach der Erklärung des Gloſſators wäre der Fall der, daß ein Erbe nach angetretener Erbſchaft einen ſeiner eignen Gläubiger durch datio in solutum zu befriedigen geſucht, und dazu auch Erbſchaftsſachen benutzt, welche jetzt ein Erbſchaftsgläubiger, weil er unbefriedigt geblieben iſt, unter dem Vorwande einer alienatio fraudulosa in Anſpruch nimmt, und ſofern nur einerſeits die fraudatio, andrerſeits die Inſufficienz des Nachlaſſes feſtſteht, zurückzufordern allerdings berechtigt ſeyn ſoll. Verſteht man hingegen jene Worte von einer cessio bonorum und erklärt die Stelle dahin, daß der Erbe bereits vor Anfall der Erbſchaft ſeinen eignen Gläubigern bona cedirt hatte, und nun hintenher, um den Schuldreſt zu tilgen, denſelben einzelne corpora hereditaria überwies, ſo liegt doch immer in dieſer Ueberlaſſung der Erbſchaftsſtücke eine in solutum datio, und deren Revocabilität würde auch dann durch dieſes Reſcript erwieſen ſeyn [97]).

---

tus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit, bonis ejus excussis, usitatis actionibus ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.

95) Vgl. u. a. L. 3. Cod. de bon. auct. jud. possid. (7. 72.)

96) L. 4. Cod. qui bonis cedere possunt (7. 71.).

97) In den Baſiliken enthält unſere Stelle (Lib. 26. t. 1.) nur im Allgemeinen ein Verbot der Alienationen zum Nachtheil der Erbſchaftsgläubiger.

Endlich wird man darin ſich gleichfalls mit Franke einverſtanden erklären müſſen, daß die regelmäßige Irrevocabilität der Zahlungen auf die Fälle zu beſchränken ſey, wo die ſo getilgte Forderung des einen Mitgläubigers bereits fällig war, und daß im entgegengeſetzten Falle nicht etwa bloß das interusurium gefordert, ſondern die ganze Zahlung mit der actio Pauliana angefochten werden dürfe. Streng genommen kann man den Cridar, ſo lange der Termin noch nicht eingetreten iſt, nicht einmal als wahren Debitor betrachten [98]); wenigſtens iſt, was die wirkliche Leiſtung, nicht bloß die perſönliche Verpflichtung gegen den Creditor betrifft, eine freiwillige deminutio patrimonii nicht in Abrede zu ſtellen. Außerdem aber kommt es bei der actio Pauliana nicht auf Rückgewähr des dem Beklagten erwachſenen Gewinns, ſondern auf Beſeitigung des für den klagenden Gläubiger entſtandenen Nachtheils an, und dieſer liegt offenbar nicht darin, daß der Cridar die Zinſen der Zwiſchenzeit verloren hat, ſondern daß der Maſſe, bei deren Vertheilung die Kläger entweder ein Vorzugsrecht gehabt hätten, oder doch pro rata berückſichtigt worden wären, die ganze Schuldſumme entzogen iſt. In dem Falle der L. 17. §. 2. Dig. h. t. [99]) würde allerdings theils wegen der privilegia dotis, theils weil der Ehemann überhaupt nur auf die Nutzungen der Dos Anſprüche machen kann, nicht mehr als die Dotalfrüchte der Zwiſchenzeit, bis zum eigentlichen Reſtitutionstermine verlangt werden können;

98) In ganz ähnlicher Beziehung, nämlich in Betreff der Zuläſſigkeit einer missio in bona debitoris, äußert ſich wenigſtens Ulpian in der L. 4. § 7. Dig. ex quib. caus. in poss. eatur. (42. 4.) ſo: antequam dies vel conditio veniat, non possunt ejus bona venire. Quid enim interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit? nam et si non sit debitor, idem dicemus.

99) Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi, nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit.

dies kann aber für andere Fälle, wo das Intereſſe der Gläubiger weiter reicht, nicht entſcheiden, und um ſo weniger als in dieſer Stelle, wie Franke ſehr richtig bemerkt, das Rückforderungsrecht derſelben ganz allgemein ſo weit anerkannt wird, als ſie ein rechtliches Intereſſe dafür nachweiſen können, daß erſt zu gehöriger Zeit die Zahlung geſchieht. Schwierigkeiten entſtehen allein durch die L. 10. §. 12. Dig. h. t. [100]). Durch eine Emendation wären dieſe leicht zu beſeitigen; man dürfte nur ideo ſtatt in eo leſen, oder die Partikel in als durch Gemination der Schlußbuchſtaben des vorhergehenden erit entſtanden, ganz wegfallen laſſen, ſo würde mit dieſem Zwiſchenſatze [101]) nicht ſowohl das Object der hier anzuſtellenden Klage als der Grund bezeichnet ſein, aus welchem auch in dieſem Falle der Juriſt dieſelbe für zuläſſig erachtet. Allein auch ſo kann dieſe Stelle die gewöhnliche Meinung nicht rechtfertigen. Schon der Gebrauch des Ablativs in eo deutet darauf hin, daß der Juriſt nicht ſpeciell, was der Kläger fordern könne, angeben, ſondern mehr im allgemeinen darauf hinweiſen will, in welchem Umfange, in welchen Beziehungen die Klage für möglich zu halten ſey, ähnlich wie unſer „in ſo weit", die je nach Beſchaffenheit des einzelnen Falls eintretenden Modalitäten zugleich involvirt. Auch kann man die Umſchreibung, deren ſich der Juriſt bedient (commodum quod sentit creditor in repraesentatione), nicht für bedeutungslos erachten, ſo daß damit nichts mehr und nichts weniger als commodum repraesentationis gemeint wäre, was wenn gleich ſeltner als commodum, usurae, fructus medii

100) Si cum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, in eo quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore, nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.

101) Dieſer fehlt in den Baſiliken gänzlich, wo die L. 10. §. 8. ſo lautet: εἰ τῷ ὑπὲρ ἡμέραν δανειστῇ ἐπὶ βλάβῃ τῶν ἄλλων καταβάλω, χώρα τῇ ἀγωγῇ· καὶ χρόνῳ γὰρ ἀπάτη γίνεται; für ein Einſchiebſel darf man ihn indeß um deshalb wohl nicht erachten.

temporis, das Interusurium bezeichnet; vielmehr ſoll ohne Zweifel auch hiermit darauf hingewieſen werden, daß, in wie fern überhaupt aus der Vorausbezahlung für den befriedigten Gläubiger ein Vortheil, für die übrigen ein Nachtheil erwachſen ſei, auch das Klagrecht des letztern eintrete. Mit Recht erklärt ſich daher Franke dahin, daß in dieſer Stelle gleichwie in der L. 17. §. 2. cit. nur überhaupt das Intereſſe des Klägers, wie es ſich aus den Umſtänden des einzelnen Falles näher ergeben, als Grund und Zweck der actio Pauliana anerkannt werde.

§. 8.

Wie wenig man nun aber nach dem Bisherigen in Abrede ſtellen kann, daß unter den angegebenen Vorausſetzungen die Befriedigung eines Gläubigers in der Regel gültig bleibt, ſo kann man doch ein mehreres, als daß eben der Regel nach die actio Pauliana in dergleichen Fällen unmöglich ſei, meines Erachtens nicht behaupten. Von allen angeführten Geſetzesſtellen ſpricht keine einzige unbedingt, und ſelbſt falls alle Requiſite der actio Pauliana vorliegen, die Irrevocabilität der Zahlungen aus; gleichwohl wäre, um deren Gültigkeit mit Franke als „Regel ohne Ausnahme“ zu betrachten, entweder dies [102]) oder ein gänzlicher Mangel jeglicher Analogie zwiſchen Zahlungen und eigentlichen Alienationen erforderlich. Ohnedies würde man immer noch behaupten dürfen, daß hier nur in vorzüglicherem Grade die Präſumtion eintritt, welche für die Gültigkeit aller vor Eröffnung des Concurſes vom Cridar getroffenen Verfügungen

102) Eine ſolche ausdrückliche Entſcheidung enthält z. B. die Preuß. Ger.Ordn. a. a. O. §. 44 flg., welche die Befriedigung eines Gläubigers, mag ſie durch Zahlung, Ceſſion, Pfandübergabe, datio in solutum oder wie ſonſt geſchehen ſeyn, ſelbſt dann für gültig erklärt, wenn dem Gläubiger die Inſolvenz ſeines Schuldners bekannt war. Außer der Rückforderung des etwa zu viel gezahlten, ſollen hier die Gläubiger nur bei der datio in solutum das Recht haben, gegen vollſtändige Befriedigung des Empfängers die Rückgabe der Sache zu verlangen.

ſpricht; daß die Zahlungen in Betreff der actio Pauliana einen wirklichen Gegenſatz gegen die Alienationen bilden, würde man um ſo weniger anzunehmen berechtigt ſein, als eigentlich nur indirect und gewiſſermaßen beiläufig die obigen Stellen deren Gültigkeit anerkennen. Ganz abgeſehen von den Hindeutungen auf ein Anfechtungsrecht der Mitgläubiger, welche ſogar in jenen Geſetzen ſich finden, iſt indeß, wie ich glaubte, auch ein vollkommen genügender poſitiver Beweis dafür zu erbringen, daß unter Umſtänden die Bezahlung gültiger und fälliger Schulden nicht weniger als eine anderweitige Verfügung des Cridars revocirt werden kann; und wenn gleich die ſ. g. Gratificationstheorie, ſo wie ſie gewöhnlich aufgefaßt zu werden pflegt, gewiß nicht ſich rechtfertigen läßt, ſo hat doch, wie nunmehr näher noch zu begründen iſt, richtig verſtanden dieſelbe unbezweifelt eine geſetzliche Gewähr für ſich.

§. 9.

Der Grundſatz, wornach, falls der Cridar einen ſeiner Gläubiger ex gratificatione befriedigt habe, den übrigen Creditoren die Anfechtung der Zahlung freiſtehe, wird bekanntlich auf zwei Geſetzesſtellen geſtützt, welche nur von Zahlungen handeln, die der Tutor eines Pupillen, ehe dieſer noch der väterlichen Erbſchaft entſagte, geleiſtet hatte, auf die

L. 6. §. 1 u. 2. Dig. de reb. auctor. jud. possid. (42. 5.)
(Paulus lib. LVIII. ad Edictum.)

Si pupillus, antequam abstinerit, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Julianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. Quodsi utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse, aut prius eandem portionem mihi quaeri, aut communicandum quod accepisti. Et hoc Julianus ait, apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit etc.

und auf die

L. 24. Dig. h. t. (Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum.)

Pupillus patri heres extitit, et uni creditorum solvit, mox abstinuit hereditate paterna, bona patris veneunt; an id quod accepit revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam ceteri creditores? Distinguimus, per gratificationem acceperit, an non, ut si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi. Sin vero juste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor, revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. Quid ergo etc. [103])

Unzweifelhaft wird hier die gratificatio tutoris als Grund der Revocation anerkannt; ſtreitig iſt nur, ob, was für den Fall einer Erbſchaftsentſagung von den Namens des Pupillen vom Tutor geleiſteten Zahlungen gilt, auf die vom Schuldner ſelbſt erfolgte Befriedigung eines Gläubigers für den Fall einer Concurseröffnung Anwendung finden könne.

Dies ſtellt Franke [104]) auf das entſchiedenſte in Abrede. Die Reſciſſion der vor der Erbſchaftsentſagung abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfte beruhe, meint er, auf einem durchaus andern Principe, als die Revocation mittelſt der actio Pauliana. Dort ſei die Reſciſſion conſequente Folge des wieder aufgehobenen Erwerbs der Erbſchaft, oder wie er ſich an einer andern Stelle ausdrückt, der Wiederaufhebung der Erbenqualität; durch die Abſtention ſei das Fundament, auf welchem die Gültigkeit der bisher über den Nachlaß getroffenen Diſpoſitionen beruhe, ex post aufgehoben, geradezu annullirt, und nothwendig müßten alle jene Diſpoſitionen jetzt als nicht geſchehen betrachtet werden; nur ausnahms-

103) S. oben Note 74.

104) A. a. O. S. 185.

weiſe würden die bona fide geſchehenen Verfügungen aus Gründen der Billigkeit, aber gegen die Rechtsconſequenz, zum Beſten dritter Perſonen aufrecht erhalten. Bei der actio Pauliana hingegen wären der Strenge des Rechts nach die vor der Concurseröffnung erfolgten Disposſitionen des Cridars gültig, und durch jene Klage wieder nur aus Billigkeitsgründen einzelne stricto jure gültige Geſchäfte zum Beſten der Gläubiger des einen Contrahenten wieder aufgehoben. Bei ſo weſentlicher Verſchiedenheit erſcheine daher jede Folgerung von dem einen Rechtsverhältniſſe auf das andre nicht blos bedenklich, ſondern ſchlechthin unmöglich. Gegen dieſen Schluß möchte ſchwerlich etwas einzuwenden ſein; wohl aber gegen jene Prämiſſe, indem meines Erachtens die Differenz, auf welche Franke ſich ſtützt, überall nicht vorhanden iſt.

§. 10.

In einzelnen Stellen wird allerdings der suus heres qui se abstinuit hereditate dem heres extraneus qui repudiavit gleichgeſtellt [105]), und es könnte hiernach ſcheinen als ob ihm nach der Abſtention die Erbenqualität abgeſprochen werden müſſe, die Suität gleichſam dadurch aufgehoben und der Erwerb der Erbſchaft annullirt werde. Schon die Faſſung dieſer Stellen deutet aber darauf hin, daß nur dem letzten Erfolge nach beide einander gleich ſtehen, und vom Prätor blos der suus heres ſo behandelt werden ſoll, als wenn er heres extraneus wäre und repudiirt hätte. Er kann keine Vortheile aus der derelinquirten Erbſchaft beziehen,

105) L. 20. §. 4. Dig. de acq. vel omitt. hered. (29. 2.) . . , nam cum se filius abstinet, idem debebit, consequi jure praetoris, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit. — L. 89. D. de leg. I. Nam nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur. Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, id jus se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.

wenigſtens keine weiteren Anſprüche erheben, als ungeachtet der Repudiation einem heres extraneus immer noch möglich wäre; eben ſo iſt er den Erbſchaftsgläubigern, Legataren u. ſ. w. nicht mehr in der Art verpflichtet, daß er wirkſamer Weiſe von ihnen in Anſpruch genommen werden könnte. Indeß die Erbenqualität als ſolche fällt durch die Abſtention nicht fort, vielmehr während der extraneus im Falle einer Repudiation gar nicht Erbe wird, iſt es der suus nicht bloß geweſen, ſondern bleibt es der Strenge des Rechts nach, und wird nur vom Prätor nicht ſo behandelt, wie er es als Erbe eigentlich müßte. [106])

Dies erſcheint nicht bloß als conſequente Folge des Grundſatzes semel heres, semper heres [107]), es iſt auch theils in den Worten der L. 12. pr. Dig de interr. in jure (11. 1.): quia hunc qui abstinuit *Praetor non habet heredis loco*, theils in den mannichfaltigſten Anwendungen ſehr beſtimmt anerkannt. So erklärt Ulpian in der L. 30. §. 9 u. 10. Dig. de fideic. libert. (40. 5.) [108]), es ſei der Erblaſſer, deſſen suus heres abſtinire, eigentlich nicht ohne Erben, nur müſſe freilich in ſolchem Falle die per fideicommissum zugeſicherte Libertät eben ſo wie wenn jemand wirklich ohne Succeſſoren verſtorben wäre, vom Prätor gewährt werden, und ſagt an einer andern Stelle, daß nach der Abſtention der suus, obwohl nur dem Namen nach, immer aber doch noch

106) Vgl. Averanii interpret. juris I. 9. §. 31.

107) Arg. L. 88. Dig. de instit. hered. (28. 5.), §. 3. Instit. de fideic. heredit. (2. 23.) L. 7. §. 10. Dig. de minor. (4. 4.)

108) Sed et si quis sine herede vel alio successore decesserit, qui fideicommissam libertatem praestare debebat, adito Praetore libertatem praestandam esse Senatus censuit. — Sed et si suus heres se abstinet, libertati fideicommissae per SCtum subventum est, *tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se.* Vgl. auch L. 32. Dig. de manum. testam. (40. 4.)

Erbe ſei [109]). In der L. 17. Dig. de inj. rupt. irr. facto testam (28. 3.) erklärt Papinian, daß wenn ein Sohn in väterlicher Gewalt im Teſtament präterirt ſei, aber der Erbſchaft entſage, ex subtilitate juris eigentlich alle Legate und Fideicommiſſe eben ſo für ungültig erachtet werden müßten, als wenn er den ihm gebührenden Antheil des väterlichen Nachlaſſes von ſeinen Brüdern, die zu Erben eingeſetzt waren, gefordert hätte [110]). Die Präterition des suus macht nemlich das Teſtament null und nichtig, und eröffnet beim Tode des Vaters eo ipso die Inteſtat-Succeſſion; bleibt es bei dieſer, ſo müſſen die Legate wegfallen; abſtinirt der suus heres, ſo kann dies eigentlich nicht die teſtamentariſche Erbfolge wieder herſtellen, ſondern nur eine Accrescenz der vom suus derelinquirten Erbſchaftsquote zur Folge haben; und bloß weil in Folge der Abſtention es ſo betrachtet wird, als ſei der suus heres nie Erbe geworden, als habe er nie exiſtirt, wird auch der Billigkeit gemäß die voluntas testatoris hinſichtlich der Legate und Freilaſſungen aufrecht erhalten, damit die subtilitas juris, nach welcher eben der suus heres noch als Erbe gelten muß, dritten Perſonen nicht zum Nachtheil gereiche. Noch entſchiedener wird der Satz, daß die Erbenqualität nicht an ſich, ſondern nur ihren Wirkungen nach durch die Abſtention wegfalle, dadurch beſtätigt, daß Gajus in L. 57. pr. Dig. de acq. vel omitt. hered. [111]) den

109) L. 6. §. 2. Dig. de bonis liberti (38. 2.). Si filius liberti heres ab eo institutus abstinuerit, *quamvis nomine sit heres*, patronus admittitur.

110) Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quod si bonis se patris abstinuit, *licet subtilitas juris refragari videtur*, attamen voluntas testatoris *ex aequo et bono* tuebitur.

111) Necessariis heredibus non solum impuberibus sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur; tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem.

suus heres, ungeachtet der Entſagung, immer noch den Erbſchaftsgläubigern für jure civili verhaftet erachtet, und nur die wirkliche Klaganſtellung als unmöglich bezeichnet. Offenbar dieſer Fortdauer der Erbenqualität wegen bleiben auch Univerſalfideicommiſſe, welche dem suus heres auferlegt ſind, der Abſtention ungeachtet, gültig [112]), wie andrerſeits Pupillen-Subſtitutionen, wenn der primo loco inſtituirte suus heres abſtinirt, mag er ſelbſt oder ein Dritter pupillariter ſubſtituirt ſein, immer noch nur um deshalb geltend gemacht werden können [113]), weil das Teſtament, da der eingeſetzte Erbe stricto jure noch Erbe iſt, nicht als deſtituirt betrachtet wird. Nicht minder erklärt ſich hieraus die Äußerung des Pomponius, daß in dem Falle, wo ein suus heres abſtinirt und ſein Miterbe in Folge deſſen die ganze Erbſchaft in Anſpruch nimmt, dieſem, in Betreff der urſprünglich dem abſtinirenden suus heres beſtimmten Quote nur actiones

112) L. 27. §. 3. Dig. ad SCtum Trebell. (36. 1.)

113) L. 12. pr. Dig. de vulg. et pup. substit. (28. 6.) Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam retinere malit, audiri debet. Hieraus iſt, wie ich glaube, auch L. 41. Dig. de acq. v. omitt. hered. »Filius qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere" zu erklären; der zum Erben eingeſetzte Sohn, meint Julian, könne, wenn er ſeinem exherediten Bruder pupillariter ſubſtituirt war, der väterlichen Erbſchaft entſagen, und dennoch dieſelbe, wenn ſie in Folge der Abſtention dem Bruder ab intestato zugefallen iſt, und er bei deſſen vor errichteter Pubertät eintretenden Tode ſein Inteſtat-Erbrecht geltend macht, auf Grund der Subſtitution nachher noch in Anſpruch nehmen. Desgleichen iſt die Anſicht Julians in L. 42. eod., daß derjenige, welcher ex substitutione pupillari einem abſtinirenden suus heres ſuccedirt, auch die väterlichen Gläubiger des letzteren befriedigen müſſe, nur daraus zu erklären, daß der suus heres den Nachlaß des Vaters ſchon erworben hatte und dieſer stricto jure mit dem eignen Nachlaſſe des Pupillen auf den Subſtituten gefallen iſt; die entgegengeſetzte richtigere Meinung des Marcellus und Ulpian dagegen beruht auf dem Grundſatze des prätor. Rechts, daß in Folge der Abſtention der suus heres den Gläubigern gegenüber nicht als Erbe behandelt werden dürfe.

utiles zuſtehen [114]), ganz in ähnlicher Weiſe, wie wenn von zwei heredibus extraneis der eine gegen die Erbſchaftsantretung reſtituirt wird [115]), oder ein minor ſich gegen eine etwanige repudiatio hereditatis reſtituiren läßt, und in Folge hiervon der nach der Repudiation eingetretene Subſtitut die Erbſchaft wieder verliert [116]), wo auch, dort der coheres, welcher jetzt die ganze Erbſchaft erhält, hier der reſtituirte minor nur utiliter klagen kann, weil nach ſtrengem Rechte die durch die Erbſchaftsantretung und durch den Eintritt der Subſtitution gewonnene Erbenqualität als ſolche durch die in integrum restitutio nicht annullirt wird. Nur in Betreff der Legate und Singular-Fideicommiſſe iſt es zweifelhaft, ob dieſe durch die Abſtention bloß unwirkſam werden oder gänzlich wegfallen; conſequenter iſt es gewiß auch hier dem Honorirten nur das Klagrecht abzuſprechen, und die L. 1. §. 4. Dig. ut in poss. legat. (36. 4.) [117]) iſt mit dieſer Anſicht nicht bloß nicht unvereinbar, ſondern es ſcheint ſogar dafür dies zu ſprechen, daß hier überall nur von einem durch das Edict des Prätors zu Gunſten der Legatare eingeführten Rechtsmittel die Rede iſt, und der Prätor freilich, wie er den abſtinirenden Erben ſelbſt nicht heredis loco behandelte, auch die Wirkſamkeit der ihm auferlegten Legate nicht anerkennen konnte [118]).

---

114) L. 99. Dig. de acq. v. omitt. hered.: Aristo in decretis Frontinianis ita refert: Cum duae filiae patri necessariae heredes extitissent, altera se paterna abstinuerat hereditate, altera bona paterna vindicaret, totumque onus suscipere parata erat. Sanctum Cassium Praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accederat, denegaturumque ei, quae se abstinuerat.

115) L. 98. Dig. eod.

116) L. 7. §. 10. in f. Dig. de minor. (4. 4.)

117) Si certum sit, repudiatam vel omissam hereditatem vel abstentos necessarios heredes, frustra *hoc edictum* imploratur, cum certum sit legatum vel fidei commissum *non deberi*.

118) Die entgegengeſetzte Anſicht hat Franke in ſeinen Beiträgen S. 145 flg. auszuführen geſucht.

Eben ſo wenig als die Erbenqualität als ſolche aufhört, wird meines Erachtens der Erwerb der Erbſchaft, welcher im Augenblick des Todes des Erblaſſers ipso jure vollendet war, durch die Abſtention des suus heres annullirt, gleich als ob er nie eingetreten wäre; ſondern stricto jure dauert auch das Verhältniß zum Nachlaſſe fort. Der suus heres gilt der Strenge des Rechts nach immer noch als deſſen Eigenthümer und kann nur dies Recht nicht ausüben; er hat gleichſam nur ein nudum jus Quiritium im Sinne des älteren Römiſchen Rechts, während der Nachlaß als in bonis deſſen gilt, welchem durch die Abſtention die Erbfolge eröffnet iſt. Minder zahlreich als für die obige Behauptung ſind zwar hier die Belege, weil allein in der Einwirkung auf den Nachlaß ſich das fortdauernde Eigenthum des suus heres äußern könnte, eine Ausübung deſſelben aber in Folge der Abſtention nicht mehr möglich iſt. Am einfachſten aber erklärt ſich hieraus, wie ich glaube, daß der suus heres der Entſagung ungeachtet, den Nachlaß immer noch fordern kann, ſo lange es noch nicht zum Verkaufe durch die Gläubiger gekommen iſt. Das war ihm, bis Justinian eine beſtimmte Friſt feſtſetzte, jederzeit geſtattet [119]; er bedarf auch dazu nicht einer Reſtitution, wie wenn ein heres extraneus repudiirt hat [120], vielmehr genügt eine einfache Erklärung, ſelbſt eine pro herede gestio, und ohne weiters iſt er ſofort zur Vindication der einzelnen Erbſchaftsſtücke berechtigt [121], zum ſichern Zeichen, wie mich dünkt, daß ihm immer noch das Eigenthum beigelegt wird, und dieſes durch den

119) L. 8. Dig. de jure deliber. (28. 8.) vgl. mit L. 6. Cod. de repud. hered. (6. 31.)

120) Nur wenn in Folge der Abſtention die Erbſchaftsſtücke während der Minorennität des suus heres veräußert ſind, iſt eine Reſtitution nach L. 6. Cod. cit. erforderlich, weil hier auch dieſer Verkauf rückgängig werden muß und eigentlich mit der Veräußerung das jus poenitendi aufgehört hat. Vgl. Schröter a. a. O. S. 156.

121) L. 20. §. 4. in f. Dig. de acq. v. omitt. hered. vgl. mit L. 2. Cod. de repud. hered.

Widerruf der Entſagung gleichſam eo ipso wieder auflebt. Auch deutet darauf hin, daß dem unmündigen suus heres, wenn es in Folge ſeiner Abſtention zum Verkaufe des Nachlaſſes gekommen, und kein anderer Erbe jure praetoris eingetreten iſt, der etwanige Ueberreſt überlaſſen werden ſoll, welcher nach Befriedigung ſämmtlicher Gläubiger ſich ergiebt [122]; wenigſtens iſt, wenn man auch vielleicht dies Recht dem Pupillen allein zugeſtehen und nicht als einen Vortheil aller sui heredes betrachten will, kein Grund vorhanden, dieſe Ueberweiſung des Ueberſchuſſes mit der Gloſſe [123] an eine Reſtitution zu binden.

§. 11.

Geht man nun davon aus, daß ſolchergeſtalt der suus heres immer noch stricto jure als Erbe betrachtet werden muß, ſo iſt er in der That demjenigen, über deſſen Vermögen Concurs eröffnet iſt, in jeder Beziehung vergleichbar. Wie dieſer noch Eigenthümer iſt, aber durch die Immiſſion der Creditoren alle Dispoſitionsgewalt über ſein Vermögen verliert, und wegen etwaniger Verbindlichkeiten nicht mehr perſönlich in Anſpruch genommen werden kann, ſo hat auch der suus heres, nach der Abſtention, der Strenge des Rechts nach, immer noch das Eigenthum des Nachlaſſes; nur Klagen ſind aus der Erbſchaft nicht mehr gegen ihn zuläſſig, noch wird ihm ſelbſt das Klagerecht oder irgend ſonſt wie die Ausübung ſeines Eigenthums geſtattet; wenigſtens hat dies die Folge, daß die Abſtention alle Wirkung verliert, und der suus nun ex pro herede gestione oder ex immixtione ſchlechthin verhaftet iſt. Wie dort das geſammte Vermögen des Cridars, ſo fällt auch hier, da bloß wegen Ueberſchuldung des Nachlaſſes die Abſtention geſtattet iſt, und bloß um deshalb die Strenge des Civilrechts durch das prätoriſche

122) L. 79. Dig. ad SCtum Trebell. (36. 1.) L. 6. pr. Dig. de reb. auct. jud. possid. (42. 5.)

123) Gl. servare L. 79. cit. Gl. pupillo L. 6. cit.

Recht gemildert iſt, der ganze Nachlaß in die Gewalt der Gläubiger, und deſſen Verwaltung wie Verwerthung wird in beiden Fällen einem Curator übertragen, welchen die Gläubiger gemeinſchaftlich beſtellen [124]).

Es iſt daher auch ganz conſequent, wenn alle Disposſitionen aufrecht erhalten werden, welche der suus heres oder deſſen Vormund, ehe die Abſtention beſchloſſen wurde, bereits vorgenommen hatten. Wie alle Verfügungen des Schuldners aus der Zeit, wo er noch Disposſitionsgewalt hatte, der Regel nach gültig bleiben, und erſt mit der Concurseröffnung die Unmöglichkeit neuer Aenderungen des Vermögens-Zuſtandes eintritt, ſo müſſen auch alle früheren Geſchäfte des suus heres um ſo mehr Gültigkeit behalten, als in deren Abſchließung eine Immixtion liegt und daher in ſolchen Fällen nicht einmal anders als durch Reſtitution die Entſagung auf den Nachlaß möglich wird. Dieſe Gültigkeit beruht keineswegs auf bloßen Billigkeitsgründen, ſondern iſt nothwendige Folge des ſtrengen Rechts; nicht daß jene Disposſitionen aus der Zeit vor der Abſtention aufrecht erhalten werden, iſt als Ausnahme zu betrachten, ſondern gerade umgekehrt muß deren Anfechtung durch beſondere Gründe motivirt werden können; der Fortbeſtand aber aller derjenigen Rechtsverhältniſſe, welche der Erbe, ſo lange er es war, begründet hatte, iſt als Regel anzuerkennen. In der That erkennt auch Paulus in der angeführten L. 6. §. 1. Dig. de reb. auct. jud. possid. nicht etwa nur unter der Bedingung, daß auf beiden Seiten bona fides erwieſen werden könnte, ſondern ganz allgemein die Gültigkeit der vom Pupillen vor der Abſtention vorgenommenen Rechtsgeſchäfte an, und findet in deſſen bona fides nicht ſowohl den Grund dieſer Gültigkeit als einen Umſtand, welcher, wenn erwieſen, die an ſich ſchon unzweifelhafte Irrevocabilität um ſo mehr recht-

124) L. 44. Dig. de acq. vel omitt. hered. (29. 2.) und L. 90. Dig. de solut. (46. 3).

fertige [125]). Wenn es aber den Anſchein gewinnt, als ob Julian in der L. 44. Dig. de acq. vel omitt. hered. [126]) wirklich nur unter Vorausſetzung der bona fides die Rechtsbeſtändigkeit der bereits getroffenen Diſpoſitionen anerkennen wolle, ſo kann doch, da mala fides bekanntlich nie präſumirt wird, dies allein noch nicht als Beweis für die Anſicht Franke's gelten, daß nur ausnahmsweiſe einzelne Diſpoſitionen aus beſonderen Gründen der Billigkeit bei Kräften blieben. Noch weniger ſcheint es mir möglich, ſchon in der Faſſung der hier einſchlagenden Stellen eine Hinweiſung darauf zu finden, daß die Reſciſſion jener Geſchäfte eigentliche Rechtsconſequenz, deren Anerkennung nur ein Billigkeitsſatz ſei. Denn ſagt gleich Julian in der L. 44. cit. von dem Käufer, welcher die vom Pupillen veräußerten Sachen erworben hat, succurrendum ei est [127]), ſo deuten doch die Worte rata haberi debent wieder gerade auf das Gegentheil, und dürfen nicht dahin, daß der Prätor die Gläubiger zur Anerkennung dieſes Geſchäfts verpflichte, ſondern nur dahin verſtanden werden, daß es überall nicht für ein negotium irritum ausgegeben werden könne [128]). Eben ſo wenig möchte der Ausdruck servare, welchen Ulpian in der L. 6. cit. braucht, für die Behauptungen Franke's beweiſen; denn gerade eben

---

125) Utique bedeutet hier, wie auch ſonſt häufig genug (vgl. L. 35. §. 3. Dig. de neg. gestis, L. 14. § 1 Dig. depositi, L. 34. pr. Dig. de damno inf.) ſicher nichts anderes als unſer „vollends, insbeſondre."

126) Quoties pupillus patri heres extitit, et abstinet se hereditate, quamvis patris bona sub creditoribus fiant, tamen rata haberi debent, quaecunque pupillus bona fide gesserit. Et ideo ei qui fundum tutore auctore a pupillo emerit, succurrendum erit, nec interest, pupillus solvendo sit necne.

127) Derſelbe Ausdruck wird in Betreff der Bürgen des abſtinirenden Erben gebraucht in L. 89. Dig. de acq. v. omitt. hered.

128) Als reiner Gegenſatz von irritum esse wird z. B. in der L. 2. Cod si adv. publ. pensit. (4. 46.) der Ausdruck ratum haberi gebraucht.

ſo äußert ſich Ulpian in Betreff derjenigen Rechtsgeſchäfte, welche der Cridar vor Eröffnung des Concurſes eingegangen war [129]), und deren Gültigkeit doch als bloße Folge der Rechtsconſequenz anerkannt werden muß. Nicht die entfernteſte Hindeutung auf bloße Billigkeitsgründe enthält dagegen die L 44. Dig. de re judic. (42, 1.) [130]), wo Scaevola das Bedenken anregt, ob in ſolchem Falle die Subſtituten und Miterben auch die gegen den abſtinirenden suus heres bereits ergangnen Urtheile anerkennen müßten, und ohne alle Beſchränkung die Frage an ex causa judicati *teneantur* dahin beantwortet, dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est, oder gar die L. 90. Dig. de solution (46, 3.) [131]), wo er die Erbſchaftsgläubiger verpflichtet, die Rückzahlung eines aus dem Nachlaſſe von dem suus gemachten Darlehens anzuerkennen.

§. 12.

So iſt es meines Erachtens ganz daſſelbe Prinzip, auf welchem bei dem heres suus und bei dem Cridar die Berechtigung der Gläubiger zur Revocation gewiſſer Geſchäfte beruht. In beiden Fällen iſt dieſe Revocabilität Ausnahme; in beiden iſt es aber nicht die bona fides des Erben oder des Cridars, welche die Aufrechthaltung einer Dispoſition billig

---

129) L. 8. §. 1. Dig. de reb. auctor. jud. possid. (42. 5.).

130) Ex contractu paterno actum est cum pupilla, tutore auctore et condemnata est; postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt. Quaeritur an hi ex causa judicati teneantur? Rescripsit, dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est.

131) Filius qui administrabat ut heres paterna bona pecuniam ex his Sempronio mutuam dedit, et eandem particulatim recepit; deinde se abstinuit, quia minor annis erat, ab ea hereditate. Quaesitum est, curator bonorum patris constitutus, an adversus Sempronium utilem actionem habet? Respondit, nihil proponi, cur non is qui solvisset id, quod mutuum ita acceperat, liberatus esset.

erſcheinen läßt, ſondern der Mangel derſelben iſt es, weshalb der Prätor aus Billigkeitsgründen die Anfechtung geſtatten zu müſſen glaubte.

Noch beſtimmter tritt dies hervor, wenn man näher erwägt, was eigentlich unter der solutio per gratificationem zu verſtehen ſei? Allerdings wird zuweilen mit Gratification überhaupt jede Handlung bezeichnet, durch welche einem Dritten ein Vortheil erwächſt, den er weder zu fordern noch zu erwarten berechtigt war, wie es z. B. als gratificatio gilt, wenn der Fiduciar freiwillig vor der Zeit das Fideicommiß reſtituirt, oder auf die quarta Trebelliana keinen Anſpruch macht [132]). Gewöhnlich indeß ſchließt dies Wort den Nebenbegriff der Uebervortheilung, der unerlaubten Begünſtigung eines Dritten in ſich, und wird nur von ſolchen Handlungen gebraucht, welche in der Abſicht Jemanden Schaden zuzufügen vorgenommen werden [133]); gerade in dieſer Bedeutung aber iſt unzweifelhaft in jenen Stellen der Ausdruck gratificatio zu nehmen. Denn es wird damit ganz allgemein der Gegenſatz deſſen bezeichnet, quod bona fide gessit pupillus vel tutor, und wenn in der L. 44. Dig. de re judic. nur für den Fall, daß eine culpa tutoris erwieſen werde, die Erbſchaftsgläubiger durch die gegen den Pupillen ergangne res judicata nicht gebunden ſein ſollen, ſo iſt ohne Zweifel zwiſchen einem culpoſen Verhalten des Tutors und deſſen etwanigen animus gratificandi eine Identität anerkannt; entſcheidend aber iſt, wie mich dünkt, die L. 61. Dig. de cond. indeb. (12. 6.) [134]). Hier wirft Scaevola, derſelbe

132) L. 4. Dig. ad SCtum Trebell. (36. 1.).

133) Vgl. L. 46. Dig. de relig. (12. 7.), L. 27. §. 14. Dig. ad L. Jul. de adult. (48. 5.).

134) Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt, sed postea, non sufficientibus bonis, pupillum abstinuerunt. Quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est, vel totum quod acceperunt, restituere debeant? Respondi, si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.

Juriſt alſo, von welchem die L. 24. Dig. h. t. herrührt, dieſelbe Frage auf, ob ein Erbſchaftsgläubiger, welcher von dem Tutor befriedigt worden ſei, wenn hinterher der Pupill abſtinirt, alles was er empfangen, oder doch was er etwa zu viel erhalten, herausgeben müſſe? und beantwortet ſie dahin, daß, si nihil dolo factum esset, nur das indebite Gezahlte von den übrigen Gläubigern zurückgefordert werden könne; er bezeichnet ſomit den dolus debitoris als den einzigen Grund, aus welchem die Berichtigung einer rechtsgültigen Schuld angefochten werden dürfe, ganz ſo wie er in jener andern Stelle um der gratificatio willen eine Ausnahme von der Irrevocabilität ſolcher Zahlungen ſtatuirt. Die solutio per gratificationem iſt daher nichts als eine solutio creditorum fraudandorum causa facta; der Rechtsgrund, weshalb bei der Erbſchaftsentſagung den Gläubigern zu ihrer Sicherung ein Revocationsrecht zugeſtanden wird, iſt kein andrer als der eigentliche Klaggrund der actio Pauliana, die fraudatio creditorum, der dolus debitoris.

Hiermit iſt denn auch, wie mich dünkt, zugleich der zweite Haupteinwand erledigt, welchen Franke gegen die Gratifications-Theorie erhoben hat. Eines Widerſpruchs, meint er, würde ſich Scaevola ſchuldig gemacht haben, wenn man die Schlußworte der L. 24. cit: Quid ergo etc. [135]) nicht als Gegenſatz, ſondern als Fortſetzung der früheren Erörterungen betrachtete, und annähme, daß er die durch den Tutor oder Pupillen vor der Abſtention, und die vor der missio in bona durch den Cridar ſelbſt bewirkte Bezahlung der Gläubiger gleich behandelt habe; denn am Schluß der Stelle erkläre er die freiwillig vom Schuldner geleiſtete Zahlung für ſchlechthin revocabel, und ſo würde er zuerſt die Anfechtung der Zahlung der Gratification wegen zulaſſen, nachher eben ſo allgemein ausſchließen. Freiwillige Befriedigung des Gläubigers und Gratification kann indeß nach

135) S. Note 74.

dem Obigen durchaus nicht für identiſch gelten. Gewöhnlich wird allerdings die letztere mit der erſteren verbunden ſein, indeß möglich bleibt doch auch das Gegentheil. Denn es könnten die ſämmtlichen Gläubiger auf Befriedigung gedrungen, mit der Klage gedroht, dieſe auch wohl gar angeſtellt und ſelbſt ein condemnatoriſches Urtheil erſtritten haben, nnd der Schuldner, mit ſeiner Inſolvenz wohl bekannt, leiſtete nur Einem Zahlung, weil er dieſen vor den andern begünſtigen und verhüten wollte, daß derſelbe nicht bei etwaniger Eröffnung des Concurſes ganz oder theilweiſe mit ſeiner Forderung leer ausginge; hier läge ein juste exigere vor, und doch könnte das Daſein der gratificatio, des consilium fraudationis nicht geleugnet werden. Wie möchte man dagegen dies in dem Falle behaupten wollen, wo der Schuldner, wenn auch vielleicht ſeiner Inſolvenz bewußt, den einen Gläubiger aus freien Stücken befriedigt, nicht um die andern zu benachtheiligen, ſondern weil er deſſen Recht allein für unzweifelhaft erachtet, oder glaubt, daß ihm ein geſetzliches Vorzugsrecht gebühre? Eines Widerſpruchs macht man daher auch nicht entfernt den Juriſten ſchuldig, wenn man die beiden Theile jener Stelle, wie es ſchon die Worte quid ergo erfordern, mit einander verbindet. Scaevola will aber nur ſagen, daß zwar die Gratification, d. h. eine betrügeriſche Abſicht bei der Bezahlung einer Schuld die Mitgläubiger zur Revocation berechtige, daß aber, wer auf rechtliche Weiſe [136]) ſeine Bezahlung erhalten hat (juste exegerit), den andern Gläubigern gegenüber geſichert ſei, und indem der Juriſt von dem einen Falle, wo ein Erbſchaftsgläubiger ſeine Befriedigung erhalten hat, auf den durchaus analogen Fall einer vor eröffnetem Concurſe erwirkten Zahlung über-

136) Schon die Gloſſe erklärt ſo, nämlich mit non maligne den Ausdruck juste; auch das σπουδαίως der Baſiliken iſt nicht mit sollicite, wie von Heimbach, ſondern mit juste, ut virum probum decet wieder zu geben. Vgl. Schneider krit. griech. deutſch. Wörterbuch voce σπουδαῖος.

geht, will er nur erklären, daß es auch hier nicht darauf ankomme, ob die Befriedigung durch Klage oder Mahnung herbeigeführt oder freiwillig angeboten ſei. Hier wie dort ſei der Gläubiger als ein ſolcher zu betrachten qui juste exegerit [137]), und ſo lange nicht die Gratification erwieſen vorläge, müſſe jederzeit den Gläubigern die Regel zu Gute kommen: jus vigilantibus scriptum est [138]).

§. 13.

Eine analoge Anwendung der in jenen Stellen ausgeſprochenen Grundſätze auf die vom Cridar ſelbſt geleiſteten Zahlungen, welche Franke für durchaus unmöglich erachtet, erſcheint hiernach um ſo unbedenklicher, als umgekehrt auch die Grundſätze, nach welchen die Gültigkeit der vom Cridar getroffnen Verfügungen beurtheilt wird, auf das Verhältniß der Erbſchaftsgläubiger zum suus heres qui abstinuit, und auf deren Befugniß zur Revocation frauduloſer Alienationen entſchieden angewandt werden. Denn in der L. 10. §. 10. Dig. h. t. [139]) erklärt es Ulpian für ganz

---

137) Auf juste iſt offenbar der Nachdruck zu legen, und exegerit in dem weiteſten Sinne zu nehmen, wo es überhaupt nur dies bezeichnet, daß man vom Debitor Zahlung erlangt hat. Vgl. L. 6. Dig. de novat (46. 2.) L. 25. §. 17. Dig. de hered. petit (5. 3.) L. 2. §. 3. Dig. de hered. v. act. vend. (18. 4.). Denſelben Sinn vom Zurückfordern hat das ἀπαιτεῖν der Baſiliken.

138) Eine Hindeutung auf dieſe Erklärung enthält ſchon die Gl. distinguendum L. 24. cit: Innuit aperte supradicta non esse distinguenda. R. Sed certe immo, et praedicta prima distinctio admittitur ut et T. de bon. auth. jud. L. si non expedierit §. 1. Azo. *Ergo hic unum membrum subdividitur, scil. quando non fuit gratificatus.* In dem Casus des Franc. Accursius findet ſich dagegen die falſche Deutung, daß die unfreiwillige Zahlung revocabel ſei, welche auch dem Texte der Baſiliken zu Grunde liegt.

139) Si quid in fraudem creditorum fecerit filius qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus quod se miscuerat, vel si quid fecit heres voluntarius et vel per aetatem vel quam aliam causam justam in integrum meruit restitutionem, dicendum erit, utilem actionem competere. Idem et in servo necessario. Vgl. auch §. 11. ibid.

unzweifelhaft, daß wenn ein suus heres ſich immiscirt habe, und in Folge einer Reſtitution abſtinire, alles was von ihm inzwiſchen mit dem Nachlaſſe vorgenommen ſei, ohne Unterſchied von den Erbſchaftsgläubigern mit der actio Pauliana angefochten werden dürfte, ſo fern es nur wirklich in fraudem creditorum geſchehen wäre und ſo die allgemeinen Bedingungen jener Klage vorhanden ſind [140]). Streng genommen kann man hier nicht einmal von analoger Anwendung ſprechen. Die Revocabilität der per gratificationem vom Erben geleiſteten Zahlungen iſt ja nicht als ſingulärer Rechtsſatz zu betrachten, ſondern bloße Anwendung der für fraudulose Veräußerungen überhaupt geltenden Vorſchriften; das Princip, auf welchem die ganze actio Pauliana beruht, iſt hier nur in ſeinem Einfluſſe auf einen ſpeciellen Fall, an einem einzelnen Beiſpiele dargelegt; wo dieſelben Vorausſetzungen vorliegen, kann daher auch die Anwendung des Princips kein Bedenken haben. Um ſo weniger bedürfte es eines beſondern Beweiſes, daß unſere Quellen die Zahlungen des Eridars gleichfalls unter Umſtänden als revocabel anerkennen; aber auch ein ſolcher läßt ſich, wie ich glaube, gegen Franke erbringen.

Die Worte Ulpians in L. 2. Dig. h. t. »si quem alium in fraudem creditorum praeponat debitor« können zwar nicht hieher gezogen werden, wie die Gloſſe [141]) vermeint, da alium den Gegenſatz von creditorum bildet, und ſomit der Juriſt nur überhaupt ſagen will, daß der Debitor irgend Jemand zum Schaden ſeiner Gläubiger begünſtigt hat. Dagegen darf man die Aeußerung Ulpians in der L. 3. eodem »sive numeravit pecuniam« wegen der unmittelbaren Verbindung mit den vorhergehenden Worten sive se obligavit fraudan-

---

140) Die Baſiliken (L. 10. §. 6. 1. l.) haben dieſe Stelle ſeltſamer Weiſe von einer frauduloſen Antretung und Immixtion verſtanden, und deren Anfechtung den Gläubigern geſtattet.

141) Gl. praeponat. L. 2. cit.: Prius ei solvendo cum omnes instarent.

dorum creditorum causa ſchwerlich von einer Schenkung, ſondern wohl nur von der Tilgung ſchon beſtehender obligatoriſcher Verbindlichkeiten verſtehen. Ausdrücklich wird ferner bei Beſtellung einer Dos die Zuläſſigkeit der actio Pauliana anerkannt. Gälte dies nur von der dos adventitia, ſo möchte es wenig beweiſen, da deren Beſtellung zwar nicht als Schenkung gilt, bei gänzlichem Mangel einer rechtlichen Verpflichtung zur Dotation aber doch derſelben analog iſt. Eben ſo geringes Gewicht könnte darauf gelegt werden, wenn nur das fraudulose Verſprechen einer Dos revocabel erklärt wäre; denn daß Niemand fraudandorum creditorum causa ſich verpflichten könne, iſt eben ſo unbeſtritten als für unſere Frage unerheblich. Ohne irgend eine Beſchränkung erklärt aber die L. 2. Cod. h. t. (7. 75.) [142] die actio Pauliana für begründet, ſo fern nur überhaupt bei der constitutio dotis, gleichviel alſo ob bei dem Dotalverſprechen oder bei der Uebergabe der Dos eine fraudatio creditorum bezweckt war; und in der L. 25. §. 1. Dig. h. t. [143] wird entſchieden der Fall vorausgeſetzt, daß die datio dotis bereits ſtattgefunden, der Vater alſo nur eine Verbindlichkeit, gleichviel ob in Folge eines beſondern Verſprechens oder ſeiner geſetzlichen Dotationspflicht, erfüllt und gerade hierbei einer fraus ſich ſchuldig gemacht hatte. Es paralelliſirt ſogar ausdrücklich Venulejus dieſen Fall mit der Zahlung, welche der Cridar einem ſeiner Creditoren geleiſtet habe, und erkennt damit indirect, wie ſchon oben bemerkt worden, die Revocation ſolcher Zahlungen wenigſtens als möglich an, wenn er auch nur ſtillſchweigend darauf hindeutet, daß dies bloß unter Vorausſetzung einer wirklichen fraudatio und conscientia fraudis geſchehen könne. Eben ſo iſt es für unſere Frage nicht uner-

142) Si successione patris abstenta fuisti, ob ea, quae in dotem data sunt convenire te creditores nequeunt, quibus pignora in dotem data non docentur; nisi bonis defuncti non sufficientibus in fraudem creditorum dotem constitutam probabitur.

143) S. oben Note 60.

heblich, daß der Fiscus, wie alle in fraudem ipsius geſchehenen Alienationen und Donationen anfechten [144]), ſo auch die von ſeinem Schuldner an andere Gläubiger geleiſteten Zahlungen revociren darf [145]). Denn weniger wird darin ein Vorrecht des Fiscus gefunden, daß er zur Anfechtung gerade von Zahlungen berechtigt ſei, als vielmehr dies als eine Begünſtigung deſſelben hervorgehoben, daß ein Beweis des consilii fraudandi nicht erfordert wird, und die anderen Gläubiger ſelbſt dann die Revocation ſich müſſen gefallen laſſen, wenn ſie nicht einmal gewußt haben, daß der Cridar auch Schuldner des Fiscus geweſen ſei, wie auf der andern Seite bei eigentlichen Alienationen das Vorrecht des Fiscus darin beſteht, daß der Erwerber nicht bloß zur Reſtitution verpflichtet iſt, ſondern wegen ſeiner participatio fraudis auch noch das alterum tantum zur Strafe zahlen muß [146]).

Vor allem entſcheidend aber iſt meines Erachtens für die Revocabilität der Zahlungen die Aeußerung Papinian's in der L. 96. pr. Dig. de solut. (46. 3.) [147]). Der Schuldner eines Pupillen, welcher in Folge einer Delegation des Tutor dem eignen Gläubiger des letzteren Zahlung leiſtet, ſoll von ſeiner Schuld dadurch befreit werden, ſobald er bona fide, die Delegation angenommen hat; der Gläubiger aber des Vormunds ſoll mit dem interdictum fraudatorium vom Pupillen in An-

144) L. 45. pr. Dig. de jure fisci (49. 14.) L. 1. Cod. eod. (10. 1.).

145) L. 18. §. 10. Dig. eod. Papinianus scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor pecuniam in solutum accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet, omnimodo ei auferendam esse pecuniam, etiamsi ignoravit, cum consumeret. Vgl. auch L. 21. Dig. eod. u. L. 5. Cod. de privil. fisci (7. 73.).

146) L. 46. §. 1. Dig. eod.

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

ſpruch genommen werden können, ſo fern er fraudis particeps war. Ohne Zweifel iſt hier nicht der Fall gemeint, daß der Vormund ſeinen Mündel betrügen und gänzlich um die Forderung an den Delegirten bringen wollte, ſondern der Tutor wollte nur ſeinem Gläubiger die Befriedigung ſichern, welche dadurch vielleicht gefährdet war, daß der Pupill aus der Vormundſchaftsverwaltung Anſprüche erheben, und für dieſe wegen ſeiner Privilegien einen Vorzug geltend machen könnte. Es iſt alſo gerade ein Fall, wo in betrügeriſcher Abſicht die ſchlechtere, wenn ſchon rechtsgültige und fällige Forderung zum Nachtheile eines beſſern Gläubigers freiwillig getilgt wird; gleichwohl giebt Papinian dem Mündel, als Creditor des Tutors, eine Klage gegen deſſen früheren, jetzt befriedigten Gläubiger. Daß dies nun das interdictum fraudatorium iſt, kann nicht in Betracht kommen, da, wie wenig auch deſſen Eigenthümlichkeit bekannt iſt, doch die Analogie mit der actio Pauliana nicht beſtritten wird. So dient dieſe Stelle einestheils zur Beſtätigung der oben ausgeſprochnen Anſicht, daß unter einer solutio ex gratificatione nichts andres als eine fraudulöſe Tilgung der Schuld gemeint ſey, andererſeits zum evidenteſten Beweiſe, daß mit der actio Pauliana, dafern nur deren ſonſtige Bedingungen vorliegen, gleich andren Dispoſitionen des Cridars auch Zahlungen, welche derſelbe einem Mitgläubiger geleiſtet hat, angefochten werden können [148].

Leugnen läßt ſich nun aber nicht, daß man ſchon ſeit der Zeit der Gloſſe [149] dieſer ſ. g. Gratificationstheorie, wie

148) Von den neueren Geſetzgebungen erkennt dies die franzöſiſche ganz entſchieden an, indem nicht bloß der Code civil Art. 1167 überhaupt den Gläubigern das Recht giebt d'attaquer les actes faits en fraude de leurs droits, ſondern auch der Code de commerce Art. 447. erklärt: Tous actes ou paiemens faits en fraude des créanciers sont nuls. Eben ſo ſtellt der Cod. jud. Maxim. Kap. 19. §. 19. Zahlungen und ſonſtige Veräußerungen durchaus auf eine Linie.

149) Vgl. Cas. u. Gl. nocent L. 6. cit., Gl. praeponat L. 2. Dig. h. t., Cas. u. Gl. ut si L. 24. Dig. h. t.

wichtig ſie auch hiernach im allgemeinen erſcheint, eine falſche Deutung gegeben hat. Indem man die Revocabilität der ex gratificatione geleiſteten Zahlungen gleichſam als ſingulären Rechtsſatz behandelte, hat man nichts weiter als Gratification zur Begründung der Klage gefordert, und nicht bloß darunter überhaupt den Wunſch des Cridars einem ſeiner Gläubiger die volle Befriedigung zu ſichern verſtanden, ſondern auch indem man die Worte der L. 6. §. 1. cit. utroque creditore instante feſthielt und alles Gewicht darauf legte, dies ſchon als hinreichenden Beweis der Gratification erachtet, wenn der Cridar, während mehrere Gläubiger auf Befriedigung drangen, einen Creditor befriedigt habe, welcher entweder noch gar nicht oder doch nicht ſo dringend als jene auf Zahlung beſtanden hatte. Dieſe Anſicht iſt ſchlechthin verwerflich. Denn es laſſen ſich, wie Franke ſehr richtig bemerkt, wohl Fälle denken, wo ein Schuldner, obwohl er die Inſufficienz ſeines Vermögens kennt, ohne die geringſte böſe Abſicht nur Einen von ſeinen Creditoren befriedigt, und in der Erwartung, daß die übrigen ſich noch länger gedulden würden, oder daß er bis zu der Zeit, wo er ihnen zur Zahlung verurtheilt würde, anderweitige Mittel zur Tilgung dieſer Schulden gewinnen könnte, gerade diejenigen Gläubiger unbefriedigt läßt, deren beſſeres Recht ihm wohl bekannt war. Es iſt aber auch mit dem Verbote der Gratification nichts anders gemeint, als das Verbot der fraudatio, und nur der Grundſatz beſtätigt, auf welchem überhaupt die actio Pauliana beruht, daß der Schuldner bei Verwaltung und Verwendung ſeines Vermögens ſeine Gläubiger nicht betrügen, nichts abſichtlich thun ſolle, woraus dieſen ein Nachtheil erwachſe. Unumgänglich iſt daher hier, wie überall, wo die actio Pauliana erhoben wird, der Beweis des consilii fraudandi. Dies erkennt Scaevola an, wenn er in der L. 24. Dig. h. t. dem gratificari des Debitors das juste exigere des Creditors entgegenſtellt, und in der L. 61. Dig. de cond. indeb. den dolus tutoris bei vorläufiger Befriedigung eines Erbſchaftsgläubigers als entſcheidend hervorhebt; noch beſtimmter

weiſet darauf hin die L. 96. Dig. de solut., wo Papinian ſogar den bei der actio Pauliana gleichſam techniſchen Ausdruck consilium fraudis gebraucht. Je weniger die Tilgung einer Schuld unbedingt als deminutio patrimonii zu betrachten iſt, je mehr dem Creditor ein wirkliches Recht zur Seite ſteht, während eigentliche Alienationen allein in dem freien Entſchluſſe des Cridars ihren Grund haben, um ſo ſtringenter wird ſogar der Beweis einer Verſchuldung, einer böslichen und betrügeriſchen Abſicht erbracht werden müſſen. Als nicht minder weſentlich iſt aber zu erachten, daß dies consilium fraudandi Erfolg gehabt habe. Wie bei wirklichen Alienationen wird alſo auch hier die Anfechtung nur möglich ſein, wenn gerade die Gläubiger, deren Nachtheil der Cridar beabſichtigte, einen gänzlichen oder theilweiſen Verluſt ihrer Forderungen bei dem nun eröffneten Concurſe entweder erlitten oder doch zu befürchten haben, und wenn erwieſen werden kann, daß entweder ſchon zu der Zeit, als der Cridar fraudandi animo jene jetzt angefochtene Zahlung leiſtete, die Inſolvenz vorhanden war, oder doch durch dieſe Zahlung eingetreten iſt. Vor allem endlich kann von einer ſolchen Revocation der Zahlungen unter dem Vorwande der Gratification nur dann die Rede ſein, wenn die mala fides des befriedigten, jetzt verklagten Gläubigers nachgewieſen wird, dieſem die betrügeriſche Abſicht des Cridars bekannt geweſen iſt. Als beſchenkt kann der Creditor niemals gelten, wenn gleich ſeine Forderung noch ſo ſchlecht, und der Ausfall derſelben bei etwaniger Concurseröffnung noch ſo unzweifelhaft war. Ausdrücklich erklärt auch Ulpian in der L. 6. § 7. Dig. h. t., daß die Revocation einer Zahlung bloß um deßhalb noch nicht eintrete, weil der Creditor die Inſolvenz des Schuldners gekannt habe, und erkennt damit an, daß in deſſen Perſon noch etwas andres, eben die Theilnahme am Betruge, hinzutreten müſſe, während Venulejus in der L. 25. §. 1. Dig. h. t. gerade in der ignorantia generi, und indirect in der ignorantia debitoris den Grund findet, weßhalb die Dos resp. die Bezahlung dem Empfänger verbleiben müſſe. Entſcheidend iſt aber auch hier wieder die Erklärung Papinian's, in der L. 96. pr. Dig. de solution., welcher nur, si eum consilium fraudis participasse constabit, den per delegationem befriedigten Gläubi-

ger des Tutors zur Reſtitution für verpflichtet hält, mit dürren Worten alſo hier das Requiſit aufſtellt, welches Ulpian bei Erklärung des Edicts in der L. 10. §. 2. Dig. h. t. als unentbehrlich bezeichnet. In dieſer Weiſe die gratificatio des Debitors darzuthun, wird allerdings in vielen Fällen den Gläubigern [150]) unmöglich, jederzeit ſchwierig ſein, da hier nicht, wie bei eigentlichen Alienationen, aus den äußeren Umſtänden, unter welchen das Geſchäft zu Stande gekommen iſt, für den Beweis der fraudatio ein Haltpunkt wird entnommen werden können, und die kräftigſten Vermuthungsgründe für die Redlichkeit der betheiligten Individuen ſprechen. Was für alle Dispoſitionen des Cridars aus der Zeit vor der Concurseröffnung dem Prinzipe nach gilt, daß ſie nemlich als gültig und wirkſam anzuerkennen und der Regel nach aufrecht zu erhalten ſeien, wird bei Zahlungen auch factiſch im Leben mehr hervortreten, nicht weil es ſich um Zahlungen handelt, ſondern wegen der Schwierigkeit des Beweiſes wird nur in ſeltnen Fällen die actio Pauliana mit Erfolg gegen einen im voraus befriedigten Mitgläubiger vorgeſtellt werden können; und mit vollem Rechte erkennen es daher die Römiſchen Juriſten als Regel, nur freilich nicht als ausnahmsloſe Regel an, daß auf Zahlungen dieſe Klage keine Anwendung finde. Vollkommen gerechtfertigt erſcheint aber auch die ſ. g. Gratificationstheorie, und wie man ſie als geſetzlich begründet, obſchon nur als eine Anwendung der allgemeinen Grundſätze, auf welchen das Edict über die frauduloſen Dispoſitionen des Cridars beruht [151]), meiner Ueberzeugung nach anerkennen muß, ſo möchte auch, wenn man ihr nur die obige Deutung giebt und mit Strenge auf den vollſtändigen Beweis jener Requiſite dringt, ſo wenig ihre Zweckmäßigkeit als praktiſche Brauchbarkeit zu beſtreiten ſeyn.

150) Daß ihnen der Beweis obliege, kann nicht bezweifelt werden; die Analogie der condictio indebiti (vgl. L. 25. §. 1. Dig. de probat.) iſt nicht zu verkennen.

151) Dieſe Gleichheit erkennt auch die Baieriſche Geſetzgebung an, welche ganz allgemein fordert, daß die Particularzahl- oder Veräußerungen nicht redlich, ſondern gefährlicher Weiſe geſchehen ſeien, und eben ſo ſtellt das franzöſiſche Recht nirgends die Annullation der Zahlungen als beſondern Rechtsſatz auf, ſondern fordert, wie bei andern actes, nur daß ſie en fraude des créanciers ſtatt gefunden haben.