

Das fides-Prinzip und sein Zusammenhang mit der fiducia

I.

PRINZIP DER FIDES

Bei der Untersuchung der Geschichte des Pfandrechts ist der zeitliche Ausgangspunkt ebenfalls die Gründung von Rom, die nach der Tradition 753 v.u.Z. erfolgte. Die Lebensweise der römischen Bürger war in der Anfangszeit im wesentlichen die der Landbauer und Mittelbauer; für diese Lebensweise war die Eingengtheit, Ungeschmiedigkeit und Formalismus der Landmenschen charakteristisch. Der Naturmensch, der die günstige oder schlagende Kraft der Elemente unmittelbar fühlt, der dem Spiel der Natur ausgesetzt ist, neigt durchaus dazu, hinter dieser Kräfte, deren Auswirkungen er selbst bitter oder günstig fühlt und deren Wege er selbst weder bestimmen noch beeinflussen vermag, übermenschliche Personen zu wissen. Diese sind Personen, die ihrem Glauben entsprechend über ihr Leben, Kriege entscheiden, beeinflussen aber vor allem die Natur und haben dadurch unmittelbarer Einfluß darauf, daß der Landbauer gut ernten kann oder seine Lagerschuppen leer bleiben. Diese himmlischen Personen bestimmen nun, ob einer im Wohlstand oder in Armut leben soll. Der Mensch, der mit dem Feld Beziehung hat, findet in der Natur zahlreiche mytische Züge. Deshalb glaubt er in gesteigertem Maße an guten und bösen Geistern und bekleidet diese mit Gotteskraft. In der Auffassung und Lebensweise des römischen Bauers also — gerade, weil er unmittelbarer Wirkung überirdischer Kräfte ausgesetzt ist — wurzelt der Gottesglaube tief. Die Erklärung für die Mehrgottesglaube ist einerseits, daß das Regieren der guten und bösen Kräften in Händen anderer himmlischer Personen sein soll, andererseits aber, daß er mehrere Götter geben soll, da sich das Leben selbst aus vielen Erscheinungen zusammensetzt, so soll eine jede Erscheinung eigene Regierer haben, denn kein Gott könnte sich mit allen Fragen beschäftigen. Die Naturerscheinungen sind so verschieden, daß er der römischen Auffassung nach unmöglich sei, daß diese verschiedenen und abweichenden Erscheinungen nicht je von einem anderen Gott geleitet wären. Es ist gleichfalls für die Mehrgottesglaube charakteristisch, daß die Götter zwar himmlische Personen mit größerer Kraft sind als die Menschen, die über sie geschaffene Vorstellung die Götter doch in menschliche Form gestaltet (anthropomorphismus). Die Götter sind gut und böswillig und leben dem Menschen ähnlich. Die ein-

* Diese Studie ist ein Teil einer vom Verfasser unter dem Titel „Geschichte und Entwicklung des römischen Pfandrechts“ früher geschriebenen, mit einem Preis belohnten Arbeit, die er im Seminar von Professor Pólay gefertigt und in 1951 referiert hat.

fachen Römer streben danach, den Beifall der Himmelsbewohner zu gewinnen und es sich fürs Leben zu sichern. Die Götter muß man nun ehren, ihnen Opfer zeigen und ihre Hilfe mit allen Mitteln gewinnen. Der Religionskult, die feierlichen Formalitäten dienen diesem Zweck am besten, da diese den Göttern gefallen. Die Religion wird also zu einem allgemein verbreiteten Kult von großer Bedeutung und das Religionsleben wird von einer Organisation, von den Priestern, an der Spitze mit den *pontifices* geleitet. Die *pontifices* werden vom Volk hochgeehrt. Diese haben Beziehung zu den Göttern, sie vermitteln die Wünsche, wehren Angriffe böser Geister ab, ihr großer Ansehen vor den Menschen ist also begründet, da diese in jeder Erscheinung des Lebens die Gotteshand sehen. Die Priester haben durch ihr Ansehen und ihre höhere Ausbildung auf das gesammte Staatsleben einen großen Einfluß, und so spielten sie bei der Schaffung des Rechtssystems eine — sogar eine große — Rolle; die Rechtsanwendung war anfangs alleinige Wissenschaft des Pontifikalkollegiums.

Die Priester ließen die Gottesverehrung in ziemlich komplizierter Form ablaufen. Reiche sowie Arme waren angestrebt, durch Geschenke die Hilfeleistung der Priester zu gewinnen, ihre Wünsche vermitteln zu lassen, da sie unfähig waren, diesen komplizierten Ritus durchzuführen. Die Mehrgottesglaube ist von umfassender Bedeutung und ein durchaus wichtiger Faktor des anfänglichen römischen Lebens. Es ist ein wichtiger und bei der Untersuchung eines Rechtsinstitutes unerlässlicher Gesichtspunkt, vor allem wenn dieses Institut von der Anfangsperiode an untersucht wird. Besonders unerlässlich ist es, wenn man sich mit der Geschichte des römischen Pfandrechts beschäftigt. Das römische Pfandrecht hat sich nämlich in drei Stufen entwickelt, von denen die erste die *fiducia* ist. In der *fiducia* erscheint der Fidesgedanke in juristischer Form. Solange aber die *fides* als Moralbegriff zum Rechtsbegriff wird, vergeht eine bestimmte Zeit, und wenn man die Merkmale der ersten pfandrechtlichen Stufe, nämlich die der *fides* erkennen wünscht, hat man diese zu untersuchen.

In der Zeit des Königtums, sowie in den Anfangsjahrhunderten der Republik ist das Wirtschaftsleben in Rom ziemlich einfach bis zum Ende des ersten punischen Krieges. Das Volk von Rom führte eine Bauerwirtschaft, eine selbstversorgende Wirtschaftsmethode, seine Produktionsmittel sind primitiv. Es gibt keine oder kaum Überschußproduktion. Aber selbst bei dieser primitiven Lebensweise sind die zwei wichtigen Geschäfte wie Kaufgeschäft und Darlehen unentbehrlich. Ohne diese ist nicht einmal eine primitive Wirtschaft vorzustellen; diese Kaufgeschäfte sind anfangs ziemlich schwierig. Beim Austauschverkehr wurde nämlich statt Metallgeldes Rindvieh (*pecus*) und Schaf gebraucht. Als aber das *aes*, d.h. das Kupfer zum Austauschmittel wurde, war eine grössere Regsamkeit wahrzunehmen, obwohl das ungeprägte Kupfer (*aes rude*) noch viele Schwierigkeiten bedeutete, da es bei jedem Kaufgeschäft abgewogen werden mußte. Das haben die *libripens* gemacht, die beim Kaufgeschäft unentbehrlich waren. Selbst das *aes signatum*, das markierte Kupfer mußte abgewogen werden. Der entscheidende Fortschritt war der Übergang zu den Münzen, das den Übergang vom bisherigen Austauschhandel zur Geldwirtschaft bedeutete. Diese Zeit liegt in der Zeitperiode der Zwölftafeln, da die *lex Aternia Tarpeia* schon vor den XII Tafeln über Rindvieh, die *lex Julia-Papiria* nach den Zwölftafeln über Geld, und zwar über zählbares Geld (*pecunia numerata*) spricht. Nach den XII Tafeln wurde die Kupfermünze zum gesetzlichen Zahlungsmittel,

obwohl der Tausch schon früher dadurch abgewickelt war, als *pecunia ponderata*. Neben dem Kupfer war seit 268 v.u.Z. Silber, seit 218 v.u.Z. Goldmünze gebraucht. Man sollte aber zur Anfangszeit zurückkehren, in der — wie gesehen — das Kaufgeschäft, auch wenn in ungeschmeidiger Form, schon vorhanden war. Genauso offensichtlich ist die Notwendigkeit des Darlehens. Der wirtschaftende Mensch geriet oft in eine Lage, daß er bestimmte Aushilfsmittel in Anspruch nehmen muß, damit die Produktion nicht gehindert wird; es kommt vor, daß ihm bestimmte Produktionsmittel fehlten und er diese Produktionsmittel geliehen hat. Oft entstand aber diese Situation, wenn er aus Kaufzweck Tauschmittel von anderen geliehen hat. Bekam er dieses Mittel, beeedete er feierlich (*sponsio*), seine Rückerstattungspflicht zu erfüllen. Im Laufe der Zeit wurde es auch in das Regelungsbereich des Rechtes hineinbezogen und die Verletzer der Rechtsnormen wurden mit grausamen Sanktionen bedroht. Es läßt sich also verstehen, daß das sakrale Element die Sicherung bedeute, das ziemlich kräftig sein sollte, wenn man auf Grund der Gesagten versteht, welche Bedeutung es für einen römischen Landbauer hatte, sein den Göttern gegebenes Versprechen zu brechen. Die *sponsio* ist nun nichts anderes, als ein durch das Glauben bekräftigtes Darlehen, wobei der Versprecher durch religiöse Verpflichtung zur Erfüllung seines Versprechens verpflichtet war. Es ist wohl möglich, daß neben dem *religionis vinculum* vom Anfang an auch bestimmte *civilis* Verpflichtung bestand. Worin die aber inhaltlich bestand, weiß man nicht genau. Neben der *sponsio* erscheint bald der *nexum* als neue Art der Darlehensforderung, worüber später noch gesprochen wird. Das Kaufgeschäft und *sponsio* sind zweifelsohne schon in der Anfangszeit vorhandene Rechtsinstitute, die durch das Wirtschaften befehlswise zustandegebracht werden. Daneben erscheinen sehr bald auch neue Geschäftsformen, die zwar nicht zahlreich, dafür aber bedeutend sind. Das sind das *commodatum*, wie das kostenfreie Verleihung irgendeines Viehes zwecks provisorischer Nutzung, dann Ablegung wegen Aufbewahrung (*depositum*) und die Sicherung einer Schuld Erfüllung durch sachlichen Mittel. Ein gemeinsamer Zug dieser Institute ist, daß darin sich das Fidesprinzip gelten läßt. Von unserem Gesichtspunkt betrachtet, ist vor allem die *fiducia* von Bedeutung. Es ist schon klar, daß auch beim primitiven Darlehen der Darlehnsgeber unter Eid die Erfüllung verspricht. Der Darlehnsgeber — d.h. der Kreditgeber — wollte die Erfüllung seiner Forderung auch auf andere Weise vollkommen sichern. Er forderte nun zur Sicherung der Interessen des Kreditgebers juristische Regelung, was um so leichter war, da die Kreditgeber von den Wohlhabenden kamen, die durch ihre eingenommene Stelle und ihre leitende Rolle in der Rechtsschaffung den Schutz ihrer eigenen Interesse verwirklichen konnten.

Es entsteht die *fiducia*, in dem der Gedanke der *fides* verkörpert wird. Man sollte also die *fides*, als Moralprinzip untersuchen, das später zum Rechtsprinzip wurde.

Die *fides* als Prinzip ist im römischen allgemeinen Bewußtsein ein mit großer Kraft auswirkender Faktor. Wie man sehen wird, konnte die *fides* im römischen öffentlichen Leben und auch im Geschäftsverkehr ein Stützpunkt sein, weil die angedrohte sakrale Sanktionen die Verletzung verhinderten. Diese sakralen Elemente waren auch bei der *sponsio* vorhanden. Entscheidende Bedeutung hatte die *fides* als König Numa Pompilius ein Tempel für die *fides* gewann und so die *fides* nun zum öffentlichen Institut geworden ist. Man kann wohl gerecht sagen, daß es Numa getan hat, weil die *fides* ein in der

Praxis auswirkender Faktor war, und er hat gerade deshalb die eingehende Regelung für wichtig gehalten. Numa hat im Sinne seiner Regierungsweise der *fides*, neben der öffentlichen Verkehrsbedeutung, Ansehen verliehen und läßt dadurch aus der früheren Allgemeinheit hervorheben und institutionel organisieren. Dionysius nach regelt Numa die *fides* „wie keiner der berühmten Gesetzgeber“. Die Folge davon ist weitverzweigt. Die Einhaltung der *fides* war bis jetzt nur durch die allgemeine Tradition und das Moral gesichert, seit Numa ist aber diese Pflicht stärker geworden, die *fides* wurde nämlich zu einem unverletzbaren und sakralen Begriff, war für den größten Eid gehalten, dessen Beweiskraft stärker als alles andere war, so daß ein Vertragsprozeß ohne Zeugen sofort entschieden wurde, wenn einer der Parteien Eid abgelegt hat. Die Schreiben von Livius (142. 1.21.) und Dionysius sind Beweise dafür.

Numas Maßnahmen hatten ein weiteres entscheidendes Ergebnis, daß die Einhaltung der *fides* nicht nur für einige, sondern selbst für den Staat Pflicht ist. Die *fides publica* bedeutet also allgemeine Ehre, die zu ehren sich auch der Staat verpflichtet, bei wichtigen Staatshandlungen wird auch darauf hingewiesen (z.B. einen Krieg ausbrechen lassen, Friedensschließung). M. Terentius Varro nach (De l. lat. 5.86) ist die *fides* eine in das öffentliche Recht aufgenommene, verbindene Rechtsnorm. Gellius (20.1) betont, daß die *fides* im alten Tugend am wichtigsten ist. Der Inhalt der *fides* lautet „*dictorum conventarumque et veritas*“, der zur Folge hat, daß „*id fiat, quod dictum est*“. Da die *fides* als Göttlichkeit betrachtet war, waren die Geschäfte auch an eine feierliche Form gebunden, die Göttlichkeit ist doch nur bei besonderen Formalitäten vorzustellen. Wie das vor sich ging, gibt es keine Angaben dafür. Romanisten machen es für wahrscheinlich, daß der Fidesvertrag mit einer *nuncupatio* und Handschlag begleitet war. Die *fides* ist ein Moralprinzip, und zwar so eines, das geeignet ist, auch juristisch bedeutend zu werden.

Was ist nun die juristische Bedeutung der *fides* in dieser Anfangsperiode — in den ersten beiden zweihundert Jahren? Dies zu untersuchen ist um so wichtiger, weil in der nächsten Phase das Fidesprinzip in Form der Fiduziargeschäfte in das Recht hineinzieht, und das wichtigste davon ist die *fiducia* die erste Form des Pfandes.

Am Anfang bestand die juristische Rolle der *fides* darin, daß sie aufgehört hatte, Privatpflicht zu sein. Ihre Einhaltung ist schon Pflicht, die den Einzelnen genauso wie den Staat verpflichtet. Ihre Verletzung, ist eine Handlung gegen die Gemeinschaft, eine öffentliche strafbare Handlung, das von der Gemeinschaft vergeltet werden konnte. Es wird betont, daß das stark religiöse Volk versuchte, das durch *fides* Angelobte unter jedem Umstand einzuhalten.

Neben dem im Individuum wurzelnden Gründen war man durch realen Faktoren gezwungen, so zu handeln. Die Verletzung war — wie bekannt — eine öffentliche strafbare Handlung das eine Strafe zur Folge hat. Diese aus dem öffentlichen Charakter folgende Vergeltung hatte also eine preventive Auswirkung und so ist das Einhaltungsanliegen noch stärker. Es ist wahr, daß die Vergeltung die Erfüllung nicht zur Folge hat und die Vergeltung nicht wegen der Nichterfüllung sondern wegen der Nichteinhaltung des gegebenen Wortes erfolgt. Aber diese angedrohte Strafe ist eine ziemlich starke Anregung dazu, daß der Schuldner die versprochene Pflicht mit allen möglichen Mitteln erfüllt. Hinter der moralischen Verpflichtung steckt nun

eine juristische Verpflichtung. Es muß aber nachdrücklich betont werden, daß nicht allein die Tatsache der Nichterfüllung, sondern die Nichteinhaltung des *fides* nachteilige Folgen hat. Wenn jemand also etwas durch *fides* angelobt hat, so hat er auf sich genommen, mit allen möglichen Mitteln die *fides* einzuhalten und zu erfüllen. Hat er aber dieses Erfüllungsversprechen nicht eingehalten, so hat er in Mehrheit der Fälle solche Handlungen begangen, wodurch er die *fides* verletzt hatte; er hat nämlich *dolus* begangen, oder aber war nachlässig indolent, oder hat irgendeine andere Methode zur Umgehung angewendet. Diese Tatsachen bedeuten aber die Verletzung der Götlichkeit, und dies zu bestrafen war eine Pflicht. Diese beiden Gesichtspunkte, die starke religiöse Wirkung und der öffentliche Charakter dieser Handlung, der die Vergeltung der *Fides*verletzung zur Folge hat, waren genügende Sicherung dafür, daß der Schuldige erfüllt und so konnten die Interessen des Berechtigten als gesichert angesehen werden. Es besteht kein Zweifel, daß in den durch *fides* versicherten Vermögensfälle in der Schuldnerposition überwiegend die wirtschaftlich Schwachen, auf Seite des Berechtigten aber die Reichen stehen, deren Vorderungen — gerade aufgrund der vorher Gesagten — durch die *fides* als garantiert angesehen werden kann. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß sich die *Fides*verpflichtung für jedermann gleich bezieht; in dieser primitiven Zeit gab es keinen wesentlichen Vermögensunterschied, was auch aus dem geschilderten Gesellschaftsbild hervorgeht. Die *Fides*verpflichtung des Staates hat keine vermögensrechtliche, sondern nur öffentlich-rechtliche Bedeutung. Wie gesehen, hat nun die *fides* als moralische Verpflichtung wesentliche, auch juristisch qualifizierbare Züge.

Es stellt sich die Frage, ob die *Fides*verletzung, also die dadurch ausfallende Erfüllung eine rein *civilis sanctio* hat abgesehen von ihrer schon genannten öffentlich-rechtlichen Wirkung. Hat nämlich die Tatsache der Nichterfüllung eine zivile Klageberechtigung zur Folge? Beim öffentlichen Charakter der *Fides*verletzung wurde nämlich betont, daß dabei eigentlich nicht die Nichterfüllung, sondern die Verletzung der *fides*, die des öffentlichen Prinzips zu bestrafen war. Wir glauben, es wäre nicht richtig, die *Fides*verletzung von der Nichterfüllung zu trennen, da die eine aus der anderen notwendigerweise folgt. Das entscheidende Anliegen bei der Geschäftsumgestaltung der *fides* bestand darin, die öffentliche Glaubwürdigkeit, den öffentlichen Verkehr mit bedeutenden Mitteln zu sichern, so, daß die bis jetzt rein Gewissenspflicht auch durch reale Sicherungen erzwungen werden kann. Die Naturalisation der *fides* im Vertrag hatte offensichtlich dies zum Ziel. Das Ausfallen der Erfüllung hat aber gewöhnlich Gründe, die schon *Fides*verletzung bedeuten: er hat größere Verpflichtung übernommen, als er zu erfüllen vermag, ist fahrlässig, böswillig, mit einem Wort, er hat sich zu etwas verpflichtet, was er aus eigener Schuld oder böswillig nicht erfüllen kann. Dabei fließt aber die Nichterfüllung in die Verletzung der übernommenen Treue hinein. Der Schlüssel zu Lösung ist hier zu suchen: der Grund der Nichterfüllung ist immer das individuelle Verhalten, so kann man über eigene Schuld und dadurch zugleich über Verstoß des Treueprinzips sprechen. Es wäre Formalismus und nicht das Wesen ausdrückender Standpunkt zu sagen, daß die nachteilige Forderungen den Nichterfüller nur deshalb treffen, weil er die *Fides* verletzt habe und die Nichterfüllung unbestraft bleibe. Die beiden Begriffe — Nichterfüllung und *Fides*verletzung — gehö-

ren doch zusammen, die können nicht getrennt werden, und das Ziel ist, die Nichterfüllung zu verhindern. Das wird dadurch erreicht, daß die Fidesverletzung eine Strafe zur Folge hat. Wäre doch die Nichterfüllung nicht bestraft, so würde das zu schweren Schwächung des Kreditlebens führen. Um es zu vermeiden, ist es wichtig, zum Schutz der Interessen des Kreditgebers rechtliche Grundlagen aufzustellen, oder daß die Nichtachtung der übernommenen Pflichte mit rechtlich nachteiligen Folgen einhergeht. Aus welchem Grund das aber formell geschieht, hat keine Bedeutung. Mag sein, daß die Nichterfüllung schon zu dieser Zeit eine *civilis sanctio* hatte, dafür gibt es aber keinen Beweis. Es scheint wahrscheinlich zu sein, daß die Sanktion in dem Sinne öffentlich-rechtlich war, daß die Gemeinschaft die Verletzung der *fides* als Gemeinschaftsprinzip vergeltet hat; die *actio de perfidia*, über deren Existenz in den XII Tafeln bei Paulus zu lesen ist (D. 26. 7. 55.), scheint dies zu beweisen. Die Fidesverletzung ist die *perfidia*, die die Verletzung der Göttlichkeit bedeutet, sie ist also eine Sünde, die Verletzung hat aber nicht nur sakrale, sondern schon beschriebene rechtliche, d. h. Vergeltungsfolge, deren Notwendigkeit dadurch begründet wird, daß neben dem sakralen Schutz auch rechtliche Schutz die volle Garantie der Sicherheit des öffentlichen Interesses, d. h. des Kreditlebens zu sichern hat.

Die Abschlüsse in der *fides* waren sehr verbreitet, denn sie waren der Form nach einfacher als andere Abschlußweisen, wie z.B. die *sponsio*. Das läßt sich wohl damit erklären daß das sich sehr an Formalitäten hängende allgemeine Bewußstein diese erstrangig bedeutend hielt. Es ist festzustellen, daß die *fides* nicht nur ein Moralprinzip, sondern in gewissem Sinne zugleich auch Rechtsprinzip ist: es ist wenigstens geeignet, zum Rechtsprinzip zu werden. Schließlich wurde der rein sakrale Schutz der *fides* bald überholt und der entsprechende Rechtsschutz ist nicht zu beweisen, aber man glaubt, daß sich der privatrechtliche Schutz, auch wenn nicht selbständig durch der öffentlich-rechtliche Schutz und im öffentlichen Recht doch gelten läßt. Jedenfalls war die Sicherung der Fiduziargeschäfte in der Anfangszeitperiode stark genug, daß diese Geschäfte ihre Ziele verwirklichen können.

Es ist bekannt, daß in den primitiven Zeiten — wie es von der Gründung von Rom bis zum Untergang des Königtums ist — zur Abwicklung der Vermögensgeschäfte die juristisch völlig geregelte Form der Kauf und des Kredit bildeten, wozu die *per aes et libram*-Geschäftschließungsform dient. Aufgrund des allgemeinen gesellschaflichen Entwurfes ist es auch begründet, da beim verhältnismäßig primitiven Wirtschaften diese beiden Geschäftsformen nötig waren. Es versteht sich von selbst, daß im praktischen Leben neben diesen beiden Hauptgeschäftsformen auch andere Geschäftsformen erwünscht waren. Diese hatten aber noch keine ausgesprochene Rechtsform und fehlte vor allem die Klagbarkeit. Die juristischen Sanktionen waren aber durch andere Sanktionen ersetzt. Wie gesehen, bildeten das Eidversprechen und die Ehre eine Garantie dazu, daß diese zweitrangigen Geschäfte erfüllt werden. Diese Geschäfte von zweitrangiger Bedeutung, die nur noch verhältnismäßig verbreitet waren, waren der Pfand, ferner die Verwahrung und der Gebrauch. Wenn diese Geschäfte keine Zivilklage hatten, war ihre Erfüllung von mehrerer Seite gesichert; Garantie bedeutet einerseits die religiöse Auffassung, die bei dem römischen Menschen recht erfolgreich war, da diese eine zurückhaltende Kraft vor Verletzung der für die Götter lieber Sachen besaß; andererseits erscheinen Sanktionen juristischen

Charakters und die *actio de perfidia* wünschte dem Rechtsschutz kräftig zu dienen. So ist nun die *fides* auch juristisch gesehen ein bedeutender Faktor, und auch wenn sie in jenen friedlichen Zeiten noch nicht zum Rechtsprinzip geworden ist, sind nicht viel später, mit der Ausbreitung des Kreditlebens und infolge des größeren Lebensbedürfnisses die bisher zweitrangigen Geschäfte zu einem Geschäft von gleicher Bedeutung geworden, wie früher das Darlehen und der Kauf waren, damit ist das Moralprinzip der *fides* zum Rechtsprinzip, zum Mittelpunkt des gesamten Rechtsinstitutes geworden. Die *fides* hatte also drei Phasen: Vor Numa (?) war sie nur ein Moralprinzip, die durch die Tradition und Moral geschützt wird, seit Numa genießt sie einen kraftvollen sakralen und juristischen Schutz, dann aber als letzte Phase ist sie ein kategorisches Rechtsprinzip von großer Bedeutung geworden, in den sog. fiduziarischen Geschäften. — Eines davon ist die *fiducia*, die den ersten kategorischen Rechtsgrund des Pfandes bildet.

II.

DIE FIDUCIA

Das dritte Jahrhundert von Roms Leben ist eine Zeit der Veränderung.

In dieser Zeit steht man der kräftigeren Polarisation der politischen Kraftverhältnisse entgegen, die Wirtschaftung entwickelt sich, so hat der Kredit größere Bedeutung. Die erste Kupfermünzprägung ist nicht mehr zusehr weit (*aes signatum* im 4., *aes grave*=geprägte Kupfermünze im 3. Jhdt), Auch die Regierungsweise verändert sich. Rom führt Krieg und das zieht die Umgestaltung der Gesellschaft, Wirtschaftung und der allgemeinen Auffassung nach sich. Mit der Entwicklung der Wirtschaftung werden neue Geschäfte bedeutend, meistens jene, die schon vorhanden waren, aber ohne nachdrückliche juristische Form und Inhalt. Bei dieser Wirtschaftung hat der Kredit schon eine große Bedeutung, die Kreditgeschäfte passen sich — nun endgültig — in das Rechtssystem hinein. Es genügt aber nicht mehr, diese, zum größten Teil nur auf moralischer Grundlage zu regeln. Die Veränderungen der politischen Verhältnisse, die tiefgreifenden Gegensätze zwischen den Klassen der Patrizier und Plebejer, die Wirkung der andauernden Kriege führen zur Unsicherheit im Rechtsleben und diese haben für notwendig gemacht, daß die so wichtig gewordenen Kreditgeschäfte eine sichere Form gewinnen. Infolge der äußeren und inneren Kämpfe verleihen die Besitzer, die auch Reserve haben, nicht gern, denn sie fürchten, daß die Erfüllung wegen der unregelmäßigen Verhältnisse ausbleibt. Es besteht nun die Gefahr, daß der Güterumsatz gehindert wird, bei der Produktion der unentbehrliche individuelle Kredit nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, da — wegen der Genannten — durch die Weigerung der Besitzer vor der Kreditleistung das Ganze problematisch wurde. Das Steckenbleiben des Kreditlebens kann verhängnisvolle Folgen haben, man muß also eine Methode in Anspruch nehmen, die dem Verleiher volle Sicherstellung gewährleistet und dadurch die Umsatzverminderung aufhält. Die Garantien des Verleihers bedürfen starke Mittel. Die bisherigen moralischen Sicherstellungen sind keineswegs ausreichend, es sind viel mehr konkrete juristische, im Falle der Nichterfüllung erzwingbare Garantien notwendig. Es liegt an der Hand,

wenn die frühere Methode nicht weggeworfen sondern im Gegenteil, von noch kräftigerer Wirkung wird. Dies entspricht der natürlichen Entwicklung, und ist auch in diesem Fall festzustellen. Zur Sicherstellung der Interesse des Darlehngewählers ist die persönliche oder sachliche Sicherstellung am wirksamsten. Beide sind schon in dieser Zeit vorzufinden. Für uns wäre eher die sachliche Sicherstellung interessant, deren bedeutendster Form der Pfand ist. Die Pfandregelung tritt in den Vordergrund. Der Pfand war bis jetzt nämlich moralischen Charakters und nicht als Rechtsinstitut zu betrachten, selbst bei seinen juristischen Zügen nicht. Jetzt mußte er aber zu einem Rechtsinstitut in einer Form ausgebaut werden, daß die sachliche Sicherung kräftig der Interesse des Darlehngewählers dient, damit das Wirtschaften nicht ins Stocken geriet. Selbstverständlich konnte der Rechtsnorm, der zum Ziel die Sicherstellung der Interesse des Kreditgebers hatte, leicht geschaffen werden. Die Kreditgeber kamen nämlich von den Besitzern, da nur diese Überschuß hatten, den sie verleihen konnten. Die Verarmung durch den Krieg schlug diejenige, die keine großen Reserven hatten, die sie aber während des Krieges aufbrauchen mußten. (Diese Regel hatte zur Zeit des Eroberungskrieges durchaus große Wirkung für das römische Leben.) Die Kapitalstarken haben dagegen die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen der Kriege nicht so sehr gemerkt. Der verarmte einfache Mensch braucht Kredit, was den Kreditgeber auch in Krisen sicherstellt und ihn so zur Kreditgewährung anregt. Daß diese Institute um so vollständiger den Interessen des Kreditgebers dienen, ist um so mehr möglich, da die Besitzergruppe, von denen die Kreditgeber kamen, an der Inhaltsgestaltung der Rechtsinstitute, an der rechtsschaffende Arbeit mit großer Kraft teilnahm. Zweifelsohne ist es notwendig, daß der Pfand, die Problematik der Kreditgewährung lösende sachliche Sicherstellung, eine juristische Form bedarf. Aber auf welcher Weise? Offensichtlich soll das bisherige Prinzip verstärkt werden, d. h. das bisherige Moralprinzip zum Rechtsprinzip umgestaltet werden. Es wäre zwar möglich, eine völlig neue Konstruktion zu bilden und das Pfandrecht so zum Rechtsinstitut zu machen. Das ist aber unnötig, und auch umständlich. Das neue Institut soll auf dem alten beruhen und es nützlich machen. Die *fides* ist zum Mittelpunkt des Rechtsinstitutes zu machen. Die Verbreitung der *fides* begründet es und ist auch festzustellen, daß sie sich bis jetzt — zwar bei kleineren Forderungen — als entsprechende Sicherstellung erwiesen hat. Die römische Denkensart hätte sowieso nicht gern mit der *fides* Schluß zu machen, die im Laufe der zwei Jahrhunderte von großer Bedeutung und in der Praxis ein einsprechendes Institut war. In dieser Zeit waren übrigens die Begriffe *fas* und *ius* (sakrale- und Rechtsnormen) noch nicht getrennt. Es lag nun an der Hand, die *fides* mit Rechtskraft zu „bekleiden“ und dadurch die Gestaltung des Pfandes, als Rechtsinstitutes zu lösen. Das ist auch geschehen. Die *fiducia* erscheint, das in seinem Charakter den Gesagten völlig entspricht: 1) das Moralprinzip der *fides* wurde zum Mittelpunkt, zum Rechtsprinzip gemacht und nun bedeutete es nicht mehr nur ein Lebensverhältnis, sondern auch Rechtsverhältnis, es ist also auch ein Rechtsinstitut. 2) Die *fiducia* wurde vom praktischen Leben notwendigerweise zustandegebracht. 3) Die *fiducia* diene den Interessen der Kreditgeber. Es wäre falsch zu glauben, daß die *fides* bei seiner Gestaltung zum Rechtsprinzip seinen Moralcharakter völlig verloren hätte. Das ist schon von seiner Natur her unmöglich, und gerade dieser Gedanke ließ es weiterleben, wenn es nämlich als Institut moralischen Charakters den alten Forderungen entsprach,

durfte man hoffen, daß es auch den neuen Forderungen entspricht. Die entscheidende Veränderung liegt darin, daß die moralische Verpflichtung jetzt ausdrücklich juristische Form, Inhalt, Klageberechtigung und Sanktion hat. Das moralische Element ist nicht verlorengegangen, sondern setzt sich kräftig durch, wie man später bei der eingehenden Behandlung der *fiducia* sehen wird.

Das Erscheinen der *fiducia* kann zeitlich mit Recht auf die Jahre 550—500 v.u.Z. gesetzt werden. In dieser Zeit wirken nämlich jene Kräfte, die dieses Rechtsinstitut ausgestaltet und seine Form bestimmen ließen. Es kann für gewiß genommen werden, dass es das Zwölftafelgesetz schon kennt. Die XII Tafeln kennen nämlich die folgenden Verpflichtungsgeschäfte; *nexum*, Kauf, Versprechen in feierlicher Form (*mancipatio*) und durch Eid bekräftigt (*sponsio*), Versprechen und Annahme einer Arbeit unter Eid (*iurata operarum promissio*) und die *fiducia*. Das frühzeitige Existenz der *fiducia* ist auch bewiesen, daß ein anderes Institut — die *usu receptio* — die *fiducia* ebenfalls voraussetzt. Mit der *fiducia* erscheint nun im römischen Recht das Institut des Pfandes. Bei seiner Entstehung, Form und dem Inhalt haben, wirtschaftliche, gesellschaftliche, religiöse und andere, miteinander verknüpfte Faktoren mitgespielt.

Es ist nun unsere Aufgabe, den Inhalt der *fiducia* zu untersuchen und zu schildern, unter welchen Formalitäten die Verpfändung bei dieser Form zustande kam, da bei der Erklärung eines Institutes des *ius civile* auch die Formfragen von erstrangiger Bedeutung sind. Die *fiducia* als Rechtsprinzip erscheint in zwei Hauptvertragstypen: 1) *fiducia cum amico contracta*; hierzu gehören die kostenlosen Gefälligkeitverhältnisse, also auf alle Fälle das *depositum* und *commodatum*, eventuell der Auftrag (*mandatum*) in primitiver Form. Diese Untersuchung erstreckt sich auf diese Gruppe nicht. 2) Die *cum creditore pignoris iure contracta fiducia*. Das Rechtsinstitut des Pfandes gewinnt hier Regelung und bei weiterem Gebrauch der *fiducia* wird daran gedacht.

Die *fiducia* ist ein akzessorisches Recht, wie es Pfandrecht in jeder Form ist. Zum Pfandrecht kommt es nur, wenn eine Hauptforderung besteht, die gesichert werden muß (diese Sicherung erfolgt durch eine Sache) und wird mit der Hauptforderung aufgehoben.

Das Pfandrecht ist also ein Recht zur Garantie irgendeiner Forderung, die Voraussetzung dafür bildet eine Forderung. Nicht die Garantie bedeutet eine persönliche schuldrechtliche Verpflichtung, sondern der Umstand, daß es der Schuldner, dem der Kreditgeber eine Sache mit der Bedingung übergibt, im Falle der Nichterfüllung verkaufen darf, sich vom Verkaufspreis entschädigen kann und den übrigen Teil dem Schuldner zurückkommen läßt. Im modernen Pfandrecht ist das Prinzip der *lex commissoria* nicht bekannt, die Vereinbarung der Parteien kann nicht darauf gerichtet werden, daß der Kreditgeber die verpfändete Sache im Falle der Nichterfüllung für sich als Eigentum behalten könne. Die *fiducia* entspricht diesen modernen Pfandrechtsprinzipien nicht; so daß die *fiducia* in engem Sinne genommen Jahrhunderte hindurch das Ziel des Pfandrechts erfüllen kann: nämlich den Personenkredit durch sachlichen Mitteln zu garantieren, und dies wurde auf einer in den Rechtsregeln vorgeschriebenen Weise gemacht; und trotz seiner unvollständigen Formen ist ein wichtiges Rechtsinstitut im römischen Recht.

Die *fiducia* ist eigentlich nichts anderes, als die Formen der *mancipatio*

oder *in iure cessio* zu benutzende Übertragung, wenn der Schuldner irgendeine seiner Sachen bei den früheren Formen in Besitz des Kreditgebers übertragen läßt. Das Ziel der Besitzübertragung ist aber ganz anders als z.B. beim Kauf, dabei erfolgt die Übertragung, damit der Kreditgeber über die Sache verfügt, die im Falle der Nichterfüllung ganz ihm gehört, d.h. mit der Zeit kann er die Sache verkaufen, sich vom Verkaufspreis entschädigen; im Falle der Erfüllung hängt es aber von der *fides* des Kreditgebers ab, ob er das Eigentumsrecht an der Sache dem Schuldner zurückläßt. Im Formel *mancipatio* und *in iure cessio* kommt es zum Ausdruck, wenn die Parteien erklären, daß die Eigentumsübertragung für den Kreditgeber „*fidi fiduciae causa*“ geschehen ist, wie wir es in *Formula Baetica* (1—2. Jhd. u.Z.) in den 3. und 4. Zeilen lesen. Der Kreditgeber hat die Fiduziapflicht, die übertragene Sache nach der Erfüllung zu remanzipieren oder für den Schuldner (*in iure*) zu übertragen. Da der Schuldner seine Sache und Eigentumsrecht nur im Falle der Erfüllung zurückbekommen hat, war er gezwungen zu erfüllen, wenn er wieder Eigentümer an der Sache werden wollte. Bei solcher Formalitäten abgeschlossener Geschäftsführung sind die Einzelheiten durchaus wichtig, was beim ganzen *ius civile* zu erfahren ist. Der Kreditgeber kauft das Eigentum an der Sache formell für ein Kupfergeld, betont aber, daß die Übertragung *fidi fiduciae causa* geschehen ist. Die *causa fiduciae* wurde im Falle der *mancipatio* in der *nuncupatio*, im Falle der *in iure cessio* in der *vindicatio* von den Parteien hervorgehoben, vielleicht wie folgt: *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio fidi fiduciae causa*. Bei dieser *mancipatio* — oder *in iure cessio* — Eigentumsübertragung ist im Hauptgeschäft selbst oder neben dem Hauptgeschäft ein anderes Pakt, das *pactum fiduciae* vorhanden, das das Eigentumsrecht nur provisorisch machte (es wirkte also auf das Hauptgeschäft) und nur ein formelles Eigentum (Garantiecharakters) zur Folge hatte. Ob der *pactum fiduciae*-Teil in die *mancipatio* — (oder *in iure cessio*) Geschäft eingebaut war, sind die Meinungen abweichend. Die Frage läßt sich, mangels zeitgetreuer Beweise, nicht entscheiden. Wahrscheinlich ist der erste Standpunkt; unter den Wissenschaftlern ist diese Anschauung kräftiger. Jedenfalls ist auch das erwähnte *vindicatio*-Formel nur eine Voraussetzung. In die Urkunde der feierlichen Handlung wurde der ganze Inhalt des Paktes aufgenommen. In Wesentlichen ist nun geschehen, daß die alten Geschäftsformen wie *mancipatio* bzw. *in iure cessio* im Interesse der Pfandziele angewandt wurden. Die Sache, die als Garantie diente, ging in das Eigentum des Kreditgebers, es war aber seine Ehrenpflicht, diese Sache im Falle der Erfüllung ebenfalls unter Formalitäten der *mancipatio* oder *in iure cessio* in Eigentum des Schuldners zurückzugeben. Wenn der Kreditgeber zum Eigentümer gemacht wurde, bedeutete es — wie man sehen wird — große Nachteile für den Schuldner und garantierte unverhältnismäßig besser die Interessen des Kreditgebers. Klar ist aber, daß die Konstruktion infolge der genannte Gründe gerade die volle Garantie der Interesse des Kreditgebers zum Ziel hatte. Der Kreditgeber — der Eigentümer geworden ist — konnte als solcher einem Dritten die Sache rechtsverbindlich verkaufen. Auch wenn der Schuldner erfüllt hatte, konnte seine Sache vom Dritten nicht zurückfordern, da er es von dem Eigentümer gekauft hatte. Gegen diese Möglichkeit war der Schuldner ursprünglich völlig unbeschützt. Bald erscheint aber die *actio fiduciae*, die jene Taten des Kreditgebers, die in der bewußten Verletzung der *fides* bestand, sanktionierte. Durch die *actio fiduciae* wird die *fides* zu einem wahren Rechtsinstitut. Sei bemerkt, daß der Praetor schon früher ge-

wissen Schutz gewährt hat, wenn er durch das *pactum fiduciae* gegen den Übernehmer *in factum actio* gegeben hat. (Marton läßt die Zeit der Erscheinung der *actio fiduciae* für die Jahre 100 v.u.Z. setzen, wenn man aber alle Faktoren nebeneinander stellt, kann es wohl schon früher gewesen sein. Die *actio fiduciae* war von doppelter Richtung: 1) *actio fiduciae directa*; dies wurde vom Schuldner gegen den Kreditgeber erhoben, wenn er die verpfändete Sache — als Eigentümer, aber die *fides* verletztend — verkauft hatte. Durch die *actio fiduciae directa* wurde der Kreditgeber im Falle der Erfüllung zur Bezahlung des Gesamtwertes der verpfändeten Sache verpflichtet, im Falle der Nichterfüllung war das Ziel, vom Kaufpreis der verkauften Sache die Summe über der Forderung dem Schuldner zu bezahlen. Im wesentlichen hat der Schuldner durch die *actio fiduciae directa* einen Schadenersatz bekommen (obwohl er auch die Wiederherstellung seines Eigentümerrechtes verlangte, war es nur selten erfolgreich, da der Kreditgeber die Sache von einem Dritten zurückfordern mußte), hat aber die dem Kreditgeber übergebene Sache nicht zurückbekommen. Eine andere Wirkung der *actio fiduciae directa* war, daß der Kreditgeber im Falle seines Erfolges durch *infamia mediata* belastet wurde. Der Kreditgeber wurde also durch das Urteil als untreuer Partei gebrandmarkt. Wahrscheinlich bedeutete diese zweite Wirkung die richtige Preventivkraft und verhinderte, daß der Kreditgeber die ihm verpfändete Sache einem Dritten nicht übertragen hat. Eine große Mangelhaftigkeit der *actio fiduciae directa* war, daß sie eine persönliche Klage ist, sie kann also nur dem Kreditgeber gegenüber geltend gemacht werden, einem Dritten gegenüber nicht mehr und so war die Rückerstattung der Sache dem Schuldner nicht gesichert. Dem Schuldner war oft sehr wichtig, daß er jenes Grundstück oder jenen Sklave zurückbekommt, das oder den er verpfändet hat. Es war kein Trost für ihn, daß der Kreditgeber durch Verletzung seiner Pflichte *infamis* geworden ist, oder daß er Schadenersatz bekam. Die *actio fiduciae* ließ also den ungerecht Handelnden schon „bestrafen“, gab aber dem Schuldner keine beruhigende Lösung; das ergab sich daraus, daß die Klage nur von obligatorischer Natur war, hatte aber keine dingliche Kraft. 2) *Actio fiduciae contraria*; das war eine den Kreditgeber betreffende Klage, und zwar darauf gerichtet, daß der Kreditgeber mit *remancipatio* die wirtschaftliche Investitionen, die er auf die Sache in seinem Besitz machte, fordern konnte.

Die Fiduziarklagen hatten zur Zeit der alten starren *ius civile* einen besonderen Zug. Obwohl auch die Fiduziarklagen aus den *stricti iuris*-Geschäfte stammen, berücksichtigt der Richter bei der Beurteilung die *aequum et bonum* Gesichtspunkte. Der Richter sah nämlich, ob der Kreditgeber untreu gewesen ist, d.h. er hat nicht so gehandelt „*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudationem*“. In diesem Fall geschah die Verurteilung.

Der Entwicklungsgang des Institut der *fiducia* kann nun in zwei Phasen geteilt werden. In der ersten kann man noch über wirkliches Rechtsinstitut nicht sprechen — obwohl die Rechtsformeln vorhanden sind — über einem wirklichen Rechtsinstitut kann man aber auch nicht sprechen, da die Fidesverletzung *iure civili* nicht sichergestellt ist. Nur als die Tätigkeit der Praetoren — die bei der Ausbildung der römischen Rechts so große Bedeutung hat — die Fiduziarklage ausbaut, wird die *fiducia* zum wahren Rechtsinstitut. Das Einbeziehen der *fides* in den *ius*-Bereich erfolgt hier vollkommen. Die erste Phase der *fiducia* ist nur ein Entwicklungsübergang vom moralisch geregelten Pfandgeschäft zum juristisch geregelten Pfand. Sie bedeutet auch jetzt Rechts-

verhältnis, da die Pfandübergabe unter juristischen Formen vollzogen wird.

Es wurde mehrmals betont, daß der wichtigste Charakterzug der *fiducia* ist, daß dadurch dem Kreditgeber Eigentumsrecht gewährleistet wird. Was ist der Grund dafür? — Die Frage stellt sich mit Recht! Zweifelsohne war diese Form, die diejenige zur Pfandgeschäftsschließung am kräftigsten anregen konnte, die fähig waren, Kredit zu geben. Da der Kreditgeber, der zum Eigentümer geworden ist, geriet auch im Falle der Nichterfüllung nicht in eine nachteilige Lage, weil er die Sache unrückziehbar bei sich hat. Abgesehen davon kann man noch drei sehr wichtigen Gründe erwähnen. Erstens, im Falle der Nichterfüllung muß der Kreditgeber die Sache verkaufen (mindestens, wenn die *fiducia* sich zu entwickeln beginnt) um sich vom Kaufpreis zu entschädigen (ausgenommen die *lex commissoria*-Bedingung, wenn er die Sache weiterhin behalten hatte). Dies war gemäß dem alten römischen Recht nur für einen quiritarischen Eigentümer möglich. Es ist also nötig, jenen, der die Sache verkaufen muß, bzw. der über die Sache verfügen will, zum Eigentümer zu machen, obgleich es auch bei Nichterfüllung hätte erfolgen können. Das wäre aber eine sehr labile Lösung. Der Schuldner hat doch gerade wegen seiner finanziellen Schwäche nicht erfüllt. Es wäre nun schwer gewesen, ihn bei Ablauf der Forderungstermins zu zwingen, auf sein Besitzstück zu verzichten, darüber nicht gesprochen, daß er selbst als Besitzer sich von der Sache schon früher trennen könnte, und in diesem Fall wäre die Sicherstellung des Kreditgebers bloße Illusion. (Dieses Problem meldet sich auch bei *pignus*.) Der zweite Grund, warum der Kreditgeber zum Eigentümer gemacht wird, ist darin zu suchen, daß das alte Rom nur zwei Formen der Geschäftsschließung kennt: die *mancipatio* und die *in iure cessio*. (Dingliches Recht war in dieser Zeit nur das Eigentumsrecht und die Dienstbarkeit.) Diese waren beide Eigentumsübertragungsgeschäfte. Die primitive Denkart gebraucht lieber alte Formen zur Abwicklung neuer Forderungen anstatt neue Konstruktionen zu schaffen.

Die Zeit forderte die juristische Regelung des Pfandes, aber nur die Formen der Eigentumsübertragung standen zur Verfügung; die beiden mußten also miteinander verknüpft werden und so ist die *fiducia*, als Eigentumspfand entstanden. Die Tatsache der Eigentumsübertragung wird noch durch einen anderen Gesichtspunkt begründet, und zwar durch das *census*-System. Die staatliche Steuer wurde nämlich auf Grund des Vermögens festgestellt.

Ein mit Forderung belastete Vermögensgegenstand ist aber für den Schuldner wertlos, da es zu Gunsten des Kreditgebers fällt. Das Vermögen des Kreditgebers wird also durch eine bestehende Forderung vergrößert. Dieser Gegenstand ist aber nur in dem Falle zu besteuern, wenn der sichergestellte Gegenstand dessen Eigentum bildet, für wen es einen Wert bedeutet. Die der Sicherung dienende Sache wird dem Kreditgeber in Eigentum gegeben, sie bedeutet für ihn Wert, dafür trägt aber er die Lasten.

Interessant ist die Frage, wie sich das Verkaufsrecht bei der *fiducia* entwickelt. Dieses Problem erscheint in der Anfangszeit der *fides* noch nicht: erfüllt der Schuldner nicht, so ist die Fidespflicht des Kreditgebers aufgehoben und er gewinnt — jetzt nun als endgültiger Inhaber — freies Verfügungsrecht über die Sache. Natürlich fällt die Sache mit vollem Wert zu Gunsten des Kreditgebers, das Prinzip der *lex commissoria* ist im ganzen Geschäft inbegriffen. Mag sein, daß es Fälle gab, wenn der Kreditgeber dem Kaufpreisüberschuß der verkauften Sache dem Schuldner aus eigenem Wille gab (wenn

er die Sache überhaupt verkauft hatte), dies konnte aber nicht erzwungen werden. (Die *lex commissoria* bedeutete, daß im Falle der Nichterfüllung die Sache vollwertig in Eigentum des Kreditgebers kam, bzw. bei der *fiducia* in seinem Eigentum bleibt, unabhängig von der Größe der verschiebenen Forderung.) Die starke antisoziale Natur dieses Umstandes ließ sich sehr bald merken. Die Schuldner waren bald bestrebt, ein *pactum* zu schließen, in dem sich der Kreditgeber verpflichtet, im Falle der Nichterfüllung die Sache zu verkaufen und den Überschuß (*superfluum*, *hyperocha*) auszugeben. Dieses Nebengeschäft ist das *pactum de vendendo*. Durch das *pactum de vendendo* war der Kreditgeber nicht berechtigt, die Sache zu verkaufen (das brauchte auch der Kreditgeber nicht, da er aus seinem Eigentumsrecht folgend zu jeder Zeit machen kann), sondern er war verpflichtet, die Sache zu verkaufen, damit die Schuldschaden etwas zu vermindern. Das Verkaufen der Sache und die Herausgabe des Überschusses wird langsam so allgemein verbreitet, daß es als natürliche Folge des Geschäftes angesehen wird. Neben das Sicherungsziel tritt das konkrete und sofortige Befriedigungsziel. Viele Kreditgeber sind aber bereit, weiterhin nur so Kredit zu geben, wenn er im Falle der Nichterfüllung unbeschränktes Verfügungsrecht über die Sache bekommt. Der in Geldnot geratener Schuldner ist auch unter diesen Bedingungen bereit, Kredit aufzunehmen und sie vereinbaren sich mit der Extrabedingung (*lex commissoria*), daß der Schuldner im Falle das Ausbleibens der Dienstleistung vom Kreditgeber nicht zu fordern hat. Das Prinzip *lex commissoria* erscheint nun schon an Anfang der *fiducia*, jetzt wird es unter Extrabedingungen durchgesetzt. Die *lex commissoria* ist auch bei den übrigen Pfandgeschäften möglich, aber wegen ihres ausbeutenden Charakters ließ sie Kaiser Constantinus in einer Verordnung endgültig verbieten.

Es wurde schon öfters erwähnt, daß der Kreditgeber bei der *fiducia* Eigentumsrecht über die übergebene Sache gewinnt. Man muß aber feststellen, daß dieses Eigentumsrecht von spezialem Charakter ist und sich durch mehreren Zügen vom normalen unterscheidet. Genauer: 1) In der Formel des Eigentumsübertragungsgeschäftes weist der Satz *fidi fiduciae causa* darauf hin, daß es hier nur um provisorische und nicht um ständige, ferner nur um formale und nicht um sachliche Eigentumsübertragung handelt. 2) Durch die *actio fiduciae contraria* hatte der Kreditgeber eine Klage, wodurch er den Ausgabenersatz jener Sachen forderte, deren Eigentümer er selbst war. Im Falle eines wahrhaftigen Eigentums ist es unvorstellbar, daß jemand die Ausgaben im Zusammenhang mit einer Sache, die sein Eigentum bildet, von einem anderen fordert. 3) Im Vergleich zur ordentlichen Ersitzung weisen die Erleichterungen in der im Folgenden zu behandelnden *usureceptio* darauf hin, daß hier das Recht des Schuldners nicht aufgehoben sondern nur verhängt wurden. 4) Die Frucht der übergebenen Sache gebührt dem Eigentümer durch Extrabedingung nicht, genauer gesagt, diese kann für Tilgung des Kapitals bzw. der Zinsen verwendet werden (*cum pacto fiduciae*). Dies alles läßt den Charakter der *mancipatio sub fiducia* (*mancipatio sub lege remancipationis*) Geschäfte widerspiegeln, die besonderes Eigentum zur Folge haben.

Nach alldem muß man mit der Frage der *usureceptio ex fiducia* beschäftigen, das bei eingehender Behandlung der *fiducia* keineswegs wegbleiben darf. Die *usureceptio* ist nicht anderes als eine Ersitzungsform, und als solche läßt sich von der normalen Ersitzung unterscheiden. Wie gesehen,

mußte der Schuldner den Kreditgeber zum Eigentümer machen, er konnte es aber erst rechtsgültig machen, wenn die konkreten Formalitäten der *mancipatio* oder *in iure cessio* angewendet wurden. Nach der Erfüllung hatte aber der Kreditgeber die Aufgabe, jetzt wieder den Schuldner zum Eigentümer zu machen. Dies konnte nur in den beiden Formen der Eigentumsübertragung erfolgen, die zur Verfügung standen. Es kam aber vor, daß es bei Nichteinhaltung der nötigen genauen Formalitäten geschah, das wieder zur Folge hatte, daß es als nichtgeschehen bezeichnet wurde (es war nur eine einfache Übergabe), und es konnte sogar vorkommen, daß die Sache auf andere Weise (nicht aber durch *furtum*) in die Hände des Eigentümers kam. In solchen Fällen wurde der Schuldner als früherer Eigentümer durchs Recht gebilligt, und die Ersitzung von einem Jahr ersetzte die formalen Mangelhaftigkeiten bzw. das Ausfallen des Rückübertragungsgeschäftes — „*id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem*“.⁸ Eine grundlegende Voraussetzung dieser Ersitzung ist, daß die Schuld bezahlt ist. Übrigens hat man das ein Jahr friedlich abzuwarten, obgleich im Besitzform, im Falle von Mobilien wie auch von Immobilien. (Gemäß dem Zwölftafelgesetz war die Ersitzungszeit bei Grundstücken 2 Jahre.) Es ist nun klar, daß beim Mieter oder Prekarist vergangene Zeit zum Besitz nicht anzurechnen ist. Der gute Glaube (*bona fides*) bzw. Titel war nicht nötig. Wie Gaius sagt „*omni modo competit usureceptio*“. Die Besitzqualität wird nicht untersucht, nur so viel, daß der Verpfänder die Sache bei sich hat. Die *usureceptio* hindert die *conscientia rei alienae* nicht. Die *usureceptio* ist ein uraltes Institut, dessen Existenz nur bei Fiduziargeschäften berechtigt ist.

Von der allgemeinen Regel, nämlich daß die Sache seitens des Schuldners dem Kreditgeber übergeben wird, besteht die Möglichkeit einer Ausnahme, die von großer Bedeutung ist. Mag sein, daß der Kreditgeber die ihm zugelassene Sache dem Schuldner als *precarium* zurückkommen läßt. Er überläßt also dem Schuldner das Benutzungsrecht an der Sache. Dies läßt sich damit erklären, daß es den Kreditgebern sehr schnell bewußt wurde, ihre Forderung wird am sichersten befriedigt, wenn das Benutzungsrecht an der Sache dem Schuldner nicht entzogen wird. Der Schuldner mußte nämlich wichtige Produktionsmittel verpfänden, da der Kreditgeber nur wertvolle Sache gern entgegennahm. Wenn aber diese Produktionsmittel (z. B. Zugvieh) aus den Händen des Schuldners kommen, so hat er kein Mittel zur Arbeit, wodurch er nichts verdienen kann und beginnt sich zu verarmen oder seine Armut wird noch größer, was zur natürlichen Folge die Nichterfüllung hat. Es steht im Interesse des Kreditgebers, dies zu verhindern, so sichert er dem Schuldner Benutzungsrecht. Seine Forderung ist auch so in vollem Maße garantiert, da er das Eigentumsrecht nicht übertragen hat, und auch die Instandhaltungs- und Bestellkosten den Schuldner (*precarista*) belasten. Das *precarium* läßt einem großen Fehler der *fiducia* verschwinden und bildet einen etwickeltenen Form des *fiducia*-Pfandes.

Bis jetzt wurde versucht, die wichtigsten Charakterzüge der *fiducia*, die erste Entwicklungsstufe des römischen Pfandrechtes zu erläutern. Die nächste Aufgabe kann nur sein, die Struktur der *fiducia* kennengelernt, sie zu werten, auf ihre Bedeutung kritisch hinzuweisen und die Mangelhaftigkeiten zu erläutern.

Es wurde schon vorher gesagt, daß es in der Literatur zahlreiche Auffassungen gibt, die die pfandrechliche Natur der *fiducia* verneinen. Es besteht

kein Zweifel, daß mehrere von den Grundsätzen des modernen Pfandrechtes in der *fiducia* nicht vorhanden sind. Es ist ebenfalls klar, daß es sich um ein Institut handelt, das keine selbständige Form hat, und künstlich an ein anderes Geschäft geknüpft ist; es ist sicher, daß man von einem Pfandrecht sachlichen Charakters keineswegs sprechen kann, und es erfolgt auch erst später, daß der Kreditgeber die Sache nicht einfach in seinem Besitz hält, sondern sie verkauft und den Kaufpreisüberschuß herausgibt. Juristisch ist die Rückgabepflicht der dem Kreditgeber zugelassenen *fides* nicht vollständig, dem abzuhelpen vermochte die ausdrückliche Klage nur zum Teil, da dies vom obligatorischen und nicht vom dinglichen Charakter war. Trotz alledem hatte die *fiducia* dasselbe Ziel als die späteren Pfandrechte: durch Beschlagnahme einer Sache eine Forderung zu sichern. Es ist wahr, daß die Sicherheitsleistung ungleich ist, aber die Erklärung dafür war schon genannt. Über den „antisozialen“ Charakter der *fiducia* nicht gesprochen muß man doch sagen, daß die *fiducia* doch pfandrechtliche Elemente enthielt, demzufolge kann es seinem Inhalt und Zweck nach als pfandrechtliche Institution betrachten. (Vom entwickelten Pfandrecht kann man in Rom erst viel später, erst nach der *actio quasi Serviana* sprechen, dies betraf aber die *fiducia* nicht, nur das *pignus* und die *hypotheca*.)

Die Kritik der *fiducia* — wie es nicht selten auch im Falle des übrigen Pfandrechtes zu machen ist — sollte man damit beginnen, daß die Pfandrechtsformat ein durchaus gefährliches und zweiseitiges Institut ist. So sehr die Pfandrechte im Verkehr, bei Kredit und im Wirtschaftsleben nützlich sein können, da durch Kapitalkredit viele neue blühende Möglichkeiten verwirklicht werden können, kann es genau so zur Verarmung, wirtschaftliche Abhängigkeit ganzer Bevölkerungsschichten führen, oder sie können zum Werkzeug gemacht werden. Der Kredit wird gewöhnlich von Armeren gebeten und von Reicheren gewährleistet. Wer in Geldnot geraten ist, ist gezwungen, die Bedingungen des Kreditgebers anzunehmen, um seinen wirtschaftlichen Zerfall zu vermeiden. Wenn aber die Bedingungen schwer sind, ist die Katastrophe nur provisorisch beseitigt, der verhältnismäßige oder absolute Zusammenbruch ist aber nicht zu vermeiden. Der Wucherzins und Pfand sind die zwei sichersten Mittel, wodurch die wirtschaftliche Unterdrückung erfolgreich gesichert werden kann. Und die Verarmung des römischen Volkes ist — unter anderen — dem zu verdanken. Der römische Bürger ist immer im Krieg. Sein Feld bleibt unbearbeitet oder wird von anderen bearbeitet. Sein Ausfall vom Wirtschaften bedeutet einen großen Nachteil, den er nur durch Kredit ersetzen kann. Der Kredit wird aber nicht für billig gegeben. Die Erfüllung ist immer schwieriger, schließlich kommt alles aus den Händen des Verpfänders. Bei der finanziellen Abschwächung spielten aber auch andere Gründe mit. Die ungerechten Pfandgesetze — die sind im Altertum nicht selten — können zum richtigen Gewehr der wirtschaftlichen Unterdrückung, Ausbeutung werden, zugleich kann aber der unbeschränkte Pfand wirtschaftlich durchaus wichtige Wirkungen erzielen.

Es besteht kein Zweifel, daß die *fiducia* (Eigentumsübergabe dem Kreditgeber) strukturell sehr geeignet ist, schwere wirtschaftliche Nachteile hervorzurufen. Diese Wirkung ist auch bei der Hypothek wahrzunehmen, obwohl dies in Rom nicht so gefährliche Folgen hatte, wie z.B. in den feudalen Zeiten.

Die Mangelhaftigkeit der *fiducia* können wie folgt zusammengefaßt werden: 1) Totale Sicherung der Interessen des Kreditgebers, Vernachlässigung

der Interesse des Schuldners, das die wirtschaftliche Auslieferung zur Folge hatte. 2) Das Pfandgeschäft ist in eine andere Geschäftsform eingebaut, demzufolge ist das Pfandziel nur ein unmittelbarer und kein direkter Gesichtspunkt. 3) Nur eine für *mancipatio* und *in iure cessio* geeignete Sache kann verpfändet werden. 4) Die Übergabe des Pfandgegenstandes bringt mit, daß dieser zur gleichen Zeit nur eine Forderung sichern kann, obwohl diese Sache seines Wertes wegen die Sicherung für mehrere Forderungen einschließen könnte. 5) Die *fiducia* als Pfandgeschäft ist nur unter Bürger (oder Latinen) möglich. 6) Die Nutzungsmöglichkeit an der Sache ist dem Schuldner durch Übergabe der Sache entzogen, das wirtschaftlich sehr schädlich ist (ausgenommen das *precarium*). Der schwerste Nachteil ist das aus dem Satz 1. abgeleitete Kreditgebersrecht, das die Entwendung des Pfandgegenstandes vor der Erfüllung ermöglicht, und wogegen der Schuldner in dem Sinne wehrlos ist, daß er nur Schadenersatz bekommt, nicht aber die Sache. Die Bedingung *lex commissoria* ist besonders von ausbedeutendem Charakter, wobei der Kreditgeber endgültiger Inhaber eines wertvolleren Gegenstandes wird, als die Forderung selbst ist (deshalb wurde das vom Kaiser Constantinus verboten.) Darüber war ober bei Bekanntmachung der Thesen der *fiducia* eingehend gesprochen, diesmal sollte es nur zusammengefaßt werden.

Die *fiducia* bringt noch weitere Nachteile mit, auch wenn nicht aus dem Gesichtspunkt der juristischen Qualifizierung. Genauer gesagt, der Kreditgeber war es, der für die Instandhaltung zu sorgen hatte, sonst kann in der Klage auf Herausgabe Nachlässigkeit festgestellt werden (das hat wohl ein Grund dafür gewesen sein können, daß in Rom, in den Anfangszeiten auf die persönliche Sicherung größerer Wert gelegt wurde als auf die sachliche Sicherung.) Das wurde vom Betroffenen sicher einigermaßen als Last betrachtet. Der Schaden des Schuldners ist viel größer, wenn er die Sache herausgibt, vermindert sich dadurch sein Vermögensbestand. Trotz der vielen „Fehler“ ließen die Notwendigkeit des Kredits seitens des Schuldners, die große Sicherung des Kreditgebers auch trotz der kleineren Lasten, bzw. der Anspruch auf Sicherung auf der anderen Seite, die sich aus den unruhigen politischen Kämpfen, Kriegen, den wirtschaftlich schwachen Jahren, der Verarmung ergeben, wurden die primitiven Formen aufrechterhalten und geltend gemacht.

Das Bild wäre nicht vollständig, wenn neben dem *fiducia* auch die anderen kreditgewährleistenden Institutionsformen der Anfangszeiten nicht kurz überblickt würden. Die sachliche Sicherung hat keine Form, die persönlichen Sicherungen dagegen sind bekannt. So z.B. das *nexum*, wobei die Nichtbezahlung der Kreditsumme schwere Folgen mitbringt. Manche meinen, dass diese Wirkung Selbstverpfändung bedeutet (der Standpunkt von Mitteis), andere sind der Meinung, daß der Nichterfüller von der grausamen *manus iniectio* geschlagen wurde. (Dieser Meinung ist die Mehrheit der Fachleute so auch Marton.) Neben den anderen Vertragsformen wurde das *nexum* langsam vergessen. Eine andere Sicherungsform ist die Bürgschaft. Dies ist eine ungerne gebrauchte Form, weil dadurch die Verantwortung geteilt wird, vollkommene Garantie aber nicht gewährleistet. Daneben muß man noch das *vadimonium* erwähnen, das durch die Bürgschaft ersetzt wird. Die XII Tafeln kennen schon diese Geschäftsformen.

Den letzten Teil der Untersuchung des Instituts der *fiducia* bilden zeitlichen Fragen. Die *fiducia* ist nicht anderes als die juristische Gestaltung des Fiduciaprinzips. In der Entwicklungsgeschichte der *fiducia* gibt es eine Zeitpe-

riode, als die Fidesverletzung noch keine Klagerecht sichert, die juristische Form aber schon vorhanden ist. Der Praetor gibt die Aktionen an, und das richtige Rechtsinstitut entsteht. Aus einem anderen Gesichtspunkt kann man eine doppelte Phasenverteilung machen: in der ersten Periode wird das provisorische Eigentum in Falle der Nichterfüllung endgültig, in der zweiten Periode wird es mit der Verbreitung des Gedankens des *pactum de vendendo* allgemein, daß die Sache verkauft wird, vom Kaufpreis der Kreditgeber befriedigt und der Verkaufspreisüberschuß dem Schuldner zurückgegeben wird. In der ersten Phase gehört die *lex commissoria* zum Geschäftswesen und der Verkauf mußbeding't werden, in der zweiten Phase ist das Verkauf- und Befriedigungsprinzip allgemein und das *lex commissoria*-Prinzip wird nur unter besonderen Bedingungen geltend. Wegen der Mangelhaftigkeiten wird mit der Zeit die Bedeutung der *fiducia* immer kleiner und seine Rolle haben der Faustpfand und Hypothek übernommen, die das Pfandziel vollkommener verwirklichen können. Das sind schon richtige Pfandrechte (besonders seit der *actio quasi Serviana*) und die Geschäftsschließung ist bei diesen wesentlich einfacher als die schwierigen Formalitäten bei den fiduziarischen Geschäften, die die Gebundenheit des *ius civile* zeigen. Das in der Bedeutung zurückgefallene *fiducia* bleibt aber noch lange erhalten und erst Justinian läßt es als völlig veraltetes Institut endgültig aufheben.

Die *fiducia* konnte Jahrhunderte hindurch einen wichtigen Zweck dienen. Objektiv muß man aber feststellen, daß seine Bedeutung nur verhältnismäßig ist, einerseits weil die Sicherungsleistung gemäß des römischen Denkens — wenigstens in dieser Zeit noch — mittels der persönlichen Sicherung erfolgreicher ist. Andererseits waren aber die wirtschaftlichen Verhältnisse noch enger, die Produktion einfacher, das Kreditleben war bei weitem nicht so rege wie in den späteren Zeiten. Den Anforderungen der Zeit konnte die *fiducia* noch entsprechen, als es aber zum großangelegten Kreditleben kam, war die *fiducia* nicht mehr geeignet, dem zu dienen und ging langsam auf das Aussterben zu, das aber erst später, zur Zeit von Justinian geschah. Daß es auch in späteren Jahrhunderten vorkommt, läßt sich damit erklären, daß dadurch das Interesse des Kreditgebers so fest gesichert war, daß dem in Geldnot geratenen Schuldner manche Kreditgeber nur so Kredit leisteten.

LITERATURVERZEICHNIS

1. Czyhlarz, K.: A római jog institutiói (=Institutionen des römischen Rechts). Budapest, 1936.
2. Dezső, Gyula: Ingó jelzálog (=Hypothek an Mobilien). Budapest, 1927.
3. Erbe, W.: Die Fiduzia im römischen Recht. Weimar, 1940.
4. Farkas, Lajos: A római jog történelme (Geschichte des römischen Rechts) Kolozsvár, 1906.
5. Hock, H.: Die fiducia cum amico contracta. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (=SZ) 10 (1889) 82 ff.
6. Kaser, M.: Das altrömische ius. Göttingen, 1949.
7. Kreller, H.: Formula fiduciae und Pfandedikt. SZ 62 (1942) 143 ff.
8. Krüger, H.: Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia. SZ 11 (1890) 164 ff.
9. Longo, C.: La fiducia. Corso di diritto romano. Milano, 1933.
10. Manigk, A.: Zur Geschichte der römischen Hypotheka. Breslau, 1904.
11. Mommsen, Th.: Römisches Staatsrecht. III/1. Leipzig, 1887. (Über die fides publica).

12. *Máschkin, N. A.*: Az ókori Róma története (=Geschichte des antiken Rom). Budapest, 1951.
13. *Marton, Géza*: A római magánjog elemeinek tankönyve. Institutiók. (=Lehrbuch der Elemente der römischen Rechts. Institutionen). Debrecen, 1943.
14. *Nowizkij, I. B.* — *Peretjesky, I. S.*: Rímskoje tschasznoje prawo. Moskau, 1948.
15. *Pólay, Elemér*: Római jogtörténeti előadások vázlata (=Skizzen der Vorlesungen über die römische Rechtsgeschichte). Szeged, 1949.
16. *Pázmány, Zoltán*: A római jog institutiói (=Institutionen des römischen Rechts). Karcag, 1927.
17. *Rabel, E.*: Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht. SZ 26 (1906) 290 ff.
18. *Schulz, F.*: Prinzipien des römischen Rechts. München—Leipzig, 1934.
19. *Schwarz, Gusztáv*: Institutiók és Pandekták (=Ins. und Pand.). Zsammengestellt von Béla Besnyő, Budapest, 1900.
20. *Sohm, R.—Mitteis, L.—Wenger, L.*: Institutionen. München—Leipzig, 1931.
21. *Személyi, Kálmán*: Római jog I—II. (Röm. Recht). Nyíregyháza, 1932.
22. *Személyi, Kálmán*: Elidegenítés és rendelkezés (=Veräußerung und Verfügung). Nagyvárad, 1918.
23. *Szentmiklósi, Márton*: A római jog institutiói (=Ins. des röm. Rechts)¹⁰ Budapest, 1922.
24. *Vécsey, Tamás*: A római jog institutiói (=Institutionen des römischen Rechts). Budapest, 1907.