



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



3 2044 061 300 257

6.35
Bd. Mar. 1932

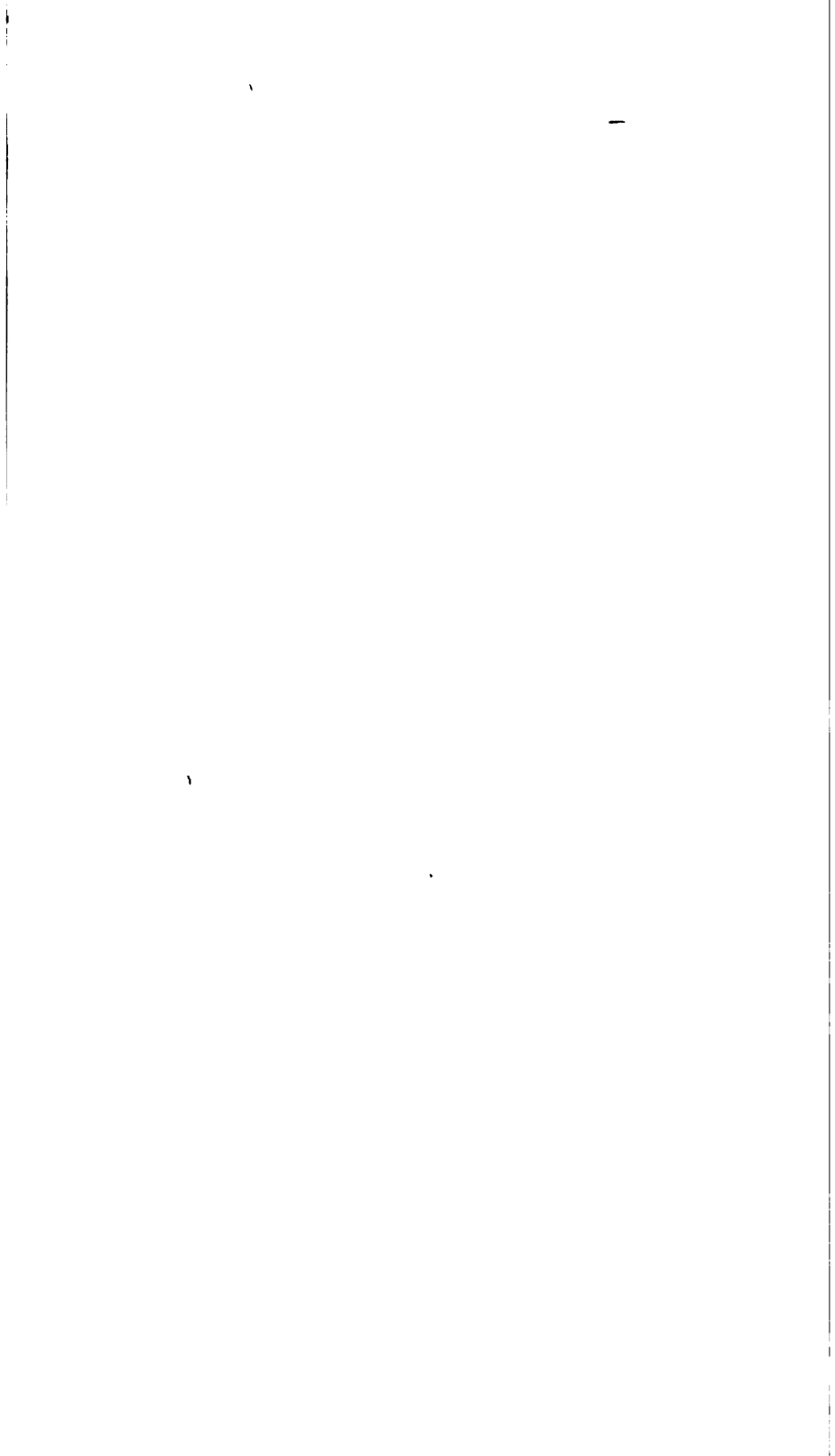


HARVARD LAW LIBRARY

Received

NOV 19 1931

Germany



Die

Jano 20

I n t e r d i c t e

des

römischen Rechtes

von

Dr. August Abbelohde.

[Enderausgabe von Old's Handbekencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 1 u. 2.]

Erster Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Ente.
(Carl Ente.)
1889.

Verlag von Palm & Enke in Erlangen.

Von dem in der juristischen Welt geschätzten Werke:

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

Sellfeld

ein Commentar

von

Dr. Christian Friedrich von

**Geheimem Hofrath und ordentlichem Lehrer der Rechte an
Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-**

wurden seit Wiederaufnahme der Fortsetzung folgende

**Theil 46. 47 und 48, enthaltend: „die Lehre von dem
ewigen Hofrath Prof. Dr. Arnolds von
geh. 18 M 40 S.**

Ferner:

Pandectenbücher 37 u. 38

von Geh. Justizrath Prof. Dr. Arnolds

**Theil I, enthaltend: „der römische Erbrechtsbegriff
geh. 6 M 60 S.**

**Theil II, enthaltend: das „prätorische Erbsystem
und heutigen Recht“ (XV u. 456 S.) 7**

**Theil III, enthaltend: „Drei erbrechtliche Lehren
Handlungsunfähiger. — Prätorisches Verbot
(XVIII u. 495 S.) 1875. geh. 8 M**

**Theil IV u. V, enthaltend: Das römische Patronatrecht
ventris nomine, b. p. Carboniana, und
rum possessio.] 2 Theile. 1879. geh. 20 M 20 S.**

Ferner:

Pandectenbücher 39 u. 40,

von Prof. Dr. H. Burdhard:

**Theil I, enthaltend: die „operis novi nunciatio“ (XV u. 599 S.) 1871.
geh. 8 M**

**Theil II, enthaltend: die „cautio damni infecti“ (XIX u. 666 S.)
1875. geh. 10 M 40 S.**

**Theil III, enthaltend: die „Actio aquae pluviae arcendae“ (XXIV u.
637 S.) 1881. geh. 12 M**

(Fortsetzung auf der nächsten Umschlagseite.)

Die

Interdicte

des

römischen Rechtes

von

Dr. August Abbelohde.

[Sonderausgabe von Gild's Pandectencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 1 u. 2.]

Erster Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1889.

+

970

NOV 19 1931

11/19/31

Herrn

Dr. Karl Adolf Schmidt

in Leipzig

ehrerbietigst

zugeeignet.

For Tx
U126i

Seit dem Erscheinen von R. A. Schmidts „Das Interdictenverfahren der Römer“ hat unsre Kunde von den Quellen der Interdictenlehre sich nicht unwesentlich erweitert. Zunächst hat Studemunds Entzifferung des veroneser Gaius gerade für den die Interdicte behandelnden Abschnitt unerwartete Aufschlüsse gebracht. Sodann wirkt Lenels edictum perpetuum auch für die fragliche Lehre mannigfach wie ein, obschon in Einzelheiten immerhin nicht mit völliger Sicherheit lesbarer, Quellenfund.

Von anderer Seite her aber eröffnet der von D. E. Hartmann wiederentdeckte Begriff des ordo iudiciorum privatorum das bis hin verschlossene Verständniß für die geschichtliche Bedeutung des Interdictenverfahrens.

Durfte ich unter diesen Umständen hoffen, bei einer neuen Erörterung der Interdictenlehre nicht auf eine mehr oder minder spärliche Nachlese jenes ausgezeichneten Werkes beschränkt zu bleiben, so habe ich die, noch vor der Beendigung von Hartmanns römischer Gerichtsverfassung mir zugegangene, Aufforderung, für die Fortsetzung von Glück's Commentar Buch 43 der Pandekten zu bearbeiten, um so lieber angenommen, als mir damit die erwünschte Gelegenheit geboten ward, den weitgreifenden Einfluß des „ordo“ im Hartmannschen Sinne an einem besonders wichtigen Beispiele zu veranschaulichen.

VI

Für die Einzelheiten der Interdictenlehre boten Hartmanns Aufzeichnungen leider nur wenig. Was ich davon, zustimmend oder ablehnend, benutzt habe, ist jedesmal an seiner Stelle als solches bezeichnet.

Der Umfang meiner Ausführungen hat ihre Zerlegung in zwei Bände erheischt. Der zweite, seit Ostern d. J. druckfertig in der Hand des Verlegers, soll im Laufe des nächsten Jahres erscheinen. Es wird ihm ein vollständiges Quellenverzeichnis über beide Bände beigegeben werden.

Marburg, im November 1889.

Inhaltsverzeichnis.

Die Interdicte.

**Lib. XLIII. Tit. 1. de interdictis sive extraordinariis
actionibus, quae pro his competunt.**

§. 1833.

Begriff und allgemeine Voraussetzungen der Interdicte.
Seite 1—32.

1. Begriff von interdictum §. 1 f. Bedeutung von principaliter bei Gai. IV, 139 §. 3—5.
2. Der interdicirende magistratus. Zuständig ist nur ein magistratus cum imperio. Gai. IV, 139. l. 7. D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 2 Cod. de interd. 8, 1. l. 3 D. de off. praes. 1, 18 §. 6—18. — Gerichtsstände; Zuständigkeit des praefectus urbi ex interdictis Quod vi aut clam und Unde vi §. 18 f.
3. Unterschied der Interdicte von anderen Befehlen des Magistrats §. 19. — Die Anwesenheit der Parteien in iure §. 20—22. — Stellvertretung §. 22 f.; Cautio-
nen der Stellvertreter; Zeitpunkt der Bestellung der cautio iudicatum solvi seitens des beklagten Vertreters §. 22—26. Ausschließung der Stellvertretung auf klägerischer Seite bei Popularinterdicten und beim interdictum de liberis ducendis §. 26—28.
4. Die Fassung der Interdicte regelmäßig nach den im Edicte proponirten Mustern §. 28 f. Diese sind zum Theil selbst wieder Nachbilder älterer Muster (utilia interdicta i. d. §.) §. 29. Andere Interdicte werden erlassen ohne

proponirt zu sein, bald nach dem Vorbilde eines proponirten Interdictes (utilia i. d. S.) S. 30, bald ganz frei S. 31 f.

§. 1834.

Gegenstand der Interdicte. Seite 32—40.

5. Die im Edicte proponirten Interdicte nach Uenel S. 32—37.
6. Systematische Classificationen der römischen Juristen S. 37—40.

§. 1835.

Eintheilungen der Interdicte. Seite 40—92.

I. sachliche:

a. nach der Person des Klagberechtigten; interdicta popularia und interdicta privata.

7. Charakteristik der Popularinterdicte S. 48—43. Condemnation nur auf Geld; der Betrag der sponsio durch Calumnieneid des Klägers, der Betrag der Condemnation für das iudicium secutorium und für die actio arbitraria nach dem Sachwerthe des Gegenstandes, regelmäßig durch Schätzungs Eid des Klägers, festgestellt S. 43—49. Vor der Erwirkung des Interdicts vermehrt deren Möglichkeit das Vermögen des einzelnen Bürgers nicht; Folgerungen daraus S. 49—53.
8. Die einzelnen Popularinterdicte. Kritik der Meinungsverschiedenheiten über sechs Interdicte; privat ist von diesen nur das interdictum Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur. Popular ist namentlich auch das interdictum de homine libero exhibendo S. 53—58.
9. Interdicta privata. Stellvertretung bei deren Erwirkung zulässig S. 58 f. Ihre active Vererblichkeit hängt davon ab, ob die nach ihrer Fassung erforderlichen Voraussetzungen vererben S. 59—61. Unvererblich sind danach die Interdicte zum Schutze von Familienrechten; dahin

- gehört auch das *interdictum de liberto exhibendo* S. 61—64.
10. *Interdicta vindictam spirantia* giebt es nicht. L. 13 §§. 1 und 2 D. quod vi. 43, 24 S. 64—73.
 11. Unvererbliche vermögensrechtliche *Interdicte* S. 73. Die *Interdicte* zum Schutze des Besizes von *servitutes discontinuae* stehen dem Rechtsnachfolger des Ausübenden zu S. 73—77; die *Interdicte* zum Schutze des Besizes von *servitutes continuas* dem Nachbarbesitzer des *praedium dominans* S. 77 f.; die *interdicta Uti possidetis* und *Utrubi* vererben nicht S. 78 f.; ihre Function hat das *Quorum honorum* S. 79—82; das *Unde vi* vererbt S. 82—84, ebenso das *interdictum de precario* S. 84 f.
 12. *Interdicte* für vererbliche Vermögensactiva: die Formel bezeichnet bald nur die objectiven Voraussetzungen S. 85 f., bald auch die subjectiven; Aufzählung der einzelnen hierher gehörigen *Interdicte* nach diesem Unterschiede S. 86—92.

§. 1835 a.

b. nach der Kraft der Entscheidung; *interdicta, quae proprietatis causam continent*, und *interdicta, quae possessionis causam continent*. S. 92—171.

13. L. 2 §. 2 D. h. t. Widerlegung der herrschenden Auffassung des Gegensatzes S. 92 f. Widerlegung der Auffassung Schmidts S. 93—95. Der Gegensatz ist derjenige von *Definitivum* und *Provisorium* S. 95—99.
14. Einreihung der einzelnen *Interdicte* unter diesen Gegensatz. Aussprüche der Quellen darüber S. 99—104.
15. Untersuchung hinsichtlich der in den Quellen nicht classificirten *Interdicte*. — Das *interdictum de mortuo inferendo* provisorisch S. 104—107, definitiv diejenigen *de sepulchro aedificando* S. 107 f., *de locis et itineribus publicis* S. 108 f. und *de fluminibus publicis* S. 109. Provisorisch das *interdictum de libero homine exhibendo* S. 109 f.

16. Untersuchung über die Natur des Quorum bonorum. Die Berufung auf das civile Erbrecht kann auch nicht als doli exceptio dem Interdicte entgegengesetzt werden §. 110—115.
17. Das Gegentheil folgt nicht aus l. 11 §. 2 D. de B. P. sec. tab. 37, 11 §. 115—118, l. 1 §. 3 D. si a parente 37, 12 §. 118 f. und l. 2 D. si tab. test. nullae 38, 6 §. 119 f.
18. Behauptete der Gegner endgültiges Erbrecht, so wurde das Quorum bonorum versagt und dafür auf die hereditatis petitio possessoria verwiesen. l. 2 Cod. de inoff. test. 3, 28 §. 120—122.
19. Widerlegung der Ansicht Leißs über die späte Entstehung der H. P. possessoria §. 122 f. Bedürfniß dieser Klage §. 123 f. Die Stellen des Pandektentitels 5, 5 nicht interpolirt §. 125—129.
20. Auf die H. P. possessoria, nicht auf das Quorum bonorum geht das hereditatem petere der l. 13 pr. D. de b. p. c. t. 37, 4 §. 130—133,
21. der l. 3 §. 13 D. de Carb. ed. 37, 10 §. 133—139,
22. der l. 5 §. 1 D. de his, quae ut indign. 34, 9 §. 139—143,
23. und der l. 1 Cod. Quor. bon. 8, 2 §. 143—152.
24. Definitiv die interdicta possessorium und sectorium §. 152—155, provisorisch die interdicta Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, — quae ventris nomine missa est §. 155—156;
25. provisorisch das interdictum Ne vis fiat ei, qui damni infecti nomine missus est §. 156 f.; das interdictum de superficibus §. 157 f.
26. Provisorisch das interdictum de cloaca privata §. 158 f.; definitiv dasjenige de cloaca publica §. 159 f.
27. Provisorisch das interdictum Quod vi aut clam §. 160, definitiv das interdictum ex remissione operis novi nuntiationis §. 160 f., provisorisch die interdicta demolitorium und Ne vis fiat aedificanti §. 161; definitiv das interdictum de precario §. 161 f.
28. Provisorisch vermuthlich die interdicta de arboribus caedendis und de glande legenda §. 162—164.

29. Definitiv die interdicta de migrando §. 165 f., Salvianum §. 166 f., fraudatorium §. 167—169.
30. Zusammenstellung der definitiven Interdicte §. 170 f.

§. 1835 b.

c. nach dem unmittelbaren Zwecke; interdicta retinendae possessionis, interdicta recuperandae possessionis und interdicta adipiscendae possessionis. §. 171—185.

31. L. 2 §. 3 D. h. t. Gai. IV, 143. Diese Eintheilung bezieht sich auf alle interdicta rei familiaris, nicht bloß auf die Besitzinterdicte §. 171—173. l. 1 §§. 4 und 6 D. Uti poss. 43, 17. Auch die interdicta retinendae und recuperandae possessionis sind nicht sämtlich Besitzschutzmittel §. 173—178. Possessio bedeutet bei dieser Eintheilung einen tatsächlichen Zustand überhaupt §. 178 f.
32. Einreihung der interdicta rei familiaris unter diese Eintheilung §. 179—185.

§. 1836.

Eintheilungen der Interdicte.

II. nach der Form:

a. laut der Fassung der edictsmäßigen Voraussetzungen; interdicta in praesens und interdicta in praeteritum relata. §. 185—192.

33. L. 1 §. 2 D. h. t. §. 185 f. L. 1 §. 2 D. de it. actuq. priv. 43, 19 §. 186 f. L. 1 §§. 32 sqq. D. de aq. cott. 43, 20 §. 187 f. Das Wesen des Gegensatzes erläutert durch l. 11 §. 4 D. quod vi. 43, 24 §. 188—190. Voraussetzungen theils auf die Vergangenheit, theils auf die Gegenwart gestellt. L. 3 §§. 11 und 13 D. de it. actuq. priv. 43, 19 §. 190 f. Voraussetzungen alternativ auf die eine oder auf die andre gestellt. §. 191 f.

§. 1836 a.

b. laut der Fassung des Befehls; interdicta restitutoria, exhibitoria, prohibitoria. §. 193—271.

34. Die Interdicte sind entweder 1) decreta, nämlich inter-

- dicta restitutoria und exhibitoria, oder 2) interdicta i. e. S., nämlich prohibitoria S. 193—195.
35. Die restitutorischen Interdicte. Zweifache Bedeutung des restituere bei ihnen: 1) Herausgabe einer körperlichen Sache an eine Person oder Einsetzung einer Person in die Innehabung einer Sache S. 195 f.; 2) Wiederherstellung eines frühern Zustandes S. 196—198, sei es durch praestatio patientiae, sei es durch eigne Thätigkeit des Beklagten, auf dessen Kosten und mit vollem Schadensersatz S. 198—200. — Widerlegung Schmidts bezüglich einer von ihm angenommenen dritten Bedeutung beim interdictum fraudatorium S. 200 f.
36. Die exhibitorischen Interdicte. Von ihnen bezieht sich auf Sachen das interdictum de tabulis exhibendis; die übrigen gehen auf die Exhibition freier Menschen. Bedeutung des exhibere S. 201 f.
37. Die prohibitorischen Interdicte. Verschiedene Fassung des Verbotes S. 202—204. Bedeutung der Fassung: vim fieri veto S. 204. Belege für vis = unmittelbare Verhinderung des Gegners S. 204—208; ebenso für vis = Folge eines nicht unmittelbar auf solche Behinderung gerichteten Handelns S. 208—210.
38. Wie weit kann vis bloß durch Worte erfolgen? S. 210. Als vis gilt nicht das bloß wörtliche Bestreiten des Erlaubtseins einzelner gegnerischen Handlungen S. 210 f., auch nicht ein solches Bestreiten des gegnerischen subjectiven Rechtes S. 211 f. — Das Untersagen gewisser Handlungen ist vis, sofern die Vornahme der untersagten Handlung dem Gegner Nachtheil bringt S. 212 f. — Die bloß wörtliche Anmaßung einer Befugniß, welche die vom Gegner beanspruchte Befugniß ausschließen würde, ist nur soweit vis, als dieselbe eine vis bildende Untersagung gegnerischer Handlungen enthält S. 213. — Eine symbolische Handlung ist vis, wenn sie den anerkannten Ausdruck einer Willenserklärung enthält, welche wörtlich abgegeben vis sein würde S. 213 f.
39. Vis ex conventu beim Uti possidetis? S. 214. Gai. IV, 170 fordert vis post interdictum redditum facta zur Fortsetzung des Verfahrens ex interdicto primario S. 215 f.

- Widerlegung Rappernes van de Coppello, diese vis liege in der Vornahme der *litis contestatio* aus den Sponsionen *ex interdicto* S. 216 f. Die vis *adversus edictum* brauchte nicht sofort *post interdictum redditum* zu geschehen. S. 217 f. l. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* 43, 17 S. 218 f. Cic. *pro Caec.* 16, 45 S. 219 f. Widerlegung Mündlerloß S. 220 f., Rappernes S. 221 f., Dernburgs S. 222 f., welche vis *ex conventu* aus formellen Gründen annehmen.
40. Widerlegung der Annahme einer vis *ex conventu* aus sachlichen Gründen, und zwar 1) wegen der Zwangsmittelnatur der *secundaria interdicta* S. 224—227 (Brunß S. 225—227, Mündlerloß S. 227 N. 86);
 41. 2) wegen der Natur der vis *adversus edictum* als eines Proceßgeschäftes S. 227—230 (Rapperne S. 227—229, Exner S. 229 f.);
 42. 3) wegen der vis *ex conventu* bei Cicero S. 230—247 (Karlowa S. 230—236, Mündlerloß S. 237—240, Rapperne S. 240—242, Brunß. Cic. *pro Caec.* 16, 45. *ad fam.* 7, 13, 2 S. 243—246);
 43. wegen der Präjudicialnatur des *Uti possidetis* (Rapperne) S. 247—49.
 44. Auch die der vermeintlichen vis *ex conventu* beigelegten Functionen rechtfertigen dieselbe nicht. Widerlegung der proceßlogischen Function Rügers und Brunß' S. 250—253; der praktischen Rappernes S. 253 f. und Exners S. 254—260.
 45. Auch beim *Uti possidetis* war die vis eine reale S. 260—266; ebenso bei den übrigen *interdicta duplicia* S. 266 f. Vermuthung über ihren Platz beim *Utrubi* S. 267—269.
 46. *Interdicta mixta tam prohibitoria quam restitutoria.* l. 1 §. 1 D. *de interd.* 43, 1. l. 3 §. 2 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* 43, 4. l. t pr. D. *de aq. cott.* 43, 20. Es sind dies prohibitorische Interdicte, welche mit der recuperatorischen Wirkung eine andere vereinigen S. 269—271.

§. 1836 b.

c. laut der Richtung gegen eine Partei oder gegen beide Parteien; *interdicta simplicia* und *interdicta duplicia*. S. 271—295.

47. Gai. IV, 156—160. §. 7 J. de interd. 4, 15. Theophil. ad h. l. l. 2 pr. D. h. t. S. 271—274. Das Wesen der Duplicität liegt nicht in dem prätorischen *pari sermone cum utroque loqui*, sondern in der *par utriusque litigatoris condicio*, von welcher die doppelte Parteilstellung eines jeden nur eine nothwendige Folge ist S. 274—277. l. 3 §. 1 D. uti poss. 43, 17 S. 277 f.
48. Nachweis der *par utriusque litigatoris condicio* bei den *interdicta retinendae possessionis* S. 278 f.
49. Desgleichen für das *interdictum de superficiebus* S. 279—282.
50. Ferner für das *Uti possidetis utile* für die *iuris quasi possessio* von Nießbrauch und Ufuss. l. 4. D. uti poss. 43, 17 S. 283—286.
51. Endlich für das *interdictum de aqua cottidiana inter rivales*. L. 1 §. 26 D. de aq. cott. 43, 20 S. 286—290.
52. Die *par utriusque litigatoris condicio* fehlt in allen anderen Fällen, in welchen Schmidt und Ed *interdicta duplicia* durch Zusammenfassung von *interdicta simplicia* mit entgegengesetzten Partierollen annehmen S. 290—292.
53. Im Verfahren äußert sich die Duplicität nicht nothwendig bei der *impetratio interdicti*, dagegen für das Verfahren *ex interdicto reddito* S. 292—295.

§. 1836 c.

d. je nachdem sie auf ersten Antrag erlassen werden, oder den Erlaß eines andern *Interdictes* voraussetzen, aus dem jedoch das Verfahren nicht durchgeführt worden ist; *interdicta primaria* und *interdicta secundaria*. S. 295—330.

54. Gai. IV, 170. Nothwendigkeit der *interdicta secundaria* bei allen *interdicta duplicia* für den Fall, daß eine Partei

die *cetera ex interdicto* nicht vornimmt §. 295 f. Nicht-erwähnung dieser Voraussetzung in der Fassung des *secundarium* §. 297. Das *secundarium* ist kein unbedingter Befehl. Beim *secundarium restitutorium* aus dem *Uti possidetis* hat der Impetrant manchmal seinen Besitz zu beweisen, nicht minder Besitz des Impetraten oder dessen *dolus, quo minus habeat* §. 297—300; ebenso beim *secundarium prohibitorium* seinen Besitz §. 300—304. Erklärung von l. 52 §. 2 D. de a. v. a. p. 41, 2 (R. 7^b) §. 301 ff. Muthmaßliche Fassung der *secundaria* §. 304 f. Gründe, weshalb der Impetrat es auf das *secundarium* ankommen läßt §. 304. Im Einzelfalle ist stets nur Ein *secundarium* zulässig §. 305 f. Wie lange hindert die Erwirkung des *secundarium* den Impetraten an neuer Erwirkung des *primarium*? §. 306 f.

55. Anwendungsfälle des *secundarium restitutorium* aus dem *Uti possidetis* §. 307.

- 1) Der *plus licitans* unterläßt die ferneren *cetera* §. 308 f.;
- 2) der juristische Besitzer hat das *Uti possidetis* gegen jemanden erwirkt, der das streitige Grundstück nur detinirt, und zwar wenigstens nach des Impetranten Behauptung für diesen:
 - a) der Detentor des Impetranten hat angeblich die Befugniß zur Detention nicht (l. 3 §. 7. i. f. D. uti poss. 43, 17) §. 309—311;
 - b) der Detentor behauptet Eigenthümer zu sein (l. 25 Cod. de loc. 4, 65) §. 311 f.;
 - c) die Meinungsverschiedenheit betrifft nur den Umfang der Befugnisse des Detentors (l. 3 §. 3 D. uti poss. 43, 17) §. 312—314;
 - d) der Detentor bestreitet, daß der Impetrant Erbe des frühern juristischen Besitzers sei §. 314 f.;
- 3) der *iniusto* vom Gegner Besitzende unterläßt die *cetera* §. 315;
- 4) der Impetrat tritt als Detentor eines Dritten auf, während der Impetrant weder ihn als seinen Detentor, noch jenen Dritten als *iusto a se possidens* gelten lassen will §. 315—318.

56. Anwendung des *secundarium prohibitorium* aus dem *Uti possidetis*. Infolge der Aufstellung desselben ist der Besitz auch gegen bloße Störung geschützt S. 318—320. Ihm gegenüber darf nicht mit *Rappehne* die Verufung auf ein Recht zugelassen werden S. 320 f.
57. Widerlegung der Ansicht, daß auch bei den *interdicta simplicia* (Bekker) oder mindestens bei den *prohibitorischen* derart (Demelius, Bach) *interdicta secundaria* vorgekommen seien S. 321—330.

§. 1837.

Die allgemeinen Voraussetzungen in der Person des *Interdictenverklagten*. S. 331—457.

58. Bei den *restitutorischen* *Interdicten* ist die Voraussetzung bald eine in der Vergangenheit liegende eigne Handlung des *Impetraten* bezw. eine derartige Handlung seiner *familia* (*interd. Unde vi*) S. 332; bald eine mit seiner Kenntniß begangene *Widerrechtlichkeit* eines Dritten (*interd. fraudatorium*) S. 332 f.; bald ein *possidere* bezw. *habere* oder *dolo malo desisise possidere* bezw. *habere* S. 333 f.; bald ein *factum immissum habere* (Bedeutung des *habere*; Verschiedenheit der Haftung, je nachdem der *habens* das *factum immissum* veranlaßt hat oder nicht. Erstreckung der Haftung auf das *dolo malo desisise factum immissum habere*) S. 334—338; bald endlich ein *factum esse* (Bedeutung dieses Ausdrucks; Verschiedenheit der Haftung, je nachdem jenes *factum* seitens des *Beklagten* veranlaßt worden ist oder nicht) S. 338—342.
59. Bei den *exhibitorischen* *Interdicten* ist die Voraussetzung bald ein *penes aliquem esse* (*interd. de tabulis exhibendis*); bald ein *apud aliquem esse* (*interd. de liberis exhibendis*) S. 342—344; bald ein *dolo malo retinere* (*interd. de homine libero exhibendo* S. 345 f. Dem *penes* und *apud aliquem esse* ist das *dolo malo fecisse, quo minus esset* ausdrücklich gleichgestellt S. 347.
60. Bei den *prohibitorischen* *Interdicten* gehört es nicht zu den Voraussetzungen, daß seitens des *Impetraten* bereits

- vor ihrem Erlasse etwas geschehen ist, was infolge des Erlasses sofort eine Verpflichtung positiven Inhalts hervorrufen müßte §. 347 f. Widerlegung Wach's §. 348—352. L. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. 43, 13 §. 353 f.
61. Begründung der Ansicht, daß diese Interdicte grundsätzlich nur für die Zukunft wirken. L. 2 pr. §§. 17 sqq. l. 7. D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 12 D. ne quid in flum. 43, 13 §. 354—360. Widerlegung Pfersche's §. 360—362.
62. Erklärung von l. 3 §. 2 D. ne vis fiat 43, 4; l. 1 §. 1 D. de aq. cott. 43, 20 §. 362 f.; l. 2 §. 6 D. ne quid in loco publ. 43, 8 §. 363—365; l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5 §. 365—368.
63. Gewisse prohibitorische Interdicte verpflichten den Impetraten zu einer positiven Leistung. Zunächst das Remissionsinterdict, sofern der Impetrat nach der Nuntiation zuwider dem Verbotungsrechte des Nuntianten gebaut hat §. 368 f. Sodann diejenigen prohibitorischen Interdicte, nach denen die Fortdauer eines Zustandes als edictswidrig erscheint, welchen der Impetrat vor ihrem Erlasse geschaffen hat. L. 8 §. 9 D. uti poss. 43, 17 §. 369 f. Dies ist nur möglich bei Interdicten auf vim fieri veto §. 370. L. 1 §§. 3. 8. 10 D. de mort. inf. 11, 8 §. 371 f. L. 2 §§. 26—29 D. ne quid in loco publ. 43, 8 §. 372 f.
64. Jener Zustand muß vom Impetraten selbst durch positive Handlung veranlaßt sein. L. 3 §. 4 D. uti poss. 43, 17 §. 374 f. Widerlegung der Ansicht, daß das Uti possidetis bei Ausbauchung der Mauer statthaft sei §. 375—377.
65. Die Voraussetzungen der prohibitorischen Interdicte, soweit sie den Impetraten betreffen, brauchen sich nicht auf die Vergangenheit oder Gegenwart zu beziehen; sie thun es nur bei wenigen, und bestehen auch bei diesen nicht in Handlungen des Impetraten. §. 377—380.
66. Die passive Vererbung der Interdicte. Die restitutorischen sind unvererblich, soweit sie eine der Vergangenheit angehörige Handlung des Impetraten oder eine mit seiner Kenntniß begangene Widerrechtlichkeit eines Dritten zur Voraussetzung haben oder ein dolo malo fecisse, ut desineretur possideri; oder ein possidere §. 380 f. Da-

gegen vererbt die bei manchen erforderliche Qualifikation des *possidere*, nach der später gebilligten Ansicht auch diejenige des *precario habere* §. 381—383. Von den Interdicten auf *factum est* geht das *Quod vi aut clam* auch gegen die Erben, nicht aber das *interdictum demolitorium*; hier tritt *actio in factum* ein §. 383. *Interdictum de loco sacro*? §. 383 f. — Das Maß der Haftung für Besitzen oder Innehaben bestimmt sich nach dessen Ausdehnung §. 384 f.; entsprechend für *dolo fecisse, ut desineretur possideri*, bezw. *quo minus ad heredem perveniret* §. 385 f.; die Haftung aus dem *factum est* nach dem, *quod ad heredem pervenit*. Die entsprechende Haftung aus *maleficia* des Erblassers wird oft, z. B. bei *Dejection*, nicht mit dem Interdicte verfolgt, sondern mit *actio in factum* §. 386 f. — Die exhibitorischen Interdicte befolgen die Analogie der entsprechenden restitutorischen §. 387 f.

67. Die prohibitorischen Interdicte vererben passiv nicht, soweit sie in Beziehung auf den Impetraten Voraussetzungen aus Vergangenheit oder Gegenwart nicht haben. Erklärung von l. 1 §. 10 D. *ne quid in flum. publ.* 43, 13 §. 388 f. Die der Vergangenheit oder Gegenwart angehörigen positiven Voraussetzungen hinsichtlich des Impetraten, welche manche prohibitorische Interdicte aufstellen, vererben allerdings; trotzdem ist von der Vererbung der Passivlegitimation nicht zu reden §. 389—391. Erklärung von l. 1 §. 6 D. *de migr.* 43, 32 §. 391—393 und l. 1 §. 8 D. *ne vis fiat ei.* 43, 4 §. 393—401.
68. Der Uebergang der Interdicte gegen den Singularsuccessor. Er ist überall da ausgeschlossen, wo kein Uebergang gegen den Universalsuccessor stattfindet §. 401 f. L. 5 §. 2 D. *de itin. actuq. priv.* 43, 19 §. 402. l. 3 §. 2 eod. §. 402 f. Der Singularsuccessor haftet auch da nicht, wo der Erbe in *id, quod ad eum pervenit*, haftet §. 403 f. Besitz, Innehabung, thatsächliche Möglichkeit der Exhibition als Voraussetzung der Haftung bindet auch den Singularsuccessor, aber nur, weil jene Voraussetzung bei ihm vorliegt; eben deshalb aber bindet sie auch den Occupanten §. 404. Erfordert die Passivlegitimation ein

- qualificirtes possidere, so kommt es darauf an, ob diese Qualification beim Singularsuccessor vorhanden ist §. 404. Nicht vorhanden ist sie beim precario habere (l. 8 pr. D. de prec. 43, 26) §. 404 f.; auch nicht beim possidere pro herede oder pro possessore für die interdicta Quorum bonorum und Quam hereditatem §. 405; doch gehen beide aus Zweckmäßigkeitsrücksicht auch gegen den Erbschaftskäufer §. 405 f. Beim Quod legatorum überträgt sich die Qualification des legatorum nomine possidere auf den Singularsuccessor, ja auf jeden Besitzer. l. 1 §. 13 D. quod legat. 43, 3 §. 406 - 408.
69. Haftung einer handlungsunfähigen Person mit einem durch Widerrechtlichkeit veranlaßten Interdicte wegen Widerrechtlichkeit ihres Vertreters §. 408-410. Der Grundsatz: Nichthaftung §. 410. L. 4 D. de tab. exh. 43, 4. l. 11 §. 6 D. quod vi 43, 24. l. 198 D. de R. I. 50, 17. L. 4 D. de vi 43, 16 §. 411. Die Ausnahmen; eine handlungsunfähige Person haftet aus der Widerrechtlichkeit ihres Vertreters 1), wenn dieser bei Eingehung eines gültigen Schuldvertrages in ihrem Namen §. 412 f. oder 2) bei der Erfüllung einer ihr obliegenden Verpflichtung Dolus oder Culpa begeht §. 414 f.; 3) wenn ein gegen sie bereits klagbar gemachter außercontractlicher Anspruch durch Dolus oder Culpa des Vertreters modificirt wird l. 1 D. quando ex facto tut. 26, 9. l. 78 §. 2 D. de legat. II §. 415-417. (Widerlegung von Dernburg's Auslegung der letzten Stelle §. 416 f. Anm. 73 f.); 4) wenn der Vertreter bei dem Beschlusse einer in seiner Zuständigkeit liegenden Handlung eine Culpa begeht, infolge deren einem Dritten außercontractlich ein selbständiger Anspruch erwächst, m. a. W. wenn der Vertreter ein culpaes Delict begeht §. 417-419. L. 5 §. 12 D. quod vi 43, 24 §. 419-421. Die Delictsunfähigkeit juristischer Personen ist nur hinsichtlich doloser Delicte ausgesprochen. l. 15 §. 1 D. de dol. m. 4, 3 §. 421-423.
70. Kritik neuerer Urtheile höchster Gerichte über die Haftung juristischer Personen wegen damnum iniuria datum §. 423-436.
71. Widerlegung von Dernburg's Behauptung, das moderne

- Recht habe die Grundauffassung des römischen über die Repräsentation juristischer Personen verlassen. L. 27 D. de R. Cr. 12, 1 spricht nicht eine Besonderheit für juristische Personen aus, sondern die schon vom ius civile anerkannte Zulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung bei Eingehung einer Darlehensschuld S. 436—442. (Ueber l. 78 §. 2 D. de legat. II s. Ziffer 69 S. 416 f. Anm. 73).
72. Interdicta noxalia. L. 5 D. de interd. 43, 1. l. 7 §. 1. l. 14 D. quod vi 43, 24. l. 1 §§. 15 u. 19 D. de vi 43, 16 S. 443—446. Prohibitorische Interdicte sind als noxalia undenkbar S. 446. Gebietende Interdicte können nicht noxal sein, soweit sie ein possidere, habere oder die tatsächliche Möglichkeit der Exhibition voraussetzen S. 446 f.; wohl dagegen, soweit sie sich stützen auf ein dolo fecisse, quo minus possideretur u. s. w. arg. l. 4 D. de tab. exh. 43, 5 S. 448 f. Noxal sind außer den als solchen bezeugten interdicta Quod vi und Unde vi die de loco sacro restitutorium und demolitorium, sowie das fraudatorium S. 449. — Fassung der Noxalinterdicte S. 449—452; keiner Abänderung der proponirten Formel bedarf es beim Unde vi (l. 1 §§. 11. 12. 16. 17. 18 D. de vi 43, 16. l. 195 §. 3 i. f. D. de V. S. 50, 16) und Quod vi (l. 5 §. 8 D. quod vi 43, 24) S. 450—452; ebenso wohl auch bei den interdicta de loco sacro und demolitorium S. 452. — Das interdictum noxale ist unstatthaft, nicht nur, wenn der Slav iussu domini gehandelt hat, sondern beim opus clam factum auch dann, wenn er dies in Ausübung der ihm anvertrauten Fürsorge für ein Grundstück culpa gemacht hat. L. 5 §. 11 D. quod vi 43, 24 S. 452—457.

§. 1837 a.

Exceptiones. S. 457—488.

73. Muthmaßlicher Ursprung des Exceptionenwesens im Interdictenverfahren S. 457—459. Begriff der exceptio bei den Interdicten S. 459. Ständige exceptiones bei Inter-

- dicten. l. 1 §. 11 D. de itin. actuq. priv. 43, 19. l. 15 §. 5 D. quod vi 43, 24 S. 459—461. Aufzählung derselben S. 461—463. Zu ihnen gehört auch das „in hoc anno“ im Unde vi S. 463 f. und die Bezugnahme auf die Ausübung im letzten Jahre (Sommer) bei mehreren Interdicten zum Schutze der Ausübung von servitutes discontinuae S. 464—466, sowie das „maiore parte huiusce anni im Utrubi S. 466; ebenso die ständigen Clauseln gewisser Interdicte zum Schutze der Ausbesserung auf „dum ne“ S. 466 f. Zur Klagebegründung dagegen gehört die Bezugnahme auf die Cautionsleistung des Impetranten bei den interdicta Quod legatorum, de ripa munienda, Ne vis fiat aedificanti S. 467 f.; beim interdictum de cloaca privata entscheidet der Prätor vor Ertheilung des Interdicts über die verlangte Caution S. 468 f. Auf die Klagebegründung weist auch die Clausel betreffs der Remission im interdictum demolitorium S. 469 f.; deren Gegensatz zu der exceptio in der lex Rubria c. 19 S. 470 f.
74. Unständige exceptiones; Stelle der Einfügung derselben S. 471 f. Quellenbeispiel für eine solche exceptio im Interdicte selbst: l. 1 §. 6 D. ne quid in flum. 43, 13 S. 472 f.; desgleichen für eine solche in der sponsio ex interdicto bezw. der actio ex sponsione: l. 1 §. 16 de flum. 43, 12 S. 473 f. Sonstige Quellenbeispiele für unständige exceptiones: a) bei restitutorischen Interdicten S. 474—479, b) bei exhibitorischen S. 479 f., c) bei prohibitorischen S. 480—482.
75. Die überlieferten Formen der exceptiones S. 483—487.
76. Wirkung der exceptio im Interdictenverfahren stets nur Ausschließung der verbindlichen Kraft des Interdicts S. 487 f.

§. 1837 b.

Die Verjährung. S. 489—528.

77. Begriff der Verjährung bei den Interdicten S. 489. Verjähbare Interdicte: de vi non armata, Quod vi aut

clam, fraudatorium §. 489 f. Beispiele unverjährbarer Interdicte in den Quellen: die restitutorischen Interdicte de via publica, de precario, demolitorium, de vi armata; die exhibitorischen de tabulis exhibendis und de homine libero exhibendo §. 490 f. Scheinbar ist die Unverjährbarkeit auch ausgesprochen für die prohibitorischen Ne quid in loco publico, de via publica reficienda, Ne vis fiat aedificanti, de migrando und Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est §. 491 f.; in Wahrheit beziehen sich diese Aussprüche (l. 2 §. 34 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11; l. 20 §. 16 D. de O. N. N. 39, 1; l. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32 und l. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei 43, 4) auf die Unverjährbarkeit des agere ex interdicto §. 492—496. Eine gleichartige Interpolation in l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17, welche Stelle ursprünglich von der Verjährung der sponsio ex interdicto reddito gesprochen hat §. 496—498. Ein ausdrückliches Zeugniß für die Verjährung des agere ex interdicto reddito bei Paul. rec. sent. IV, 7, 6 in Beziehung auf das iudicium secutorium und die sponsio §. 498—500. Verwischung des Unterschiedes zwischen Verjährbarkeit des Interdictes selbst und Verjährbarkeit des agere ex interdicto reddito in der Compilation §. 500 f. Die theodosische Klagenverjährung gilt auch für die actiones ex causa unverjährbarer gebietender Interdicte, nicht aber für diejenigen ex causa prohibitorischer Interdicte mit Ausnahme des Uti possidetis §. 501. — Verjährung des durch das Interdict geschützten Rechtes selbst bei den Interdicten für servitutes discontinuae, beim Utrubi §. 502 f. und für die Popularinterdicte zum Schutze des Wasserlaufes §. 503 f.

78. Die einjährige Verjährung für die Ermirkung der Interdicte wird utiliter berechnet §. 504 f. Beginn der Frist bei den hierhergehörigen Interdicten §. 505 f. — Utiliter wird auch berechnet die einjährige Frist für die Eingehung der Sponsionen aus dem Uti possidetis, und wo sie sonst vorkommt §. 506. Bei gebietenden Interdicten läuft diese Frist ex interdicto reddito §. 506, bei pro-

hibitorischen erst von einer verbotswidrigen Handlung S. 506 f. Heute wird utiliter berechnet die einjährige Verjährungsfrist für den Theil der actio ex causa des interdictum Uti possidetis, welcher ehedem mittels des iudicium secutorium verfolgt wurde. l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17 S. 507. Die Verjährung der durch Interdicte geschützten Rechte selbst wird continue berechnet S. 507—511.

79. Die Wirkung der Verjährung von Interdicten. Widerlegung Schmidts, welcher sie in der Nichtentstehung der obligatio ex interdicto reddito erblickt S. 511 f. Bei den drei zum Schutze obligatorischer Verhältnisse dienenden Interdicten, deren Verjährung bezeugt wird, ist die Wirkung dieselbe, wie bei der Verjährung obligatorischer Klagen überhaupt S. 512. Die Wirkung der einjährigen Verjährung des agere ex interdicto reddito bei gebietenden Interdicten bestimmt sich, wie die Wirkung der 30jährigen Verjährung der actio ex causa eines solchen Interdictes, nach der Natur des durch das Interdict geschützten Verhältnisses S. 513 f. Bei verbietenden Interdicten tilgt die Verjährung des agere ex interdicto reddito nur den stets obligatorischen Anspruch auf Schadensersatz wegen der einzelnen Verletzung des Verbotes S. 514. Dasselbe gilt im späteren Rechte für die einjährige Verjährung des Ersatzanspruches wegen einer Besitzstörung durch eine vor der Klagerhebung vom Gegner gemachte dauernde Einrichtung S. 514 f.

Die Wirkung der Verjährung des Rechtes auf den Schutz im Quasibefitze von servitutes discontinuae ist völliger Untergang des Quasibefitzesrechtes mit allen Folgen, namentlich auch Unterbrechung der Erfizung des Servitutrechtes S. 515—518. Ebenso tilgt die Verjährung der Popularinterdicte zum Schutze des Wasserlaufes das öffentliche Recht darauf, soweit dasselbe durch diese Interdicte geschützt wird S. 518. Nicht minder bewirkt die Verjährung des mit dem Utrubi geschützten Besitzrechtes des frühern Besitzers den Untergang dieses Rechtes S. 518 f.

80. Geltendmachung der Bereicherung des Gegners nach Verjährung des Interdicts mit einer actio nach l. 4 D.

h. t. Beispiele: l. 10 §. 24 D. quae in fraud. cred. 42, 8 (mit Ausdehnung auf das *dolo malo fecisse, quo minus perveniret*); Vat. fragm. §. 312; l. 1 pr. i. f. l. 3 §. 12. D. de vi 43, 16 S. 519–521. Für die Interdictsform dieser actio beweiset nicht l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3 S. 521 f. Die Klagen wegen der Bereicherung unterliegen der theodosischen Klagenverjährung S. 522. — L. 4 cit. galt nicht für das *agere ex interdicto* S. 522. Heute gilt sie für die recuperatorische Wirkung des *Uti possidetis* S. 522 f. L. 4 cit. findet keine Anwendung auf das alte *Utrubi* und die Interdicte zum Schutze des Quasibesitzes von *servitutes discontinuae* S. 523.

81. Wo über die Verjährung eines Interdictes ein Zeugniß fehlt, kann dieselbe nicht angenommen werden, weil die allgemeinen Grundsätze über Klagenverjährung auf Interdicte nicht passen S. 523 f. L. 35 pr. D. de O. et A. 44, 7 S. 524–526; l. 8 D. de pop. act. 47, 23 S. 526 f. Umgekehrt wird die Verjährung des Anspruchs auf die *sponsio ex interdicto reddito intra annum, quo primum experiundi potestas erat*, überall da angenommen werden müssen, wo nicht ein *interdictum populare* in Frage steht, oder eine Ausnahme als bezeugt gelten kann S. 527 f.

Druckfehler.

- §. 83 B. 5 v. u. l. deiecit, ft. deiecit.
 §. 215 B. 6 v. o. l. vim non faciat ft. vim faciat.
 §. 287 B. 5 v. u. l. 43, 20 ft. 43, 17.
 §. 350 R. 46a B. 1 v. o. l. l. 2 §. 27 ft. l. 1 §. 27.
 §. 367 R. 72 B. 6 v. o. l. §. 33 ft. §. 36.
 §. 382 R. 11 B. 1 v. u. l. 44, 3 ft. 44, 4.
-

Lib. XLIII. Tit. 1.

**De interdictis sive extraordinariis actionibus,
quae pro his competunt. ¹⁾**

Gai. IV. §§. 138—170. *Ulp.* instit. fragm. Vindob. fragm. III—V. ed. Krueger. *Paul.* R. S. V. 6. *Inst.* lib. IV. tit. 15 de interdictis. *Theophil.* paraphr. ad h. t. *Cod.* Lib. VIII. tit. 1. de interdictis.

§. 1833.

Begriff und allgemeine Voraussetzung der Interdicte.

1. Interdictum heißt im römischen Rechte vor Diocletian ein, von der ungeprüften Wahrheit seiner tatsächlichen

- 1) Von der Literatur seit Bekanntwerden der echten Institutionen des Gaius ist hier namentlich zu nennen: S. W. Zimmermann Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian Bd. 3 (auch unter dem Titel: Der Römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian) Heidelberg 1829. §§. 71—74 S. 219—232. A. Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Römischen Reichs (auch u. d. T.: Handbuch des Civilprozeßes I. Abth. I. Bd.) Bonn 1834. §. 37 S. 383—398. F. Walter Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. Thl. II 3. Aufl. Bonn 1861. §§. 764—770. S. 409—416. B. W. Leift die

Voraussetzungen abhängiger, Befehl, welchen ein Jurisdictionsmagistrat in Gegenwart beider Parteien auf Antrag der einen an die andere, unter Umständen, sei es auf Antrag beider, sei es auf Antrag der einen, an beide²⁾ mündlich erläßt, so zwar, daß es hinterher über die Verbindlichkeit und Befolgung jenes Befehles zur Untersuchung und Entscheidung durch ein Geschwornengericht kommen kann.

Bonorum possessio Bd. 1 Göttingen 1844. §§. 48—60 S. 306—396. G. F. Buchtla Cursus der Institutionen 8. Aufl. besorgt von B. Krüger. Bd. 1 Leipz. 1875. §. 169 S. 508—512. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 526—636. Leipz. 1844. v. Keller der römische Civilprozeß und die Actionen u. s. w. 6. Ausg. bearbeitet von A. Wach. Leipz. 1883 §. 22 unter I. S. 107 ff. §§. 74—76 S. 371—383. R. A. Schmidt das Interdictenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung. Leipz. 1853. A. F. Rudorff römische Rechtsgeschichte Bd. 2 Leipz. 1859. §§. 53 f. S. 176—185. H. Witte das Interdictum Uti possidetis als Grundlage des heutigen Possessorium ordinarium. Leipz. 1863. S. 1—28. M. A. von Bethmann-Hollweg der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung (auch u. d. T.: Der römische Civilprozeß) Bd. 1. Bonn 1864 §. 54 S. 201—204. Bd. 2. das. 1865 §. 98 S. 344—383. J. E. Kunze Cursus des römischen Rechts. 2. Aufl. Leipz. 1879 §. 210 S. 129 §§. 213—222 S. 131—137. Derf. Excursus über Römisches Recht. 2. Aufl. Leipz. 1880 S. 243—245. E. F. Becker die Actionen des römischen Privatrechts. Bd. 2. Berl. 1873 S. 51—73 und Beilage R. S. 323—327. E. Huschke die Multa und das Sacramentum u. s. w. Leipz. 1874. S. 70 ff. D. VeneI das Edictum perpetuum u. s. w. Leipz. 1883. Tit. XLIII §§. 227—268. S. 356—399. E. Pfersche die Interdicte des römischen Civilprozesses. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung. Graz 1888. VI u. 159 S.

2) S. unten § 1836 b Ziffer 53.

Eben der Umstand, daß das Interdictenverfahren mit einem Befehle des Magistrates an die eine Partei oder an beide Parteien begann, über dessen Wirkung erst hinterher ein iudicium eingesetzt werden konnte, mußte einen augenfälligen Gegensatz zum gewöhnlichen Actionenverfahren bilden, bei welchem die Thätigkeit des Magistrats sich darauf beschränkte, die Entscheidung der zwischen den Parteien obwaltenden Meinungsverschiedenheit einem iudicium zu überweisen. So empfiehlt es sich gewiß als das Natürlichste, mit der Mehrzahl der Schriftsteller ^{2a)} gerade diesen von

2^{a)} So Schmidt a. a. D. S. 6 f. N. 8 und die dort Angeführten; Rudorff römische Rechtsgeschichte Bd. II §. 53 S. 177 zu N. 7. Passend geben Beide das zeitliche Vorgehen des prätorischen Befehles mit der Umschreibung wieder: „vor geführtem Beweise.“ S. jetzt auch v. Brinz über den Einlassungszwang im römischen Recht (in Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Geh.-Raths F. W. v. Blanck) I. S. 4 f.: „Während — im Actionenprozeß die Auctorität — erst am Schlusse des Verfahrens in iure, als iudicis datio interponirt wird, tritt sie im Interdictenprozeß als ein Gebot oder Verbot, von welchem alles weitere Verfahren ausgeht, — als ein Machtwort, das den Streit nicht bloß genehmiget, sondern in der gewünschten Form veranlaßt und also die Richterbestellung stillschweigend in Sicht stellt, — in den Vordergrund. Nur dies, daß im Interdictenprozeß die auctoritatis interpositio im Vordergrund und maßgebend, nicht daß sie im Actionenprozeße gar nicht platzgreift, würde Gaius sagen, wenn interponit zu lesen ist. (Ueber diese Lesart s. unter N. 2 b). — Dem gegenüber steht die Ansicht von Bethmann-Hollweg's Gerichtsverfassung u. s. w. §. 37 S. 385 N. 6, und Leits's die Bonorum possessio Bd. I S. 334, nach welcher principaliter hier „hauptsächlich“ bedeutet, und den logischen Gegensatz des „principaliter auctoritatem interponere“ „der Actionenprozeß“ insofern bildet, als in diesem der

vornherein (principaliter im zeitlichen Sinne) ergehenden Befehl in den Worten des Gaius IV, 139 hervorgehoben zu finden:

Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit etc. ^{2b)}

Zu dieser Auffassung stimmt es vortrefflich, daß Gaius, nach Erörterung des Unterschiedes zwischen gebietenden und verbietenden Interdicten, in §. 141 fortfährt:

Prätor seine Auctoritas finiendis controversiis zwar auch „anfänglich“, aber nur „nebensächlich“ biete, indem er durch Bestellung eines andern Richters die Entscheidung herbeiführe. Hiergegen bemerkt treffend Witte das Interd. Uti possidetis §. 1 N. 1, daß der Prätor im Interdictenverfahren ganz vorzugsweise thätig sei, lasse sich zu Gaius Zeit nicht behaupten; es würde dies viel eher von den cognitiones extraordinariae (im üblichen Sinne) gesagt werden können, während von den Interdicten viel mehr hervorgehoben werde, daß durch sie res ad ius ordinarium remittitur, l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5. Vgl. unten No. 8 und §. 10. — Ueber Karlowas Auffassung unserer Stelle s. unten zu N. 28.

^{2b)} Die veroneser Handschrift des Gaius p. 235 v. 21 liest allerdings proponit, aber mit einer Abkürzung für „pro“, welche nach Krügers Mittheilung an v. Brinz, Einlassungszwang a. a. D. §. 5, mit der Abkürzung für inter leicht zu verwechseln ist. S. auch den Index notarum in Studemunds Apographum p. 272 v. 6 sq. So ist die Lesung „interponit“ diplomatisch durchaus haltbar, sachlich aber verdient sie den Vorzug vor der Lesung „proponit“, weil einerseits „proponere auctoritatem“ sonst nicht vorkommt, andererseits umgekehrt „interponere auctoritatem“ auf dem Gebiete der Rechtspflege ganz gebräuchlich ist. v. Brinz a. a. D. §. Vat. fragm. §. 313 §. 1. J. de fideic. hered. 2, 23. l. 2 §. 2 D. de op. publ. 50, 10 (unten Ziffer 2 N. 26).

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 5

Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium etc.

Die auctoritatis interpositio des Magistrates bildet eben nur den Anfang des Verfahrens, erschöpft dasselbe aber nicht.

Während der genauere Sprachgebrauch die interdicta von der actiones unterscheidet, ³⁾ werden sie mit Rücksicht auf den möglichen Verlauf des Interdictenverfahrens da, wo es auf die Hervorhebung ihres Gegensatzes zu den actiones nicht ankommt, gelegentlich unter deren Bezeichnung mitbegriffen. ⁴⁾

3) *z. B.* l. 35 §. 2. l. 39 pr. D. de proc. 3, 3 l. 1 §. 4 §. 6 D. uti possid. 43, 17. l. 6 §. 2 D. de confess. 42, 2. *S.* auch l. 15 D. ad exhib. 10, 4: vel interdictum vel iudicium ita dari.

4) So schon bei Cic. pro Caec. 1 §. 3. 3 §. 8. 11 §. 32. 13 §. 37. 14 §. 40. ferner Gai. IV, 155. Paul. V.; 6, 10. Collat. XVI; 3 §. 5 l. 35 pr. l. 37 pr. §. 1 D. de O. et A. 44, 7. l. 3 pr. D. de mort. inf. 11, 8. l. 3 §. 1 D. de iureiur. 12, 2. l. 3 §. 1 D. ne vis fiat ei. 43, 4. l. 40 pr. l. 42 pr. D. de procur. 3, 3 l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30. l. 14. l. 22 §. 4 D. quod vi 43, 24. l. 2 §§. 39 sq. D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 pr. D. de superf. 43, 18; ferner überall, wo in einem Interdicte die Clausel vorkommt „qua de re agitur“ (s. unten §. 1838 Ziffer 85 zu *N.* 57). (In l. 43 D. ad leg. Aquil. 9, 2 ist wohl mit Mommsen *z. l.* interdicto st. hac actione). Spartian. Pescenn. Niger c. 2: ex interdicto de imperio egisse. *S.* Schmidt a. a. D. S. 320 Anm. 45. Schrader ad pr. I. de interd. 4, 15. ad v. interdictis — exercentur. Ungeachtet dieser Stellen scheint es Pfersche a. a. D. S. 22 Anm. 1 fraglich, daß die Interdicte unbedenklich zu den Actionen gerechnet werden; er entnimmt daraus nur, daß die für Actionen geltenden Bestimmungen auch auf die Interdicte angewendet werden.

2. Als Magistrat, welcher ein Interdict erteilt, erscheint vor allem der Prätor: von seiner Thätigkeit zeugen die uns überlieferten Stücke des Edictes über die Interdicte, welche mit „Praetor ait“, „Ait praetor“ eingeleitet werden, sowie zahlreiche Fragmente der meisten Titel des 43. Buches der Digesten.

Neben dem Prätor nennt Gaius IV, 139 den Proconsul; und in Rescripten von Alexander v. J. 224 ⁵⁾ und von Valerianus und Gallienus v. J. 260 ⁶⁾ wird der praeses provinciae aufgeführt. Hinsichtlich der Interdicte Quod vi aut clam und Unde vi war auch der praefectus urbi zuständig; ⁷⁾ doch dürfte es äußerst zweifelhaft sein, ob dieser jemals in förmlicher Weise ein Interdict ausgesprochen hat, ⁸⁾ ob nicht vielmehr unter dem „ex interdictis audire“ oder „adiri“ ohne Rücksicht auf die Form des Verfahrens lediglich die sachliche Zuständigkeit

5) L. 1 Cod. de interd. 8, 1.

6) L. 2 eod. C. unten nach N. 30.

7) L. 1 §. 6 D. de off. praef. urbi 1, 12 (Ulp. lib. singul. de off. praef. urbi): Sed et ex interdictis Quod vi aut clam aut interdicto Unde vi audire [aut Unde vi adiri *scr. M.*] potest.

8) Dies scheint Schmidt a. a. D. C. 207 No. 6 anzunehmen. Richtig ist die Bonorum possessio Bb. 1 C. 339, sofern derselbe eine unmittelbare cognitio des praefectus urbi annimmt, welche er in herkömmlicher Weise als extraordinaria bezeichnet und dann freilich irrig dem Verfahren des Prätors iure potestatis in l. 1 §§. 1 sq. D. de migr. 43, 32; l. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4; l. 5 §. 27 D. ut in poss. leg. 36, 4 und l. 1 §. 1 D. si ventr. nom. 25, 5 (s. unten N. 21) gleichstellt. Vgl. über dieses letztere extra ordinem D. C. Hartmann über die römische Gerichtsverfassung C. 511 ff. und unten §. 1839 Biffer 116.

für die genannten Streitsachen gemeint ist, welche vor dem Prätor mittels eines Interdicts zum Austrage gelangten. ⁹⁾

In der lex Rubria c. 22 endlich erkennen wir mehrfache Spuren davon, daß nach diesem Gesetze die Municipalbeamten in Gallia Cisalpina innerhalb der Werthgrenze von 15000 Sesterzen auch für den Erlaß von Interdicten und die Anordnung des Sponsionsverfahrens sowie der actio arbitraria aus solchem Erlasse zuständig waren. ¹⁰⁾ Die Worte des c. 22 col. II. v. 31: (se) restituere oportere (confessus) gehen auf das nach der postulatio interdicti vom Impetraten abgegebene Geständniß, er sei zu demjenigen restituere verpflichtet, welches ihm kraft des interdictum redditum mit dem Ausdrucke „restituas“ anbefohlen werden soll; ¹⁰⁾ und auf das nämliche restituere bezieht sich das v. 39 das „restitui — oportere.“ In v. 35 dagegen ist das „non restituet“ nicht sowohl von der Nichtbefriedigung des Impetranten zu verstehen, als vielmehr davon, daß der geständige Impetrat es unterläßt, die

9) Für den förmlichen Erlaß des Interdictes durch den praefectus urbi in classischer Zeit beweiset jedenfalls nichts Symmachi epp. lib. X ep. 48 (al. 41 = relat. 28). Vgl. über diese Stelle unten §. 1840 Biffer 124 nach N. 35.

9*) A. M. F. Rappheyn van de Coppello im Haag Abhandlungen zum Römischen Staats- und Privatrecht. Nach dem Holländischen. Mit Vorwort von Dr. Max Conrat (Cohn). Stuttgart 1885 S. 280.

10) v. Bethmann-Hollweg der römische Civilproceß Bd. 2 §. 98 S. 359 zu N. 4. Huschke die Mista und das Sacramentum S. 71 N. 171 a. E. Demelius die Confessio im römischen Civilproceß u. s. w. S. 147 f. In diesem Sinne wird restituere gebraucht z. B. Gai. IV, 144, restituere oportere in l. 25 §. 4 D. quae in fraud. cred. 42, 8, und entsprechend exhibere oportere in l. 1 §. 1 D. de tab. exh. 43, 5.

arbitraria actio im Interdictenproceſſe auszuwirken.¹¹⁾ Das „eam rem — se — habere“ daſ. v. 32 bezieht ſich wahrſcheinlich auf ſolche Interdicte, bei denen die Haftung des Impetraten vom habere,¹²⁾ oder poſſidere,¹³⁾ oder auch penes eum eſſe¹⁴⁾ bedingt iſt. — Und die Worte „sei sponſionem fieri oportebit, sponſionem non faciet“ daſ. v. 34 ſq. ſprechen von der sponſio ex interdicto.¹⁵⁾

Gleichwohl tragen wir Bedenken, hieraus die allgemeine Zuſtändigkeit der Municipalmagiſtrate für Interdicte innerhalb der jenen Magiſtraten geſetzten Werthgrenze zu folgern. Denn wie die lex coloniae Genetivae Juliae v. S. 710 b. St. in c. 94, 125 und 128 den Duovirn dieſer Bürgercolonie und deren Stellvertretern, den Präfecten, imperium ausdrücklich beilegt,¹⁶⁾ ſo erkennt die lex Rubria

- 11) Demelius a. a. D. S. 136 N. 3 S. 148 f. Vgl. Cic. pro Tull. 23, 53: Et ego ipse tecto illo disturbato si hodie postulem Quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponſione condemneris necesse est. Valer. Prob. de not. excerpta nr. 70 (Kr.): R. A. Q. E. I. E. = restituas antequam ex iure exeas. cf. Gai. IV, 164. S. unten §. 1838 d Ziffer 101 zu N. 47 ff.
- 12) §. B.: Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes etc. l. 2 §. 35 D. ne quid in loco publ. 43, 8. Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes etc. l. 1 §. 19 D. de flum. 43, 12. l. 1 §. 11 D. ne quid in flum. 43, 13. Quod precario ab illo habes etc. l. 2 pr. D. de prec. 43, 26.
- 13) §. B.: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides etc. l. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2. quod de his bonis — legatorum nomine — possides etc. cf. Vat. fragm. 90.
- 14) §. B.: si hae (tabulae) penes te sunt etc. l. 1 pr. D. de tab. exh. 43, 5.
- 15) Demelius a. a. D. S. 127 N. 1 und S. 158 N. 1.
- 16) Vgl. Bruns Zeitſchrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 107 f. unter 4a.

c. 21 i. f. ihren Municipalmagistraten thatsächlich insofern imperium zu, als sie ihnen wenigstens ausnahmsweise die recuperatorum datio giebt.¹⁷⁾ Den Municipalbeamten zur Zeit der Severe dagegen fehlt das imperium allgemein.¹⁸⁾ Die Annahme der Zuständigkeit dieser Municipalmagistrate für Interdicte dürfte also davon abhängen, ob die Interdicte auf dem imperium, oder auf der iurisdictio beruhen.

Schmidt¹⁹⁾ nimmt zwar mit der herrschenden Ansicht das Erstere an, hält aber trotzdem jene Zuständigkeit für zweifellos,^{19a)} weil die Interdicte zum Ordinarverfahren gehört haben. Verstehe ich recht, so ist damit etwa Folgendes gemeint. Weil die Municipalmagistrate innerhalb der bezeichneten Werthgrenze zuständig sind, Geschwornengerichte einzusetzen und mittels einer formula zu instruiren,²⁰⁾ eine solche constitutio iudicii aber sich häufig an den Erlaß eines Interdictes anschließt, so sei die Zuständigkeit jener

17) Vgl. Lenel ed. perp. S. 21 f. und hinsichtlich der Beschränkung v. Schrutka-Rechtenstamm in Sitzungsberichte der philosoph.-hist. Classe der kais. Akademie der Wissenschaften. Bd. 106. Wien 1884 S. 463 ff. namentlich S. 467 f., S. 473 ff. Anders Rommjen römisches Staatsrecht Bd. 3 Abth. 1 S. 816 N. 5 a. G.

18) L. 26 pr. D. ad municip. 50, 1. (Paul. lib. 1. ad ed.): Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.

19) a. a. D. S. 314 f. S. unten N. 25.

19a) a. a. D. S. 207 f. zu N. 8.

20) Eben dieses Verfahren mit Geschworenen und Formel meint Schmidt vermuthlich unter dem „Ordinarverfahren.“ Geradezu sprechen dies aus v. Savigny Recht des Besitzes §. 34 zu N. 3 (7. Aufl. S. 379), Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. 3 §. 71 N. 2, Buchta Inst. §. 169 zu N. e. Vgl. auch Karlowa röm. Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 593 N. 1 in der Mitte.

Magistrate auch zum Erlasse von Interdicten anzunehmen. Nun wird freilich das Interdictenverfahren in Gegensatz gestellt zum Verfahren *extra ordinem*,²¹⁾ nämlich zum Vorgehen des Magistrates *vi potestatis*, kraft der in seinem Amte ihm verliehenen Machtvollkommenheit;²²⁾ einem solchen Vorgehen gegenüber bildet das Verfahren auf Grundlage eines Interdicts den ordentlichen Rechtsgang.²³⁾ Allein begreift immerhin das *ius ordinarium* in dem hier maß-

21) l. 1 §. 2 D. de migr. 43, 32. Cui rei etiam *extra ordinem* subveniri potest; ergo infrequens est hoc interdictum. l. 3 pr. D. ne vis fiat ei. 43, 4 . . . si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. sed melius erit dicere, *extra ordinem* ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. §. 1 . . . dicendum est, actionem hanc (sc. interdictum ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est) utilem competere (nämlich bei der missio Antoniniana cf. Genel ed. perp. S. 364 N. 5): ceterum poterit uti et *extraordinaria* executione. l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4. Nicht hierher gehört l. 1 §. 1 D. de insp. ventre 25, 4: es ist mit Mommsen vor „*extra ordinem*“ zu interpungiren. S. D. E. Hartmann über die röm. Gerichtsverfassung S. 494 N. 12 u. S. 513 N. 55.

22) Hartmann a. a. O. S. 511 ff.

23) l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5 coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad *ius ordinarium* remiserit. — In Gromatici veteres ex rec. Lachm. p. 16 v. 3 sq. v. 18 sq.: De possessione controversia est, qua ad interdictum [hoc est iure ordinario] litigatur bezeichnet *ius ordinarium* den Gegensatz zum Verfahren vor Feldmessern. Hartmann a. a. O. S. 546 zu N. 10.

gebenden Sinne ein Verfahren mit Geschwornen und Formel in sich, so dürfte daraus jene Schlußfolgerung sich noch keineswegs ergeben. Denn es kann zwar der Erlaß eines Interdicts die Einsetzung eines Geschwornengerichtes mit Formel zur Folge haben, etwa wie die Verleihung der *honorum possessio* die Ertheilung von *utiles hereditariae actiones* veranlassen kann. So wenig aber aus der Zuständigkeit für die Ertheilung dieser Klagen die Zuständigkeit zur Verleihung der *honorum possessio* gefolgert werden dürfte, ebenso wenig möchte im ganzen aus der Zuständigkeit für die *actiones ex interdicto* ein Schluß statthaft sein auf diejenige für den Erlaß des Interdictes selbst. Nur soweit jene Klagen sich als *arbitrariae* unmittelbar an den Erlaß des Interdictes anschließen müssen, ²⁴⁾ bedingt die Zuständigkeit für diesen zugleich die Zuständigkeit für sie, sodaß aus der letztern allerdings ein zwingender Rückschluß auf die erstere nicht abzuweisen sein würde. Indessen ist es völlig unbekannt, daß je ein *Municipal-*magistrat von der in den Pandekten bezeugten sachlich beschränkten Competenz eine *arbitraria actio ex interdicto* ertheilt habe. Wir wissen nicht einmal, ob das *agere ex interdicto per sponsionem et restipulationem* vor einem solchen Magistrate vorgekommen ist; denkbar wäre es immerhin, daß ihm auch die zur Erzwingung jener Sponsionen erforderliche Auctorität gemangelt hätte. ^{24a)} Hiernach gebriecht es der Schlußfolgerung Schmidts schon an der thatfächlichen Voraussetzung.

Es kommt mithin darauf an, die Gründe der herrschenden Ansicht ²⁵⁾ zu prüfen, daß die Befugniß, Interdicte zu erlassen, aus dem *imperium* geflossen sei.

24) Gai. IV, 164 sq.

24a) Vgl. Rappayne a. a. D. (N. 9a) S. 280.

25) Leift die *Bonorum possessio* Bd. 1 §. 53. v. Keller Civilpr. §. 74 N. 861. Schmidt a. a. D. S. 314 f.

Nicht entscheidend hierfür scheint mir die schon oben ^{25a)} berührte Stelle des Gaius IV, 139:

Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter *auctoritatem suam* finiendis controversiis *interponit*.

Freilich werden die Ausdrücke „auctoritas“, „auctoritatem interponere“ vorzugsweise gebraucht von der Thätigkeit der magistratus cum imperio in Beziehung auf die Rechtspflege. ²⁶⁾ Indessen wird „auctoritas“ gelegentlich

Rudorff Rechtsgesch. Bd. 2. S. 177 zu N. 6. Witte das interdictum Uti possidetis. S. 9 ff. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 1. S. 202. Bd. 2. S. 344. Kunze Cur Jus §. 213. Brunß Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 3 S. 408 zu N. 197. Huschke die Vulta und das Sacramentum S. 71 f.

25^{a)} S. S. 4.

26) §. 1 I. de fideic. hered. 2, 23: — Augustus — iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Gai. III, 224: iudex plerumque propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem. l. 8 §§. 6. 20. 21. 22 D. de transact. 2, 15 (vom Alimentenvergleich): praetoris auctoritas. l. 5 §§. 5. 6. 8. D. de reb. eor. 27, 9 (Veräußerung von Mündelgut): sine praetoris auctoritate. l. 2 §. 2 D. de op. publ. 50, 10: praeses provinciae auctoritatem suam interponit. l. 3 Cod. de pign. 8, 13: auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. l. 19 §. 1 D. de off. praes. 1, 18 vom praeses: ita ius reddi debet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat. l. 1 Cod. de abol. 9, 42 vom praeses provinciae: intercessione auctoritatis suae. Paul. V, 21a, 17: citra auctoritatem interpositi per praesidem decreti. Id. V, 5a, 1: Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur. Ebenso dürfte bei Paul. V, 26, 4 „sine auctoritate iudicis“ das gleichbedeutende Gegenstück bilden zu „sine iussu praesidis“. Vat. fragm. 313 (Diocletian. 296: — aditus is,

auch von der Jurisdiction der Municipalmagistrate gesagt,^{26a)} und nicht minder auf die eigentlich richterliche Thätigkeit angewandt, ohne Unterscheidung, ob dieselbe von einem magistratus cum imperio oder einem Municipalbeamten oder einem iudex privatus ausgeht.²⁷⁾ Es bliebe also

cuius de ea re notio est, auctoritatem suam interponet —) wird ebenfalls am natürlichsten vom praeses provinciae verstanden: es handelt sich um die vindication eines praedium nec mancipi. Auch l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 1 Cod. Iust. si per vim 8, 5: (Constantin. 326: Iudices absentium — auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant —) ist in ihrer ursprünglichen Bedeutung nur von höheren Magistraten zu verstehen, denn das interdictum momentariae possessionis ist erst durch Arcadius und Honorius 395, und zwar nur in leichteren Fällen, der Zuständigkeit der Municipalmagistrate unterworfen worden. L. 8 Cod. Theod. de iurisd. 2, 1. (s. unten N. 32.) — Ebenso verhält es sich mit l. 6 Cod. quod cum eo 4, 26 (Valerian. et Gallien. 259: — ingrediens rem tuam contra vim eius auctoritate competentis iudicis protegeris), wenn diese Stelle, wie wahrscheinlich ist, sich auf das interdictum Unde vi bezieht.

26*) L. 10 D. qui pot. 20, 4: pignus in causa iudicati ex auctoritate eius, qui iubere potuit, captum. l. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27, 9: ex auctoritate magistratum von der pignoris capio und distractio. cf. l. 29 §. 7 D. ad leg. Aquil. 9, 2 S. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilt. Bd. 2 §. 66 S. 69 zu N. 24. In der Compilation l. 1 Cod. si per vim 8, 5 und l. 6 Cod. quod cum eo. 4, 26 citt.

27) L. 1 D. de iureiur. 12, 2 vom richterlich auferlegten Eide: ex auctoritate iudicis. L. 2 Cod. de resc. vend. 4, 44 (Diocletian. 285): — auctoritate intercedente iudicis — von der Anfechtung eines Verkaufs wegen laesio enormis. Ich finde keinen Anhaltspunkt, den fraglichen Ausdruck hier auf den magistratus iuri dicundo,

immerhin denkbar, daß Gaius mit jenem Ausdrucke einen Gegensatz zu der Thätigkeit der Municipalbeamten hinsichtlich der Rechtspflege durchaus nicht bezeichnen wollte.

Karlowa²⁸⁾ zwar findet auf anderm Wege in den angeführten Worten des Gaius den Hinweis auf das imperium des interdicirenden Magistrates. Indem er nämlich das „principaliter“ im Sinne von „dem Range nach vorgehend, hauptsächlich“ nimmt, erhält er als logischen Gegensatz zu dem „principaliter auctoritatem suam interponere“ die „Anwendung des ius oder der lex“, als Inhalt jener Thätigkeit also „eine Ausübung des frei schaltenden, sich unter Umständen sogar über das Gesetz stellenden Imperium.“ Da jedoch Gaius die dadurch bedingte Zuständigkeit ganz unberührt läßt, so mußte für ihn der Ursprung des Interdictenverfahrens im Imperium völlig gleichgültig sein; und obendrein hatte seit der Aufstellung von actiones in factum conceptae der Gegensatz der, ebenfalls im Album proponirten, Interdicte zu der Anwendung von ius und lex seine sachliche Bedeutung verloren.

Unmittelbar ausgesprochen dagegen ist die Ableitung der Interdicte aus dem imperium in l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8:

(*Julianus* lib. 48 dig.) Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui *adversus edictum praetoris* aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin illusorium *praetoris imperium* erit.

Die Worte „adversus edictum praetoris“ nämlich, der sponsio ex interdicto angehörig,²⁹⁾ bezeichnen eine

und vollends auf einen solchen cum imperio, zu beschränken.

28) Der römische Civilprozeß zur Zeit der Legislationen S. 245.

29) Gai. IV, 141: — ad iudicem recuperatoresve itur et

Handlung, welche vorgenommen worden ist zuwider dem im interdictum redditum persönlich ausgesprochenen Verbote des Prätors^{29a)}. Damit nicht bei Verletzung dieses Verbotes das imperium praetoris in seinem Ansehen geschädigt werde, soll aus der Verletzung die Pflicht erwachsen, das dem Verbote zum Troste Gebaute niederzureißen.³⁰⁾

Bestätigt wird der Ursprung des Interdicirens aus dem imperium durch l. 2 Cod. de interd. 8, 1.:

(*Valerianus et Gallienus* A. A. Messiae.) Praeses provinciae in eum, qui eiusdem provinciae non est, nec ex interdicto potest cognoscere (PP. VII Kal. Mai. Saeculare et Donato Cons. (260)).

verbunden mit l. 3 D. de off. praes. 1, 18:

(*Paulus* lib. 13. ad Sabin.) Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet. — habet

ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iussit. §. 165: — actor provocat adversarium sponsione, [quod] contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit. Cic. pro Caec. 16, 45: sponsionem facere — ni adversus edictum praetoris vis facta esset. Lenel ed. perp. S. 367 zu N. 10 p. 378 f. unter 2. Schmidt a. a. D. S. 315 Nr. 36. Bgl. l. 5 §. 4 l. 18 pr. l. 22 l. 23 D. de O. N. N. 39, 1. — Nicht dagegen ist mit Keller Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 306 Nr. 28 und Schmidt a. a. D. S. 241 hierher zu stellen l. 102 pr. D. de R. J. 50, 17 (Ul. lib. 1. ad ed.); sie bezieht sich auf das Edikt über die in ius vocatio. cf. Gai. IV, 46. Lenel Ztschr. der Savigny-Stiftung Bd. 2 roman. Abth. S. 23 Nr. 24 und ed. perp. S. 42 zu Nr. 8 (s. unten §. 1838 a. Ziffer 89 zu Nr. 11). — Der Gegensatz zu contra edictum ist ex edicto z. B. l. 14 §. 2 D. quib. ex c. in poss. 42, 4.

29^{a)} S. unten §. 1838 a. Ziffer 89 zu Nr. 7.

30) Bgl. unten §. 1838 e. Ziffer 105 zu Nr. 73 ff.

interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint (si quis malum commiserit) etc.

Räge nämlich die Befugniß zu interdiciren in der gewöhnlichen *iurisdictio*, so hätte die Frage gar nicht entstehen können, ob ihre Anwendung im Einzelfalle an die Grundsätze über den Gerichtsstand gebunden sei. Insbesondere war die Frage, ob der Statthalter gegen alle innerhalb seiner Amtsprovinz sich aufhaltenden Personen *Interdicte* erlassen könne, nur dann möglich, wenn jene Befugniß auf eine höhere Amtsgewalt, eben das *imperium*, sich gründete. Aber auch in diesem Falle mußte die Frage verneint werden, da, wie Paulus uns lehrt, auch die Anwendung des *imperium* im ganzen den Regeln des Gerichtsstandes unterliegt.

Abgesehen also von *Delegation* waren die *Municipalmagistrate sine imperio* nicht fähig, ein *Interdict* zu erlassen. Allerdings führen die Pandekten unter denjenigen Zuständigkeiten, welche mangels *imperium* den *Municipalbeamten* fehlen, die *Interdicte* nicht mit auf. ³¹⁾ Allein es versteht sich von selbst, daß die *Compiler* ihre Erwähnung streichen mußten: nach dem Untergange des *Interdictenverfahrens* waren auch die *Municipalmagistrate* innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeitsgrenze für die *ex causa interdicti* stattfindenden *extraordinariae actiones* zuständig. ³²⁾

31) l. 26 cit. §. 1. l. 4 D. de iurisd. 2, 1.

32) Schmidt a. a. D. S. 208 bringt hierfür ein ausdrückliches Zeugniß bei in l. 8 §§. 1 sq. Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 (Arcad. et Honor. v. J. 395): *Momentariae etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, mereatur — proponitur. §. 2: Cum igitur de his rebus parvis ac minimis tuae sit iniuria potestatis iudicare, decretum est, eas tan-*

Unleugbar hat die Beschränkung der Interdicte auf die höheren Jurisdictionsmagistrate für uns etwas Befremdendes: es konnte danach z. B. ein Municipalbeamter zwar recht füglich für den Eigenthumsstreit über eine bestimmte Sache zuständig sein, nicht aber für den Proceß über ihren Besiz. Indessen ist dies schwerlich befremdender, als die zweifellose Thatfache, daß auch für das Verfahren gegen den indefensus sowie für die Vermögensexecution durch *missio in bona* ein Municipalmagistrat unzuständig war, eines solchen Verfahrens halber also in der geringfügigsten Sache in Italien der Prätor, in der Provinz der Statthalter angegangen werden mußte.³³⁾ In der That aber ist, wie wir später³⁴⁾ sehen werden, nur aus dem *imperium* die Entstehung des Interdictenverfahrens zu begreifen.

Ein eigenthümlicher Hinweis auf die Unzuständigkeit der Municipalbeamten für Interdicte wird uns im Ver-

tum causas criminales a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritis horror inscriptionis impleverit etc. Interpretatio ad h. l. Quoties de parvis criminibus, id est — modicae terrae seu domus invasae — sub criminis nomine actio fortasse processerit, ad mediocres iudices, qui publicam disciplinam observant, id est, aut defensores aut assertores pacis, vindictam eius rei decernimus pertinere etc. Hiernach soll das *interdictum Undi vi* nur dann vor den rector provinciae gebracht werden, wenn dasselbe das förmliche Criminalverfahren mit *inscriptio* erheischt. Vgl. Brunß die Besizklagen S. 99 f. S. auch Hartmann a. a. O. S. 577 N. 17.

33) l. 4 cit. D. de iurisd. 2, 1: — in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis. l. 26 §. 1 cit. D. ad munic. 50, 1: Magistratibus municipalibus non permittitur — bona rei servandae causa iubere consideri.

34) S. unten §. 1839. Ziffer 110.

hältnisse der letzteren zu gewöhnlichen actiones noch aufstoßen.³⁵⁾

Die Grundsätze über den Gerichtsstand für Interdicte sind ganz dieselben, wie diejenigen für gewöhnliche Klagen.³⁶⁾

Ebenso beruht die Zuständigkeit des praefectus urbi für die unter die interdicta Quod vi aut clam und Unde vi fallenden Sachen³⁷⁾ auf dem allgemeinen Gedanken, welcher dessen Jurisdiction überhaupt bestimmt, nämlich auf dem Interesse der öffentlichen Sicherheit.³⁸⁾ In späterer

35) S. unten §. 1839 Ziffer 115 zu N. 47.

36) Doch sei hervorgehoben, daß nach der herrschenden Ansicht das forum delicti commissi im Civilprozeße, abgesehen von der Connexität mit Criminalsachen und von Nothklagen (l. 43 D. de nox. act. 9, 4), zuerst für das interdictum Unde vi eingeführt ist durch l. un. Cod. ubi de poss. 3, 16 (Valentinian. et Valens. a. 366): Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare. Weßell System des ordentlichen Civilprozeßes §. 41 N. 31. Hinsichtlich des Unde vi würde übrigens das nämliche Gericht sowohl als forum delicti commissi zuständig sein, wie als forum rei sitae. Bezieht man jedoch mit Donellus comm. iur. civ. XVII, 17, 3 und Brunß Besitzklagen l. un. cit. auch auf das interdictum retinendae possessionis, sofern dasselbe durch gewaltsame Störung veranlaßt wird (vgl. darüber unten §. 1840 Ziffer 122 zu N. 48 b), so kann jene Constitution nur vom forum rei sitae verstanden werden: das interdictum retinendae possessionis ist auch im fraglichen Falle keine Delictsklage. Unter allen Umständen gehört aber diese Competenzbestimmung einer Zeit an, als das Interdictenverfahren seine Eigenthümlichkeit verloren hatte. S. unten §. 1840. Ziffer 123 zu N. 71 b f.

37) L. 1 §. 6 D. de off. praef. urbi, 1, 12 (s. oben N. 7).

38) Mommsen römisches Staatsrecht II, 2. 2. Aufl. S. 1019 zu N. 5.

Zeit hat der praefectus urbi die höchste Civiljurisdiction in der Hauptstadt und intra centesimum urbis miliarium ohne Beschränkung; ³⁹⁾ somit bezeichnet in der Compilation die Hervorhebung jener beiden Interdicte wohl nur, daß er sich thatsächlich mit anderen Interdictensachen in erster Instanz nicht zu befassen pflegte. Die letzteren blieben der Jurisdiction der ihm untergeordneten Gerichte überlassen, zu denen außerhalb der Stadt auch die Municipalmagistrate der Umgegend gehörten. Und so erblickt mit Recht Schmidt ⁴⁰⁾ in der Hervorhebung der beiden Interdicte eine mittelbare Bestätigung dafür, daß in späterer Zeit auch die Municipalgerichte für Interdictensachen zuständig gewesen sind.

3. Ein bezeichnender Unterschied der Interdicte von anderen Befehlen eines Jurisdictionsmagistrates an eine Partei oder an beide Parteien, z. B. von dem Gebote bei der rei vindicatio im Sacramentsproceffe: „mittite ambo hominem,“ liegt darin, daß ein Interdict nur auf Partei-antrag ergeht, während jene anderen Befehle bei der gegebenen Sachlage von Amtswegen erfolgen. ^{40a)}

Ueber die allgemeinen persönlichen Voraussetzungen für die Fähigkeit, ein Interdict zu erwirken, und umgekehrt, von einem solchen betroffen zu werden, sagen m. W. die Quellen nichts. Es darf aber als zweifellos gelten, daß die Eigenthümlichkeiten des Interdictenverfahrens in dieser Beziehung keinerlei Abweichung von den bekannten Grund-

39) L. 7 Cod. Theod. de off. praef. urbi 1, 6 = l. 3 Cod. Iust. eod. 1, 28 v. §. 376. Symmachi Epp. X, 37 und 43 (= relat. 17 und 23). Cassiodor. Var. I, 32. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 3. S. 60 N. 8. S. 62 N. 25. Mommsen röm. St.-R. II, 2² S. 1022.

40) a. a. D. S. 208 f.

40*) Vgl. Bekker Aktionen II. S. 52. S. 56 zu N. 8.

fäßen über die *legitima persona standi in iudicio* gegenüber den eigentlichen *actiones* geboten haben.

Der Erlaß des Interdicts setzt die Anwesenheit beider Parteien oder ihrer Vertreter in *iure* voraus.

Die Anwesenheit des Interdictenklägers ergibt sich ohne weiteres daraus, daß das Interdict nur auf Antrag erging, der Antrag dazu aber, wie alle Anträge in *iure*, mündlich gestellt werden mußte.

Umgekehrt folgt die Anwesenheit des Interdictenbeklagten daraus, daß das Interdict mündlich erlassen wurde. ^{40b)}

Die Quellen bekunden beides wenigstens mittelbar, indem sie den Ausdruck *interdicta* erklären: *quia inter duos dicuntur*, — wobei eben die Anwesenheit der Parteien angenommen werden muß. ⁴¹⁾ Aus der Fassung der Inter-

40^{b)} Ohne jeden Grund meint Buchta Inst. §. 169, der Befehl sei in einer kurzen Schrift den *formulae* analog ergangen. — Eine ganz andere Frage ist es natürlich, ob ein Protocoll oder eine Registratur zu den Akten des Prätors über den Erlaß eines Interdictes aufgenommen wurde; sie dürfte zu bejahen sein. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 233.

41) §. 1 J. de interd. 4, 15. Theophil. ad h. l. *Ἰντερδικτον-ἔστιν ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν*. Für diese Ableitung spricht auch die Analogie von *interfari* und *interloqui*, sowie die Verbindung *interdictum prohibitorium*, welche pleonastisch sein würde, wenn die ursprüngliche Bedeutung von *interdictum* gleich Verbot wäre. Schmidt Interdictenverfahren S. 5. Heideberger Jahrb. für Literatur 1863 S. 689 f. Reinh. Klotz M. Tullius Ciceros sämtliche Reden kritisch bearbeitet und erläutert. Bd. 1. S. 454. A. W. Witte das *interdictum Uti possidetis*. S. 24 ff. Weniger Gewicht möchte ich legen auf Theophil. ad pr. h. t., wo es von den Parteien bei einem Interdictsprozesse *de possessione vel quasi possessione* heißt: *ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα τοῦτο αὐτῷ διηγούμενοι κτλ.*

dichte selbst ergibt sich die Anwesenheit des Klägers bei ihrem Erlasse nur ausnahmsweise. ⁴²⁾ Die Anwesenheit des Beklagten dagegen erhellt aus der ihn aurendenden Fassung sämtlicher restitutorischer und exhibitorischer Interdicte sowie mancher prohibitorischer; und allgemein bezeugt wird sie, mit ausdrücklicher Einbeziehung auch der unpersönlich gefaßten Interdicte der letzten Art in l. 1 §. 3 D. h. t.: ⁴³⁾

(*Ulpian.* lib. 67. ad ed.) Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

Bei Abwesenheit des, nicht etwa vertretenen, Gegners fand das gewöhnliche Verfahren gegen indefensi statt, nämlich missio rei servandae causa.

L. 3 §. 14 D. de hom. lib. exh. 43, 29:

(*Ulp.* lib. 71 ad ed.) Hoc interdictum et in absentem esse rogandum, *Labeo* scribit; sed si non defendatur, in bona eius eundum ait.

Denn dies könnte an sich die Regel bezeichnen, ohne Ausnahmen auszuschließen. Obendrein scheint *Theophilus* vorzugsweise das duplex interdictum retinendae possessionis im Sinne zu haben, bei welchen sich die Anwesenheit beider Parteien in iure mindestens dann von selbst versteht, wenn beide als Antragsteller auftreten. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 209 f.

42) z. B. beim Uti possidetis und dem diesem nachgebildeten interdictum de superficiebus (Genel S. 383 §. 249), nicht jedoch beim Utrubi, (das. S. 392 N. 1), also nicht bei allen interdicta duplicia; — ferner beim interdictum de itinere actuque privato (das. §. 250 S. 383 f. unter 1); de itinere etc. reficiendo (das. S. 384 unter 2); de aqua cottidiana et aestiva (das. §. 251 S. 384 f.); de fonte und de fonte reficiendo (das. §. 253 S. 385 f.)

43) Schmidt a. a. D. S. 211. S. auch desselben civilistische Abhandlungen Bd. 1. S. 51—62. — Vgl. unten §. 1839 a Ziffer 117 nach N. 17 f.

Offenbar soll hiermit nicht etwa eine Besonderheit des *interdictum de homine libero exhibendo* bekundet werden; im Gegentheil hätte bei diesem die Frage aufgeworfen werden können, ob beim Nichterscheinen des Beklagten, der einen unbestritten freien Menschen ⁴⁴⁾ wider dessen Willen fest hielt, nicht einfach des letzteren Freilassung *vi potestatis* zu erzwingen sei. Wenn hier gleichwohl das bei den auf Condemnation abzielenden *actiones* übliche Verfahren stattfindet, so ist gemiß die Schlußfolgerung statthaft, daß eben dieses Verfahren für alle *Interdicte* eintrat. ⁴⁵⁾

Die Stellvertretung ⁴⁶⁾ ist im allgemeinen sowohl aufseiten des *Impetranten* zulässig, ⁴⁷⁾ als aufseiten dessen, gegen den das *Interdict* beantragt wird. ⁴⁸⁾ Es darf dies

44) S. unten §. 1835 a Biffer 15 nach N. 36.

45) Vgl. über die ganze Frage Schmidt a. a. D. S. 209—212. S. auch v. Bethmann-Hollweg *Civilpr.* Bd. 2 §. 106 N. 53 S. 567, der, wenn ich recht verstehe, das *interdictum de homine libero exhibendo* irrig für eine *Präjudicialklage* hält. Vgl. l. 3 cit. §. 7 und den von ihm selbst angeführten §. 13 i. f.

46) Schmidt a. a. D. S. 212—217.

47) l. 35 §. 2 D. de proc. 3, 3 (Ulp. lib. 9. ad ed.): *Non solum autem si actio postuletur a procuratore, sed et si praeiudicium vel interdictum, vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caveri: debet absentem defendere etc.* l. 62 eod. (Pompon. lib. 2. ex Plautio): *Ad legatum petendum procurator si interdicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis, procuratoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum, non obstat.* l. 6 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Julian. lib. 43. dig.): *Ei, qui hoc interdicto experitur „ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur“, quamvis de loco publico interdicat, nihilo minus procuratoris dandi facultas est.*

48) l. 39 pr. D. de proc. 3, 3 (Ulp. lib. 9. ad ed.): *Non solum autem in actionibus et [in] interdictis et*

schon für die Zeit vor der lex Aebutia angenommen werden, selbstverständlich mit der Maßgabe, daß, solange die Klagen ex interdicto als legis actiones verhandelt wurden, für diese die Stellvertretung nur in den wenigen Ausnahmefällen statthaft war, in denen der Legisactionen-Proceß eine solche überhaupt gestattete.

Sofern die Erwirkung eines Interdicts sachlich innerhalb des dem Bevollmächtigten aufgetragenen Geschäftskreises liegt, wie z. B. die Erwirkung des interdictum de tabulis exhibendis für den mit Eintreibung eines Legates Beauftragten, bedarf es einer besondern Vollmacht dazu nicht. ⁴⁹⁾

Im übrigen gelten die gewöhnlichen Regeln hinsichtlich der Cautionen, welche seitens der Stellvertreter zu bestellen sind, also klägerischerseits der cautio de rato, ⁵⁰⁾ beklagterseits der cautio iudicatum solvi. ⁵¹⁾ Schmidt meint,

in stipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque etc. l. 3 §. 14 D. de hom. lib. exh. (oben S. 21). l. 3 §. 10 D. quod vi. 43, 24 (s. unten § 1838 Ziffer 86 N. 76).

49) l. 62 cit. de proc. 3, 3 (oben N. 47).

50) Vgl. l. 45 §. 2 D. de proc. 3, 3 (Paul. lib. 9. ad ed.): Si procuratori opus novum nuntiatum sit, isque interdicto utatur „ne vis fiat aedificanti“, defensoris partes eum sustinere nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum Julianus ait, et si satisdederit, non animadverto, inquit Julianus, quo casu stipulatio committetur. Daß in dem hier behandelten Falle der das Interdict erbittende Procurator des Nuntiaten von der cautio de rato frei bleibt, erklärt sich aus dem Umstande, daß der Nuntiat in Bezug auf das gesammte Bauverhältniß die Stellung des Beklagten einnimmt. Schmidt a. a. O. S. 214 f.

51) l. 5 §. 20 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp. lib. 52. ad ed.): Si procurator autem opus novum mihi nuntiaverit et satis acceperit, deinde interdicto adversus eum utar, ne vim mihi faciat, quo minus aedificem, ex interdicto

die letztere sei erst in demjenigen Termine bestellt, in welchem die actio ex interdicto gewährt wurde. ⁵²⁾ Denn sie sei nach l. 3 pr. ⁵³⁾ und l. 20 D. iud. solvi 46, 7 ⁵⁴⁾ mit Bezugnahme auf die Person eines bestimmten Richters geleistet, dieser aber habe erst für die actio ex interdicto festgestellt werden können. Die erste Stelle jedoch handelte in ihrer ursprünglichen Fassung gar nicht von der cautio iudicatum solvi, sondern von der cautio pro praede litis et vindiciarum. ⁵⁵⁾ Und selbst für diese beweiset sie nichts weiter, als daß sie auf die Person eines bestimmten iudex gefaßt werden konnte, keineswegs, daß sie es mußte. Vielmehr erhellt aus l. 12 D. qui satisfacere 2, 8 ⁵⁶⁾

eum oportet iudicatum solvi satisfacere, quia partes sustinet defensoris. l. 6 eod. (Julian. lib. 41. dig.): et ideo neque exceptiones procuratoriae opponi ei debent, nec satisfacere cogendus est ratam rem dominum habiturum.

52) a. a. D. §. 217.

53) Ulp. lib. 77. ad ed. Si quis apud [ut ad M.] aliquem iudicem iturus stipulatus est iudicatum solvi et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non huius iudicis sententiae fideiussores se subdiderunt.

54) Scaevola lib. 20. dig. Cum apud Sempronium iudicem datum reus defenderetur, stipulatione cautum est, ut, quod Sempronius iudex iudicasset, praestaretur: a cuius sententia petitor appellavit et, cum apud competentem appellationi iudicem res ageretur, defensore condemnato quaesitum est, an stipulatio commissa esset. respondit secundum ea, quae proponerentur, non esse iure commissam. Claudius: ideo stipulatione adicitur: „quive in eius locum substitutus erit.“

55) Lenel ed. perp. §. 281, namentlich §. 409 N. 2 vgl. §. 411 N. 3.

56) Ulp. lib. 77. ad ed. Inter omnes convenit, heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si

und *Paul. V.*, 9 §. 1, ⁵⁷⁾ sowie namentlich aus l. 8 D. iud. solvi, ⁵⁸⁾ daß sie auch vor der Litiscontestation stattfand, ja unter Umständen nothwendig war. L. 20 cit. mag immerhin schon in Scaevolas Sinne von der cautio iudicatum solvi seitens des Procurators geredet haben: jedenfalls bekundet auch sie nur die Möglichkeit einer Bestellung dieser Caution nach der Litiscontestation, während eine große Anzahl von Quellaussprüchen umgekehrt als Regel ihre Bestellung vor der Litiscontestation darthut. ⁵⁹⁾ In

defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si obtinuerit, committi stipulationem. et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi.

- 57) Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur etc. Vgl. Lenel a. a. D. S. 412.
- 58) *Paul. lib. 74 ad ed.* Si petitor post satisfactionem ante iudicium acceptum heres possessori exstiterit, extinguitur stipulatio. Vgl. Lenel a. a. D. S. 409 N. 3.
- 59) l. 11. l. 14. D. qui satisd. 2, 8. l. 8 §. 3. l. 15 pr. l. 40 §. 2 vbb. mit §. 3. l. 43 §. 6. l. 76 D. de proc. 3, 3. l. 13 §. 1 D. iud. solvi 46, 7. Alle diese Stellen betreffen die Anwendung der Caution in dem Falle, wo auf beklaglicher Seite ein Procurator auftritt. Ueber l. 20 cit. vgl. auch Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen. S. 160 N. 22. Auch l. 5 pr. D. de H. P. 5, 3 (*Ulp. lib. 14. ad ed.*): Divus Pius rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis vel rerum eius restitutione satisfacere: causa autem cognita, etsi non talis data sit satisfactio, sed solita cautio, etiam post litem

dem hier fraglichen Verhältnisse aber mußte sie gewiß spätestens gleich nach Erlaß des Interdicts bestellt werden. Denn schwerlich würde es, wie Schmidt annimmt, ein vollkommen angemessenes Ergebnis gewesen sein, wenn sie erst bei Gewährung der *actio ex interdicto*, „also besonders bei prohibitorischen Interdicten oft erst geraume Zeit nach Erlaß des prätorischen Befehls“⁶⁰⁾ gemacht worden wäre, weil ja erst mit der Bestellung des Richters ein *Judicat* zu gewärtigen sei. Oder hätte bis dahin der Kläger ohne jede Sicherung einen durchaus nicht legitimierten Defensor seines eigentlichen Gegners sich gefallen lassen müssen?

Von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung findet auf klägerischer Seite eine grundsätzliche Ausnahme statt bei den *interdicta popularia*. Derselbe Grund, welcher für die Anstellung einer *actio popularis* die Stellver-

coeptam deminutionem se concessurum praetor edixit etc. beweiset nicht, daß die *cautio pro praede litis et vindiciarum* und die *cautio iudicatum solvi* bei *vindicationes* (beide sind unter der *solita cautio* zu verstehen. *Lenel a. a. O. S. 108*) erst bei der *litis contestatio* bestellt zu werden pflegten. Die Worte „*antequam lis inchoaretur*“ sind in dem allgemeinen Sinn zu nehmen: bevor die Klage (durch Ladung) eingeleitet wird. Es kann nämlich der Gegner guten Grund haben, bevor er förmlichen Rechtsstreit durch Ladung eröffnet, erst noch sorgfältige und zeitraubende Erkundigungen anzustellen, während ihm begreiflicherweise schon jetzt daran liegt, daß der Nachlaßbestand gesichert werde. *Lenel a. a. O. S. 408 No. 2*. Nach der Ladung kann m. E. die *cautio pro praede litis et vindiciarum* bzw. die *cautio iudicatum solvi* verlangt werden. Bezieht man die Worte *etiam post litem coeptam* auf die *litis contestatio*, so ergeben sie *a contrario* den Beweis, daß unsere Cautionen vor der *litiscontestatio* bestellt zu werden pflegten.

60) *a. a. O. N. 8.*

tretung anschließt, ⁶¹⁾ nämlich, weil eine solche Plage vor der Litiscontestation nicht zu dem Vermögen eines Einzelnen gehört, ⁶²⁾ — steht auch der Erwirkung eines populare interdictum durch einen Stellvertreter entgegen. ⁶³⁾

- 61) l. 5. D. de pop. act. 47, 23 (Paul. lib. 8. ad ed.): Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest: is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest.
- 62) l. 7 §. 1 eod. (Paul. lib. 41. ad ed.): Item qui habet has actiones, non intellegitur esse locupletior. l. 12 pr. D. de V. S. 50, 16 (Ulp. lib. 6. ad ed.): — quod si ex populari causa (sc. debeatur), ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse. S. auch l. 32 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2.
- 63) Sofern jedoch der Interdictenkläger zugleich ein persönliches Vermögensinteresse verfolgt, ist Stellvertretung zulässig: alsdann ist das interdictum quasi privatum. Schmidt S. 129 N. 11 schlägt für solche Fälle den Namen interdicta mixta, tam popularia quam privata vor. l. 42 pr. D. de proc. 3, 3 (Paul. lib. 8. ad ed.): Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito, eum, qui de via (so ist ungeachtet Basil. 8, 2, 42: *περι βλας δημοσιας* — mit dem Scholion des Stephanus zu dieser Stelle [*πάροδος*] zu lesen) publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet. Nach Schmidt a. a. O. S. 133 N. 20 wäre mit dem agere de via publica das interdictum restitutorium de itinere publico (l. 2 §. 35 D. ne quid in loco publ. 43, 8) gemeint. Dazu würde jedoch das „damno ex prohibitione“ nicht passen. Gemeint ist vielmehr das interdictum prohibitorium „Quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto“ (l. 2 cit. §. 45), welches in der That ein Popularinterdict ist. S. unten §. 1835 Ziffer 8 zu N. 35 ff. — Vgl. l. 45 §. 1 D. de

Eine besondere Ausnahme, und zwar ebenfalls auf activer Seite, ist zu bemerken für das *interdictum de liberis ducendis*.⁶⁴⁾ Dieses Interdict soll regelmäßig nur der angebliche Gewalthaber selbst gebrauchen; nur aus zwingenden Gründen wird ihm gestattet, sich eines Specialbevollmächtigten zu bedienen.⁶⁵⁾

4. Die Fassung der Interdicte entspricht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle den im Edicte des Interdicenten aufgestellten Formularen. Diese sind eben nur die öffentlich kund gegebenen Vorbilder, nach denen im einzelnen Falle der Edicent ein Interdict, *interdicti formula i. d. S.*,^{65a)} erlassen will, ganz ebenso, wie die im Edicte pro-

proc. 3, 3 (Paul. lib. 9. ad ed.): Qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare, et postea alius agens exceptione repellitur; und andererseits l. 6 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben S. 22 N. 47). Schmidt S. 128 f. S. 133 ff. S. 213. Brunß die römischen Popularklagen in Ztschr. für Rechtsgech. Bd. 3 S. 391 ff. (Kleinere Schriften Bd. 1 S. 355 ff.)

64) l. 3 pr. D. de lib. exh. 43, 30.

65) l. 40 pr. D. de proc. 3, 3 (Ulp. lib. 9. ad ed.): Pomponius scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare, nisi, ut ait Julianus, causa cognita, id est, si et nominatim ei mandatum sit, et pater valetudine vel alia iusta causa impediatur. Denique heißt hier wie mehrfach: zum Beispiel. Basil. 8, 2, 40 Interpretatio übersetzt „*ὄστε*.“ Vielleicht sind übrigens mehrere vorangehende andere Beispiele von den Compilatoren gestrichen. Schmidt S. 214 N. 2.

65*) Gromatici veteres Lachm. p. 49 v. 14 sq.: De possessione plurimum interdicti formula litigatur. cf.

ponirten formulae actionem die Vorbilder für die im Einzelfalle wirklich ertheilten actiones sind. ⁶⁶⁾

Unter den, im Album proponirten, Interdicten finden sich manche, welche schon als funngemäße Weiterbildungen älterer edictsmäßiger Interdicte erscheinen, also als *utilia interdicta* i. d. S. ⁶⁷⁾

p. 80 v. 25. — Ohne Grund bezieht v. Savigny das Recht des Besizers §. 34 (7. Aufl. S. 379 N. 1) und Zimmermann Geschichte des Römischen Privatrechts Bd. 3 §. 71 S. 220 N. 2 a. E. diese Stelle auf die *ex interdicto reddito* dem Geschwornen ertheilte formula. Ebenso deutet der Erstere a. a. D. Theophil. ad pr. J. de interd. 4, 15: *ὁμῖλλα πρακτικῶς ἑνὸς ἡμῶν τὸν δικαστῆν.*

- 66) Schmidt a. a. D. S. 3—6. Vgl. Blaffatz Edict und Klagform §. 14 S. 137.
- 67) Schmidt S. 20 unten bis S. 22 oben. Hierher gehören die *interdicta Uti possidetis* und *Unde vi* des Nießbrauchers. Vat. fragm. §. 90: *Inde ut interdictum Uti possidetis utile hoc nomine proponitur (et) Unde vi (sc. usufructuario), quia non possidet etc.* §. 91: — lib. II. de interdictis sub titulo „Si uti frui prohibitus esse dicitur.“ l. 27 i. f. D. de donat. 39, 5: — ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur. VeneI ed perp. S. 376 §. 245. S. 380 f. §. 247 unter 2. v. Wangerow Band. I. §. 355 Anm. 2 unter 1. 7. Aufl. S. 779. Entsprechend könnte man mit Rudorff Ztschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 11 S. 230 das *interdictum de superficiebus* ein *interdictum Uti possidetis utile* nennen, was freilich in den Quellen nicht geschieht. Schmidt a. a. D. S. 22 N. 12 vgl. l. 1 §. 2 D. de superf. 43, 18: *exemplo interdicti Uti possidetis — veluti Uti possidetis interdicto. — omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.* Ferner gehört hierher das *interdictum Quem usumfructum*; es ist ad exemplum interdicti *Quem fun-*

Selbstverständlich aber blieb es dem Prätor unbenommen, in geeigneten Fällen auch solche Interdicte zu ertheilen, welche in seinem Edicte nicht proponirt waren. ⁶⁸⁾ Degreiflicherweise lehnte sich die Fassung derartiger nicht proponirter Interdicte meist ebenfalls an diejenige proponirter an, so daß in ihnen eine zweite Art von *utilia interdicta* auftritt. ⁶⁹⁾

dum proponirt. Vat. fragm. 92. Lenel a. a. D. §. 382 §. 248 unter 2. Ebenso das entsprechende Interdict im Proceß um Präbialservituten. Lenel §. 386 f. §. 255. Auch die *interdicta adipiscendae possessionis* des *bonorum emtor* und des *bonorum sector*, das sog. *possessorium* und das *sectorium*, lassen sich hierher stellen: sie sind proponirt nach Analogie (*similiter, eiusdem condicionis*) des *interdictum Quorum bonorum*. Gai. IV, 145 sq.

68) Schmidt a. a. D. §. 22 ff. Bekker Aktionen Bb. 2 §. 55 zu N. 7.

69) Schmidt a. a. D. §. 22 z. B. Vat. fragm. §. 90. Lenel ed. perp. §. 363 N. 4. l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4. Lenel a. a. D. §. 364 N. 4. l. 3 cit. §. 1. Lenel N. 5 l. 2 §§. 6, 8. D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 2 cit. §. 39. Lenel §. 367 N. 14. l. 1 §§. 12, 17, 18. D. de flumin. 43, 12. Lenel §. 369 §. 241 unter 1 a. §. l. un. §§. 7, 9 D. ut in flum. publ. navigare 43, 14. Lenel §. 369 N. 18 l. un. §. 6 D. de ripa mun. 43, 15. Lenel §. 370 N. 6. l. 1 §. 20 D. de vi 43, 16, sofern diese Stelle von der Bereicherung des Gewalthabers oder Arbeitsgebers verstanden wird. vgl. l. 16 eod. l. 27 D. de donat. 39, 5 l. 3 §§. 15 sq. D. unde vi. 43, 16. Lenel §. 376 N. 6 f. l. 3 §. 6 D. uti poss. 43, 17. Lenel §. 377 N. 11. l. 1 §. 9 i. f. D. de superf. 43, 18. l. 14 D. de iniur. 47, 10. Lenel §. 380 zu N. 7. §. 381 N. 1. l. 2 §. 3 i. f. D. si serv. 8, 5. Schmidt a. a. D. §. 20 f. N. 10 l. 1 §. 37 D. de aq. cott. 43, 20. l. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1. Lenel §. 384 zu N. 4 f. l. 3 §§. 6—10 D. de itin. actuque priv. 43, 19.

Es war indessen auch möglich, im Bedarfsfalle ein Interdict ohne formelle Anlehnung an ein proponirtes

Lenel §. 384 N. 5. S. das. zu N. 7 arg. l. 3 §. 2 D. eod. l. 5 §. 3 eod. Lenel §. 384 N. 10 l. 1 §§. 35, 36 D. de aq. cottid. 43, 20., Lenel §. 385 N. 1. l. 1 cit. §. 37. Lenel §. 385 N. 2. l. 3 §§. 6, 7, D. de riv. 43, 21. Lenel §. 385 N. 20 l. 1 §§. 8, 9 D. de cloac. 43, 23. Lenel §. 386 N. 6. l. 2 eod. Lenel §. 386 N. 9. vgl. Schmidt in Zeitschr. für gesch. R.-W. Bd. 15 S. 84 ff. l. 1 Cod. de interd. 8, 1. Lenel §. 390 N. 1. Schmidt Interdictenverf. S. 14 zu N. 4. S. 323 zu N. 2. Vgl. Beker Aktionen Bb. 2 S. 57 N. 10 f. l. 1 §. 4 D. de arb. caed. 43, 27. l. 1 §. 3 D. de migr. 43, 32. Lenel §. 393 N. 3.

Mit Recht bemerkt übrigens Schmidt a. a. O. S. 13 N. 2 a. E., daß der Ausdruck *utile interdictum*, gerade wie *utilis actio*, mitunter auch in der nicht technischen Bedeutung: wirksames Interdict vorkomme, also im Gegenfaze von *inutile interdictum*, z. B. l. 3 § 5 D. *uti poss.* 43, 17. l. 1 §. 11 D. *de itin.* 43, 19; f. ferner l. 3 §. 5 eod. l. 43 D. *de relig.* 11, 7. l. 1 § 24 D. *de aq. cott.* 43, 20 l. 3 §§. 2, 3. D. *de riv.* 43, 21. Paul. R. S. V, 6, 3. l. 7 §. 1 i. f. D. *quod vi* 43, 24. Hierher gehört auch l. 1 §. 20 D. *de vi* 43, 16, sofern diese Stelle nicht von der Haftung des Gewalthabers oder Arbeitsgebers verstanden wird. S. oben. Schon die Glosse *ad h. l.* giebt beide Deutungen. Ebenso möchte ich hierher stellen l. 18 §. 15 D. *de damn. inf.* 39, 2: es scheint mir kein Grund vorhanden, mit Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2. S. 573 f. N. 11 eine Fassung anzunehmen etwa wie: *unde tu illum, qui a me possidere iussus est, vi deiecisti*; die gewöhnliche Fassung reichte aus. Ferner l. 11 § 6 D. *quod vi* 43, 24 (f. unten §. 1838 Biffer 86 zu N. 77 ff.).

Muster zu erlassen, ganz ebenso, wie gelegentlich der Prätor eine *actio in factum* ohne derartiges Muster erteilte.⁷⁰⁾

§. 1834.

Gegenstand der Interdicte.

5. Proponirt waren im hauptstädtischen Edicte folgende Interdicte:¹⁾

70) §. 1. 15 D. ad exhib. 10, 4 (unten §. 1839 Ziffer 115 nach N. 71), wo die Alternative vel interdictum vel iudicium (sc. in factum) ausdrücklich ausgesprochen ist. Schmidt §. 24 N. 2 l. 9 §. 1 D. de damn. inf. 39, 2. (s. unten §. 1839 Ziffer 115 nach N. 71), l. 7 §. 2 eod. (s. daselbst nach N. 57) und dazu Burdhard a. a. D. §. 12 ff. l. 1 §. 2 D. si ventris nom. 25, 5. l. 5 §. 3 D. quib. ex c. in poss. 42, 4. Schmidt a. a. D. §. 23 ff. Hierher gehört wohl auch das prohibitorische Interdict der l. 1 §. 23 und l. 2 §. 5 D. de aq. et aq. pl. arc. 39, 3. Burdhard a. a. D. Thl. 3 §. 471 ff. N. N. Schmidt civilist. Abhandl. Bd. 1 §. 121 ff. N. 24. Nicht minder das Interdict, welches Gaius und Marcian in den Fällen der l. 11 D. ut legat. 36, 3 und der l. 40 i. f. D. de solut. 46, 3 gewähren, während Ulpian nach l. 1 §. 9 D. quod legat. 43, 3 das edictmäßige Quod legatorum anwenden will. Schmidt Interdictenverf. §. 29 zu N. 13 f. §. unten §. 1838 Ziffer 86 zu N. 71 ff. — Ein Interdict ohne Edictsmuster ist auch das von Labeo gegen Verunreinigung u. s. w. von Leitungswasser nach l. 1 §. 27 D. de aq. cott. 43, 20 vorgeschlagene. Lenel ed. perp. §. 384 f. N. 18.

1) nach Lenel ed. perp. §§. 227—268. Vgl. das. §. 35 f. Die älteren Zusammenstellungen können jetzt unberücksichtigt bleiben, so namentlich bei Zimmermann Rechtsgesch. III. §. 73, Rudorff de iuris dictione edictum §§. 222—275 und danach Vetterkt. II. Weil. R. §. 323—327.

I. de universitate

- 1) Quorum bonorum; ^{1a)}
- 2) Quod legatorum; ²⁾
- 3) Quam hereditatem; ³⁾
- 4) Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est; ⁴⁾
- 5) Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est; ⁵⁾
- 6) de tabulis exhibendis; ⁶⁾
- 7) das f. g. possessorium; ⁷⁾
- 8) das sectorium. ⁸⁾

II. de singulis rebus.

A. de rebus divinis.

- 9) Ne quid in loco sacro religioso (sancto) fiat; ⁹⁾
- 10) Quod in loco sacro religioso (sancto) factum est, ut restituatur; ¹⁰⁾
- 11) de mortuo inferendo; ¹¹⁾
- 12) de sepulchro aedificando. ¹²⁾

- 1^a) Dig. 43, 2. Cod. 8, 2.
- 2) Dig. 43, 3. Cod. 8, 3.
- 3) Ulp. inst. fragm. Vindob. §. 4 (ed. Krueger).
- 4) Dig. 43, 4.
- 5) Dig. 43, 4.
- 6) Dig. 43, 5. Cod. 8, 7.
- 7) Gai. IV, 145.
- 8) Gai. IV, 146.
- 9) Dig. 43, 6.
- 10) L. 2 §. 19 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1. l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1.
- 11) l. 1 pr. D. de mortuo infer. 11, 8.
- 12) l. 1 cit. §. 5.

B. de rebus publicis.**a. de locis et itineribus.**

13) Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur; ¹³⁾

14) Ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius fiat; ¹⁴⁾

15) Quod in via publica itinereve publico factum immissum habitum est, ut restituatur; ¹⁵⁾

16) Ut via publica itinereve publico ire agere liceat; ¹⁶⁾

17) de loco publico fruendo; ¹⁷⁾

18) de via publica et itinere publico reficiendo. ¹⁸⁾

b. de fluminibus publicis.

19) Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur; ¹⁹⁾

20) Quod in flumine publico ripave eius factum etc. habitum est, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, ut restituatur; ²⁰⁾

21) Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit; ²¹⁾

22) Quod in flumine publico ripave eius factum etc. habitum est, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, ut restituatur; ²²⁾

13) l. 2 pr. D. ne quid in loco publ. 43, 8.

14) l. 2 cit. §. 20.

15) l. 2 cit. §. 35.

16) l. 2 cit. §. 45.

17) Dig. 43, 9.

18) Dig. 43, 11.

19) l. 1 pr. D. de flum., ne quid. in flum. publ. 43, 12.

20) l. 1 §. 19 eod.

21) l. un. pr. D. ne quid. in flum. publ. 43, 13.

22) l. un. cit. §. 11.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 35

23) Ut in flumine publico navigare liceat; ²³⁾

24) de ripa munienda. ²⁴⁾

C. de rebus privatis.

a. de rebus soll.

aa. de praediis.

25) de vi (non armata); ²⁵⁾

26) de vi armata; ²⁶⁾

27) Si uti frui prohibitus esse dicetur; ²⁷⁾

28) Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est; ²⁸⁾

29) Uti possidetis; ²⁹⁾

30) secundaria interdicta; ³⁰⁾

31) Uti possidetis utile für den Nießbraucher; ³¹⁾

32) Quem fundum; ³²⁾

33) Quem usumfructum. ³³⁾

34) **bb. de superficiebus** ³⁴⁾

cc. de iuribus praediorum.

35) de itinere actuque privato; ³⁵⁾ dazu die Ver-

23) Dig. 43, 14.

24) Dig. 43, 15.

25) l. 1 pr. D. unde vi 43, 16. vbb. mit Cic. pro Tull. 19, 44.

26) l. 1 pr. cit. vbb. mit Cic. pro Caec. 19, 55. 21, 59 sq. 30, 88.

27) l. 3 §. 15 D. unde vi 43, 16.

28) l. 4 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4.

29) Dig. 43, 17.

30) Gai. IV, 170.

31) Vat. fragm. 90.

32) Ulp. inst. fragm. Vindob. §. 4 ed. Krueger.

33) Vat. fragm. 92.

34) Dig. 43, 18.

35) l. 1 pr. D. de itin. actuq. priv. 43, 19.

Heißung eines utile interdictum für die Rechtsnachfolger; ³⁶⁾

36) de itinere actuque reficiendo; ³⁷⁾

37) de aqua cottidiana; ³⁸⁾

38) de aqua aestiva; ³⁹⁾ dazu die Verheißung eines utile interdictum für die Rechtsnachfolger; ⁴⁰⁾

39) de aqua ex castello ducenda; ⁴¹⁾

40) de rivis; ⁴²⁾

41) de fonte; ⁴³⁾

42) de fonte reficiendo; ⁴⁴⁾

43) de cloaca privata reficienda; ⁴⁵⁾

44) de cloaca publica; dazu die Verheißung eines prohibitorischen Interdictes; ⁴⁶⁾

45) Quam servitatem. ⁴⁷⁾

dd. de operibus in solo factis.

46) Quod vi aut clam; ^{47*)}

47) de remissione operis novi nuntiationis; ⁴⁸⁾

48) demolitorium; ⁴⁹⁾

36) l. 1 §. 37 D. de aqua cott. 43, 20. l. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1.

37) l. 3 §. 11 D. de itin. actuq. priv. 43, 19.

38) l. 1 pr. D. de aq. cott. 43, 20.

39) l. 1 §. 29 eod.

40) l. 1 §. 37 D. de aq. cott. 43, 20.

41) l. 1 §. 38 eod.

42) Dig. 43, 21.

43) l. 1 pr. D. de fonte. 43, 22.

44) l. 1 cit. §. 6.

45) l. 1 pr. D. de cloac. 43, 23.

46) l. 1 cit. §. 15.

47) Bgl. Genel §. 255.

47*) Dig. 43, 24.

48) l. 1 pr. D. de remiss. 43, 25.

49) l. 20 pr. D. de O. N. N. 39, 1.

49) Ne vis fiat aedificanti; ⁵⁰⁾

50) de precario. ⁵¹⁾

ee. de arboribus et fructibus arborum.

51) Si arbor in alienas aedes impendet; ⁵²⁾

52) Si arbor in alienum agrum impendet; ⁵³⁾

53) de glanda legenda. ⁵⁴⁾

b. de rebus mobilibus.

aa. de hominibus liberis.

54) de homine libero exhibendo; ⁵⁵⁾

55) de liberis exhibendis; ⁵⁶⁾

56) de liberis ducendis; ⁵⁷⁾

57) de liberto exhibendo. ⁵⁸⁾

bb. de servis et ceteris rebus.

58) Utrubi; ⁵⁹⁾

59) de migrando; ⁶⁰⁾

60) Salvianum; ⁶¹⁾

61) fraudatorium. ⁶²⁾

6. Unabhängig von der durch ganz formelle Gesichtspuncte bestimmten Eintheilung des Edicts classificirte Ul-

50) l. 20 §. 9 eod.

51) Dig. 43, 26.

52) l. 1 pr. D. de arb. caed. 43, 27.

53) l. 1 cit. §. 7.

54) Dig. 43, 28.

55) Dig. 43, 29.

56) l. 1 pr. D. de lib. exh. 43, 30.

57) l. 3 pr. eod.

58) Gai. IV, 162. §. 1 J. de interd. 4, 15.

59) Gai. IV, 160. Dig. 43, 31.

60) Dig. 43, 32.

61) Dig. 43, 33.

62) l. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8.

pian die Interdicte gemäß ihren Gegenständen zuoberst in solche de divinis rebus aut de humanis, ⁶³⁾ und entsprechend Paulus gemäß ihrem Zwecke in solche, welche competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione. ⁶⁴⁾

Das erste Stück der Eintheilung Ulpian's erledigt sich sehr einfach. [De rebus] divinis, fährt er fort, ut de locis sacris vel de locis religiosis; und Paulus fügt seinen eben angeführten Worten hinzu: sicut est „ne quid in loco sacro fiat“ vel „quod factum est restituatur“ et de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando. ⁶⁵⁾

Sehr abweichend von einander sind dagegen die Zergliederungen, welche die genannten Juristen vom zweiten Stücke der Eintheilung, den interdicta de rebus hominum oder hominum causa competentia, geben.

Ulpian ⁶⁶⁾ classificirt so: de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt, nämlich

I. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt;

II. quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum.

1) publica :

a) de locis publicis,

63) lib. 67. ad ed. (l. 1 pr. h. t.): Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est, interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere etc.

64) lib. 63. ad ed. (l. 2 §. 1 h. t.).

65) Die Erörterung darüber, ob auch die res sanctae unter dem Schutze der für die res divini iuris aufgestellten Interdicte gestanden haben, bleibt füglich bis zu §. 1848 ausgesetzt, wo lib. 43 tit. 6 ne quid in loco sacro fiat zu behandeln ist. Einstweilen vgl. Genel a. a. D. S. 366.

66) a. a. D.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 39

- b) de viis,
 - c) deque fluminibus publicis;
- 2) quae autem singulorum sunt:
- a) aut ad universitatem pertinent ⁶⁷⁾
 - b) aut ad singulas res. ⁶⁸⁾

Zu den interdicta de singulis rebus alicuius zählt Ulpian auch das interdictum de itinere actuque, also ein Interdict zum Schutze des Besizes einer Servitut. Schon hiernach versteht er unter dem alicuius esse schwerlich ausschließend das Eigenthum. Erscheinen anderseits aber auch die interdicta de liberis personis exhibendis vel ducendis, welche sich auf das Recht der väterlichen Gewalt und des Patronates stützen, unter den interdicta de rebus hominum, quae sunt nullius, so ergibt sich, daß alicuius esse hier so viel bedeutet, als zum Vermögen einer Person gehörig. Hierher stellt Ulpian auch das Rechtsverhältniß des Staates an den flumina publica.

Nach Paulus ⁶⁹⁾ interdicta hominum causa competunt

- I. vel ad publicam utilitatem pertinentia; ⁷⁰⁾
- II. vel sui iuris tuendi causa; ⁷¹⁾
- III. vel officii tuendi causa; ⁷²⁾
- IV. vel rei familiaris. ⁷³⁾

67) ut interdictum Quorum bonorum l. c.

68) ut est interdictum Uti possidetis, de itinere actuque. l. c.

69) l. 2 §. 1 h. t. cit.

70) publicae utilitatis causa competit „ut via publica uti liceat“ et „flumine publico“ et „ne quid fiat in via publica“ — l. c.

71) iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo — l. c.

72) officii causa de homine libero exhibendo — l. c.

73) reliqua interdicta rei familiaris causa dantur. l. c.

Es entspricht demnach Glied I. der Eintheilung Ulpian's den Gliedern II. und III. der paulinischen Eintheilung; ferner Glied II. 1 jener dem Gliede I. dieser, und endlich Glied II. 2 jener dem Gliede IV. dieser. — Vorzüglich gelungen dürfen wir weder die eine noch die andere nennen.

§. 1835.

Eintheilungen der Interdicte:

I. sachliche:

a. nach der Person des Klageberechtigten; *interdicta popularia* und *interdicta privata*.

7. In engem Zusammenhange mit dem Gegenstande der Interdicte stehen drei Eintheilungen derselben, von denen die beiden ersten alle Interdicte umfassen, während die dritte sich auf die *interdicta rei familiaris* beschränkt. Es sind dies die Eintheilungen

1) in *interdicta privata* und *interdicta popularia*;

2) in *interdicta, quae proprietatis causam continent*, und *interdicta, quae possessionis causam continent*; und

3) in *interdicta retinendae possessionis*, *interdicta recuperandae possessionis* und *interdicta adipiscendae possessionis*.

Der Gegensatz der *interdicta privata* und *interdicta popularia* ¹⁾ beruht darauf, ob das Interdict ein Privatinteresse des Impetranten zur Voraussetzung hat, oder ob dasselbe an sich nur ein Recht des Gemeinwesens schützen soll. ²⁾

1) Vgl. Schmidt a. a. D. S. 126—136; Brunß in *Ztschr. für Rechtsgesch.* Bb. 3 S. 388—400 (kleinere Schriften Bb. 1 S. 352—366).

2) Vgl. l. 1 D. de pop. act. 47, 23 (Paul. lib. 8. ad ed.): *Eam popularem actionem dicimus, quae suum [sua vi*

Für Interdicte der letztern Art findet sich die Bezeichnung *interdictum populare* wenigstens Einmal in den Quellen; ³⁾ ihre Zugehörigkeit zu den *populares actiones i. w. S.* erhellt daraus, daß gelegentlich eines von ihnen geradezu als Beispiel einer solchen Klage aufgeführt wird. ⁴⁾ Es wird hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß die allgemeinen Grundsätze für *populares actiones i. e. S.* auch für die *interdicta popularia* soweit gel-

M.] *ius populi tuetur.* Bruns a. a. D. S. 401 f. (363 f.) schlug vor zu lesen: *sum ius populo.* Maschke, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 6. roman. Abth. S. 234 N. 1 hält „*sum*“ für ein späteres Einschlepfel; und dazu stimmt der Text der Basiliken 60, 32, 5: *ἢ φυλλάτουσα τὸ τοῦ δήμου δίκαιον.*

- 3) L. 2 §. 34 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8 (s. unten S. 45 nach N. 14).
- 4) L. 42 pr. D. *de proc.* 3, 3 s. oben §. 1833 Ziffer 3 N. 63 S. 27. — Ebenso wie l. 2 §. 2 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8 (s. unten N. 5) die *interdicta popularia* auf das *ius civitatis* zurückführt, stützt Schol. 30 Bas. 60, 4, 5 die *popularis actio de effusis et deiectis* auf ein *δικαίον δημοτικόν.* — Anscheinend spricht l. 14 D. *de iniur.* 47, 10 (Paul. lib. 13. ad Plautium) generell den Satz aus: *ad privatas causas accommodata interdicta sunt, non ad publicas,* womit freilich das Dasein von Popularinterdicten geläugnet werden würde. Wahrscheinlich aber hat jene Stelle, in welcher nach Mommsen die unmittelbar vorhergehenden Worte: *utpote — non ex publica* ein Glossem sind, auch in den fraglichen Worten irgend eine Unbill erlitten. Schmidt a. a. D. S. 130 N. 15 vermuthet, Paulus, der in der excerptirten Schrift von *quasipossessorischen Interdicten* handelt, habe statt *interdicta* geschrieben: *haec interdicta*, die Compileroren aber haben dieses *haec* kurzsichtig genug gestrichen, weil sie in dem von ihnen aufgenommenen Fragmente eben nur ein einzelnes Interdict erwähnt sahen.

ten, als nicht etwa das eigenthümliche Interdictenverfahren Abweichungen bedingt. Indem wir somit die Quellaussprüche über die Popularklagen zu Hilfe nehmen, glauben wir von den Popularinterdicten Folgendes sagen zu dürfen.

Ein Popularinterdict kann jeder Bürger ⁵⁾ erwirken, welcher für Andere postuliren darf. ⁶⁾ Unter mehreren, an

- 5) Vgl. l. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. 43, 13 (Ulp. lib. 68. ad ed.): Hoc interdictum cuivis ex populo competit etc. cf. l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8. (Id. eod. lib.): — loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque etc. l. 3 §. 4 D. de O. N. N. 39, 1. (Id. lib. 52. ad ed.): Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt. Danach ist beschränkt zu verstehen l. 1 D. de loc. et itin. publ. 43, 7 (Pompon. lib. 30. ad Sabin.): Cui libet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertinet, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur. L. 1 §. 3 D. de via publ. 43, 11 (Ulp. lib. 68. ad ed.): Interdictum hoc perpetuo dabitur et omnibus et in omnes etc. Vgl. l. 43 §. 2 D. de proc. 3, 3 (Paul. lib. 9. ad ed.): In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit etc.
- 6) L. 4 D. de pop. act. 47, 23 (Paul. lib. 3. ad ed.): Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet. l. 6 eod. (Ulp. lib. 25. ad ed.): Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat. (S. auch l. 3 §. 11 D. de hom. lib. exh. 43, 29 unter Ziffer 8 N. 44). Vgl. Denel ed. perp. §§. 14—16 S. 61 ff. Gewiß ist aus dieser Beschränkung nicht auf den procuratorischen Charakter der Popularklagen zu schließen; sie beruht vielmehr für die einzelnen von ihr betroffenen Personenclassen auf denselben Gründen, aus denen eben diese Classen auch eine an sich jedem Bürger gestattete Criminalanfrage nicht erheben durften. l. 8 sqq. D. de acc.

sich geeigneten, Bürgern, welche gleichzeitig denselben popularen Rechtsbehelf benutzen wollen, wählt der Prätor den geeignetsten; 7) unter allen geht der persönlich interessirte vor. 8)

Die schließliche Beurtheilung des Beklagten ging auch im Verfahren aus einem Populärinterdicte stets auf baares

48, 2. vgl. l. 13 eod. Brunß a. a. D. S. 380 (346). Eben deshalb aber möchte ich im Gegensatz zu diesem Gelehrten annehmen, daß auch Soldaten eine Populärklage ebenso wenig anstellen durften, als ihnen eine accusatio publica und das postulare pro aliis gestattet war: keines von diesen Dingen konnte sine offensa disciplinae (§. 11 J. de except. 4, 13. l. 9 Cod. de proc. 2, 12 (13) vgl. l. 7 eod. l. 31 Cod. de loc. 4, 65) geschehen. Und wenngleich anderseits ein völlig Blinder zur Criminalanklage zugelassen zu sein scheint, so wird man ihn doch von Populärklagen wie vom Postuliren für Dritte deshalb zurückgewiesen haben, quod insignia magistratus videre et revereri non possit. l. 1 §. 5 med. D. de postul. 3, 1.

- 7) L. 2 D. de pop. act. 47, 23 (Paul. lib. 1. ad ed.): Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneorem. S. auch l. 3 §. 12 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (unten Ziffer 8 N. 44).
- 8) L. 3 §. 1. D. de pop. act. 47, 23 (Ulp. lib. 1. ad ed.): In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur, l. 5 §. 5 med. D. de his qui eff. 9, 3 (Ulp. lib. 23. ad ed.): — ex pluribus desiderantibus hanc actionem (de effusis et deiectis wegen Tödtung eines freien Menschen) ei potissimum dari debere cuius interest vel qui affinitate cognationeve defunctum contingat etc. Vgl. l. 3 pr. D. de sepulchro viol. 47, 12 (Ulp. lib. 25. ad ed.): — si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. S. auch l. 3 §. 12 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (unten Ziffer 8 N. 44).

Geld; und nur sie konnte exequirt werden. Dagegen war, wie später dargelegt werden soll, ⁹⁾ eine Naturalexecution für den iussus iudicis im iudicium secutorium oder in der actio arbitraria auch aus einem restitutorischen Popularinterdicte durchaus unstatthaft; ja es darf nicht einmal zugegeben werden, ¹⁰⁾ daß es dem siegreichen Kläger gestattet gewesen sei, bei Nichterfüllung jenes iussus durch den Beklagten die verbotswidrigen Vorrichtungen seinerseits zu beseitigen und die Unkosten davon als sein Interesse in die Condemnation zu bringen. ¹¹⁾

Den Geldbetrag aber, welchen der Kläger kraft der siegreichen Durchführung eines Popularinterdictes erlangte, hatte derselbe, wie nach den Ausführungen von Bruns ¹²⁾ als gewiß gelten darf, nicht etwa in die Staatscasse abzuliefern, behielt ihn vielmehr zu eigenem Vortheil.

Auf welche Weise aber wurde die Condemnation abgemessen, da ja der natürlichste Schätzungsmaßstab, das eigne Interesse des Klägers, fehlte?

Beim Verfahren mit sponsio und restipulatio ging die Verurtheilung der unterliegenden Partei zunächst auf die summa sponsionis bezw. restipulationis. Eben hierin findet Bruns mit Recht ein zwingendes Argument dafür, daß der Kläger, wie er im Falle des Unterliegens die summa restipulationis ohne Frage endgültig aus seiner Tasche zu entrichten hatte, so umgekehrt im Falle des Sieges die summa sponsionis endgültig für sich erwarb. Wie die Höhe der Wettsumme festgesetzt ward, ist uns für die Popularinterdicte ebenso wenig überliefert, als für die interdicta privata. Es ist jedoch durchaus wahrscheinlich, daß sie bei den letzteren innerhalb der Maximalgrenze des Streitwerthes durch Ca-

9) S. unten §. 1838 e Ziffer 105 nach N. 63.

10) wie annimmt Bruns a. a. D. S. 398 f. (361 f.).

11) S. unten §. 1838 e Ziffer 105 nach N. 75.

12) a. a. D. S. 393 ff. (357 ff.).

lumnieneid des Klägers bestimmt wurde.¹³⁾ Für die Popularinterdicte darf hiernach gewiß unbedenklich ebenfalls Anschlag durch klägerischen Calumnieneid angenommen werden; und da bei ihnen die Maximalgrenze des Streitwerthes unanwendbar war, so fand vermuthlich um so häufiger das Ermächtigungsrecht des Prätors Anwendung, welches wir als letzte Norm auch bei den Privatinterdicten anzuerkennen haben.¹⁴⁾

Für die Condemnation aus der actio arbitraria und aus dem iudicium secutorium bei Popularinterdicten finden wir Spuren in

L. 2 §. 34 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.):

Hoc interdictum [sc. ne quid fiat in via publica] perpetuum et populare est, *condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris interest;*

L. 2 cit. §. 44:

Interdictum hoc [sc. restitutorium de eo, quod in via publica factum est] non esse temporarium sciendum est: pertinet enim ad publicam utilitatem: *condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris interest tolli quod factum est;*

und

L. 1 §. 3 D. de via publ. 43, 11. (*Ulp.* lib. 68. ad ed.):

Interdictum hoc [sc. prohibitorium de via publica reficienda] perpetuo dabitur et omnibus et in omnes, et *habet condemnationem in id, quod actoris intererit.*

13) S. unten §. 1838 a Ziffer 89 zu N. 32 ff. — S. auch Brunß a. a. O. S. 395 (358) zu N. 171.

14) Vgl. Lenel ed. perp. S. 360 oben. A. M. Witte das interdictum Uti possidetis. S. 14. S. auch Brunß Ztschr. für Rg. Bd. 3 S. 395 (Klein. Schr. Bd. 1 S. 358).

Während die erste und die dritte Stelle ausschließlich auf das *iudicium secutorium* eines prohibitorischen Popularinterdicts gehen,¹⁵⁾ ist die zweite ebensowohl auf das *iudicium secutorium* als auf die *actio arbitraria* aus einem restitutorischen Popularinterdicte zu beziehen.¹⁶⁾

Selbstverständlich indessen können weder in jenen Stellen noch in dieser die Worte: *quanti actoris intersit* oder *id, quod actoris intererit* auf ein persönliches Interesse des Klägers bezogen werden: nach dem Wesen der Popularinterdicte wird ja gerade ein solches schlechterdings nicht erfordert.^{16a)}

Nicht weiter hilft uns ein Fragment, welches handelt vom *officium iudicis* im *iudicium secutorium* aus dem prohibitorischen Popularinterdicte, *Ne quid in via publica etc. quid fiat, quo ea via deterior fiat,*¹⁷⁾ — nämlich

L. 2 §. 28 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.):

— *idem Nerva* scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius, qui tecum experitur, cum vicino¹⁸⁾ experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris, neque per

15) Genel a. a. D. §. 237 unter 2 a. C. und §. 240.

16) Genel das. unter 3.

16a) Dem steht durchaus nicht entgegen, daß das *interdictum restitutorium de eo, quod in via publica factum est*, gelegentlich ein Privatinteresse des Klägers verfolgt. Alsdann ist es eben quasi *privatum*. S. oben §. 1833 Ziffer 3 N. 63.

17) Genel a. a. D. §. 237 unter 2.

18) Es wird der Fall behandelt, wo das einen öffentlichen Weg gefährdende Wasser diesem von einem Grundstücke zufließt, welches seinerseits dasselbe vom Nachbargrundstücke aufzunehmen verpflichtet ist.

te stet, quo minus arbitrato actoris cum vicino experiaris.

Nun aber finden wir überall da, wo ein berechtigtes Affectionsinteresse des Klägers zur Condemnation des Gegners führt, diese auf das zu Gelde veranschlagte Object jenes Interesse als solches gerichtet. So kann die actio ex empto des väterlichen Bestellers einer während der Ehe evincirten Dos kaum auf etwas Anderes gehen als auf den einfachen Werth der evincirten Dotalsachen; ¹⁹⁾ die actio mandati des Erben aus dem Mandate des Erblassers, ihm ein Monument zu errichten, und die actio familiae eriscundae des Miterben aus der Auflage des gleichen Inhalts für den Miterben ²⁰⁾ fordert den vollen Kostenbetrag, der zur Erfüllung dieses Auftrages aufzuwenden ist; die actio mandati im Falle der l. 54 pr. D. mand. 17, 1 und ebenso die actio venditi in den Fällen der l. 6 pr. i. f. §. 1 und l. 7 D. de serv. export. 18, 7 richtet sich auf Erstattung der Preisdifferenz, um welche der fragliche Slave wegen der getroffenen Nebenbedingungen niedriger verkauft worden ist, als es sonst geschehen sein würde. ²¹⁾ So hat der Nießbraucher wegen des widerrechtlichen Abhauens von Zierbäumen die actio legis Aquiliae und das interdictum Quod vi aut clam auf den Zinsgenuß der vollen Werthminderung, welche das im Nießbrauche befindliche Grundstück infolge jener Beschädigung erlitten hat, für die Dauer

19) L. 71 D. de evict. 21, 2. Freilich betrifft die Entscheidung des Paulus ausdrücklich nur die stipulatio duplae; es wird jedoch nicht bezweifelt werden dürfen, daß sie ebenso auf die in der Frage neben dieser berührte actio ex empto bezogen werden muß.

20) L. 12 §. 17 D. mand. 17, 1. l. 7 D. de ann. legat. 33, 1.

21) Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.

des Nießbrauchs; ²²⁾ umgekehrt haftet der Nießbraucher selbst dem Proprietar auf diese volle Werthminderung, wenn er Luxusanlagen unbefugt beseitigt. ²³⁾ Ebenso kann die Verurtheilung aus dem interdictum Quod vi aut clam im Falle der l. 11 §. 1 D. quod vi 43, 24 kaum auf etwas Anderes gehen, als auf den vollen Kostenbetrag, welchen die Wiederaufstellung der weggenommenen Bildsäule erfordern würde.

Genau ebenso ist es für die actio arbitraria und für das iudicium secutorium aus Popularinterdicten anzunehmen. Denn in der That bilden diese ja nur einen besonderen Fall derjenigen Klagen, welche ohne Vermögensinteresse des Klägers kraft eines berechtigten Affectionsinteresse desselben, nämlich kraft des Gemeinfinns, statthaft sind. ²⁴⁾ *M. a. W.*: die Condemnation ging auf den vollen Betrag der Kosten, welche zwecks Beseitigung der edictswidrigen Vorrichtungen aufzuwenden sein würden, sowie auf Erstattung des gesammten durch das interdictswidrige Verhalten des Impetraten verursachten Schadens. ²⁵⁾

22) L. 16 §. 1 D. quod vi aut clam 43, 24 vdb. mit l. 12 D. ad leg. Aquil. 9, 2 v.: pro portione ususfructus. Vgl. *A. Pernice* zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte S. 197 f.

23) L. 13 §. 4 D. de usufr. 7, 1. S. auch *Stölzel* die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam. S. 386.

24) Vgl. v. *Ihering* Rechtsgutachten i. S. des Intercantonalen Vorbereitungs-Comités der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn u. s. w. S. 72 ff. (*Jahrb. für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts* Bd. 18 S. 66 ff.)

25) Damit dürfte die Ansicht *Schmidts*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* Bd. 15 S. 68 f., widerlegt sein, daß beim Mangel eines persönlichen Interesse des Impetranten das iudicium secutorium aus einem

Etwas Besonderes gilt nur für das *interdictum de homine libero exhibendo*; bei diesem nämlich dient die Geldcondemnation, indem sie zugleich den Ersatz des etwa dem Impetranten erwachsenen Schadens mitumfaßt, wesentlich als Strafe dafür, daß der Impetrat die verbrecherische Freiheitsberaubung hartnäckig fortsetzt: ^{25a)} und eine derartige Strafe ist nur nach freiem Ermessen des Richters abzuwägen.

Thatsächlich wird sich die Feststellung der Condemnationssumme, wenigstens soweit das *iudicium secutorium* eine *actio arbitraria* war, ^{25b)} in den allermeisten Fällen ohne weitläufige Ermittlung sehr einfach ergeben haben. Wohl fast ausnahmslos nämlich beruht hier die Richterfüllung des *iussus iudicis* auf der *contumacia* des Beklagten; somit hatte der Kläger die Befugniß, das Interesse als den Gegenstand der Condemnation durch *iusiurandum* in *litem* zu schätzen. Und gerade hiervon verstanden gewinnt das *quanti actoris intersit* in l. 2 §§. 34 und 44 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8 und das *id, quod actoris intererit*, in l. 1 §. 3 D. *de via publ.* 43, 11 *citt.* seine ganz besondere Bedeutung.

Dient nun aber auch die in beschriebener Weise eintretende Geldcondemnation aus einem Popularinterdicte zum pecuniären Vortheil des Klägers, so bildet doch die bloße Möglichkeit, ein solches Interdict zu erwirken, ebenso wenig wie die Möglichkeit, eine eigentliche Popularklage anzustellen, bereits ein Vermögensrecht des einzelnen Bürgers. ²⁶⁾ Deshalb kann von der Vererbung einer solchen Möglichkeit

Popularinterdicte mit Freisprechung des Impetraten habendigen müssen.

25^{a)} Vgl. unten §. 1838 Ziffer 87 N. 86.

25^{b)} Vgl. unten §. 1838 b Ziffer 93 nach N. 34.

26) S. oben §. 1833 Ziffer 3 N. 62 S. 27.

nicht die Rede sein; ²⁷⁾ deshalb ist die Annahme einer

- 27) L. 5 §. 5 D. de his qui effud. 9, 3 (Ulp. lib. 23. ad ed.): Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis (cf. l. 7 D. de pop. act. 47, 23): nam est poenalis et popularis etc. — sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur. Die Lesart der l. 5 cit. §. 13: Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit, in heredes autem non competit, quia poenalis est, — obwohl von den Basiliern 60, 4, 5 §. 13 (v. καὶ ἀρμόζει διαδόχοις, οὐ μὴν κατὰ κληρονομίαν κτλ.) unterstützt, ist höchst wahrscheinlich corrupt. A. M. Glück in diesem Commentar Bd. 10 S. 401 und Th. Mommsen die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca S. 465, welche die kritischen Worte von der Vererbung der bereits angestellten Klage verstehen. Aber zu geschweigen, daß die Erwähnung dieser Vererbung völlig zwecklos ist, und daß Ulpian, wenn er sie gleichwohl machen wollte, sie schwerlich so mißverständlich gemacht haben würde, so ist jene Auffassung unvereinbar mit den Schlußworten betreffs der passiven Vererbung, welche alsdann doch auch auf die bereits angestellte Klage bezogen werden müßten und damit ihrerseits falsch sein würden. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 127 N. 6, Bruns a. a. D. S. 383 (349). Der eventuelle Vorschlag des Erstern, den §. 13 cit. unmittelbar auf den §. 12 (actio utilis wegen Beschädigung aus dem Edicte Ne quis in suggrunda Lenel ed. perp. §. 61) in dem beschränkten Sinne zu beziehen, daß das Bezugsrecht des Beschädigten vererbe, erscheint mir allzu künstlich; auch verstand sich diese Vererbung ja von selbst,

Bürgerschaft ihretwegen nichtig, ²⁸⁾ denn zur Zeit besteht wohl eine Schuld, aber noch kein individueller Forderungsberechtigter; deshalb ist Stellvertretung zwecks Erwirkung eines Popularinterdicts, wie wir bereits gesehen haben, ^{28a)} unstatthaft.

Wie jedoch bei einer eigentlichen Popularklage mittels der Litiscontestation, ²⁹⁾ so eignet sich bei einem Popularinterdicte der klagend auftretende Bürger kraft der Erwirkung desselben den in diesem Rechtsbehelfe liegenden Vermögensanspruch an, indem er zugleich nothwendig alle übrigen davon ausschließt. Wie in Folge der Litiscontestation aus einer eigentlichen Popularklage jedem Versuche eines Dritten, die Klage abermals durchzuführen, die gewöhnliche *exceptio rei in iudicium deductae* bezw. *rei iudicatae* entgegensteht, ³⁰⁾ so wird die von einem Zweiten nachgesuchte Ertheilung eines Popularinterdictes mittels einer *exceptio, si de ea re interdictum non est*, unwirksam gemacht. ³¹⁾

soweit es sich um einen Vermögensschaden handelte, und umgekehrt mußte sie ausgeschlossen bleiben, wo eine Körperbeschädigung ohne Vermögensnachtheil in Frage stand. cf. l. 5 cit. §. 5 cit. (s. oben). Brunß a. a. O. N. 129.

28) L. 55 §. 3 D. de fideiuss. 46, 1 (Paul. lib. 15. quaest.): Pro furti actione fideiussor accipi potest: item pro eo, qui in legem Aquiliam commisit. diversa causa est popularium actionum.

28*) S. oben §. 1833 Ziffer 3 S. 27 zu N. 61.

29) L. 12 pr. D. de V. S. 50, 16. S. oben §. 1833 Ziffer 3 S. 27 N. 62.

30) L. 3 pr. de pop. act. 47, 23 (Ulp. lib. 1. ad ed.): Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur. Schmidt a. a. O. S. 128 N. 8. Vgl. auch l. 45 §. 1 D. de proc. 3, 3 (oben §. 1833 Ziffer 3 S. 27 f. Nr. 63). l. 30 §. 3 D. de iureiur. 12, 2. l. 3 §. 10 D. sep. viol. 47, 12.

31) Vgl. l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exh. 43, 29. S. unten

Nur wird hier, wie für die *exceptio rei in iudicium deductae* bei Popularklagen, vorausgesetzt, daß der zuerst auftretende Kläger nicht mit dem Beklagten colludirt hat.³²⁾ Folgerichtig wird auch anzunehmen sein, daß die Befugniß zum *agere* aus einem erwirkten Popularinterdicte jedenfalls dann sich vererbte, wenn dieselbe schon dem Erblasser unbedingt zustand, also aus gebietenden Popularinterdicten stets und aus prohibitorischen dann, wenn bereits dem Erblasser gegenüber eine *vis adversus edictum facta* vorlag. In der That ist es wohl zweifellos, daß die dem Erlasse eines gebietenden Interdictes sofort angehängte *actio arbitraria* auf den Erben überging; weshalb aber hätte das aus dem *interdictum redditum* bereits erwachsene Klagrecht des Impetranten mit dessen Tode dann erlöschen sollen, wenn die Erbittung jener Klage unterblieben oder unstatthaft war? Gewiß erhellt weder aus der Natur des Verhältnisses noch aus der Fassung der Popularinterdicte ein Bedenken dagegen, daß noch der Erbe des Impetranten den Gegner mittels der *sponsio provocare* konnte, *quod adversus edictum praetoris quid factum sit*. In den entsprechenden Fällen wird der Interdictenkläger nach der Erwirkung des Interdicts für das weitere Verfahren einen Stellvertreter haben bestellen dürfen. — Eine andere Frage ist es, ob der Erbe, gestützt auf ein vom Erblasser erwirktes prohibitorisches Popularinterdict, auch eine solche Handlung des Impetranten *per sponsonem* verfolgen konnte,

§. 1838 Ziffer 88 (nach N. 37.) Die Beweiskraft dieser Stelle wird auch dann nicht bezweifelt werden dürfen, wenn man mit Bruns a. a. O. S. 401 f. (364 f.) das *interdictum de libero homine exhibendo* für ein Popularinterdict nicht hält. S. unten Ziffer 8 zu N. 47.

32) Pal. I. 30 §. 3 D. de iureiur. 12, 2 (s. unten §. 1838 Ziffer 80 nach N. 10.) I. 3 §. 13 cit. D. de lib. hom. exhib. 43, 29.

welche erst nach dem Tode des Impetranten geschehen war. Diese Frage werden wir am besten bei der Untersuchung beantworten, wie weit ein interdictum redditum überhaupt für und gegen die Erben der ursprünglichen Parteien wirke.³³⁾

8. Als Popularinterdicte gelten ohne Widerspruch die interdicta

1) Ne quid in loco sacro (religioso, sancto) fiat (Ziffer 5 Nr. 9);

2) Quod in loco sacro religioso (sancto) factum erit, ut restituatur (daf. Nr. 10);

3) Ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius fiat (Nr. 14);

4) Quod in via publica itinereve publico factum habitum est, ut restituatur (Nr. 15);

5) Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur (Nr. 19);

6) Quod in flumine publico ripave eius factum etc. habitum est, quo statio iterve navigio deterius sit fiat, ut restituatur (Nr. 20);

7) Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter fluat, atque priore aestate fluxit (Nr. 21);

8) Quod in flumine publico ripave eius factum etc. habitum est, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, ut restituatur (Nr. 22);

9) und 10) de cloaca publica (Nr. 44) (ein proponirtes restitutorisches und ein nur verheißenes prohibitorisches).³⁴⁾

Streitig dagegen ist es, ob als Popularinterdicte im eigentlichen Sinne auch gelten dürfen die interdicta

33) S. unten §. 1838 Ziffer 88 zu Nr. 11 ff.

34) Vgl. hinsichtlich der aufgezählten zehn Interdicte Bruns & Btschr. für Rg. Bd. 3 S. 388 u. S. 391 (Rl. Schr. 1, 353 u. 355).

11) Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur (Ziffer 5 Nr. 13);

12) Ut via publica itinereve publico ire agere liceat (Nr. 16);

13) de via publica et itinere publico reficiendo (Nr. 18);

14) Ut in flumine publico navigare liceat (Nr. 23);

15) de ripa munienda (Nr. 24);

und

16) de homine libero exhibendo (Nr. 54).

Bruno³⁵⁾ spricht allen sechs die Eigenschaft der eigentlichen Popularinterdicte ab; Schmidt³⁶⁾ nur den drei unter 11, 12 und 14 aufgeführten, während Andere sie für alle sechs annehmen.

Daß Nr. 11 ein Privatinterdict ist, scheint kaum bestritten werden zu können. Denn wenn schon es in l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8 von diesem Interdicte heißt:

— et tam *publicis utilitatibus* quam privatorum per hoc prospicitur —

so ist damit für unsere Frage noch gar nichts bewiesen. Mit Grund bemerkt Schmidt:³⁷⁾ „Ein völlig privates Interdict kann ganzfüglich mittelbar dem öffentlichen Interesse dienen. Gerade so heißt es vom interdictum de loco publico fruendo in Fr. 1. §. 2. h. t. (43, 9): Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi, palam est, und doch ist dasselbe offenkundig ein privatum.“^{37a)}

35) Ztschr. für Rg. Bd. 3 S. 393 u. S. 402 f. unter 2 (Rl. Schr. 1, 357 u. S. 364 f.).

36) a. a. D. S. 130 ff. vgl. mit S. 136.

37) Ztschr. für geschichtliche Rechtswissensch. Bd. 15 S. 73 Nr. 33.

37a) Vgl. auch betreffs des interdictum de cloacis privatis l. 1 §. 7 D. de cloac. 43, 23: Quia autem cloacarum

In der That verfolgt das fragliche Interdict unmittelbar lediglich das Privatinteresse des Geschädigten. Eben deshalb kann nach l. 6 D. eod. 43, 8 bei der Erwirkung dieses Interdictes der Kläger, *quamvis de loco publico interdicat*, sich stets vertreten lassen.³⁸⁾

Die *interdicta de via publica reficienda* (13) und *de ripa munienda* (15) hält Schmidt³⁹⁾ deshalb für *popularia interdicta*, weil es nicht erforderlich sei, daß der Kläger die Handlung, wozu sie ihn berechtigte, in seinem persönlichen Interesse vorzunehmen beabsichtige; er könne sie vornehmen wollen, weil das Gemeinwohl es erheische. Sollte das aber nicht gerade ebenso gut zutreffen für die *interdicta*, *Ut via publica ire agere* (12), *Ut in flumine publico navigare liceat* (14)? z. B., um mit Bruns⁴⁰⁾ zu reden, „wenn Jemand ohne Unterschied Jedermann an der Benutzung eines Weges oder Flusses hindert, und nun einer um das allgemeine Recht geltend zu machen klagt, und damit für alle durch sein Präjudiz das Recht sichert.“ Ist dies jedoch richtig, und zwar in dem Sinne, wie ich verstehe, richtig, daß der Kläger ein individuelles Interesse hierbei gar nicht zu haben braucht,^{40a)} so ist damit nicht nur die angegebene Unterscheidung Schmidts widerlegt, wonach mit den letztgenannten Interdicten der Kläger lediglich ein persönliches Interesse verfolgt, „nur für sich selber

refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit non esse in interdicto addendum „quod non vi non clam non precario ab illo usus“ etc.

38) S. oben §. 1833 Ziffer 3 S. 28.

39) Interd. S. 131 N. 16.

40) Ztschr. für Rg. Bd. 3 S. 393 (Rl. Schr. 1, 356).

40a) Es ist mir nicht ganz sicher, ob dies auch die Meinung Burckhards in diesem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40 Thl. 1 S. 137 ist.

auftritt, gar nicht für das Volk“; ⁴¹⁾ sondern es erscheint nicht minder als Selbstwiderspruch, wenn Bruns gleichzeitig behauptet, „daß bei ihnen (nämlich bei allen vieren) stets ein Privatinteresse stattfindet.“ ^{41a)} Wir werden sie hiernach alle vier grundsätzlich als Popularinterdicte ansprechen müssen, mit der Maßgabe, daß sie im Einzelfalle, wann und soweit sie das Privatinteresse des Klägers verfolgen, die Natur eines interdictum privatum annehmen. ⁴²⁾ — In der That ist die populare Natur ausdrücklich bezeugt für das interdictum, Ut via publica ire agere liceat in l. 42 pr. D. de proc. 3, 3 ^{42a)} und nicht minder für das interdictum de via publica reficienda in l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11 in den Worten: Interdictum hoc — dabitur — omnibus. ^{42b)}

Die Meinungsverschiedenheit über das interdictum de homine libero exhibendo läuft m. E. auf einen Wortstreit hinaus. Bruns ⁴³⁾ meint, es sei keine Klage, quae populo ius suum tuetur, denn sie liege nicht im Interesse des Staates, sondern im Interesse des zu Befreienden. Es sei zwar ein öffentliches Interesse, daß freie Menschen nicht gefangen gehalten werden; indessen beruhe das Interdict nicht auf diesem Gesichtspuncte: zum Schutze des öffent-

41) N. a. D. C. 135. C. 136 zu N. 26.

41a) Auch sehe ich nicht ein, weshalb „von einer Concurrenz mehrerer Kläger, und Vorrechten und Auswahl unter ihnen, — gar keine Rede sein (kann)“, wie Bruns a. a. D., abgesehen allenfalls von den Interdicten auf Reparatur, behauptet.

42) S. oben §. 1833 Ziffer 3 N. 63 C. 27.

42a) S. oben §. 1833 Ziffer 3 N. 63 C. 27.

42b) Vgl. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 10 und Ziffer 81 zu N. 60 ff. — S. auch Maschke in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 6. roman. Abth. S. 228 ff.

43) Zeitschr. für RG. 3, 402 (Bl. Schr. 1, 364).

lichen Interesse diene nach l. 3 pr. h. t. 43, 29 vielmehr die Strafe der lex Fabia, welche selbständig neben dem Interdicte stehe. Allein wenn Ulpian (lib. 71. ad ed.) dort sagt:

(l. 1 §. 1 D. h. t.) Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam: (l. 3. pr. cit.) quod *et* lex Fabia prospexit —

so dürfte danach umgekehrt der legislatorische Grund für beide Rechtsbehelfe völlig der nämliche sein. Und dies bestätigt Paulus R. S. V, 6 §. 14: Adversus eum, qui hominem liberum vinxerit, suppresserit, incluserit, operamve, ut id fieret, dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio redditur: et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is, qui detinetur, lege autem Fabia, ut *etiam* poena nummaria coerceatur. In der That ist ein praktischer Unterschied zwischen unserm Interdicte und den Popularinterdicten unerfindlich. Bruns^{43a)} erblickt ihn darin, daß bei dem Interdicte für die Fragen von der Fähigkeit des Klägers und der Anwendung der exceptio rei iudicatae nicht die Grundsätze oder auch nur die Analogie der Popularklagen zugrunde gelegt seien, sondern lediglich diejenigen der Criminalanklagen.⁴⁴⁾ Allein,

43^{a)} A. a. D. S. 403 (365).

44) L. 3 §§. 10—13 D. h. t. §. 10: Plane ex causa suspectae personae removendae sunt, si forte talis persona sit, quam verisimile est colludere vel calumniari. §. 11: Sed et si mulier vel pupillus hoc interdictum desiderent pro cognato vel parente vel adfines suo solliciti, dandum esse eis interdictum dicendum est: nam et publico iudicio reos facere possunt, dum suorumque iniurias exsequuntur. §. 12: Si tamen plures sunt, qui experiri volent, eligendus est a praetore, ad quem maxime res pertinet, vel is, qui idoneor

zu geschweigen, daß die, in diesem Zusammenhange überhaupt als solche nicht erwähnten, Grundsätze der Popularklagen jedenfalls nicht als unanwendbar abgelehnt sind: zwischen den hier in Betracht kommenden Grundsätzen dieser Klagen und denjenigen der Criminalanklagen besteht ein Gegensatz ganz und gar nicht, weder hinsichtlich der Zurückweisung von Personen, welche der Collusion oder der Chicanerie verdächtig sind (l. 3 §. 10 cit.), ^{44a)} noch hinsichtlich der Zulassung von Weibern und Pupillen (l. 3 §. 11), ⁴⁵⁾ noch hinsichtlich der Auswahl unter mehreren gleichzeitig die Klage Begehrenden (l. 3 §. 12), ⁴⁶⁾ noch endlich hinsichtlich der Rechtskraft der Entscheidung (l. 3 §. 13) ⁴⁷⁾. Demnach dürfte sachlich kein Bedenken dawider obwalten, auch das interdictum de homine libero exhibendo zu den Popularinterdicten zu zählen.

9. Daß ein interdictum privatum nur seitens des Interessenten erwirkt werden kann, ergibt sich ohne weiteres aus seinem Begriffe. In der Regel wird also durch den ein solches Interdict veranlassenden Hergang nur eine einzige Person zu seiner Erwirkung in die Lage gesetzt; wo aber ausnahmsweis der nämliche Umstand gleichzeitig Mehreren jene Befugniß verschafft, wie etwa ein vi aut clam factum, welches die Interessen Mehrerer verletzt, da können

est: et est optimum ex coniunctione, ex fide, ex dignitate actorem hoc interdicto eligendum. §. 13 f. unten §. 1838 Ziffer 88 (nach N. 37).

44^{a)} In Beziehung auf diesen Punct fehlt uns zwar m. W. ein Quellenzeugniß hinsichtlich der Popularklagen und der unzweifelhaften Popularinterdicte: er versteht sich aber gewiß ohne weiteres.

45) S. oben Ziffer 7 N. 6 S. 42.

46) S. das. N. 7 f. S. 43.

47) Vgl. das. N. 31 a. E. S. 51 f.

auch diese Mehreren neben und nach einander ein Jeder seines Interesse wegen das Interdict benutzen. ⁴⁸⁾)

Weil ein derartiges Interdict ein wahres Privatrecht begründet, so ist auch, wie wir bereits gesehen haben, ⁴⁹⁾) sowohl bei seiner Erwirkung, als auch bei dem weitem Verfahren aus dem erwirkten Interdicte Stellvertretung durchaus zulässig, mit der einzigen, ebenfalls bereits erwähnten, Ausnahme des interdictum de liberis ducendis. ⁵⁰⁾)

Die active Vererblichkeit ⁵¹⁾) der Befugniß ein Privatinterdict zu impetrieren, bestimmt sich nach dessen edictsmäßiger Fassung. Es kommt darauf an, ob die laut dieser Fassung erforderlichen Voraussetzungen des Interdicts, welche in der Person des Erblassers vorhanden gewesen sind, kraft der Erbfolge sich auch beim Erben finden.

Zu unterscheiden hiervon ist der Fall, wo von jenen Voraussetzungen zwar einige, aber nicht alle, beim Erblasser vorhanden waren, und nun nach deren Uebergange auf den Erben bei diesem die noch fehlenden hinzukommen. Ergreift z. B. der Vermächtnißnehmer eigenmächtig erst dann den Besitz der ihm vermachten Sache, nachdem der Erbe des mit dem Vermächtnisse belasteten Erben des Letztern Nachlaß und mit diesem zugleich die in denselben übergegangene Erbschaft des Vermächtnißgebers erworben hat: so kann dieser Erbe jetzt das interdictum Quod legatorum anstellen, während sein Erblasser dazu noch gar nicht in der

48) L. 12 D. quod vi 43, 24 (Venuleius lib. 2. interd.): Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in [ad Hal.] hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit. l. 16 §. 1 eod.

49) S. oben §. 1833 Ziffer 3 S. 22 zu N. 47.

50) S. das. S. 28 zu N. 65.

51) Und überhaupt der Uebertragbarkeit kraft Universalsuccession. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 136 f. N. 1 ff.

Sage war. Von einer Vererbung des Interdictes läßt sich hier nur insofern reden, als sich einige Voraussetzungen desselben vererbt haben.⁵²⁾ Ebenso ist das interdictum Quorum honorum für den Erben des honorum possessor auch dann statthaft, wenn erst nach des Letztern Tode der Gegner Sachen aus demjenigen Nachlasse, woran jener die honorum possessio erworben hatte, pro herede oder pro possessore in Besitz nimmt.⁵³⁾ Auch das interdictum Quod vi kann für den Erben des Verbietenden in der Weise begründet werden, daß das Verbot des Letztern erst nach dessen Tode verlegt wird.⁵⁴⁾

- 52) Auf diesen Unterschied macht aufmerksam Schmidt a. a. O. S. 137, indem er l. 1 §. 3 D. quod legat. 43, 3 (Ulp. lib. 67. ad ed.): Hoc interdictum et heredem heredis honorumque possessoris habere, propter utilitatem huius [huius *del.*] dicendum est, nec non ceteros quoque successores) auch von jener uneigentlichen Vererbung versteht.
- 53) Einerlei ist es übrigens, ob dies geschieht vor dem Antritte des Erben jenes honorum possessor, oder erst nachher. A. M. scheint Schmidt a. a. O. S. 144 N. 15, der wenigstens nur den letztern Fall erwähnt.
- 54) Auch hier ist es einerlei, ob dies vor oder nach dem Erb-antritte geschieht. So ausdrücklich l. 13 §. 5 D. quod vi. 43, 24 (Ulp. lib. 71. ad ed.): Quaesitum est, si cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit: utputa hereditas iacebat, postea adiit hereditatem Titius, an ei interdictum competat? et est apud Vivianum saepissime relatam heredi competere hoc interdictum eius, quod ante aditam hereditatem factum sit [nomine *ins.*], nec referre La beo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. ne illud quidem obstare La beo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit: nam et sepulchri nemo

Haben wir betont, daß die active Vererblichkeit des einzelnen Interdictes auf dessen edictsmäßiger Fassung beruht, so dürfen wir anderseits nicht übersehen, daß diese Fassung eben mit Rücksicht auf das materielle Verhältniß, welches der Proponent schützen wollte, von vornherein gewählt oder doch hinterher ausgelegt und, wo nöthig, im Gebrauchsfalle abgeändert worden ist.

Wie die reinen Familienrechte unvererblich sind, so verlangt auch die Fassung der zu ihrem Schutze bestimmten Interdicte persönliche Voraussetzungen, welche sich bei dem Erben des ursprünglich Berechtigten als solchem nicht finden. Es kommen hier zunächst in Betracht die interdicta de liberis exhibendis und de liberis ducendis. Die entscheidenden Worte lauten:

Qui quaeve in potestate Lucii Titii est —

Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est. ⁵⁵⁾

Danach stehen diese Interdicte ausschließlich dem gegenwärtigen Gewalthaber zu.

Entsprechend wird es sich mit dem interdictum de liberto exhibendo verhalten haben, dessen Wortlaut uns freilich nicht überliefert ist. Wir wissen, daß dieses Inter-

dominus fuit, et tamen, si quid in eo fiat, experiri possum Quod vi aut clam . accedit his, quod hereditas dominae locum obtinet . et recte dicitur heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive ante, quam successerint, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.

55) Schmidt a. a. D. S. 139. Lenel ed. perp. §. 262. Ohne Zweifel bezog sich das erste Interdict auf alle Gewaltverhältnisse über Freie. Lenel a. a. D. S. 391 N. 4 vgl. l. 3 §. 1 D. de lib. exh. 43, 30. Das Gleiche dürfte aber auch für das zweite Interdict gelten.

Die s. g. interdicta de uxore exhibenda vel ducenda sind nicht im Edicte aufgestellt. Lenel a. a. D. N. 4 a. C.

dicit die Exhibition des Freigelassenen zu dem Zwecke forderte, damit demselben die von ihm versprochenen Dienste angefangen (indicit) werden könnten.⁵⁶⁾ Nun ist es allerdings richtig, daß der Anspruch auf versprochene operae fabriles des Liberten auf die Erben des Patronus überging.⁵⁷⁾ Und so möchte man meinen, daß solcher operae halber auch den Erben des Patronus das Interdict zugestanden habe.⁵⁸⁾ Allein diese vererblichen operae fabriles bedurften eben der Ansage (indictio) nicht.⁵⁹⁾ Folgeweis war ihretwegen auch das Interdict nicht erforderlich und somit schwerlich statthaft, wie denn in der That die Quellen das Interdict nur zwecks Exhibition desjenigen Liberten erwähnen, cui patronus operas indicere velit.⁶⁰⁾ Umgekehrt werden wir es

56) Gai. IV, 162: — exhibitorium interdictum redditur, veluti ut — exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere velit. §. 1 J. de interd. 4, 15: — exhibitoria sunt, per quae iubet exhiberi, veluti — libertum, cui patronus operas indicere velit.

57) L. 6 D. de O. L. 38, 1. cf. l. 9 eod.

58) So Schmidt a. a. D. S. 139 N. 6.

59) L. 24 D. de O. L. 38, 1 (Julian. lib. 52. dig.): Quotiens certa species operarum in stipulationem deducitur, velut pictoriae fabriles, peti quidem non possunt nisi praeteritae, quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur. — cedunt tamen operae ex die interpositae stipulationis. sed operae, quas patronus postulat [cf. l. 22 eod.], confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur, ne ante cederent, quam indictae fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet: quod in fabro vel pictore dici non convenit. Vgl. Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37. 38. Thl. 5 S. 226 f.

60) Gai. IV, 162. §. 1 J. de interd. 4, 15 (s. oben N. 56). Vgl. Leist a. a. D. S. 274 f.

auch denjenigen Descendenten des Freilassers beilegen müssen, auf welche der Anspruch auf operae officiales kraft ausdrücklicher Erstreckung der Zusage oder kraft unmittelbarer Beerbung übergegangen war, ⁶¹⁾ obgleich ihnen das gesetzliche ius patroni nicht zustand. ⁶²⁾ Allein, abgesehen davon, daß in den hierher gehörigen Fällen das gesetzliche ius patroni jener Descendenten des Freilassers nicht sowohl fehlte, als vielmehr zur Zeit ruhte, nach Beseitigung des jene Ruhe bedingenden Grundes aber von selbst auflebte: ⁶³⁾ immerhin war ein Stück des Patronatrechtes, nämlich das vertragsmäßige, auch hier, als eigenes Recht der Patronuskinder gegenüber den väterlichen Freigelassenen ⁶⁴⁾, actuell vorhanden; und so läßt sich füglich auch für diese Fälle von einem Liberten reden, cui patronus operas indicere vult. Demgemäß erscheint auch hier, wie in den gewöhnlichen Fällen, unser Interdict keineswegs als rei familiaris causa, d. h. zum Schutze von Vermögensverhältnissen, vielmehr im Gegensatze dazu iuris sui tuendi causa, d. h. zum Schutze von Familienrechten, gegeben, genau auf

61) L. 22 §. 1. l. 5. l. 7 §§. 6—9. l. 37 pr. D. de O. L. 38, 1. l. 70 i. f. D. de V. S. 50, 16.

62) L. 51 D. de O. L. 38, 1 (Paul. lib. 2. manualium): Interdum operarum manet petitio, etiamsi ius patroni non sit: ut evenit in fratribus eius, cui assignatus est libertus, aut utpote alterius patroni exstante alterius patroni filio. Vgl. zum Schlusse Gai. III, 60. Paul. III, 2 §. 1. Ulp. XXVII, 2 sq. l. 23 §. 1 D. de B. L. 38, 2. l. 3. §. 7 D. de legit. tut. 26, 4. C. auch l. 5 §§. 1 sq. D. de assign. lib. 38, 4.

63) L. 5 §§. 1 sq. cit. D. de assign. lib. 38, 4. l. 3 §. 7 D. cit. de leg. tut. 26, 4. l. 23 §. 1 cit. D. de B. L. 38, 2.

64) C. Leist a. a. D. Thl. 4 C. 486 ff. Thl. 5 C. 251 f.

gleicher Linie mit den Interdicten de liberis exhibendis ducendis. ⁶⁵⁾

10. Vermögensactiva sind regelmäßig vererblich. Eine selbstverständliche Ausnahme bilden solche, welche ihrem Wesen nach an ein individuell bestimmtes Subject gebunden sind; eine auf positiver Satzung beruhende Ausnahme machen die auf Abwendung persönlicher Unbill abzielenden Ansprüche, die s. g. actiones vindictam spirantes.

Für Verhältnisse der letztern Art kommt jedoch Interdictenschutz überhaupt nicht vor. Freilich stellt v. Savigny ⁶⁶⁾ das interdictum Quod vi aut clam hierher. Es wird nämlich jenes Interdict einem Haussohne in eigenem Namen gegeben; ⁶⁷⁾ und diese Thatsache meint der genannte Gelehrte nur daraus erklären zu können, daß dasselbe auf vindicta gehe wegen Verletzung der persönlichen Würde durch Nichtachtung des Einspruchs, denn solche Verletzung sei ja auch gegen einen Haussohn möglich. Allein laut der richtigen Lesart der l. 13 §. 1 D. quod vi 43, 24 erhält der Haussohn das Interdict nicht blos dann, wenn sein eigener Widerspruch mißachtet worden ist. Die Florentina liefert allerdings:

(*Ulpian.* lib. 71. ad ed.) *Labeo* scribit, si filio prohibente opus factum sit, et te habere interdictum,

65) L. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1 (Paul. lib. 63. ad ed.): — iuris sui tuendi causa [sc. competit interdictum] de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo: officii causa de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.

66) Syst. Bd. 2 S. 125 ff.

67) L. 9 D. de O. et A. 44, 7. (Paul. lib. 9. ad Sabin.): Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et Quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat. l. 13 §. 1 D. quod vi 43, 24 (s. unten den Context).

ac si te prohibente opus factum est, et filium tuum nihilo minus.

Aber zu welchem Zwecke sollte wohl Ulpian das aus einem Verbote des Haussohnes dem Gewalthaber zuständige Interdict erst noch durch die Fiction begründen, Letzterer selbst habe das Verbot ausgesprochen? erwarb ja doch selbstverständlich der Haussohn alles dem Gewalthaber, und erwirbt obendrein derjenige, den die Sache angeht (der dominus i. d. S.), das Interdict durch den Einspruch jedes beliebigen Vertreters, z. B. des Miethers.⁶⁸⁾ Handelte es sich aber wirklich nur um das aus dem Verbote des Haussohns erwachsene Interdict, so war ja schon mit dem Worte „et te habere interdictum“ unzweifelhaft ausgedrückt, daß außer dem Gewalthaber auch der Sohn das Interdict habe: wie verträgt sich damit das „et filium tuum *nihilo minus*“? Zudem vermag die Concurrenz des Gewalthabers sicherlich kein Bedenken gegen die Gewährung des Interdicts an den Haussohn zu begründen: erscheint es doch vielmehr als selbstverständlich, daß der Letztere, wenn er das Interdict überhaupt haben soll, dasselbe nur in Concurrenz mit dem Gewalthaber haben kann. Hiernach ist also das *ac* der Florentina entweder zu streichen oder mit *Salo* andrer in *at* zu verwandeln, dagegen das *factum est* beizubehalten oder allenfalls in *factum sit*, nicht jedoch mit *Momm*sen in *factum esset* zu verändern. So bestätigt es der f. g. *Tipucitus* (zu *Basil.* 58, 23, 13 pr. Heimb. tom. V p. 220 nota o):

Καὶ περὶ τοῦ ὑπεξουσίου καινὸν ἔργον κωλύοντος, πῶς ὁ πατήρ κινεῖ πατρός δὲ κωλύοντος καὶ ὁ υἱός.

68) L. 17 D. h. t. (Paul. lib. 69. ad ed.): Interdictum Quod vi aut clam per quemvis domino acquiritur, licet per inquilinum. S. auch l. 17 D. de O. N. N. 39, 1 (Id. lib. 57. ad ed.).

Es hat mithin der Haussohn das *interdictum Quod vi aut clam* auch dann, wenn nicht er, sondern sein Gewalthaber mit Rücksicht auf eine *res peculiaris* Einspruch gegen ein *opus in solo factum* erhoben hatte, dieses *opus* aber trotzdem vorgenommen worden ist, ⁶⁹⁾ nur hat er es hier natürlich unter Bezugnahme auf den Einspruch des Gewalthabers, nicht *suo nomine*. Darans ergibt sich, daß auch das auf eignen Einspruch gestützte *Interdict* für den Haussohn nicht die Bestimmung haben kann, eine ihm persönlich zugefügte Mißachtung zu ahnden. Es ist überhaupt eine irrige Vorstellung, daß das *agere* eines Haussohnes *suo nomine* sachlich etwas Anderes sei, als ein Klagen kraft präsumtiven Mandates des Gewalthabers; oder gar, daß der Haussohn auf eine *actio suo nomine* ein selbstverständliches Recht habe. ⁷⁰⁾ Heißt es doch selbst von der hierher gehörigen *actio iniuriarum*, ⁷¹⁾ welche bekanntlich dem

69) Vgl. Stölzel die Lehre von der *operis novi nunciatio* u. s. w. S. 382 f. S. 515. Die Beschränkung auf eine *res peculiaris* ergibt sich nicht nur aus allgemeinem Grunde, sondern auch aus der ausdrücklichen Bezeichnung in §. 2 *leg. cit.* (s. unten S. 69). — Mandry das gemeine Familiengüterrecht Bd. 1 S. 209 hält die Lesart der Florentina fest und bestreitet die Möglichkeit des *Interdicts* für den Sohn aus einem Verbote des Vaters. Ebendeshalb tritt er auch der Einschränkung des *Interdicts* für den Sohn auf *res peculiares* entgegen. S. 211 f. Bernice Labeo Bd. 1 S. 162 meint, diese Einschränkung nütze wenig, und hält es für unzweifelhaft, daß die Compileratoren allerlei weggeschnitten haben, um unsere Stelle mit l. 9 D. de O. et A. 44, 7 in Uebereinstimmung zu bringen.

70) Wie v. Savigny a. a. O. Bd. 2 S. 97 ff. annimmt; mit eigenthümlicher Begründung anscheinend auch v. Siering Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen in Jahrb. für die Dogmatik Bd. 23 S. 217 ff.

71) L. 9 D. de O. et A. 44, 7.

Haussohne durch ein besonderes Edict in Aussicht gestellt worden war, ^{71a}) in l. 17 §. 12 D. de iniur. 47, 10:

(*Ulpian.* lib. 57. ad ed.) Plane si praesens [sc. paterfamilias eius, qui iniuriam passus est] agere nolit, vel quia differt vel quia remittit atque donat iniuriam, *magis est, ut filio actio non detur*: nam et cum abest, idcirco datur filio actio, quia verisimile est, patrem, si praesens fuisset, acturum fuisse.

Und nur ausnahmsweis, fährt Ulpian fort, unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse, ertheilt der Praetor dem Haussohne die Klage, ⁷²) obwohl der Vater dieselbe nicht anstellen will. Somit sind es in jedem Falle, in welchem ein Haussohn ohne Mandat des Gewalthabers an dessen Stelle als Kläger zugelassen wird, lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen, welche dies causa cognita bewirken; ⁷³) und wenn ihm hierbei mitunter eine actio suo nomine gewährt wurde, so lag darin nichts Weiteres, als daß in

71^a) L. 17 §. 10 D. de iniur. 47, 10. S. Lenel ed. perp. §. 179 S. 324 f. Vgl. Mandry a. a. O. S. 206 ff.

72) L. 17 cit. §. 13: Interdum tamen putamus, et si pater remittat, iniuriarum actionem filio dandam, ut puta si patris persona vilis abiectaue sit, filii honesta: neque enim debet pater vilissimus filii sui contumeliam ad suam vilitatem metiri. ponamus esse eum patrem, cui iure meritoque curator a praetore constitueretur. — v. Savigny's Behauptung a. a. O. S. 100 f., es sei in den Fällen, wo der Haussohn in eigenem Namen auftrete, das Ermessen der Obrigkeit, besonders aber der Widerspruch des Vaters ohne Einfluß, steht also im offensten Widerspruche zu ganz unzweideutigen Quellaussprüchen, die jener Gelehrte freilich auch nicht einmal anführt. Vgl. dagegen Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species S. 26 f. unter c. S. 29.

73) Vgl. l. 18 §. 1 D. de iud. 5, 1. l. 17 D. de R. Cr. 12, 1.

der Formel ausgedrückt war, die Injurie sei dem Sohne zugefügt; der Sohn habe deponirt oder commodirt; und so auch beim interdictum Quod vi aut clam, das opus in solo factum sei gegen Verbot des Sohnes gemacht.⁷⁴⁾

Dem gegenüber müßte es nun allerdings höchst auffallend erscheinen, wenn dem Haussohne daselbe Interdict wegen eines clam factum rundweg versagt geblieben wäre, wie dies v. Savigny behauptet.⁷⁵⁾

Aber sagt dies die dafür angezogene l. 13 cit. §. 2 wirklich? Ulpian bemerkt hier im Anschluß an das oben Mitgetheilte:

74) Ubbelohde a. a. D. S. 26 f. unter c a. E. Hier- nach nehme ich an, daß in seiner concreten Anwendung das Interdict nicht unbestimmt lautete: Quod vi factum est etc., sondern etwa: Quod vi adversus Aulum Agerium filium familias Lucii Titii factum est etc. S. auch unten den Text. Lenel ed. perp. §. 256 S. 387 erwähnt diesen Zusatz nicht: er ist gewiß ebenso unbedenklich, wie derjenige, der sich auf den Ort und den Thäter des opus factum bezieht. Vgl. l. 22 §. 4. l. 11 §. 6. D. quod vi. 43, 24. Lenel a. a. D. N. 14 f. S. unten §. 1838 Ziffer 85 nach N. 57.

Ueber die Unterschiede der Klagen des Haussohnes suo nomine von denjenigen patris nomine s. Mandry a. a. D. S. 210 ff., namentlich S. 207 f. Fraglich bleibt es übrigens, ob von diesen Unterschieden sich die Fortdauer der actio suo nomine beim frühern Hauskinde nach Lösung der Gewalt nicht auf die actio iniuriarum beschränkt. L. 17 cit. §§. 14 u. 22. S. auch die eigenthümliche Ansicht v. Thering's a. a. D. Jahrb. für die Dogm. Bd. 23 S. 214 ff.

75) A. a. D. S. 126 N. m. So auch Stölzel a. a. D. S. 383. Pernice a. a. D. S. 161 und schon Cuiacius ed. Neap. VII, 143. Mandry a. a. D. S. 208 hält dies für Labeos Ansicht, die jedoch zur Zeit des Paulus aufgegeben sei.

Idem [sc. *Labeo*] ait, adversus filium familias in re peculiari neminem clam videri fecisse: namque si scit eum filium familias esse, non videtur eius celandi gratia fecisse, quem certus est, nullam secum actionem habere.

M. E. hat jene Bemerkung folgenden Sinn. Wer gegenüber einem Haussohne hinsichtlich einer res peculiaris heimlich handelt, weiß entweder, daß er es mit einem Haussohne zu thun hat, oder er weiß es nicht. Im letztern Falle ist es nicht sowohl die Person des Haussohnes, vor der er sein Handeln versteckt, als vielmehr die von ihm im Haussohne vermuthete Person des Grundeigenthümers oder dessen Stellvertreters. In Wahrheit bezieht sich also die Heimlichkeit seines Handelns auf den Grundeigenthümer, d. h. hier auf den Gewalthaber. Dieser erwirbt mithin das Interdict genau in der Weise, als ob unmittelbar mit Bezug auf ihn die Heimlichkeit stattgehabt hätte.⁷⁶⁾ Kennt dagegen der Handelnde die Sachlage, so kann sein Heimlichthun gegenüber dem Haussohne wohl insofern Bedeutung haben, als darin zugleich ein Heimlichthun gegenüber dem Gewalthaber liegt,⁷⁷⁾ nicht aber, soweit es sich auf die Person des Haussohnes bezieht: denn es ist rechtlich von vornherein gewiß, daß dieser ein Verbotungsrecht suo nomine nicht haben kann. Eben deshalb ist das interdictum Quod vi aut clam niemals auf eine clam facere gegenüber dem Hausknecht als solches zu stützen. Keineswegs aber ist damit ausgeschlossen, daß in dringenden Fällen dem

76) L. 5 §. 5 D. quod vi 43, 24 (Ulp. lib. 70 [rectius 71]. ad ed.): Si quis, dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui, non mei causa fecerit, mihi interdictum competere.

77) Vgl. l. 5 cit. §. 6: Idem [sc. *Servius* cf. §. 3] dicit, et si servi mei vel procuratoris celandi causa factum sit, mihi interdictum competere.

Haussohne kraft präsumptiven Mandates das interdictum Quod vi aut clam wegen des clam factum gewährt werde. 78)

- 78) So giebt ja nach Ulpian's Bericht in l. 18 §. 1 D. de iud. 5, 1 derselbe Julian, der nach dem Berichte des Paulus in l. 9 D. de O. et A. 44, 7 (s. oben N. 67) dem Haussohne suo nomine nur das interdictum Quod vi aut clam und die actiones iniuriarum, depositi und commodati gewährt, ihm causa cognita auch die actiones furti, damni iniuria dati, mandati, pecuniae creditae als utiles, diese offenbar nicht suo nomine, weil die intentio desselben auf einen civilen Anspruch des Vaters lautete. (Ganz fehlgegriffen scheint mir die Vermuthung Bernices a. a. D. S. 165, die von Julian hier gegebene utilis actio sei ähnlich aufzufassen, wie die des Cessionars, der Haussohn fungire hier gleichsam als procurator in rem suam. Ist doch der erste Anwendungsfall der utilis actio des Cessionars von Antoninus Pius aufgestellt! l. 16 pr. D. de pact. 2, 14.) L. 9 cit. steht mit der Ausführung des Textes so wenig in Widerspruch, als mit l. 13 §. 1 D. quod vi (vgl. N. 75 a. G.): das in der ersten Stelle dem Haussohne suo nomine beigelegte interdictum Quod vi aut clam ist nichts Anderes als das unter der edictsmäßigen Gesamtbezeichnung wegen vis adversus filium familias diesem gegebene Interdict. So auch Stölzel a. a. D. S. 389, der dazu l. 17 D. quod vi 43, 24 (oben N. 68) anführt, welche offenbar von einem vi factum redet. Ebenso würde l. 19 D. quod vi 43, 24 aufzufassen sein, wenn man die Lesart der Florentina billigt: Interdictum Quod vi aut clam competere filio familias colono arboribus succisis Sabinus ait. Vgl. übrigens auch v. Thering a. a. D. S. 219 f., welcher annimmt, die spätere Jurisprudenz habe im Gegensatze zu Labeo das interdictum Quod clam dem Haussohne deshalb erteilt, damit er nicht schutzlos bleibe, wenn der Gegner in seiner Abwesenheit das opus vornehme.

In der That kann das interdictum Quod vi aut clam als vindictam spirans schon deshalb nicht gelten, weil Vermögensinteresse des Klägers zu seinen Voraussetzungen gehört, ⁷⁹⁾ die Verurtheilung auf dieses Vermögensinteresse geht, ⁸⁰⁾ und das Interdict gegenstandslos wird, wenn der Beschädigte durch eine andere Klage Schadenserfaß erlangt. ⁸¹⁾

Und hierzu allein stimmt auch der Schluffaß der l. 13 §. 5 D. quod vi 43, 24:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) et recte dicetur heredi quoque competere [sc. interdictum Quod vi aut clam] et ceteris suscessoribus, sive antequam successerint, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum. ⁸²⁾

Wenn dagegen v. Savigny ⁸³⁾ die Worte dieses Satzes, soweit sie die Zeit vor dem Erbantritte betreffen, auf den zu Eingang der Stelle erörterten Fall eines hereditate iacente vorgekommenen vi aut clam factum beschränkt, so macht er damit nicht nur jene Worte selbst zu einer müßigen Wiederholung der bereits vorher gegebenen und weitläufig be-

79) L. 7 §§. 4. 7. l. 11 §§. 10. 12. 14. l. 13 §§. 3 sq. D. quod vi 43, 24. Das Citat fr. 2 §. 14 quod vi aut clam bei Schmidt S. 139 N. 8 beruht auf einem Druckfehler.

80) L. 15 §§. 7—9 D. h. t.

81) L. 15 cit. §. 12 (Ulp. lib. 71. ad ed.): Quia autem hoc interdictum id, quod interest, continet, si quis alia actione fuerit consecutus id, quod interfuit, opus non esse factum, consequens erit dicere ex interdicto nihil eum consequi oportere. S. hierzu Schmidt a. a. D. S. 139 f.

82) So Puchta Pandekten §. 88 N. c a. E. v. Bangerow Lehrbuch der Pandekten Bd. 1. §. 145 Anm. unter I a. E. 7. Aufl. S. 215. Stölzel a. a. D. S. 382.

83) A. a. D. S. 127 N. r.

gründeten Entscheidung,^{83a)} sondern verkennt auch die Bedeutung der weiteren Worte: *sive postea [sc. quam successerint] aliquid sit vi aut clam admissum*. Sollen diese nämlich nicht die große Platttheit enthalten, daß der Erbe wegen eines gegen sein eigenes, erklärtes oder erwartetes, Verbot vorgenommenen opus in solo das Interdict habe, so können sie nichts Anderes besagen, als daß ihm dasselbe zustehet wegen eines derartigen opus, welches zuwider einem, ausgesprochenen oder erwarteten, Verbote des Erblassers, und zwar erst nach dem Antritte der Erbschaft vorgenommen ist. Dies auszusprechen war um so mehr geboten, als bekanntlich die operis novi nuntiatio mit dem Tode des Nuntianten ihre Wirkung verliert.^{83b)} Hat aber hiernach das Verbot des Erblassers die Kraft, wegen einer erst nach dem Erbantritte eingetretenen Verletzung dem Erben das Interdict zu verschaffen, so würde es gewiß nicht folgerichtig sein, ihm jede Kraft zugunsten des Erben für den Fall abzusprechen, wenn es bereits bei Lebzeiten des Erblassers verlegt worden ist.^{83c)} Vererbt sich doch umgekehrt das aus

83^{a)} S. die ganze Stelle oben S. 60 f. N. 54.

83^{b)} L. 8 §. 6 D. de O. N. N. 39, 1. Im Sinne des Textes versteht die l. 13 §. 5 cit. auch Windscheid Lehrb. Bd. 2 §. 466 Anm. 17.

83^{c)} v. Savigny äußert sich über die fraglichen Worte nicht; die Anführung aber der l. 1 §. 6 D. de iniur. 47, 10 legt die Vermuthung nahe, daß er ein gegen des Erblassers Verbot nach dem Erbantritt erfolgtes Handeln in eine Reihe stelle mit der nach dem Erbantritte der Leiche des Erblassers zugefügten Beleidigung, welche jene Stelle für eine iniuria heredi quodammodo facta erklärt. Allein die hierfür gegebene Begründung: *semper heredis interest defuncti existimationem purgare; spectat ad existimationem nostram [sc. heredis], si qua ei [sc. defuncto] fiat iniuria* (l. 1 cit. §. 4) läßt sich auf unsern Fall sinngemäß gar nicht anwenden: ein Handeln gegen

einer operis novi nuntiatio durch verbotwidriges Bauen des Nuntiaten bei Lebzeiten des Nuntianten erwachsene interdictum demolitorium,^{83a)} während, wie erwähnt, die nuntiatio als solche mit dem Tode des Nuntianten wirkungslos wird.

11. Dem Wesen des dadurch geschützten Vermögensverhältnisses gemäß ist unvererblich das interdictum Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est. Den Wortlaut desselben kennen wir freilich nicht.⁸⁴⁾ Vermuthlich erwähnte derselbe neben der erteilten missio deren Rechtsgrund; und da dieser für den Erben der immittirten Schwangern nicht zutrif, so ergab sich die Unvererblichkeit des Interdicts unmittelbar aus dessen Fassung.

Zu den ihrem Wesen nach unvererblichen Vermögensactiven pflegt auch der Besitz gerechnet zu werden. Nun ist allerdings ohne Frage unvererblich die Thatsache des Besitzes als solche,⁸⁵⁾ d. h. was den Sachbesitz anbelangt, ein gewisses körperliches, einen gewissen Willen bethätigendes, Verhältniß der Person zur Sache;^{85a)} was die iuris quasi possessio betrifft, eine gewisse, einen gewissen Willen bethätigende, Ausübung des Rechtes.^{85b)} Und ebenso unleugbar bleibt es, daß der Eintritt jenes Verhältnisses oder dieser Ausübung die erste und wesentlichste Voraussetzung für den Besitzschutz durch Interdicte bildet. Indessen folgt daraus noch ganz und gar nicht, daß die durch den Eintritt der fraglichen Thatsache in der Person des Erblassers ein-

das Verbot des Erblassers ist nicht einmal quodammodo ein Handeln gegen das Verbot des Erben.

83a) L. 20 §. 6 D. de O. N. N. 39, 1.

84) S. Lenel ed. perp. §. 231 S. 364.

85) Strohal Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht. Graz 1885 S. 49. S. 154.

85a) Strohal a. a. D. S. 71 ff. S. 126.

85b) Strohal a. a. D. S. 164 f. unter VI.

mal begründeten Rechtswirkungen, insbesondere auch diejenige des Anspruchs auf Interdictenschutz, auf den Erben als solchen nicht überzugehen vermöchten.⁸⁶⁾ Der Prätor nämlich ist bei der Aufstellung seiner Schutzmittel keineswegs ausgegangen von dem vorgefaßten Begriffe eines Rechtsverhältnisses, den er als solchen schützen wollte; vielmehr hat er, geleitet, wie wir annehmen dürfen, von unmittelbar praktischer Erwägung, kraft der Gestaltung der von ihm aufgestellten Schutzmittel dem, eben dadurch zu einem (prätorischen) Rechtsverhältnisse gewordenen Thatbestande auch seine gesammte rechtliche Beschaffenheit erst verliehen.⁸⁷⁾ Gerade bei den Besitzinterdicten macht sich diese Art der Behandlung bemerkbar genug.

Ausdrücklich verheißten ist im Edicte der Interdictenschutz den heredes, emptores, bonorum possessores dessen, der seinerseits das interdictum de aqua cottidiana oder aestiva hätte erwirken können.

L. 1 §. 29 D. de aq. cott. 43, 20:

(*Ulpianus* lib. 70. ad ed.) Deinde^{87a)} ait praetor: „Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto. (Item *ins.* Schmidt a. a. D. S. 146 f.) *inter heredes (et ins. M.) emptores et bonorum possessores interdicam.*⁸⁸⁾

86) Vgl. l. 49 pr. D. de a. v. a. p. 41, 2: cum . . plurimum ex iure possessio mutuetur. Strohal a. a. D. S. 49 ff. S. 155 ff. S. 222 ff.

87) Vgl. im ganzen Windscheid die Actio des röm. Civilrechts S. 3 ff. ders. die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther.

87a) Nämlich hinter dem proponirten interdictum de aqua cottidiana. Lenel ed. perp. §. 251.

88) Den auffallenden Umstand, daß die emptores zwischen den heredes und den bonorum possessores erwähnt wer-

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 75

Ebenso den successores und dem emptor dessen, welchem aus eigener Person das interdictum de itinere actuque privato zustand.

L. 1 cit. §. 37:

Ait praetor: „(Item) inter heredes et emptores et bonorum possessores interdicam.“ haec verba non solum ad aestivam aquam, verum etiam ad cottidianam quoque referenda esse sciendum est: nam sicuti *de itinere actuque et successoribus dantur et emptori*, ita haec quoque danda praetor putavit.

L. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1. *Paulus* lib. 63. ad ed.:

... quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto.⁸⁹⁾

Auch ohne solche Verheißung im Edicte erstreckte die Praxis des Prätors die interdicta de rivis und de fonte reficiendo, und ohne Zweifel nicht minder de fonte, auf die Universal- und Singularsuccessoren der kraft eigener Ausübung zu diesen Interdicten Berechtigten.

L. 3 §. 7 D. de riv. 43, 21:

den, sucht Schmidt a. a. D. S. 149 geschichtlich zu erklären: die interdicta de aqua seien älter als die bonorum possessio; nach Einführung der letztern aber habe der Prätor die Erwähnung der bonorum possessores am Schlusse der fraglichen Verheißung im Edicte nachgetragen. Vielleicht aber erklärt sich die Voranstellung der emptores aus der Erwägung, daß im umgekehrten Falle (heredes et bonorum possessores et emptores) es nahe gelegen hätte, das Wort emptores zu dem vorangehenden bonorum zu beziehen.

89) cf. Schmidt a. a. D. S. 147 ff. Venet a. a. D. S. 384 zu N. 4 f. S. auch l. 2 §. 3 D. si serv. 8, 5. l. 5 §. 2 D. de itin. 43, 19.

(*Ulpianus* lib. 70. ad ed.) Isdem autem personis et in eadem interdictum hoc datur, quibus et in quas et de aqua interdicta redduntur, quae supra sunt enumerata [sc. interdicta].

L. un. §. 11 D. de fonte 43, 22:

(*Ulpianus* lib. 70. ad ed.) Et omnibus personis dabitur, ⁹⁰⁾ quibus permittitur interdictum de aqua aestiva. ⁹¹⁾

Und die römische Jurisprudenz beanspruchte ohne Bedenken das interdictum de itinere actuque privato als utile auch für den Schenknehmer, ⁹²⁾ der Empfänger einer Dos, ⁹³⁾ den Rießbraucher und den Usuar ⁹⁴⁾ eines Grund-

90) Nämlich das in l. un. cit. §§. 6 sqq. besprochene interdictum de fonte reficiendo.

91) S. dazu Schmidt a. a. O. S. 147 f. N. 21.

Die von Ulpian in l. 5 §. 2 D. de itin. 43, 19 für zweifellos erklärte Erstreckung des interdictum de itinere reficiendo auf die Successoren des Interdictberechtigten kann begreiflicher Weise in diesem Zusammenhange nicht angezogen werden, da jenes Interdict proprietatis causam continet.

92) L. 3. §. 6 D. de itin. 43, 19: Hoc interdictum et ei competit, qui donationis causa fundi vacuum possessionem nactus est.

93) L. 3 cit. §. 9: Hoc amplius et is, cui dotis causa fundus traditus est, experiri hoc interdicto poterit.

94) L. 3 cit. §. 8: Sed et si quis usum fructum emit vel usum vel cui legatus est et traditus, experiri hoc interdicto poterit. l. 2 §. 3 D. si serv. 8, 5: Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Julianus lib. 48. dig. scribit. pro sententia Juliani facit, quod Labeo scribit, etiamsi testator usus sit, qui legavit usum fructum, debere

stückes aus den Ausübungshandlungen des Schenkgebers, des Totalbestellers, des Proprietars; ferner für denjenigen, welcher durch eine Mittelsperson den Besitz eines Grundstückes erwirbt, aus deren Ausübungshandlungen,⁹⁵⁾ und überhaupt für alle, welche durch Rechtsgeschäft den Besitz eines Grundstückes erlangen, aus den Ausübungshandlungen ihrer Auctoren.⁹⁶⁾ Dogmatisch ausgedrückt heißt das nichts Anderes als: bei den genannten servitutes discontinuae gilt die rechtliche Wirkung der Ausübungshandlungen des Auctors auch für den Nachfolger im Besitze des Grundstückes, für welches sie vorgenommen worden sind; letzterer bedarf einer eignen Ausübung nicht, um den Anspruch auf Schutz für solche zu erlangen; — oder m. a. W. der Besitz jener Servituten im fraglichen Sinne, d. h. als Rechtswirkung, nämlich Anspruch auf Schutz, geht ohne weiteres mit dem titulirten Besitze des praedium dominans über.⁹⁷⁾ Das Gleiche werden wir für den Besitz aller anderen unständigen Prädiatservituten behaupten dürfen, z. B. für den Besitz von Weidgerechtfamen.^{97a)}

Soweit der Besitz ständiger Prädiatservituten über-

utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.

95) L. 3 cit. §. 7 D. de itin. 43, 19: Si quis ex mandato meo fundum emerit, aequissimum est, mihi hoc interdictum dari „ut ille usus est,“ qui mandato meo emit.

96) L. 3 cit. §. 10: Et generaliter ex omnibus causis, quae instar habent venditionis vel alterius contractus, dicendum est, hoc interdicto locum fore.

97) So auch Strohal a. a. D. S. 192 ff. Es ist dem Vfr. eine große Freude gewesen, in den Ausführungen des genannten Schriftstellers eine volle Uebereinstimmung mit vorstehender, schon vor längerer Zeit niedergeschriebenen, Erörterung zu finden.

97a) Strohal a. a. D. S. 219 f. unter 7.

haupt geschützt wird, erscheint es als ganz selbstverständlich, daß dieser Schutz dem Besitzer eines Grundstücks als solchem auch für den von irgend einem Vorbesitzer erworbenen Besitz einer derartigen Servitut angehe: der dauernde Zustand, worin hier der Besitz besteht, bildet ein Stück vom Zustande des praedium dominans selbst; wer den Besitz des letztern hat, besitzt damit nothwendig auch jene Servitut.^{97b)} Es ist übrigens bekannt, daß die Römer den Besitz ständiger Prädialservituten nur bei affirmativen schützten.⁹⁸⁾

Was den Sachbesitz betrifft, so hat der Prätor in der fraglichen Hinsicht die interdicta retinendae possessionis ganz anders behandelt, als die interdicta recuperandae possessionis. Das interdictum Uti possidetis dient nur demjenigen, der (oder dessen Detentor) sich zu dem streitigen Grundstücke gegenwärtig in einem solchen thatsächlichen Verhältnisse wirklich befindet, welches wir als Besitz bezeichnen, oder darin befinden würde, wenn ihn nicht der, nunmehr seinerseits in diesem Verhältnisse befindliche, Gegner daselbe vi oder clam oder precario entzogen hätte. Die legislatorisch immerhin denkbare Bestimmung, wonach auch der Erbe jenes Interdictberechtigten als solcher, gestützt auf das bis zu dessen Tode bestehende Besitzverhältniß desselben, Herausgabe des Besitzes mit dem Uti possidetis beanspruchen dürfte, — sei es nur gegenüber dem iniustus possessor, sei es gegenüber jedem, der infolge eines bloß objectiv nicht gerechtfertigten Herganges den Besitz erworben hat, — jene Bestimmung hat der Prätor eben nicht ge-

97^{b)} Vgl. G. Hofert das Wesen des Servitutenbesitzes nach römischem Recht. (Tübinger Inaugural-Dissertation.) 1882 S. 14 unten.

98) Auf die Streitfrage über das Schutzmittel ist hier nicht einzugehen.

troffen. Und vermöge dieser Gestaltung des Uti possidetis erscheint der juristische Besitz eines Grundstücks, d. h. die an dessen thatsächliches Besitzverhältniß geknüpfte Rechtswirkung des Schutzes durch das genannte Interdict, unvererblich.^{98a)} Ebenso ist es mit dem, nach Analogie des Uti possidetis gehandhabten,⁹⁹⁾ interdictum de superficiebus. Ähnlich verhält es sich mit dem Utrubi. Mit diesem wurde ursprünglich nur derjenige geschützt, welcher die streitige res mobilis maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possederat; sein Erbe als solcher konnte das Utrubi nicht gebrauchen.¹⁰⁰⁾ Später, nach dem Untergange des Interdictenverfahrens, ist bekanntlich die rechtliche Behandlung des Utrubi völlig die gleiche geworden, wie diejenige des Uti possidetis. — Uebrigens brachte die Versagung der interdicta retinendae possessionis schon im classischen Rechte dem Erben nur selten sachlichen Nachtheil. Meistens vermag er sich ohne Schwierigkeit selbst in den Besitz der vom Erblasser bei dessen Tode besessenen Sachen zu setzen; und dann hat er jene Interdicte aus eigener Person. Und, vorausgesetzt immer, daß

98a) A. M. Witte das interdictum Uti possidetis C. 84—87, davon ausgehend, daß das vitium possessionis dem Erben des frühern iustus possessor gegenüber in gleicher Weise bestehe, wie diesem gegenüber. Allein l. 8 §. 1 und l. 12 §. 1 D. de prec. 43, 26 beweisen dies nicht. C. unten Ziffer 11 a. C.

99) cf. l. 1 §. 2 D. de superf. 43, 18: Omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur. Ueber die possessorische Natur dieses Interdicts s. unten §. 1835a Ziffer 25 bei N. 20 f.

100) Daß ihm, falls er selbst den Besitz erlangt hat, die accessio possessionis aus der Person des Erblassers zugut kommt (Gai. IV, 151), ändert hieran nichts. Schmidt a. a. D. C. 145.

kein Dritter den Besitz erlangt, wirkt für ihn noch vor seiner eignen Besitzergreifung der Usucapionsbesitz seines Erblassers mittels der successio in usucapionem weiter.¹⁾ Ergreift aber ein Dritter vor dem Erbantritte oder doch, bevor der Erbe es gethan, den Besitz einer vom Erblasser bei dessen Tode besessenen Sache pro herede oder pro possessore, so kann der Erbe mit der hereditatis petitio die Herausgabe dieses Besitzes verlangen,²⁾ sogar dann, wenn nachweisbar der Erblasser iniustus possessor gewesen sein sollte;³⁾ und der honorum possessor hatte ohne Frage zu gleichem Zwecke das interdictum Quorum honorum. Nur gegenüber demjenigen, der aus einem, wirklichen oder vermeintlichen, Singularartikel den Besitz einer vom Erblasser besessenen Sache, wenngleich eigenmächtig erworben hat,⁴⁾ versagten ursprünglich beide Universalklagen: hier konnte ausschließlich die erbchaftliche Singularklage, also ein Petitorium, gebraucht werden.^{4*)} Infolge einer sehr bekantten

- 1) L. 40 D. de usurp. 41, 3 (Nerat.). l. 30 pr. D. ex quib. c. mai. 4, 6. — Vgl. Thering über den Grund des Besitzschuzes. 2. Aufl. S. 86 f. Windscheid Band. I §. 156 N. 13. Cosack der Besitz des Erben S. 77. Strohal a. a. D. S. 47 ff. und namentlich S. 229 f.
- 2) Thering a. a. D. S. 85 ff. Beachtenswerth bleibt, daß pro possessore nicht bloß besitzt, wer ohne Berufung auf einen Titel besitzt, sondern auch, wer sich wissentlich auf einen nichtigen Titel beruft. Francke exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 140 ff.
- 3) L. 19 §. 2 D. de H. P. 5, 3 und dazu v. Thering's Jahrb. für die Dogm. Bd. 17 S. 425.
- 4) L. 1 §. 4 D. quod. legat. 43, 3 und dazu v. Thering's Jahrb. a. a. D. S. 437 N. 2 und Lenel ed. perp. S. 362 N. 10.
- 4*) Die hereditas iacens entbehrte im römischen Rechte des Besitzschuzes völlig. Strohal a. a. D. S. 231. Allein

Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius v. J. 395 jedoch ist das *interdictum Quorum bonorum* auch gegenüber demjenigen statthaft, welcher auf einen Singular- titel gestützt eigenmächtig den Besitz einer im Nachlasse befindlichen Sache ergreift; es hat also schlechthin die Function einer Besitzklage erhalten. ^{4**)}

L. un. Cod. Theod. Quor. bon. 4, 21:

Quid iam planius, quam ut heredibus traderentur

dies beruht m. E. darauf, daß dort eine *cura hereditatis iacentis* nur als gelegentliche Folge der *missio creditorum in hereditatem* eintrat, die Vollmacht des *curator hereditatis* danach eine nur beschränkte sein konnte und namentlich auf Prozeßführung nicht ging, auch nicht für petitorische Klagen. Heute dagegen, wo die *cura bonorum* überhaupt nach Analogie der Vormundschaft zu behandeln ist, muß man dem *curator hereditatis iacentis* gleich dem Vormunde auch die Befugniß zur Prozeßführung beilegen. Arch. für die Civil-Praxis Bd. 61 S. 1—39. Schwerlich jedoch besteht ein innerer Grund, ihn damit auf petitoria zu beschränken. Vielmehr dürfte ihm für die vom Erblasser bei dessen Tode besessenen Sachen auch possessorischer Schutz zu gewähren sein, und zwar schlechthin für diejenigen, welche er vermöge seiner *cura* in Besitz genommen hat, nach Analogie der *hereditatis petitio* aber für diejenigen Nachlasssachen, welche ein Dritter vorher pro herede oder pro possessore in Besitz nimmt, und nach Analogie des unten im Texte erörterten *interdictum Quorum bonorum* auch für diejenigen, welche ein Dritter auf einen Singularartitel eigenmächtig occupirt. Vgl. auch l. 1 §§. 2 und 3. l. 3 §. 2 D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4. Indessen kann an diesem Orte die Frage nicht weiter untersucht werden.

^{4**)} v. Sbering a. a. D. S. 86 zu N. 83 b. Strohal a. a. D. S. 231 zu N. 92 scheint dies übersehen zu haben.

quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod ^{4b)} possit tribui de proprietate luctamen? ^{4bb)} §. 1. Constat autem, virum ab intestate uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. §. 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut, omnibus frustrationibus amputatis, in petito rem corpora transferuntur, secundaria actione proprietatis non exclusa. ⁵⁾

Kann also der Erbe aus der Person des Erblassers ein *interdictum retinendae possessionis* ⁶⁾ nicht erwirken, so verhält es sich umgekehrt mit dem *interdictum Unde vi*:

^{4b)} i. e. *aliquod*. Haenel.

^{4bb)} cf. Interpretatio ad h. l.: Justum esse decernimus, ut, quodcunque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, petentibus heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit, actione servata.

⁵⁾ l. un. cit. §§. 1 und 2 sind in verkürzter Gestalt als l. 3 Cod. J. eod. 8, 2 aufgenommen.

Ueber den Inhalt dieses Gesetzes vgl. einstweilen Windscheid Band. III §. 617 zu N. 4. und Archiv für die Civil. Prag. Bd. 70 S. 42 ff.; Näheres unten zu Tit. 2 dieses Buches. Bis dahin behalte ich mir auch die Widerlegung Pfersches, *privatrechtliche Abhandlungen Erlangen*, 1886 vor, welcher S. 288 f. von neuem die Ansicht vertheidigt, wonach der in der l. 3 cit. aufgestellte Satz altes Recht ist.

⁶⁾ Das für ihn allerdings *adipiscendae possessionis* sein würde, gerade so, wie die vorhin (zu N. 88 ff.) besprochenen *interdicta de aqua, de rivis, de fonte reficiendo* des Erben aus den Ausübungshandlungen des Erblassers dies sind. Schmidt a. a. D. S. 150. Strohal a. a. D. S. 194 f. Vgl. unten N. 8 und unten §. 1835 b Ziffer 32 zu N. 17 f.

dies steht dem Erben des deiectus in demselben Umfange zugebote, in welchem der Verstorbene selbst es hätte gebrauchen können.

L. 1 §. 44 D. unde vi. 43, 16:

(*Ulpianus* lib. 69. ad ed.) Hoc interdictum et heredi et ceteris successoribus competit.

Und doch succedirt jener so wenig in das thatsächliche Besitzverhältniß seines Erblassers, als in die Thatsache von dessen Dejection. 7) Und zwar tritt diese Vererbung der Rechtswirkung eines vi entzogenen Besitzes ungeachtet des Umstandes ein, daß die Fassung der im Edicte aufgestellten Formel unseres Interdicts „sich schlechthin nicht für den Uebergang auf die Erben des Dejectirten eignet.“ Sie wurde zweckgemäß für den Erben umgestaltet. 8) Selbstverständlich darf die Erklärung für diese Behandlung des Unde vi nicht darin gesucht werden, daß die Dejection eine, activ vererbliche, Delictsobligation begründe: umgekehrt läßt sich vielmehr das Dasein einer solchen Obligation erst aus der fraglichen Behandlung herleiten. — Jener Behandlung unseres Interdicts beim Sachbesitze entsprechend ist dasselbe

7) Schmidt a. a. D. S. 150 f.

8) Schmidt a. a. D. Im hadrianischen Edicte lautete nach Lenel ed. perp. S. 373 die Formel für vis non armata: Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti au, familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas; diejenige für vis armata nach Lenel a. a. D. S. 375: Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit eo illum quaeque ille tum ibi habuit, restituas. — Die Umänderung der Fassung für die Erben macht aus diesen interdicta recuperandae possessionis in der That interdicta adipiscendae possessionis.

fogar wegen widerrechtlicher Verhinderung an der Ausübung des Nießbrauchs vererblich.

L. 3 §. 17 D. unde vi. 43, 16:

(*Ulpianus* lib. 69. ad ed.) Qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur, heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur ususfructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur.

Und dies, obgleich das Recht des Nießbrauchs mit dem Tode des Nießbrauchers unwiederbringlich erlischt.

Wer das interdictum de precario für ein Besitzinterdict hält, muß an dieser Stelle von demselben etwas Ähnliches bemerken, wie vom interdictum Unde vi. Die Verwendung jenes Interdicts für Erben und sonstige Universalsuccessoren des precario dans geschah ohne Aenderung der proponirten Formel vermöge der immerhin etwas gewaltsamen Darlegung: ein vom Erblasser gegebenes Precarium gelte auch als vom Erben gegeben.

L. 8 §. 1 D. de precario 43, 26:

(*Ulpianus* lib. 71. ad ed.) Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur: et ita et *Sabinus* et *Celsus* scribunt eoque iure utimur. ergo et a ceteris successoribus *) habere

- 9) Gemeint sind nur Universalsuccessoren, wie sich ergibt aus l. 8 cit. §. 2: Illud tamen videamus, quale sit, si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium translata. et magis est, ut, si ille non revocet, posse interdicere, quasi ab illo precario habeas, non quasi a me: et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet [et magis est, ut, si ille non revocet et si passus

quis precario videtur. idem et *Labeo* probat et adicit etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere.

L. 12 §. 1 eod.:

(*Celsus* lib. 25. dig.) — — Precario rogatio et ad heredem eius, qui concessit, transit etc. ¹⁰⁾

12. Die Fassung der zum Schutze vererblicher Vermögensactiva proponirten Interdicte stellt ihrer Anwendung für die Erben des ursprünglich Interdictberechtigten kein Hinderniß entgegen. Denn entweder bezeichnet dieselbe die subjectiven Voraussetzungen für die Erwirkung des Interdicts überhaupt nicht; und dann genügt es vollauf, wenn die darin bezeichneten objectiven Voraussetzungen für die Person des Erben wirken; oder die Fassung des Interdicts giebt zwar die subjectiven Voraussetzungen der Berechtigung zum Interdicte an, diese aber gelten als auch beim Erben vorhanden.

Zur ersten Art gehören ¹¹⁾ nach der Reihenfolge des Edicts die interdicta de tabulis exhibendis, Quod vi aut clam, demolitorium ex operis novi nuntiatione, ¹²⁾ und Ne vis fiat aedificanti nach geleisteter satisfactio für eventuelle Beseitigung des ungerechtfertigten Baus. Die maßgebenden Worte jener Interdicte lauten nach *Lenel*:

est aliquo tempore precario habere, recte interdicet (*del. posse . . . me item a se*) M.), quasi a se precario habeas.

10) Schmidt a. a. D. S. 143.

11) Schmidt a. a. D. S. 140 bis 142.

12) Dieses mit der Maßgabe, daß das nuntiationswidrige Handeln noch bei Lebzeiten des Nuntianten geschehen ist; denn mit dessen Tode erlischt die Kraft der nuntiatio. l. 8 §. 6 D. de O. N. N. 39, 1. Schmidt S. 140 f. N. 11.

Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur etc. ¹³⁾

Quod vi aut clam factum est etc.; ¹⁴⁾

Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret etc.; ¹⁵⁾

Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit etc. ¹⁶⁾

In der That ist uns die active Vererblichkeit für die drei ersten der genannten Interdicte ausdrücklich bezeugt, ¹⁷⁾ vielleicht auch für das letzte. ^{17a)}

Eben hierher gehören auch unpersönlich gefaßte Popularinterdicte, sofern sie im Einzelfalle wegen eines vererblichen Interesse eines Klagberechtigten quasi privata sind. ^{17b)}

Als Beispiele der zweiten Classe führt Schmidt ¹⁸⁾ auf die interdicta Quorum honorum, ¹⁹⁾ de aqua ex ca-

13) Lenel ed. perp. §. 232 C. 364.

14) Lenel §. 256 C. 387.

15) Lenel §. 257 unter 2. C. 388.

16) Lenel a. a. D. unter 3. C. 389.

17) L. 3 §. 16 D. de tab. exh. 43, 5: Interdictum hoc — heredi ceterisque successoribus competit. l. 13 §. 5 D. quod vi 43, 24 (s. oben Ziffer 9 Nr. 54 C. 60). l. 20 §. 6 D. de O. N. N. 39, 1: Hoc interdictum (demolitorium) — heredi ceterisque successoribus competit.

17a) L. 20 cit. §. 16: Hoc interdictum (Ne vis fiat aedificanti) — heredi ceterisque successoribus competit. Vgl. übrigens unten §. 1837 b Ziffer 77 zu Nr. 11a.

17b) J. B. das interdictum Ut via publica ire agere liceat. C. oben §. 1833 Ziffer 3 C. 27 Nr. 63.

18) A. a. D. C. 144 f.

19) Vgl. oben Ziffer 9 zu Nr. 53 C. 60.

stello ducenda, sofern die Concession der Wasserableitung als Realgerechtfame ertheilt worden ist, ²⁰⁾ und de migrando. ²¹⁾ Ihre maßgebenden Worte lauten nach Venel:

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est etc.; ²²⁾

Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est etc.; ²³⁾

Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent etc. ²⁴⁾

Auch vom Erben aber des ursprünglich Interdictberechtigten läßt sich sagen: illi possessio data, aquam ducere — permissum est, inter eum et actorem convenit, weil eben die fraglichen für den Erblasser begründeten Rechtsverhältnisse vererblich sind.

Für ein anderes Beispiel Schmidts, das interdictum, Ne fis fiat ei, qui in possessionem missus est (oder richtiger: die interdicta, Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa, und qui damni infecti in possessio-

20) L. 1 §. 43 D. de aqua 43, 20: Et datur interdum (sc. ius aquae ex castello ducendae) praediis, interdum personis. quod praediis datur, persona extincta non extinguitur etc. Es steht unser Interdict alsdann auch dem Singularerwerber des berechtigten Grundstückes zu.

21) Die active Vererblichkeit scheint ausdrücklich zu bezeugen l. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32: Hoc interdictum — successoribus dabitur. Vgl. jedoch unten §. 1837 Ziffer 67 zu R. 42.

22) Ed. perp. §. 227 C. 361 f.

23) Das. §. 251 a. C. C. 385.

24) Das. §. 265 C. 393.

nem missus est, ²⁵⁾ ist uns zwar der entscheidende Wortlaut nicht überliefert; es darf jedoch angenommen werden, daß derselbe auf die ertheilte missio und deren Rechtsgrund hinwies. Besteht nun dieser Rechtsgrund in der eventuellen Sicherung noch nicht angefallener Legate, so kann selbstverständlich von einer Vererbung des Interdicts nicht die Rede sein; während da, wo die der Sicherung bedürftigen Legate bereits angefallen sind, ebenso wie im Falle des *damnum infectum* der Rechtsgrund der missio und nicht minder deren Wirkung, die ja durchaus nicht höchst persönlich ist, und folgeweis auch das Interdict vererbt.

Weiter gehören hierher laut ihrer uns bekannten Fassung die *interdicta Quod legatorum*, ²⁶⁾ *de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando, Ne quid in loco publico fiat etc., qua ex re quid alteri damni detur,*

- 25) Diese beiden Interdicte unterscheidet Schmidt S. 144 unter 3 nicht, weil er S. 307 f. unter 5 allen Immittirten ein Interdict in Concurränz mit einer *actio in factum* beilegt, welche in Wahrheit, abgesehen von der *ventris nomine missa*, das einzige Rechtsmittel der übrigen *immissi* ist. *Denel ed. perp.* §. 216 S. 341. — Die von Schmidt S. 144 unter 3 als Beleg der activen Vererblichkeit aufgeführte l. 1 §. 8 D. *ne vis fiat, ei qui in poss.* 43, 4 *Ulp. lib.* 72. *ad ed. (rectius: lib.* 62. *Denel ed. perp.* S. 341 N. 8) handelt von der *actio in factum*, bezw. von der *sponsio ex interdicto reddito*. S. unten §. 1837 Biffer 67 zu N. 45 ff. §. 1837 b Biffer 77 zu N. 13.
- 26) Schmidt a. a. O. S. 143 unter 6 rechnet dieses zur ersten Classe, indem er von der Formel nur die Worte: „*non ex voluntate eius, ad quem ea res pertinet*“ (l. 1 §. 11 D. *quod legat.* 43, 3) berücksichtigt. S. dagegen die maßgebenden Worte unten im Contexte zu N. 28. — Bezeugt ist die Vererblichkeit in l. 1 §. 3 D. *eod.* (oben Biffer 9 N. 52 S. 60).

de loco publico fruendo, de cloacis privatis, de remissione operis novi nuntiationis, de glande legenda und fraudatorium. 27) Die maßgebenden Worte lauten nach Genel:

Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides etc. 28)

Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat etc. 28a)

Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat etc. 28b)

Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re illi damnum detur etc. 29)

Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat etc. 30)

Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat etc.; 30a)

27) Auch dieses Interdict stellt Schmidt S. 142 unter 4 zur ersten Classe, indem er in Note 13 die entscheidenden Worte: „actio ei“ mit Gebauer in „actionem“ umwandelt. Vgl. unten N. 135. Die active Vererblichkeit bezeugt l. 10 §. 25 D. quae in fraud. cred. 42, 8: Haec actio (interpolirt für *hoc interdictum*) heredi ceterisque successoribus competit etc.

28) Ed. perp. §. 228 S. 363.

28a) Ed. perp. §. 236 S. 366.

28b) Daf. S. 367.

29) Ed. perp. §. 237 Nr. 1.

30) Daf. §. 239 S. 368.

30a) Daf. §. 254 S. 386.

Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat etc. ³¹⁾

Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet etc.; ³²⁾

Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet etc.; ³³⁾

Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat etc.; ³⁴⁾

Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit: ea illi, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet ³⁵⁾ etc. ³⁶⁾

Es bedarf keiner Ausführung darüber, daß hier überall die subjectiven Voraussetzungen des Klagrechts vererben, oder doch wenigstens vererben können. ³⁷⁾

Den genannten Interdicten schließen sich die oben ³⁸⁾ erörterten Popularinterdicte Ut via publica etc. ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat und de ripa munienda, soweit sie als quasi privata auftreten ³⁹⁾ insofern an, als auch sie die Person des

31) Das. §. 257 Nr. 1. S. 388.

32) Das. §. 259 Nr. 1. S. 390.

33) Das. Nr. 2. S. 390.

34) Das. §. 260 S. 390.

35) Mommsen schlägt vor: competet esseve oportet. Gemeint ist die f. g. Pauliana.

36) Senel a. a. D. §. 268 S. 398.

37) Beim interdictum Ne quid in loco publico ist es denkbar, daß das drohende damnum in rein persönlichen Verhältnissen beruht; dann ist die Vererbung ausgeschlossen. Die interdicta de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando vererben nur, wenn das Begräbnisrecht selbst ein vererbliches ist, oder wenn ein locus purus in Frage steht.

38) Ziffer 8 S. 54.

39) Das. S. 56 und §. 1833 Ziffer 3 S. 27 Nr. 63.

Klägers als diejenige bezeichnen, welcher das Gehen, Ausbessern, Schiffeu u. s. w. unverwehrt bleiben soll. Ob das Privatinteresse, dessen wegen der ursprünglich Interdictberechtigte das Interdict hätte erwirken können, auch bei seinem Erben vorliegt, ist natürlich Thatfrage im Einzelfalle; dieselbe wird aber überall da bejaht werden müssen, wo jenes Interesse auf vererblichen Verhältnissen, z. B. benachbartem Grundeigenthume, beruht.

Nicht minder sind hierher zu stellen die nach dem Vorbilde des Quorum honorum gebildeten interdicta possessorium und sectorium; ⁴⁰⁾ vermuthlich auch das Salvianum, falls mit Lenel ⁴¹⁾ aus dem Berichte des Gaius: ⁴²⁾ de rebus coloni, quas is . . . pignori futuras pepigisset darauf geschlossen werden darf, daß die Thatfache der Verpfändung, analog dem interdictum de migrando, in der Formel Ausdruck gefunden hat, also etwa mit den Worten: ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut — pignori tibi — essent.

Auch die interdicta Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usufructum, Quam servitutem möchte ich zu dieser zweiten Classe zählen. Ihre, im einzelnen uns nicht überlieferte, Fassung enthielt vermuthlich hinsichtlich der Person des Klägers etwa die Worte: quam (quem) ille a te petere (vindicare) vult. ⁴³⁾ Diese aber paßten, abgesehen selbstverständlich vom interdictum Quam usumfructum, ebensowohl auf den Erben des ursprünglich Klaglustigen, als auf jenen selbst.

40) Gai. IV, 145 sq.

41) S. 394 unter 3.

42) IV, 147.

43) Quem fundum ille a te vindicare vult für das interdictum Quom fundum Lenel §. 238 unter 1.

Endlich gehört das *interdictum de precario* hierher, sofern dasselbe ein Besitzinterdict nicht ist. ⁴⁴⁾

§. 1835 a.

b. nach der Kraft der Entscheidung; *interdicta, quae proprietatis causam continent, und interdicta, quae possessionis causam continent.*

13. L. 2 §. 2 D. h. t. (*Paul.* lib. 63. ad ed.) sagt:

Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato [reficiendo *ins.*]: nam proprietatis causam continet hoc interdictum. sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent, item illa [de liberis exhibendis *del.*], quae iuris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae interdicta [si et interdicta quaedam, quae M.] ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habent.

Die richtige Auffassung des hier erörterten Gegenstandes ist bisher aus dem Grunde meist verfehlt worden, weil die auf ihn angewandten Ausdrücke „*proprietas*“ und „*veluti proprietas*“ auf der einen und „*possessio*“ auf der andern Seite das Augenmerk auf Begriffe abgelenkt haben, welche sein Wesen nicht decken.

Es trifft freilich zu, daß alle Interdicte, deren Rechtsgrund Besitz oder Quasibesitz als solcher bildet, auch in dem hier entscheidenden Sinne „*possessionis causam*“ haben;

44) Vgl. oben S. 84 f. Ziffer 11 a. C.

durchaus irrig aber ist es, mit der herrschenden Meinung ¹⁾ daraus zu folgern, daß alle diejenigen, deren Rechtsgrund etwas Anderes ist, als Besitz oder Quasibesitz, also namentlich auch alle interdicta adipiscendae possessionis, umgekehrt „proprietas causam continent.“ Die Fehlsamkeit dieser Meinung erhellt schon daraus, daß die lediglich auf den Quasibesitz des Rechtsvorgängers gestützten interdicta de aqua, de itinere actuque privato, de rivis, de fonte reficiendo für den Rechtsnachfolger adipiscendae possessionis sind; ²⁾ und vollends ergibt sie sich aus der Thatsache, ³⁾ daß die rein processualen Interdicte Quem fundum und Quam hereditatem ausdrücklich als tam adipiscendae quam recipiendae possessionis bezeichnet werden. ⁴⁾

Schmidt ⁵⁾ faßt den Gegensatz in folgender Weise: „Die sämtlichen, unter dem Namen rei persecutionem continentia vereinigten Interdicte treffen in einem gemeinsamen Punkte zusammen: sie machen die Verpflichtung abhängig von einem correspondirenden Recht, sei es von einem privaten, dem Interdicenten zuständigen, oder von einem solchen, das einem reinen Privatrechte vergleichbar

- 1) S. z. B. v. Keller röm. Civilproc. §. 75 N. 871. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 2 §. 98 S. 350.
- 2) Schmidt a. a. D. S. 91. S. 150 zu N. 27. S. oben Ziffer 11 zu N. 88 ff. S. 74 ff.
- 3) Schmidt a. a. D. S. 91. S. auch Buchta Inst. §. 225 N. d.
- 4) Ulp. instit. fragm. Vindob. Nr. IV (ed. Krueger): — adipiscendae quam recipiendae possessionis, qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem. nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem.
- 5) A. a. D. S. 86.

ist. Sie bilden daher den Gegensatz zu der bei weitem größern Zahl der Interdicte. Diese nämlich basiren auf Thatsachen, welche erst durch den ihnen zu Theil werden- den Interdictenschutz in die Sphäre des Rechts erhoben werden: die rei persecutionem continentia beruhen dagegen auf Rechten, welche solche sind, ganz unabhängig von den Interdicten.“

Es mag dahin gestellt bleiben, ob die hier zugrunde- gelegte rein geschichtliche Unterscheidung von Verhältnissen, welche auch abgesehen vom Interdictenschutz Rechte sind, und solchen, welche es erst kraft dieses Schutzes sind, über- haupt im Gesichtskreise der römischen Juristen liege.

Gehört indessen zum Wesen eines subjectiven Privat- rechtes der ihm zutheil werdende Rechtsschutz, so ist nicht wohl zu erkennen, wie, bei Ermangelung eines jeden andern derartigen Schutzes, als eben des durch Interdicte gewähr- ten, die Verhältnisse der loca sacra et religiosa, ⁶⁾ und diejenigen der flumina publica ⁷⁾ abgesehen vom Interdicten-

6) L. 23 §. 1 D. de R. V. 6, 1 (Paul. lib. 21. ad ed.): Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt. A. Pernice *Tabes* Bd. 1 S. 258 f.

7) Welche letzteren übrigens Schmidt bei der fraglichen Eintheilung der Interdicte nicht erwähnt. Zu den loca publica jedoch wird er sie schwerlich haben rechnen wollen, da er den für diese bestimmten Interdicten §. 90 eine wahre proprietatis causa beilegt, weil solche Ländereien dem Volke gehören: was trotz l. 1 pr. D. de interd. 43, 1 auf flumina publica um so weniger paßt, wenn man das „alicuius esse“ jener Stelle durch „in Jemandes Eigenthum stehn“ wiedergiebt. Schmidt a. a. O. N. 17. Vgl. oben Ziffer 6 S. 39. Schmidt scheint übrigens die Nothwendigkeit des Rechtsschutzes für Privatrechte nicht anzuerkennen, insofern er §. 90 N. 16 sagt: „ . es giebt hier (nämlich für die loca publica) keine actio, auf welche sich recurriren ließe. — Gerade

schütze als Rechtsverhältnisse anzusprechen sind; und doch zählt unsere l. 2 §. 2 cit. die interdicta de locis sacris et de religiosis ausdrücklich als *veluti proprietatis causam continentia* auf; und es ist mindestens höchst unwahrscheinlich, daß die Römer im Gegensatz zu der interdicta de locis publicis, welche nach jener Unterscheidung *proprietatis causam* haben, den interdicta de fluminibus publicis *possessionis causam* beigelegt haben sollten.

Ebenso wenig vermag ich zu verstehen, wieso die Bezeichnung *rei persecutionem continentia* für diejenigen Interdicte geeignet sei, welche eine rechtskräftige Entscheidung über das ihnen zugrunde liegende Recht selbst herbeiführen.⁸⁾ Denn da auch die interdicta, quae *possessionis causam* continent, über den in ihnen verhandelten Streitpunct eine rechtskräftige Entscheidung zur Folge haben, so wäre jene Bezeichnung in dem behaupteten Sinne doch nur dann zulässig, wenn in ihr *res* eben ein vom Interdictenschütze unabhängiges Rechtsverhältniß bedeutete. Für die Möglichkeit dieser höchst eigenthümlichen Bedeutung jedoch finde ich in dem Sprachgebrauche der Quellen nicht den geringsten Anhaltspunct.

M. E. ist unser Gegensatz durch „Provisorium und Definitivum“ wiederzugeben.

Die „*possessionis causa*“ umfaßt zunächst alle Verhältnisse, für welche durch das betreffende Interdict nur eine, trotz ihrer Rechtskraft, mittels eines anderweiten Rechtsbehelfes in ihrer thatsächlichen Wirkung seitens des im Interdictenverfahren Unterlegenen anfechtbare Entscheidung erzielt werden kann, wie z. B. sich der Erfolg der rechtskräftigen Entscheidung im *interdictum retinendae posses-*

weil dieses Volkseigenthum des rechtlichen Schutzes entbehrte, wurden die fraglichen Interdicte eingeführt.“

8) Schmidt a. a. D. S. 86.

sionis durch die nachfolgende rei vindicatio des mit dem Interdict Besiegten umstoßen läßt. Wenn, wie nicht unwahrscheinlich, die eigentlichen Besizinterdicte den ältesten hierher gehörigen Fall bilden, oder doch den weitaus wichtigsten unter den ältesten Fällen derart, so erscheint es leicht begreiflich, daß man von ihnen die, allerdings weit über sie hinausgehende, Bezeichnung entlehnt hat. Und umgekehrt begreift sich von hieraus mit gleicher Leichtigkeit die fast noch weniger treffende Bezeichnung „*proprietas causa*“: die definitive Entscheidung der Eigenthumsklage im Gegensatz zu der provisorischen des Besizinterdictes ist der Anlaß gewesen, die andere, gleich jener Klage ein Definitivum herbeiführende, Interdictenclasse zu benennen.⁹⁾ Daß übrigens den Römern selbst das Uneigentliche dieser Bezeichnung nicht verborgen geblieben ist, zeigt der für die hierher gehörigen *interdicta de locis sacris et religiosis* und *iuris tuendi causa proposita* gebrauchte Ausdruck: „*veluti proprietatis causam continent.*“ Namentlich aber darf nicht übersehen werden, daß Paulus in l. 2 §. 2 cit. für die *interdicta, quae proprietatis* und *veluti proprietatis causam continent*, an erster Stelle die Bezeichnung „*rei persecutionem continent*“ gebraucht, eine Bezeichnung, welche durch die Beziehung auf die *proprietas* und *veluti proprietatis causa* nur veranschaulicht, nicht begründet werden soll.

Eben jenes „*rei persecutionem continent*“ dürfte recht eigentlich das entscheidende Merkmal der fraglichen

- 9) Ganz ähnlich lehnen sich die gegenwärtig üblichen Bezeichnungen für den fraglichen Gegensatz, nämlich: „*Possessorium*“ und „*Petitorium*“ an den Gegensatz des Besitzstreites auf der einen und des Eigenthumsstreites auf der andern. Ich möchte sie vermeiden, um dem Mißverständnisse auszuweichen, als ob unser Gegensatz in dem Unterschiede von „*Besitz*“ und „*Recht*“ wurzele.

Interdicte treffen. Selbstverständlich ist unter dem „rem persequi“ in diesem Zusammenhange etwas Anderes gemeint, als bei den bekannten Eintheilungen der Klagen in rei und poenae persequendae causa comparatae: 10) es müßte ja sonst die Gesammtheit der interdicta possessionis causam continentia zu den actiones poenales gehören. Dies aber ist entschieden nicht der Fall, mag man nun actio poenalis im Sinne einer s. g. zweiseitigen Strafklage nehmen oder im Sinne einer s. g. einseitigen; insbesondere sind sämmtliche prohibitorische Interdicte, ohne Unterschied zwischen solchen, quae proprietatis, und solchen, quae possessionis causam continent, von der poena sponsonis natürlich abgesehen, in beiderlei Hinsicht reipersecutorisch. In dem Ausdrücke „rei persecutio“ der l. 2 §. 2 cit. dagegen liegt der Nachdruck nicht auf dem, in der That gegensatzlosen, Begriffe der res, vielmehr auf dem Begriffe der persecutio: es ist damit die endgültige Durchführung eines Conflictus gemeint, m. a. W. die definitive Natur der Entscheidung bezeichnet. 10a)

10) Vgl. v. Savigny Syst. Bd. 5 §. 42 ff.

10a) Einen verwandten Sinn hat der Ausdruck *parta ex causa iudicati persecutio* im Gegensatze zu *initium alterius petitionis* in l. 40 pr. D. de min. 4, 4. Vielleicht kommt derselbe Sinn des *exigere*, der *actio iudicati*, also des sachlichen Durchführens, dem Ausdrücke *persecutio* auch zu in den so häufigen Verbindungen: „*petitio persecutio*“ „*actio petitio persecutio*“ der *lex Urson. c. LXXIV. LXXV. LXXXI. XCII. XCIII. CIII. CXXV. CXXVI. CXXVIII. CXXIX. CXXX. CXXXI. CXXXII* und der *lex Malac. c. LVIII. LXII. LXVII.* (Nach einer Notiz D. E. Hartmanns.) Mommsen *epigr. vol. II. p. 121* hält die ganze Häufung für Interpolation; ihm stimmt zu Brunns *Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 12 §. 118 f.* Dagegen Huschke *Multa §. 550.* — Sprachlich ist zu vergleichen das *peragere* bei Plin. *ep. III,*

Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man übrigens auch dann, wenn man *res* hier etwa in verwandtem Sinne versteht, wie in den Ausdrücken „*honorum possessio cum re und sine re,*“^{10b)} also im Sinne von „*effectus,*“ d. h. von „endgültiger Wirkung.“

Als definitiver Rechtsbehelf hat übrigens nicht nur ein solcher zu gelten, welcher stets und nothwendig eine unumstößlich wirkende Entscheidung herbeiführt, sondern ein jeder, dessen gerichtliche Verhandlung eine derartige Entscheidung herbeizuführen vermag, sollte dies gleich im Einzelfalle nur in der Weise erfolgen, daß auf Antrag des Gegners in dem nämlichen Verfahren rechtskräftig zugleich über dasjenige Rechtsverhältniß mitentschieden wird, welches ohne diese Mitentscheidung Anlaß geben könnte, die tatsächliche Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung über den fraglichen Rechtsbehelf in einem nachfolgenden Rechtsstreite anzufechten. So ist ohne Zweifel die *rei vindicatio* ein Definitivum, obwohl der Beklagte, welcher es vorzieht, von der ihm zuständigen *exceptio rei venditae et traditae* keinen Gebrauch zu machen, mittels seines Forderungsanspruchs wegen der auf rechtskräftiges Urtheil von ihm dem siegreichen Kläger herausgegebenen Sache den wirthschaftlichen Erfolg der *rei vindicatio* umzuwerfen vermag:¹¹⁾ denn es ist ja dem Beklagten unbenommen, kraft einer auf diesen Forderungsanspruch gestützten Einrede bezw. Widerklage das gesammte Rechtsverhältniß, welches betreffs des Streitgegenstandes zwischen ihm und Kläger besteht, zum endgültigen Austrage zu bringen.¹²⁾ Die Entscheidung der

9, 30 (s. unten §. 1838 Ziffer 88 N. 40) und bei G a i. IV, 141.

10b) Ulp. XXIII, 16. XXVIII, 13.

11) L. 18. 1. 73 D. de evict. 21, 2.

12) Abgesehen von der Einrede der Aufrechnung bis zur Höhe der Klageforderung kann heute der Beklagte seiner-

bekannten Streitfrage über die possessorishe oder die petitorische Natur des interdictum Quorum bonorum (besser: über dessen nur provisorische oder definitive Wirkung) im classischen Rechte wird demnach einfach davon abhängen, ob der Beklagte in die sachliche Verhandlung dieses Interdictes die Berufung auf sein stärkeres Civilrecht hineinziehen durfte oder nicht; daß er im spätern Rechte sich auf Eigenthum oder andere Einzelrechte an den von ihm besessenen Nachlaßstücken nicht berufen konnte, haben wir bereits bei-
läufig gesehen.¹³⁾

Den interdicta, quae possessionis causam continent, als dem Gegenseite derer, quae rei persecutionem continent, werden wir weiter auch diejenigen Interdicte beizuzählen haben, deren Erfolg zwar nicht durch einen andern Rechtsbehelf umgestoßen werden kann, die aber an und für sich nur als Vorbereitung für den eigentlichen Zweck des Klägers dienen, wie z. B. das interdictum de tabulis exhibendis; sowie nicht minder solche Interdicte, welche einen nur vorübergehenden Zweck verfolgen, ein bloßes Interimisticum schützen, wie die Interdicte zur Sicherung einer missio in bona oder in rem, sollte gleich die Beendigung dieses Zwischenzustandes ohne Anwendung eines besondern Rechtsbehelfes eintreten. Auch für diese beiden Arten von Interdicten erscheint die Bezeichnung „provisorische“ nicht ungeeignet, sofern sie eben auf nichts Endgültiges abzielen.

14. Bei der Einreihung der einzelnen Interdicte in eine der beiden Classen sind wir, nach unsrer Begriffsbestimmung der letzteren, kaum in der Lage durchgängig Vorarbeiten Anderer zu benutzen; insbesondere läßt uns

seits eine rechtskräftige Entscheidung über seinen Gegenanspruch nur durch Widerklage erzielen. Civilpr. D. §§. 293 vbd. mit §. 253.

13) C. §. 1835 Biffer 11 C. 81 f.

auch Schmidt in Folge seiner abweichenden Unterscheidung hier nahezu im Stich.

Unmittelbar aus den Quellen entnehmen wir, daß rei persecutionem continent

das interdictum de itinere actuque privato reficiendo (Nr. 36 der Aufzählung in Ziffer 5);

die interdicta de locis sacris et religiosis (Nr. 9 und 10);

die interdicta iuris tuendi causa proposita (Nr. 55, 56 und 57).¹⁴⁾

Die Nothwendigkeit, beim erstgenannten Interdicte das Recht der Wegeservitut nachzuweisen, und folglich das Streitverhältniß soweit endgültig auszutragen, als in der That über dieses Recht erkannt wird, nicht etwa bloß mangels des Nachweises der Rechtsausübung Abweisung erfolgt, ist uns noch ausdrücklich bezeugt in

L. 3 §§. 11. 13. 14 D. de itin. actuq. priv. 43, 19:

(*Ulpianus* lib. 70. ad ed.) Ait praetor: „Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio [illi *leg.*] usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset [est *leg.*], reficias, vim fieri veto etc.“ §. 13: Hoc autem a superiori [*sc. interdicto de itinere actuque privato*] distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et ius sibi esse reficiendi oporteat [docet, apparet M.]. ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum et ei servitatem competere: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire

14) L. 2 §. 2 cit. h. t. (s. oben Ziffer 13 zu Anf. S. 92) vbb. mit §. 1 eiusd. leg.

agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit, neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitatem. §. 14: Fieri autem [item *scr. M.*] potest, ut qui ius eundi habeat et agendi, reficiendi ius non habeat, quia in servitute constituenda cautum sit, ne ei reficiendi ius sit, aut sic, ut, si velit reficere, usque ad certum modum reficiendi ius sit: merito ergo ad refectionem se praetor rettulit: „ut tibi“, inquit, „ius est, reficias.“ „uti ius est“ hoc est sic, uti per servitatem impositam licet.

Hiernach hat mit Recht schon die Glosse in l. 2 §. 2 cit. hinter „actuque privato“ das offenbar durch Versehen ausgelassene Wort „reficiendo“ eingeschaltet.¹⁵⁾

Ähnlich ist für die interdicta de liberis exhibendis und ducendis laut ihrer Fassung¹⁶⁾ bezeugt, daß das Gewaltverhältnis nachgewiesen werden mußte, worauf der Klagenanspruch sich stützte.

L. 1 §. 1 D. de lib. exhib. 43, 30:

(*Ulpianus* lib. 71. ad ed.) Hoc interdictum proponitur adversus eum, quem quis exhibere desiderat eum, quem in potestate sua esse dicit . et ex verbis apparet ei, cuius in potestate est, hoc interdictum competere.

L. 3 §. 1 eod.:

(Id. l. c.) Hoc autem interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet ius ductionis.¹⁷⁾

15) Schmidt a. a. D. 85 zu R. 9. S. 92 f.

16) S. oben S. 61 zu R. 55. — l. 1 pr. l. 3 pr. D. de lib. exh. 43, 30.

17) S. auch l. 3 cit. §. 5: Etiamsi maxime autem probet

Daneben ist noch besonders die Rechtskraft der Entscheidung im Interdicte für die Familienstellung des Betroffenen ausdrücklich ausgesprochen.

filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit etc. l. 1 §. 4 eod. (s. unten §. 1837 a Ziffer 74 vor R. 58 b.) Vgl. Schmidt a. a. D. S. 84 f. S. 86 f. — Es darf hier dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen zu Ulpian's Zeit das Interdict durch die vindicatio filii adiecta causa ersetzt wurde. Vgl. l. 1 §. 2 D. de R. V. 6, 1. Ulp. lib. 16 ad ed.: Per hanc actionem (sc. rei vindicationem) liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praedictis aut interdicitis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius lib. 37: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: [et ins.] si quis ita petit „filium suum“ vel „in potestate ex iure Romano,“ videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse. Die hier erwähnte Vindication möchte ich nicht mit v. Savigny Syst. Bd. 5 S. 21 f. R. m für eine, etwa vor den Centumvirn stattfindende, feierlichere Form des Praedictum über die Paternität ansehen: denn jedenfalls ist uns nicht bezeugt, daß nach der lex Julia iudiciaria vor die Centumvirn noch andere, als gewisse Erbschaftsprozesse gehörten (vgl. jedoch Wlassak röm. Proceßgesetze S. 207 ff.); vor anderen Gerichten aber wurde nicht sacramento, sondern per formulam agirt, und im Formularproceß sind die praedicta keine vindicationes mehr, weil sie eben der condemnatio entbehren. Nicht minder ist die v. Savigny a. a. D. und Demelius Exhibitionspflicht S. 245 f. für möglich gehaltene Beziehung jener vindicatio expressa causa auf die Formel des Adoptionisactes abzuweisen: sie paßt nicht zu Ulpian's behutsamer Ausdrucksweise, namentlich nicht zu den Worten: videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse; und

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 103

L. 3 cit. §. 4: — si vero utraque persona suspecta est aut tamquam infirma aut tamquam turpis, non erit alienum, inquit (sc. *Julianus*), disponi, apud quem interim puer educeretur, et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contententium aut alienae potestati pater familias addicatur aut filius alienus [filius familias *scr. M.*] patris familiae loco constituatur.

Die definitive Natur als solche ist ausgesprochen für das interdictum de aqua ex castello ducenda (Nr. 39). Das Interdict lautet: ¹⁸⁾

Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita, uti permissum est, ducat, vim fieri veto.

Dazu bemerkt nun Ulpian im 70. Buche seines Edictcommentares: ¹⁹⁾

Memnisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis: non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta [*sc. de aqua cottidiana* und *aestiva*], nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum

vollends würde sie nicht in die Compilation passen. Vgl. Brinz Band. 1. Aufl. S. 1166. Sollte vielleicht jene vindication statt des interdictum de liberis exhibendis dann gewählt worden sein, wenn es eben nicht bloß auf die Entscheidung über die väterliche Gewalt ankam, sondern zugleich auf Herausgabe des Erwerbs, welcher durch das Hauskind schon vorher entweder wirklich gemacht war oder vom Beginn der mala fides des Beklagten an hätte gemacht werden können?

18) L. 1 §. 38 D. de aq. cott. 43, 20. Ulp. lib. 70. ad ed.

19) L. 1 cit. §. 44.

sibi aut non habet, et interdictum (interdicto *leg. Schulling*) totum finitur.²⁰⁾

Umgekehrt ist die provisorische Natur außer Zweifel bei

den interdicta Unde vi (Nr. 25, 26 und 27);
 den interdicta Uti possidetis und Utrubi einschließlich
 der secundaria interdicta (Nr. 29, 30, 31, 58);
 den interdicta de itinere actuque privato (Nr. 35),²¹⁾
 de aqua cottidiana et aestiva (Nr. 37 und 38),²²⁾
 de rivis, de fonte, de fonte reficiendo (Nr. 40, 41, 42);
 dem interdictum Quod legatorum (Nr. 2);
 den interdicta Quam hereditatem (Nr. 3), Quem fundum (32),
 Quem usumfructum (33), Quam servitutem (45);
 und endlich dem interdictum de tabulis exhibendis (6).

Für die übrigen Interdicte bleibt der Charakter zu untersuchen.

15. Schmidt²³⁾ stellt gemäß seiner Auffassung der proprietatis oder veluti proprietatis causa zu den dieselbe enthaltenden Interdicten auch die interdicta de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando (Nr. 11 und 12), die er ohne weiteres zu den interdicta de locis religiosis rechnet, und zwar auch da, wo es sich um einen locus purus handelt. Das freilich ist unbestreitbar, daß nach dem Wortlaute der fraglichen Interdicte

Quo quave illi mortuum inferre invito te *ius* est — ^{23a)}

Quo illi *ius* est invito te mortuum inferre — ^{23b)}

20) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 87 f. S. 93.

21) L. 3 §. 13 D. de itin. 43, 19 (s. oben S. 100).

22) L. 1 §. 44 D. de aq. cott. 43, 20 (s. oben S. 103 f.).

23) A. a. O. S. 82 f. S. 93.

23^{a)} L. 1 pr. D. de mort. inf. 11, 8.

23^{b)} L. 1 cit. §. 5.

der Eigenthümer eines locus purus, welcher eines dieser Interdicte gebraucht, erforderlichenfalls sein Eigenthum darzuthun hat.²³⁰⁾ Allein ein Desinitivum ist darum das interdictum de mortuo inferendo keineswegs. Besteht nämlich an dem locus purus ein Nießbrauch, so kann freilich der Proprietar kraft unseres Interdicts den Nießbraucher dazu zwingen, daß dieser die Beisetzung der Leiche nicht hindere, nicht aber vermag er ohne dessen Einwilligung den Platz zum religiosus zu machen. Das Entsprechende gilt gegenüber jeder Prädialservitut, sofern dieselbe durch die Entstehung eines locus religiosus innerhalb des dienenden Grundstücks in ihrer Ausübung beeinträchtigt werden würde. Und ebenso im Verhältnisse der Miteigenthümer eines locus purus.

L. 43 D. de relig. 11, 7:

(*Papinianus* lib. 8. quaest.) Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit: nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum, sed

230) Ganz unklar ist Pfersche Interdicte S. 61 f.: „Das Recht zur Benützung (der schon bestehenden Grabstätten) namentlich der großen Gruftanlagen, war vielfach ausgebildet, eine Feststellung und Realisirung desselben konnte aber nicht anders als durch das Interdict de mortuo inferendo erfolgen.“ Dazu N. 1: „Insofern konnte auch dieses Interdict velut proprietatis causam betreffen, doch dürfte in l. 2 §. 2. 43, 1 nicht dieses, sondern nur das Interdict „ne quid in loco sacro religioso sancto fiat“ (s. über dasselbe Denel S. 365) gemeint sein; dies gegen Schmidt S. 82, 83, welcher auf Grund von l. 2 §. 2 cit. für das de mort. inf. bei locus purus Eigenthumsbeweis für nöthig hält. Das Eigenthum muß hier natürlich (!) unbestritten sein.“

si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure domini quaeritur, aget. eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit.²⁴⁾

Mit der Entscheidung des Interdictenverfahrens zugunsten des Klägers ist also der Streit noch gar nicht zu Ende gebracht. Jetzt vielmehr steht dem durch die Beerdigung in seinem Rechte Verletzten gegen den mit dem Interdicte siegreichen Eigenthümer oder Miteigenthümer²⁵⁾

24) C. auch l. 2 §. 7. eod. (Ulp. lib. 25. ad ed.): Si usum fructum quis habeat, religiosum locum non facit. sed et si alius proprietatem, alius usum fructum habuit, non faciet locum religiosum nec proprietarius, nisi forte ipsum, qui usum fructum legaverit, intulerit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset: et ita Julianus scribit. alias autem invito fructuario locus religiosus non fiet: sed si consentiat fructuario, magis est, ut locus religiosus fiat. §. 8. Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui servitus debetur. sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri, et ideo religiosus fit: et sane hoc habet rationem. C. auch l. 41 eod. und l. 6 §. 6 D. comm. div. 10, 3.

25) Bgl. l. 2 §. 1 i. f. D. eod. (Ulp. lib. 25. ad ed.): — an et socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest: est tamen verius, familiae erciscundae vel communi dividendo conveniri eum posse. l. 39 D. pro soc. 17, 2. (Pompon. lib. 13. ad Sab.): Si fundus mihi tecum communis sit, et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio. Diese Stellen wollen schwerlich die actio in factum ausschließen, geben vielmehr electiv

eine actio in factum zu, ²⁶⁾ welche nach Wahl des Klägers auf Erstattung des vollen Werthes der durch den Leichnam eingenommenen Grundfläche (loci pretium) geht oder auf Ausgraben und Fortschaffen des Leichnams. ²⁷⁾ Da in der Wahl der erstern Alternative eine nachträgliche Genehmigung der unbefugten Beerdigung liegt, so macht sie den Platz hinterher zum religiosus. Bei der Wahl der andern Alternative kann der Kläger, wenn der Gegner der Aufforderung auf Fortschaffen des Leichnams nicht nachkommt, nach eingeholter Ermächtigung seitens des collegium pontificum oder des princeps selbst die Exhumation vornehmen. ²⁸⁾

Anders verhält es sich mit dem interdictum de sepulchro aedificando. Zwar geht sein Anfang mit den Worten: Quo illi ius est invito te mortuum inferre — auf die nämlichen Personen, denen das interdictum de mortuo inferendo zusteht; es scheint also keineswegs vorauszusetzen, daß Kläger imstande ist, den Beerdigungsplatz zum

neben derselben eine andere Klage. S. darüber diejen Commentar Bd. 11 S. 392 N. 19.

26) L. 8 §. 4 D. de relig. 11, 7. l. 6 §. 6 cit. comm. div. 10, 3.

27) L. 7 pr. D. de relig. 11, 7 (Gai. lib. 19. ad ed. prov.): Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem etc. Für beide Alternativen dient also eine actio in factum, ohne Zweifel mit gleichlautender intentio. A. M. Pescatore die sog. alternative Obligation S. 80 f., der Eine Obligation und Eine Actio mit Wahl des Verpflichteten annimmt. Vgl. auch Brinz Band. 2. Aufl. Bd. II §. 242 f. N. 20 S. 102 f.

28) l. 8 pr. D. eod. — S. über das Ganze Wappäus zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. S. 13.

religiosus zu machen. Allein das Interdict soll nur denjenigen schützen, der gehindert wird, quo minus in eo loco sepulchrum *sine dolo malo aedificare liceat*:²⁹⁾ in der Errichtung eines Grabmals aber gegen den Widerspruch des Nießbrauchers, Miteigenthümers u. s. w. liegt gewiß ein dolus malus. Der Interdicent muß also bei diesem Interdicte nicht bloß sein Eigenthum oder Miteigenthum an dem locus purus nachweisen, sondern auch die Zustimmung verbotsberechtigter Dritter zur Beerdigung bezw. zur Errichtung des Grabmals. Und damit ist eine spätere Klage auf Beseitigung des Grabmals nothwendig ausgeschlossen.

Die interdicta de locis et itineribus publicis u. s. w. (Nr. 13, 14, 15, 16, 17 und 18) können wir allerdings nicht aus dem Grunde als proprietatis causam continentia gelten lassen, weil bei ihnen der Kläger nöthigenfalls die Eigenschaft des locus publicus u. s. w., m. a. W. das Eigenthum des Staates, der Gemeinde an dem fraglichen Plage oder Wege nachzuweisen hat.³⁰⁾ Wohl dagegen müssen wir diese Interdicte als definitive betrachten, weil es laut ihrer Fassung unzulässig erscheint, die mittels ihrer erlangte Entscheidung durch einen anderweiten Rechtsbehelf wieder in Frage zu stellen. Insbesondere enthält übrigens das interdictum Ne quid in loco publico vel itinere fiat, qua ex re quid illi damni detur ausdrücklich die exceptio: praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decretove principum tibi concessum est.³¹⁾ Namentlich deutlich aber kennzeichnet sich das interdictum de loco publico fruendo einerseits durch Bezugnahme auf die Verpachtung durch denjenigen, cui locandi ius fuerit,

29) l. 1 §. 5 cit. de mort. inf. 11, 8.

30) Diesen Nachweis fordert mit Recht Schmidt a. a. O. S. 90 Nr. 16.

31) Denel ed. perp. §. 237 Nr. 1.

andererseits durch die Beschränkung des Schutzes gegen Behinderung auf das *frui e lege locationis*³²⁾ als auf endgültige Entscheidung gerichtet.³³⁾

Ebenso verhält es sich mit den Interdicten zum Schutze des *usus publicus an flumina publica* (Nr. 19, 20, 21, 22, 23, 24). Bei der *sponsio* aus dem *interdictum Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, ist uns auch die *exceptio* bezeugt: „*extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit;*“³⁴⁾ und bei dem *interdictum Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*, setzte der Prätor auf Antrag des Beklagten nach seinem Ermessen in das Interdict selbst die *exceptio*: „*quod eius ripae muniendae causa non fiet.*“³⁵⁾ Weil hiernach die Berücksichtigung des Uferschutzes in die Verhandlung über die Veränderung des Wasserlaufes hineingezogen werden kann, ist das die letztere betreffende Interdict als ein definitives anzuerkennen, obgleich ohne Zweifel der Beklagte, welcher bei rechtzeitiger Vorschüzung jene *exceptio* erhalten haben würde, jedoch infolge ihrer Versäumung zur Unterlassung der von ihm beabsichtigten Uferschutzanlagen verurtheilt worden ist, nachträglich immer noch mittels des *interdictum de ripa munienda* die Gestattung dieser Anlagen zu erwirken vermag.³⁶⁾

Eine höchst eigenthümliche Behandlung erfuhr das

32) *Uenel a. a. D. §. 239.*

33) *Degenkolb Platzrecht S. 103 f.*

34) *L. 1 §. 16 D. de flumin., ne quid in flum. 43, 12. S. unten §. 1837 a Ziffer 74 zu N. 47.*

35) *L. un. §. 6 D. ne quid in flum. 43, 13. S. unten a. a. D. zu N. 46.*

36) Das *interdictum de ripa munienda* enthält nämlich keine Clausel hinsichtlich der Veränderung des Wasserlaufes. *l. un. pr. D. de ripa mun. 43, 15.*

interdictum de libero homine exhibendo (Nr. 54). Es war nämlich nur dann überhaupt statthaft, wenn über den Status desjenigen, um dessen Exhibition es sich handelte, unter den Parteien durchaus kein Streit war.^{36a)}

L. 3 §. 7 D. de hom. lib. exh. 43, 29:

(*Ulpianus* lib. 71. ad cd.) Plane si dubitat, utrum liber an servus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto, et agenda causa libertatis. etenim recte placuit, tum demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni.

Folgende enthielt die Entscheidung auf dieses Interdict keine Entscheidung über die Freiheit des in Rede stehenden Menschen; es blieb also auch den Parteien dieses Interdictenverfahrens unbenommen, hinterher die liberalis causa zu erheben: das Interdict war rein provisorisch.³⁷⁾

16. Unter den vermögensrechtlichen Interdicten über res privatae hat in der uns jetzt angehenden Hinsicht den allerbestrittensten Charakter das Quorum honorum (Nr. 1).

36*) Eben deshalb war da, wo das Interdict stattfinden konnte, die actio ad exhibendum unstatthaft: sie setzt regelmäßig ein Recht an dem Gegenstande voraus, dessen Exhibition gefordert wird (pecuniariter interesse). l. 13 D. ad exhib. 10, 4. Doch gewährte sie Paulus dem assertor in libertatem: da die Freiheit des Menschen, um den es sich handelte, bestritten war, so war das Interdict unzulässig; allein es war für den assertor in libertatem ein Mittel unentbehrlich, sich zunächst von der Identität seines Schüglings zu überzeugen. l. 12 pr. eod. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 86 N. 15 und gegen denselben Demelius die Exhibitionspflicht S. 89 f.

37) Schmidt a. a. D. S. 86. S. 89 N. 15. Vgl. dazu Demelius die Exhibitionspflicht S. 239 f.

Daß die Römer dieses Interdict nicht etwa deshalb als ein provisorisches Rechtsmittel betrachtet haben, weil in ihm auf f. g. bloße Bescheinigung hin erkannt worden wäre, hätte in der That nie bezweifelt werden sollen: fordert doch l. 1 Cod. Quor. bon. 8, 2 ^{37*)} auf das Unzweideutigste den vollen Beweis der das Interdict begründenden That- sachen. ³⁸⁾

Durch eben diese Stelle scheint mir zugleich die Mög- lichkeit beseitigt, den Beweis des Interdicenten auf die nackte Thatfache der Agnition der honorum possessio zu beschränken: ³⁹⁾ wird doch mit klaren Worten daneben der Nachweis der edictsmäßigen Voraussetzungen der honorum possessio verlangt. ⁴⁰⁾

Darans ergibt sich von selbst, daß, wenn der Beklagte seinerseits honorum possessor zu sein behauptete, darüber rechtskräftig entschieden werden mußte, ob er oder vielmehr der Kläger nach dem Edicte an besserer Stelle berufen sei, und wer von beiden somit, ordnungsmäßige Agnition vor- ausgesetzt, als honorum possessor zu gelten habe. ^{40a)}

Zwei andere Thatfachen, welche allerdings die Ent- scheidung im Quorum honorum zu einer nothwendig blos provisorischen machen, gehören erst der spätern Kaiserzeit an, nämlich die, von Justinian wenigstens nicht ausdrücklich

37*) S. unten Ziffer 23.

38) Briegleb die summarischen Proceffe S. 211 f.

39) Eine Möglichkeit, welche Schmidt a. a. D. S. 94 f. noch annimmt.

40) S. auch l. 16 §. 1 D. de inoff. test. 5, 2 und dazu Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 u. 38 Thl. 1 S. 398 ff. N. 8. S. ferner denselben a. a. D. Thl. 2 S. 295 und S. 403 f. unter 1.

40a) Leist a. a. D. Thl. 2 S. 400 N. 10: „Aber auch bei dieser b. p. sine re wurde im Interdict die Frage vom ex edicto Begründetsein der b. p. definitiv fest- gestellt.“

aufgenommene, Ausschließung der Appellation ^{40b)} und die Erstreckung unseres Rechtsbehelfes gegen Besitzer auf einen Singularartikel, ^{40c)} oder wie man dies gewöhnlich ausdrückt: die Ausschließung der Einrede des Eigenthums und ähnlicher Einreden. ⁴¹⁾

Für das classische Recht beantwortet sich also, wie bereits oben ⁴²⁾ bemerkt ist, unsere Frage lediglich danach, ob der heres die Berufung auf sein stärkeres Civilerbrecht dem Interdict so entgegensetzen durfte, daß über das letztere mitentschieden wurde, oder ob er dies nicht durfte. ^{42a)}

Das Interdict lautete:

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. ⁴³⁾

Gaius ⁴⁴⁾ aber bemerkt über die Passivlegitimation: pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres

40^{b)} l. 22 Cod. Theod. quor. app. 11, 36 v. J. 374. Vgl. dazu Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 u. 38 Thl. 2 S. 430 N. 48.

40^{c)} L. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 v. J. 395. S. oben §. 1835 Ziffer 11 S. 81 f.

41) S. Briegleb a. a. D. S. 213 f. Vgl. v. Savigny vermischte Schriften Bb. 2 S. 263 ff. Leist a. a. D. S. 422 ff.

42) Ziffer 13 a. E. S. 98 f.

42^{a)} S. auch Leist in diesem Comm. a. a. D. Thl. 2 S. 399 unter 4: „Ob der Interdictsproceß auch für die her. petitio die res iudicata erzeugt, hängt davon ab, ob in demselben die Frage vom heres-sein eingemischt werden darf oder muß.“

43) l. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2. cf. Lenel ed. perp. §. 227.

44) Comm. IV, 144.

est, quam is, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.

Falls wir annehmen dürfen, daß das hier in Betracht kommende Stück des Interdicts von jeher die gleiche Fassung gehabt hat — und es scheint kein Grund für das Gegentheil vorzuliegen —: so kann es hiernach kaum zweifelhaft sein, daß ursprünglich das Interdict in erster Linie gerade gegen den wirklichen heres gerichtet war. Nun aber hat das Institut der *honorum possessio* von Anfang an auch die *honorum possessio sine re* mitumfaßt; ⁴⁵⁾ und auch dem *honorum possessor sine re* stand das *Quorum honorum* zu. Auch dieser also konnte, falls der heres sich in den Besitz von Erbschaftsachen gesetzt hatte, mit jenem Interdicte „gegen ihn die Herausgabe der Erbschaftsachen durchführen, ohne hier die Vorschüzung einer *exceptio* (darauf gerichtet, daß er, der Beklagte, der heres sei) fürchten zu müssen. Denn das Interdict geht mit den Worten *quod pro herede possides* auch gerade gegen den heres selbst. Daher ist die Behauptung seinerseits, er sei der heres, gar nichts, was er zu seiner Vertheidigung anführen, und woraus er sich eine *exceptio* formiren könnte. Also der, welcher *ex edicto*, d. h. mit Recht, die *honorum possessio* erhalten hat, kommt dem heres gegenüber durch das *Interdictum quorum honorum* zunächst auch wirklich in den Besitz der Erbschaftsachen. Der Beklagte hat dagegen seinerseits gegen den Sieger im Interdictsproceß die *hereditatis petitio* anzustellen.“ ⁴⁶⁾ Es ist dieser Aus-

45) Leist a. a. D. Thl. 1 S. 311 ff.

46) Leist a. a. D. S. 405 f. S. auch dens. a. a. D. Thl. 2 S. 399 unter 4 nach den oben N. 42 a mitgetheilten Worten: „Nun ist die b. p. sine re ein Urbestandtheil

führung Leists nichts hinzuzufügen. Raum aber wird es der Bemerkung bedürfen, daß der heres die hiernach gegenüber dem Quorum honorum unzulässige exceptio iustae hereditatis auch nicht etwa in der Form der doli exceptio vorzubringen vermochte: in der unbefangenen Benutzung eines mit ausdrücklichen Worten ihm gerade gegen den heres gegebenen Rechtsmittels konnte nun und nimmer ein dolus des honorum possessor befunden werden; der mit voll bewußter Absichtlichkeit ausgeschlossenen Frage „nach dem heres = sein“ (um mit Leist zu reden) wäre ja sonst eine stets offene Hinterthür zur Verfügung gestellt gewesen. Es muß also bis zum klaren Beweise des Gegentheils entschieden bestritten werden, daß aus Billigkeitsgründen „nach dem ganzen Entwicklungsgange des Instituts der h. p. es [d. h. das Interdict] die Frage vom heres = sein in immer mehr Fällen in sich [habe] aufnehmen müssen“, ⁴⁷⁾ um so entschiedener, wenn in unmittelbarem Anschlusse an die hier bekämpfte Behauptung der Satz folgt: „Soweit aber noch in classischer Zeit bei der h. p. sine re der ursprüngliche Grundgedanke des Interdicts rein hervortritt, also die heres = Frage vom Beklagten nicht eingemischt werden durfte, insoweit kam dem Interdictsproceß die her. petitio als das intensiv stärkere Rechtsmittel nachfolgen, und insoweit kann man demnach von einer provisorischen Stellung des Interdicts zur her. petitio sprechen.“ ⁴⁸⁾ Denn sobald dem heres, etwa gemäß der Anschauung: dolo facit, qui petit quod redditurus est, gegenüber dem bo-

des Instituts, und in ihr liegt für die confirmatorischen und suppletorischen Klassen zunächst als Grundgedanke, daß die Frage vom heres = sein nicht einzumischen, sondern dem späteren Proceß der her. petitio vorzubehalten ist.“

47) Leist a. a. D. Thl. 2 S. 399 unten.

48) Leist a. a. D. S. 400.

norum possessor sine re überhaupt einmal die doli exceptio gegeben wurde, so wäre es reine Willkür gewesen, sie in anderen Fällen grundsätzlich zu verfahren.

17. Wie aber steht es mit jenem von uns begehrten Beweise?

Wir besitzen allerdings zwei Stellen, nach denen der bonorum possessor, weil er eben den Nachlaß nicht behalten, seine bonorum possessio m. a. B. sine re sein sollte, von dem heres mittels der doli exceptio zurückgeschlagen werden konnte.

L. 11 §. 2 D. de B. P. sec. tab. 37, 11:

(*Papinianus* lib. 13. quaest.) Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit. scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intelletur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis. quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur.

L. 1 §. 3 D. si a parente. 37, 12:

(*Ulpianus* lib. 45. ad ed.) Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius quantum satis est contulit, ne iudicia eius inquietet, exceptione doli repellatur.

Die erstere dieser Stellen behandelt zwei Fälle.

Zunächst erörtert sie die Rechtswirkung eines gültig

errichteten Testaments, wenn der Testator sich später hat arrogiren lassen, aber nach wieder erlangter Selbständigkeit stirbt. Jure civili ist und bleibt dieses Testament unter allen Umständen nichtig. Dagegen findet daraus, sofern nur der edictsmäßige Verschluß der Testamentsurkunde fortbesteht, die *honorum possessio secundum tabulas* statt. Allein dieselbe ist sine re, weil der Testator, indem er sich arrogiren ließ, sein Vermögen auf den Arrogator übertragen, somit seine letztwillige Verfügung mittelbar widerrufen hat. Es hat m. a. W. für den scriptus einen wirklichen Vortheil nicht, wenn er jene *honorum possessio agnoscit* (si possessionem petat):⁴⁹⁾ seiner auf sie gestützten Klage gegen den besitzenden heres ab intestato stellt dieser eine *exceptio doli* entgegen. Hat jedoch der Erblasser nach Wiedererlangung der Selbständigkeit den Willen erklärt, aus jenem Testamente beerbt zu werden, so wird die *exceptio doli* ihrerseits kraftlos, und die *honorum possessio secundum tabulas* ist cum re. Was für eine Klage es sei, welcher die fragliche *exceptio doli* entgegengestellt werde, sagt uns Papinian leider nicht; gewiß aber kann nur mittels einer ganz willkürlichen Deutung in dem Ausdrucke:

49) *Petere*, *petitio* ist ein überaus gewöhnlicher Ausdruck hierfür. S. z. B. Gai. II, 98. III, 41. I. 3 §. 4. §. 7. I. 4. I. 5. I. 6 pr. I. 7 pr. (bis) §. 2. I. 8. I. 9. I. 11. I. 12 pr. I. 14. (Papin.) I. 15 D. de B.P.bus. 37, 1. I. 1 §§. 3. 5. 7. 8 (quater). 9. 10 (bis) I. 2 pr. (bis) §§. 6. 7. 8. I. 3. I. 4. I. 5 §. 1. I. 6. I. 8 §. 3. I. 11 cit. pr. (Pap.), I. 12 D. de B. P. sec. tab. 37, 11. I. 20 §. 4. I. 42 §. 1 (Pap.) D. de bon. lib. 38, 2 und unzählige andere Stellen. *Petere possessionem* schlechthin aber gebraucht für die Agnition der *honorum possessio* der Verfasser der I. 11 §. 2 in dem nämlichen Buche des Werkes, dem diese entnommen ist, lib. 13. quaest., auch in I. 14 D. de B.P.bus 37, 1 und in I. 42 §. 1 D. de bon. lib. 38, 2.

si possessionem petat — ein Hinweis auf das Quorum bonorum erblickt werden.⁵⁰⁾

In dem zweiten Falle der l. 11 §. 2 cit. hat der Erblasser durch Errichtung eines zweiten Testaments sein älteres Testament aufgehoben, darauf aber die Urkunde des jüngern Testaments in der ausgesprochenen Absicht zerstört, das ältere wieder gelten zu lassen. Jure civili ist dies bedeutungslos: kraft formloser Erklärung eines veränderten Willens lebt das einmal aufgehobene Testament ebenso wenig auf, als das jüngere Testament dadurch ungültig wird; es tritt demnach die civile Erbfolge aus dem jüngern Testamente, oder, wenn dieses nur iure praetorio gültig war, civile Intestaterbfolge ein. Weil aber das jüngere Testament auf jeden Fall durch Zerstörung seiner Urkunde zur Gewährung der bonorum possessio secundum tabulas nicht mehr geeignet ist, somit nun die, wie angenommen werden muß, unversehrt vorliegende Urkunde des ältern Testaments supremae tabulae ist, so wird aus diesem

50) Vgl. Leist die bonorum possessio. Bd. II, 1. S. 274 N. 5. II, 2 S. 54 N. 4. Es ist mir keine Stelle bekannt, worin possessionem petere von einer auf Besitz-erlangung gerichteten Klage gesagt würde; obendrein scheint mir die Anwendung des petere von einem Interdicte bedenklich. Leists Meinung, Papinian könne unter dem possessionem petere die Agnition der bonorum possessio deshalb nicht verstehen, weil er von einem iudicium und der Vorschüzung einer exceptio spreche, widerlegt sich durch den Text. In der That hat Leist in diesem Commentar a. a. O. Thl. 2 S. 85 sich selbst berichtigt; er übersetzt dort: „scriptus si possessionem petat (d. h. wenn er b. p. erbittet und demgemäß auf Grund der data b. p. klagt)“ u. s. w. Dagegen hält er die Beziehung der exceptio doli auf das Quorum bonorum fest. S. auch S. 398 f. unter 3. und S. 291 N. 53.

ältern Testamente bonorum possessio secundum tabulas eröffnet. Abgesehen von der erklärten Absicht des Erblassers, nach dem ältern Testamente beerbt zu werden, würde die bonorum possessio secundum tabulas daraus sine re sein, der heres aus dem jüngern Testamente bezw. ab intestato also die auf sie gestützte Klage mittels der doli exceptio zurückzuschlagen. Jetzt aber, infolge jener erklärten Absicht, ist umgekehrt diese exceptio kraftlos; somit wird die bonorum possessio secundum tabulas cum re.⁵¹⁾ Auch hier wird die Klage nicht genannt.

L. 1 §. 3 D. si a par. 37, 12 cit. sagt Folgendes. Jemand hat sich für die Emancipation seines Sohnes bezahlt oder nach derselben für das im Edicte gegen den, von liberi nicht beerbten, emancipatus ihm verheißene Pflichttheilsrecht abfinden lassen. Versucht er gleichwohl, dieses Recht geltend zu machen, so können die Testamentserben des emancipatus ihn mittels der exceptio doli zurückweisen. Bekanntlich stehen dem parens manumissor zwecks der Geltendmachung seines Pflichttheilsrechtes zwei Mittel zu gebote: die querela inofficiosi testamenti und die bonorum possessio contra tabulas. Der Ausdruck der l. 1 §. 3 cit. muß mithin um so mehr auch von dem letztern Wege verstanden werden, als diese Stelle nicht nur in Ulpian's Edictcommentar, sondern auch in Justinian's Pandekten im Zusammenhange der Lehre von der bonorum possessio bei Vorhandensein eines prätorischen Testamentes steht. Wenn also dem heres überhaupt eine doli exceptio gegen das interdictum Quorum bonorum gegeben werden konnte, so liegt es nahe genug, die hier erwähnte exceptio

51) S. über beide Fälle der l. 11 §. 2 cit. P. Krüger in Ztschr. für RG. Bd. 14 roman. Abth. S. 60 ff. gegen Veit in diesem Commentar a. a. D. Thl. 4 S. 180 f. S. 212.

doli als gegen jenes Interdict des parens manumissor gerichtet zu denken.⁵²⁾ Auch hier aber nennt die Stelle das Interdict nicht.

Ebenso wenig thut dies die l. 2 D. si tab. test. nullae. 38, 6, auf welche Reist für seine Lehre ganz besonderes Gewicht zu legen scheint,⁵³⁾ obwohl sie nicht einmal die doli exceptio erwähnt.

Julianus lib. 27. dig.:

Emancipatus praeteritus si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, et scripti heredes adie-

- 52) Doch spricht, soviel ich sehe, Reist dies nicht ausdrücklich aus. Vgl. diesen Commentar a. a. D. Thl. 5 S. 561 f. unter b., wo von den „Klagen aus der c. t.“ die Rede ist. — Erwähnt sei hier noch die l. 5 D. eod. l. 37, 12 (Papin. lib. 11. quaest.): Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adiciebat, coegit emancipare. quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis [potestatis *Grotius*] denegata est. Dabei ist nicht etwa an die bei Liquidität der Sachlage an die Stelle einer exceptio doli tretenden denegatio des interdictum Quorum bonorum aus der de plano erteilten bonorum possessio contra tabulas des Vaters zu denken; der Wortlaut sagt vielmehr unzweideutig, daß die erbetene bonorum possessio abgeschlagen werde; und dies ist m. E. nicht bloß auf die contra tabulas, sondern auch auf die bonorum possessio intestati unde legitimi und unde cognati zu beziehen. Auch Reist bonorum possessio Bd. II, 1 S. 315 N. 12 versteht die l. 1 §. 3 von der Denegierung der bonorum possessio selbst. Vgl. diesen Commentar a. a. D. Thl. 5 S. 562 unter c, wo jedoch nur vom Wegfallen der contra tabulas bonorum possessio die Rede ist.
- 53) In diesem Commentar a. a. D. Thl. 1 S. 406 N. 10 Thl. 2 S. 73 f. S. 397 f.

rint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum praetor tuetur, ut bonorum possessionem accipiat unde liberi.⁵⁴⁾ nam et patronum praeteritum, si non petat bonorum contra tabulas bonorum possessionem, ex illa parte edicti, unde legitimi vocantur, non solet tueri praetor adversus scriptos heredes.

Nur soviel darf aus dieser allgemein redenden Stelle entnommen werden, daß es auch für den nichtbesitzenden bonorum possessor ein Mittel gegeben haben muß, gegenüber dem besitzenden heres endgültig, also mit der Wirkung der Rechtskraft auch für die hereditatis petitio des Gegners, die Frage zum Austrage zu bringen, wer von ihnen beiden das bessere Recht am streitigen Nachlasse habe. Und eben dieses ergeben auch die vorhin erörterten l. 11 §. 2 D. 37, 11 und l. 1 §. 3 D. 37, 12, die letzteren mit der weitem Thatsache, daß wenigstens unter Umständen der belangte heres der zum fraglichen Zwecke gegen ihn erhobenen Klage eine doli exceptio habe entgegensehen können.

18. Gewiß aber dürfen wir auch ohne Quellenbeleg annehmen, daß es einem entwickelten Billigkeitsgeföhle unerträglich gewesen wäre, wenn der heres auf das Quorum bonorum des bonorum possessor sine re unweigerlich die Nachlassachen hätte herausgeben müssen, während er demnächst deren Rückgabe mit der hereditatis petitio erzwingen konnte.

Ist es jedoch richtig, daß das Quorum bonorum zur Austragung der Frage nach dem endgültigen Nachfolgerechte sich nicht eignete, so werden wir zu der Annahme gedrängt, daß überall da, wo diese Frage zwischen bonorum posses-

54) Sollte Julian nicht geschrieben haben: ut cum re bonorum possessionem accipiat unde liberi?

sor und heres entstand, das Quorum bonorum verfaßt, und der klagend auftretende bonorum possessor auf eine andere Klage verwiesen wurde.

Unbestreitbar ist dies für die bonorum possessio litis ordinandae causa des verletzten Pflichttheilsberechtigten: ihm wird das Quorum bonorum gegen den scriptus heres verweigert; er muß zur querela inofficiosi testamenti greifen.

L. 2 Cod. de inoff. test. 3, 28:

(Imp. *Severus* et *Antoninus* Lucretio a° 196.)

Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus possessionem auferre ^{54*)} incivile est.

Die allgemeine Beweiskraft aber vorstehender Constitution für die Unzulässigkeit des Quorum bonorum gegen einen heres, welcher das endgültige Erbrecht für sich in Anspruch nimmt, darf nicht etwa mit der Bemerkung abgelehnt werden, daß die Entscheidung über das Pflichttheilsrecht vor die Centumviri gehört, vor diesen jedoch nicht ex interdicto habe geklagt werden können, und somit hier aus einem rein formellen Grunde das Quorum bonorum unanwendbar gewesen sei. Denn es bleibt völlig unerfindlich, weshalb nicht die Centumviri per sponsionem, und zwar poenalem, nicht auch ex interdicto hätten erteilen können.

Umgekehrt wird es kaum zu kühn sein, in der l. 2 cit. den weitem Hinweis auf diejenige Klage zu finden,

54*) Die Beziehung dieses Ausdrucks auf das Quorum bonorum verkennt auch *Le i s t* Commentar Thl. 2 S. 262 nicht. Unter den electiv daneben gestellten „anderen Klagen des b. possessor“ meint er ohne Zweifel die ficticiſchen Singularklagen. Allein der scriptus heres würde derartigen Klagen gewiß die exceptio ne praesudicium fiat hereditati haben entgegenstellen dürfen. Vgl. unten Ziffer 20 N. 80.

welcher der *honorum possessor* zur Durchsetzung des endgültigen Erbrechts sich von jeher bedienen mußte, seitdem es eine *honorum possessio cum re* gab. Mag nämlich die Queral, deren er hier sich bedienen muß, selbst eine, wennschon qualificirte, *hereditatis petitio intestati* sein, mag sie eine *hereditatis petitio intestati* vorbereiten oder begleiten: ^{54b)} unter allen Umständen erfolgt die definitive Entscheidung über sein Erbrecht mittels einer *hereditatis petitio*, die hier, wo ihm das civile Erbrecht mangelt, natürlich nur eine *possessoria* sein kann. ^{54c)}

19. Sei dem indessen, wie ihm sei: selbst auf dem Boden einer abweichenden Auffassung der l. 2 cit. muß die Behauptung aufrecht erhalten werden, daß statt des *Quorum bonorum* der *honorum possessor* gegenüber dem *heres*, welcher ihm ein wirkames Erbrecht bestritt, nur die *hereditatis petitio possessoria* gebrauchen konnte. ^{54d)}

Eben der Umstand, daß Veist die Bedeutung dieser Klage verkennet, hat ihm das richtige Verständniß des *Quorum bonorum* verhüllt.

54^{b)}) Vgl. die Darstellung der verschiedenen Ansichten über das Verhältniß der Queral zur H. P. bei Schröder Notherbenrecht I. §. 47 S. 396 ff.

54^{c)}) Vgl. Franke Notherbenrecht S. 315 f. Mühlentbruch in diesem Commentar Bd. 35 S. 156. v. Wangerow Hand. Bd. II §. 478 Anm. unter 2 (7. Aufl. S. 264). Schröder a. a. O. S. 478 f.

54^{d)}) Hiermit steht es selbstverständlich nicht im Widerspruche, daß die Partei, welche zunächst mit dem *Quorum bonorum* den Besitz der körperlichen Nachlaßstücke zu erlangen sucht, bereits eventuell, d. h. für den Fall ihrer Abweisung, die *hereditatis petitio* mit jenem Rechtsbehelfe verbindet. Einen solchen Fall betrifft *Symmach. rel. 16* (opp. X, 36 oder 29). S. unten §. 1840 Ziffer 125 zu N. 66.

Leist bestreitet das Dasein der h. p. possessoria in classischer Zeit mit zwei selbständigen Gründen.

Zunächst stützt er sich auf die Nichterwähnung der fraglichen Klage in der Darstellung des Rechtes der bonorum possessio bei Gaius IV, 34, III, 34 und IV, 144 und bei Ulpian XXVIII, 12.⁵⁵⁾ Dieser Grund beweiset wohl um so weniger, als Ulpian a. a. O. ja auch das Quorum bonorum nicht erwähnt.⁵⁶⁾

Einen zweiten Grund findet der genannte Schriftsteller in der absoluten Unvereinbarkeit der h. p. possessoria mit dem von ihm dargestellten Rechtszustande der bonorum possessio sine re in classischer Zeit.⁵⁷⁾ Hierauf weiß ich nicht besser zu entgegnen als mit Lenels Worten:⁵⁸⁾ „Da der bonorum possessor sine re mit der h. p. possessoria wider den heres nicht durchbringen konnte, so wird er sich ihrer einfach nicht bedient haben: die Institute konnten sehr gut neben einander bestehen, da sie praktisch nicht in einander griffen. Der Prätor aber wird bei Einführung der h. p. possessoria eben nicht an den Rechtsstreit des bonorum possessor sine re mit dem heres, sondern an die zahlreichen andern Fälle gedacht haben, wo der Mangel eines wirklichen Universalrechtsmittels für den bonorum possessor schon in classischer Zeit als ungerechtfertigte Singularität empfunden werden mußte, namentlich also an die Fälle der h. p. cum re: die h. p. contra tabulas, unde liberi, die h. p., die das Fundament einer durchgesetzten querela inofficiosi testamenti bildet.“ Und gewiß, füge ich hinzu, war es ein Erforderniß der Gerech-

55) Bonorum possessio Bd. I S. 303 N. 6. S. 309 zu N. 1. Bd. II, 2 S. 26 f. N. 10 und namentlich S. 36. Commentar Thl. 2. S. 302.

56) Lenel ed. perp. S. 141.

57) Commentar Bd. 2 S. 302 f.

58) A. a. O. S. 141.

tigkeit, nachdem einmal in der *honorum possessio cum re* ein dem besten civilen Erbrechte in seiner gesammten sachlichen Rechtswirkung völlig gleichartiges Erbfolgerecht entstanden war, die endgültige Entscheidung darüber, ob im Einzelfalle der *heres* oder der *honorum possessor* als wirklicher Erbe zu gelten habe, ohne Rücksicht auf die zufällige Vertheilung der Partierollen mittels eines gleichartigen Verfahrens herbeizuführen. Als gleichartig aber mit der *hereditatis petitio* gegen den besitzenden *honorum possessor*, mag diese nun *per sponsionem mere praeiudicialem*, oder *per formulam petitoriam* verhandelt werden, kann schon aus rein processualen Gründen das *Quorum honorum* gegen den besitzenden *heres* nicht gelten. Wurde das *Interdict per sponsionem* entschieden, so traf den Unterliegenden die hohe *poena sponsionis* bezw. *restipulationis*; wurde *per formulam arbitrariam* verfahren, so erhielten die Parteien den *arbiter* oder die *arbitri*, falls sie sich über dessen oder deren Person nicht etwa einigten, nicht wie bei der *hereditatis petitio* durchs Loos aus dem *album iudicum selectorum*, sondern nach dem Ermessen des Prätors ohne Rücksicht auf jenes *Album* zugewiesen.⁵⁹⁾

Hatte hiernach der Prätor guten Grund, eine allgemeine *h. p. possessoria* in sein Edict aufzunehmen,⁶⁰⁾ so durfte er anderseits füglich erwarten, „daß die Grenzen der praktischen Anwendung durch das Interesse der *honorum possessores* von selbst gezogen werden würden. Möglichen Uebergreifen konnte durch *exceptio* entgegen getreten werden.“⁶⁰⁾

59) Vgl. D. E. Hartmann die römische Gerichtsverfassung S. 265 ff. S. 272 ff.

59*) Dafür, daß gerade erst Julian dies gethan habe, sehe ich keinen Grund, auch nicht in l. 54 pr. D. de H. P. 5, 3, wie Arndts civilistische Schriften Bd. 2 S. 349 meint.

60) Senel a. a. D.

Umgekehrt ist es schwer zu verstehen, wie man erst zu Diocletians Zeit dazu gelangt sein sollte, in der *bonorum possessio cum re*, der abgesehen von vereinzelt Ausnahmen damals allein noch praktischen Art der *bonorum possessio*, ein der *hereditas* gleichartiges Erbrecht zu erblicken; ⁶¹⁾ schlechterdings unverständlich aber selbst auf dem Boden jener Auffassung, wie man damals, während das Institut der *formulae actionum* in so unaufhaltbarem Absterben begriffen war, daß es bereits im Jahre 342 durch Constantius und Constans völlig beseitigt werden konnte, ⁶²⁾ noch darauf gerathen sein sollte, für die, nicht mit der *hereditas* zusammenfallende, *bonorum possessio cum re*, statt einfach die alte *hereditis petitio*, immerhin mit der schulmäßigen Bezeichnung als *utilis*, auf sie zu erstrecken, eine besondere *hereditatis petitio possessoria* aufzustellen. Und was endlich möchte Justinian veranlaßt haben, gewissermaßen zu Ehren einer so durchaus überflüssigen Nomenclatur, für die Pandekten einen besondern Titel aus zwei lediglich zu diesem Zwecke zugestuzten, an sich ganz unbedeutenden, Fragmenten classischer Juristen zurecht zu machen? ⁶³⁾ Mit Grund sagt Arndts, ⁶⁴⁾ hätten nicht die Schriften dieser Juristen, namentlich in den Werken über das Edict, den Compilatoren Veranlassung zur Aufstellung jenes Titels gegeben, so würden sie sich gewiß damit be-

61) Vgl. *Reist bonorum possessio* II, 2 S. 51 ff. *Commentar* Thl. 2 S. 274 ff. Uebrigens bezeugt ja die am letztgenannten Orte S. 280 angeführte *Collat. XVI, 5, 1*, daß schon Ulpian ganz unbefangen sagt: *Ab intestato — hereditas defertur — per praetoris beneficium.* S. unten Ziffer 21 zu N. 89.

62) L. 1 *Cod. de formul. et impetr. act. subl.* 2, 57.

63) Arndts a. a. D. S. 345 ff. (zuerst in Arndts *Beiträgen* S. 52—55) *Genel a. a. D.*

64) *N. a. D.* S. 345.

gnügt haben, die Bemerkung, welche wir unter dem Titel de possessoria hereditatis petitione finden, gelegentlich in den Titel de hereditatis petitione einzufchieben. ^{64a)}

Ist es somit höchst wahrscheinlich, daß in Julians Edictsredaction den Klagen zum Schutze des civilen Erbrechts ⁶⁵⁾ eine Rubrik de possessoria hereditatis petitione

64*) Vgl. etwa die beiläufige Erwähnung der hereditatis petitio des Fiskus in l. 20 §§. 6 u. 7. D. de H. P. 5, 3, während doch das Successionsrecht des Fiskus in bona vacantia und caduca der hereditas wie der bonorum possessio entgegengestellt wird. l. 1 §. 2 D. de J. F. 49, 14. l. 1 u. l. 4 Cod. de bon. vac. 10, 10. Arndts a. a. D. S. 350. Franke Commentar S. 235.

65) Unter den civiles actiones heredibus propositae (l. 1 D. de poss. her. pet. 5, 5) sind schwerlich mit Arndts a. a. D. und Leist bonorum possessio II, 2 S. 27 die hereditatis petitio und die querela inofficiosi testamenti zu verstehen. Denn es ist mindestens höchst unsicher, ob das Edict eine Rubrik über die letztere Klage enthielt; wenn dieselbe im Edicte überhaupt erwähnt wurde, so geschah das vermuthlich bei Gelegenheit der Präjudicialverhältnisse. Venel a. a. D. S. 111 ff. Dagegen mögen die hereditatis petitio ex asse und die h. p. pro parte unter jenen actiones zu verstehen sein (Arndts a. a. D.), wenn es nicht wahrscheinlicher sein sollte, die beiden edictsmäßigen Formen der h. p. per sponsonem praeiudicalem und per formulam petitoriam darunter zu denken, zu denen die h. p. pro parte nur einen Anhang bildet. Vgl. Venel a. a. D. §. 65 S. 137 f. vdb. mit §. 66 S. 140. Wenigstens dürften unter den superiores civiles actiones des heres in l. 2 eod. nur diese beiden Klageformen gemeint sein. Sicher dagegen sind unter den civiles actiones nicht mit Leist a. a. D. S. 27 auch die erbchaftlichen Singularklagen des heres zu verstehen: für diese „war es weder nöthig noch thunlich, besondere Formeln aufzustellen, da diese durchaus ebenso, wie die Klagen des Erblassers selbst, beschaffen und nach Ver-

folgte, so bieten nun auch die beiden unter dieser Rubrik in Justinians Pandekten aufgenommenen Stellen nicht

schiedenheit des Rechtsverhältnisses verschieden waren, eine Beziehung auf die Erbfolge aber, durch welche der Kläger in das streitige Verhältniß eingetreten war, dabei gar nicht vorkam.“ Arndts a. a. D.

Uebrigens bemerke ich noch, daß Leist sowohl a. a. D. als in diesem Commentar Thl. 2 S. 291 ohne äußern Anlaß die l. 1 D. de poss. h. p. 5, 5 so auslegt, als ob dort von mehreren actiones die Rede sei, welche der Prätor dem bonorum possessor verheißt, während es dort einfach lautet: *Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est quibus bonorum possessio data est.* Entsprechend ist auch in l. 1., l. 2 und l. 3 pr. D. de fideic. h. p. 5, 6 nur von Einer actio, der h. p. fideicommissaria, als der im Edicte zunächst proponirten, die Rede, und zwar im Gegensatze zu den actiones, quae ex senatus consulto transeunt (l. 1 cit. cf. l. 3 §. 2 eod.) Arndts a. a. D. S. 347. Damit will ich freilich durchaus nicht bestreiten, daß an dieser Stelle des Edicts neben der h. p. possessoria wahrscheinlich schon die actiones fictitiae des bonorum possessor proponirt waren, was theils nach l. 3 §. 2. D. de fideic. h. p. 5, 6, theils deshalb wahrscheinlich ist, weil ein andrer geeigneter Platz für ihre Aufstellung fehlt. Arndts a. a. D. S. 347 f. Lenel a. a. D. S. 142 f. Jedenfalls aber war an dieser Stelle das Quorum bonorum nicht proponirt; von diesem handelt Ulpian im 67., Paulus im 63. Buche ihrer Edictscommentare, während die hereditatis petitiones vom erstern im 15., vom andern im 20. Buche jener Werke erörtert werden. S. Lenel a. a. D. §. 65 S. 137 N. 6 u. 7. §. 66 S. 140 N. 6. §. 67 S. 141 N. 3 u. 4. vbb. mit §. 227 S. 361 N. 10 u. 11. vgl. auch Arndts a. a. D. S. 347 zu N. 89. Und deshalb scheint es mir nicht angänglich, mit Leist bonorum possessio II, 2. S. 28 u.

den geringsten Anhaltspunct, eine Interpolation zu vermuthen. Insbesondere liegt ein solcher mit nichten in den Worten der l. 2. h. t.:

Gaius lib. 6. ad ed. prov.): per quam hereditatis petitionem *tantundem* consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

Es würde vielmehr sehr ungenau gesprochen sein, wenn *Gaius*, wie *Leist* ⁶⁶⁾ meint, das *tantundem* consequitur vom *Quorum bonorum* gesagt hätte. Denn bekanntlich war mit dem Interdict nichts weiter zu erlangen, als einerseits der Besitz der körperlichen Nachlasssachen einschließlich der pro herede bereits usucapirten, deren Eigenthum dann freilich ohne Zweifel auf den *bonorum possessor* übertragen werden mußte, andererseits Erbsatz für die durch prästabeles Verschulden des Besitzers abhanden gekommenen und beschädigten, nicht aber der Betrag von Erbschaftsforderungen gegen den Schuldner, welcher selbst Erbe zu sein behauptet. ⁶⁷⁾ Und mindestens äußerst zweifelhaft dürfte es sein, ob das Interdict in Beziehung auf die *corpora hereditaria* die mancherlei personales praestationes in sich aufnahm, welche der hereditatis petitio ihre Eigenthümlichkeit verleihen. ^{67a)} Jedenfalls verbietet, um von naheliegenden weiteren Bedenken zu schweigen, schon

Comm. Thl. 2 §. 291, in *Ulpian's* oben mitgetheilten Worten, welche eine Berücksichtigung des *bonorum possessor* eben an dieser Stelle des *Edicts* ausdrücklich voraussetzen, den Hinweis auf das *Quorum bonorum* zu finden.

66) *Bonorum possessio* II, 2 §. 28. Comm. Thl. 2 §. 292.

67) l. 2 D. quor. bon. 43, 2 vgl. mit l. 42. l. 13 §. 15. l. 14 und l. 15 D. de H. P. 5, 3 und dazu *Frank's* Commentar §. 185 f. u. §. 339.

67a) *Schröder's* Nothverbenrecht §. 152 nach R. 27.

die Rücksicht auf diese personales praestationes die Behauptung, es lasse sich mit den erbschaftlichen Singularklagen, also auch mit den actiones fictitiae des bonorum possessor, tantundem erlangen, wie mit der hereditatis petitio. — Umgekehrt aber wäre es kaum minder ungenau gewesen, wenn Gaius gesagt hätte, wie er nach Leist⁶⁸⁾ beim Vorhandensein der h. p. possessoria hätte sagen müssen: per quam hereditatis petitionem idem consequitur bonorum possessor, quod superioribus civilibus actionibus heres consequi potest. Es forderte nämlich, wie wir alsbald sehen werden,⁶⁹⁾ der bonorum possessor cum re mittels der h. p. possessoria vom heres nicht nur die Besitzübertragung der res hereditariae, sondern auch die Mancipation aller in dessen quiritarischem Eigenthume befindlichen res mancipi des Nachlasses,⁷⁰⁾ auch derjenigen, an welchen der heres dieses Eigenthum unmittelbar durch den Erbantritt erworben hatte; — die civile hereditatis petitio dagegen ging, und zwar erst seit dem s. g. Senatusconsultum Iuventianum v. J. 129 n. Chr., nur dann auf die Mancipation von res mancipi, wenn der Besitzer dieselben pro herede usucapirt hatte.

68) Commentar Ihl. 2 §. 292.

69) Unten Ziffer 20 zu N. 81.

70) L. 13 pr. D. de b. p. c. t. 37, 4. Julian. lib. 23. dig. (gewiß, wie lib. 27. dig. noch unter Hadrian geschrieben, ungewiß jedoch, ob, wie lib. 6. eod., noch vor dem Scum v. J. 129. Vgl. Fitting über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander §. 4 ff.) — Anders die h. p. fideicommissaria nach l. 2 D. de fideic. h. p. 5, 6: quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis; der Universal-fideicommissar mußte sich eben mit seinem bonitarischen Rechte an den Nachlassfachen begnügen. l. 65 pr. D. ad Sc. Trebell. 36, 1. Vgl. Venei a. a. D. §. 68 N. 6 §. 144 f.

20. Endlich fehlt es nicht an Aussprüchen der Quellen, welche, von jedem Verdachte einer Fälschung in dieser Hinsicht frei, trotz aller Bemühung Leists, sie auf das Quorum honorum und allenfalls die fictitiae actiones des bonorum possessor zu deuten, schwerlich eine andere Beziehung vertragen, als auf unsere h. p. possessoria.

Wir beginnen mit der l. 13 pr. D. de b. p. c. t. 37, 4.: ⁷¹⁾

(*Julian.* lib. 23. dig.) Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit.

Indem Leist ⁷²⁾ diese Stelle mit l. 21 pr. D. de fideiuss. 46, 1 ⁷³⁾ zusammenstellt, erblickt er in ihr den Beleg dafür, daß, soweit es zu dem eigenen Principe der b. p. c. t. passe, „die Rechtsstellung, in der sich rückwärts des Ueberganges des materiellen Vermögens der [aus einem der c. t. b. possessio ausgesetzten Testamente] antretende heres gegen den non heres (b. possessor) befindet, ganz der des heres zum Universal-fideicommissar

71) S. Note 70.

72) Commentar Thl. 2 S. 292 f. unter a. vbd. mit S. 28 zu N. 40 und S. 48. Vgl. bonorum possessio II, 1 S. 116 zu N. 6 und S. 119 f. N. 7. II, 2 S. 30.

73) African. lib. 7. quaest.: Heres a debitore hereditario fideiussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: fideiussoris obligationem in suo statu manere ait idemque in hac causa servandum, quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fideiussorem accepit. ideoquo in utraque specie transeunt actiones.

parallel“ sei. ⁷⁴⁾ Das „hereditatem petere“ der l. 13 pr. versteht er davon, „daß die c. t. b. possessio cum re sein soll, d. h. der c. t. b. possessor möglichst das ganze materielle Vermögen soll an sich ziehen dürfen.“ ⁷⁵⁾ „Wie sollte,“ fragt er endlich, ⁷⁶⁾ Julian, der hier von einem materiellen transferre des omne ius vom scriptus heres an den c. t. b. possessor spreche, „dieses materielle Einfordern der Erbschaft wohl bequemer ausdrücken, als mit den Worten hereditatem petere, ⁷⁷⁾ ohne damit das Mißverständniß besorgen zu müssen, daß man darunter nicht die allbekanntesten actiones, „quas praetor se daturum his pollicetur, quibus ex edicto b. p. data est,“ sondern eine eigens construirte her. petitio zu verstehen hätte?“

74) Leift Commentar Thl. 2 S. 27 f.

75) Das. S. 47 f.

76) Das. 292 f.

77) Leift a. a. O. N. 54 beruft sich hier auf seine bonorum possessio II, 2 S. 30, wo es unter Bezugnahme auf unsere l. 13 pr. heißt: — „wie sollten es die Römer wohl ausdrücken, wenn sie ganz im Allgemeinen sagen wollten, „die Erbschaft einfordern?“ Der angegebene Ausdruck bot sich, namentlich in Fällen, wo von einem dauernden Behalten der Erbschaft die Rede war (b. p. cum re) von selbst dar, ohne daß damit die technisch sogenannte hereditatis petitio possessoria gemeint wäre. Wer an die Art und Weise der Römischen Terminologie denkt (in N. 2 heißt es hierzu: „Sonst müßte man auch sagen, wenn es z. B. heißt: sorvitus debetur, hier werde an einen debitor gedacht“), dem wird es nicht im Geringsten bedenklich scheinen, hier das hereditatem petere in einem allgemeineren Sinne für Einforderung der Erbschaft zu nehmen, da ein anderer dies bedeutender Ausdruck den Römern nicht zu Gebote stand. Dies läßt sich mit Sicherheit aus l. 1. Cod. quor. bon. entnehmen.“ Ueber diese Stelle s. unten Ziffer 23.

Gegenüber vorstehenden Ausführungen müssen wir völlig dem Urtheile Schröders⁷⁸⁾ beistimmen, daß Leist die Bedeutung der l. 13 pr. cit. überschätzt: von dem materiellen Gesamterfolge der *honorum possessio contra tabulas* will sie gar nicht reden, ebenso wenig wie l. 21 pr. D. de fideiuss. cit.⁷⁹⁾ Eben deshalb aber kann das *hereditatem petere* in ihr gar nicht von einem „materiellen Einfordern der Erbschaft“ verstanden werden.⁸⁰⁾ Jene

78) Nothbenrecht S. 149.

79) Diese Stelle redet einfach davon, daß ebenso wie der *heres fiduciarius* dem *Universal-fideicommissar*, so auch der *scriptus heres* dem *b. possessor c. t.* Ansprüche, die er *ex causa hereditaria* neu erworben hat, cediren müsse: *transeunt actiones* ist gerade von den pflichtmäßig cedirten Klagen gesagt. Schröder a. a. D. S. 148, der dafür mit Recht auch l. 22 D. de pec. const. 13, 5 anführt. Es liegt hierin jedoch durchaus keine Eigenthümlichkeit der Rechtsstellung des *Universal-fideicommissars* und des *c. t. b. possessor*; vielmehr hat der *heres* genau den gleichen Anspruch auf Cession der *ex causa hereditaria* nicht ihm, sondern dem Erbschaftsbesitzer, insbesondere dem *b. possessor sine re*, neuerworbenen Klagen gegen diesen. l. 16 §. 4. l. 20 §. 17. l. 35. l. 40 §. 2 D. de H. P. 5, 3 und dazu Francke Comment. S. 192 f. S. 337 u. S. 363. Gerade von dem Falle eines *b. possessor sine re* handelt l. 22 cit. D. de pec. const.; ein anderer Erbschaftsbesitzer als ein *honorum possessor* hätte ein *Constitut* einer Erbschaftsforderung mit rechtlicher Wirkung gar nicht eingehen können, weil er ja nichts zu fordern hatte. Vgl. Francke a. a. D. S. 277 ff. zu l. 25 §. 2 D. de H. P. 5, 3.

80) Uebrigens hat Leist nicht beachtet, daß jener Ausdruck, falls er nicht auf die *h. p. possessoria* ginge, thatsächlich auf das *Quorum honorum* beschränkt werden müßte: den erbenschaftlichen Singularklagen des *c. t. b. possessor* würde der *scriptus heres* ohne Zweifel die *exceptio*

Ueberschätzung unsrer Stelle aber hat ihren Grund darin, daß Leiß deren einfachen Sinn nicht würdigen konnte, weil ihm die besondere Bedeutung der in ihr aufgeführten Gegenstände entgangen war. Treffend bemerkt Schröder weiter: „Es ist kein Zufall, daß der Jurist von praedia und servi hereditarii spricht; Julian schrieb: „cogendus est — *mancipare*“, das *praestare* beruht auf einer Interpolation.“⁸¹⁾ Und begreiflich ist, daß der Prätor den Testamentserben, da er dessen Erwerb auf dem Wege der *contra tab. b. p.* unwirksam macht, zur Mancipation anhält.“⁸²⁾ Hiernach aber verbietet unsere Stelle geradezu, bei dem *hereditatem petere* an das *Quorum bonorum* zu denken; es bleibt nicht wohl etwas Anderes übrig, als es von der *hereditatis petitio possessoria* zu verstehen.⁸³⁾

21. Sodann kommt in Betracht l. 3 §. 13 D. de Carb. ed. 37, 10.

Der Zweck des *Carbonianum edictum* geht bekanntlich dahin, einem Unmündigen, dem die Eigenschaft bestritten wird, zu den *liberi* des Erblassers zu gehören, vorläufig

entgegenstellen, *ne praeiudicium fiat hereditati*. Vgl. oben Ziffer 18 N. 54a S. 121.

- 81) Als analoge Stelle führt Schröder a. a. D. S. 149 N. 16 an die l. 18 D. de R. V. 6, 1.
- 82) In der Compilation läßt sich die l. 13 pr. nur auf solche Erwerbungen beziehen, die der *scriptus heres* erst nach dem Erbschaftsantritte *ex causa hereditaria* gemacht hat, entsprechend der l. 21 pr. D. de *fideiuss. cit.* Schröder a. a. D.
- 83) Schröder a. a. D. S. 151 f. *Benel ed. perp.* S. 142. — An eine der erbchaftlichen Singularlagen kann, ganz abgesehen von der *exceptio, ne praeiudicium fiat hereditati* (s. oben N. 80), auch deshalb nicht gedacht werden, weil keine derselben auf Mancipation ihres Objects geht, auch die *rei vindicatio ficticia* des *bonorum possessor* nicht.

den Genuß der Erbschaft zu verschaffen, während die Entscheidung über das Kindesrecht desselben bis zu dessen Mündigkeit hinausgeschoben wird. Hat er demgemäß die, provisorische, *bonorum possessio Carboniana* agnoscirt und dem Gegenprätendenten die nöthige *Realcaution* geleistet, so wird er einstweilen⁸⁴⁾ als *bonorum possessor* geschätzt.

- 84) Hat er daneben die *ordinaria bonorum possessio unde liberi* oder *contra tabulas* agnoscirt, so hat er alsdann selbstverständlich die Rechtsmittel des *bonorum possessor ordinarius* auch über die Zeit der Unmündigkeit hinaus, *perpetuo*: die Agnition der *Carboniana* b. p. beschränkt jene Rechtsmittel nicht auf diese Zeit; ist jedoch das Kindesrecht *post pubertatem* ihm aberkannt worden, so werden ihm dieselben nunmehr denegirt. Dies ist der Sinn von l. 4 D. de Carb. ed. 37, 10, der wir des Zusammenhangs halber l. 3 §§. 14—16 eod. voranschicken. L. 13 (Ulp. lib. 41. ad ed.) §. 14: *Haec autem possessio (sc. Carboniana) intra annum datur, sicuti ordinariae quoque, quae liberis dantur, intra annum dantur.* §. 15: *Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam bonorum possessionem accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.* §. 16: *Currunt autem tempora ad utramque bonorum possessionem separatim, ordinariae quidem, ex quo patrem suum decessisse scit et facultatem bonorum possessionis petendae habuit, Carbonianae vero ex eo tempore, ex quo controversiam sibi fieri cognovit.* L. 4 (Julian. lib. 24. dig.): *Ideo si ex prima parte edicti bonorum possessionem non [intra annum scr. M.] petierit, alias poterit ex sequenti parte edicti ad exemplum Carboniani accipere bonorum possessionem, alias non poterit. nam si confestim post patris mortem controversia ei facta fuerit, an inter liberos bonorum possessionem accipere possit, simul ad utriusque edicti causam annus cessisse videbitur: si vero interposito tempore scierit controversiam sibi moveri, poterit etiam finito tempore, intra quod ex prima parte bonorum*

Dritten gegenüber hat er alle Rechtsbehelfe des bonorum possessor, ohne daß diese ihm die bloß provisorische Natur der ihm erteilten bonorum possessio eintretdeweis entgegenhalten könnten. Denn es sind nicht bloß die Singularklagen gegen Erbschaftsschuldner und gegen Besitzer von Erbschaftsachen für die endgültige Entscheidung der Erbfrage zwischen dem Carbonianus possessor und dessen Gegenprätendenten völlig unpräjudicial; sondern es muß dasselbe gelten von der hereditatis petitio possessoria des Carbonianus possessor gegen jeden possessor pro possessore. Diese Beziehungen sind gemeint in folgenden Stellen.

possessionem acceperat, ex sequenti bonorum possessionem petere . quam cum acceperit, perpetuo possessorii actionibus utetur: sed si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit, denegabuntur ei actiones. In den Worten der l. 4: quam cum acceperit (nämlich die b. p. Carboniana) ist das cum mit „ob schon“ oder „ungeachtet“ zu übersetzen. Vgl. Cic. pro Mil. 35, 98. de off. I, 1, 4. de legib. I, 7, 22. Kühner Schulgrammatik der Lateinischen Sprache §. 149 unter 9. Die possessoriae actiones aber sind nichts Anderes als die gewöhnlichen Rechtsmittel des bonorum possessor ordinarius, also das Quorum bonorum, die ficticiſchen Singularklagen und die hereditatis petitio possessoria, keineswegs dagegen, wie Leist Commentar Thl. 2 S. 296 f. (s. auch Thl. 4 S. 96 f. unter c) meint, die „ohne Verührung der streitigen Erbfrage gestattete(n) Klagen“, m. a. W. besonders für den Carbonianus b. possessor eingerichtete Klagen. Denn, wenn es derartige Klagen überhaupt gegeben hätte, so hätten sie selbstverständlich auf die Zeit der Carboniana possessio beschränkt bleiben müssen. In dem perpetuo dagegen den mit Leist a. a. O. N. 60 directen Hinweis auf die Unverjährbarkeit der actiones ficticiae zu finden, verbietet schon der Zusammenhang, in welchem dieser Hinweis kaum am geeigneten Platze erfolgt wäre.

L. 3 §. 5 D. de Carb. ed. 37, 10:

(*Ulpian.* lib. 41. ad ed.) — Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat etc.

L. 7 §. 4 eod.:

(*Julian.* lib. 24. dig.) Quotiens Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui bonorum possessionem acceperit.

L. 15 eod.:

(*Hermogenian.* lib. 3. iuris epitomarum) Haec bonorum possessio, si satisdatum sit, non tantum ad possessionem apiscendam, sed ad res etiam perseguendas et debitum exigendum — prodest.

Anders jedoch ist das Verhältniß des Carbonianus possessor gegenüber dem possessor pro herede, d. h. gegenüber gerade demjenigen, welcher ihm das Kindesrecht bestreitet. Freilich muß er in der Lage sein, auch von diesem den Besitz der Nachlasssachen zu erstreiten; allein ein den Gegenprätendenten unbillig benachtheiligender Gebrauch der Rechtsstellung des bonorum possessor wäre es, wenn er gegen denselben, gestützt lediglich auf die ihrem Wesen nach rein provisorische Carboniana possessio, die an sich schon kraft solcher ihm zuständigen definitiven Rechtsbehelfe des bonorum possessor anstellen wollte: das Urtheil über diese Rechtsbehelfe würde Rechtskraft auch für die ausgesetzte endgültige Erbfrage machen. Es wird ihm deshalb zwar unbedenklich das Quorum bonorum gewährt; jene definitiven Rechtsbehelfe dagegen, also insbesondere, da die ficticiae actiones wegen der ihnen entgegenstehenden praescriptio, ne praeiudicium fiat hereditati, hier ohnehin kaum in Betracht kommen, die hereditatis petitio possessoria, wehrt der possessor pro herede erfolgreich mit einer

exceptio (doli) ab, welche eben wider die geschilderte Unbilligkeit der versuchten Klagebegründung gerichtet ist. Will übrigens der Carbonianus possessor schon jetzt eine endgültige Entscheidung der Erbfrage herbeiführen, so ist ihm das ungeachtet der ihm ertheilten possessio Carboniana unbenommen: er verzichtet dann auf deren Geltendmachung und begründet die hereditatis petitio oder die erbschaftlichen Singularklagen lediglich mit dem, ihm bestrittenen, Kindesrechte, stellt dieselben m. a. W. als heres oder als bonorum possessor ordinarius an.⁸⁵⁾ Dies ist der Inhalt der l. 3 cit. §. 13:

(*Ulpian.* lib. 41. ad ed.) Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere [nämlich mittels des Quorum bonorum, dessen der Carbonianus possessor sich gegen jeden possessor pro herede sowohl, als pro possessore bedienen kann] . quod si coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus [nämlich vom possessor pro herede] aut singulas res [von denselben], rectissime *Julianus* libro vicessimo quarto digestorum scribit exceptione eum summovendum: contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum praetor tantisper constituit . si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres [nämlich, wenn er suus des Erblassers zu sein behauptet], ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.

Es erscheint demnach als reinste Willkür, wenn Leijt, um der Anerkennung der hereditatis petitio possessoria

85) Leijt a. a. D. Thl. 2 S. 298 f.

in classischer Zeit zu entgehen, statt die Worte: *hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus* in ihrem einfachen Sinne unmittelbar aufzufassen, nicht allein das *hereditatem petere*, welches doch schon „als Gegensatz der hier ausdrücklich als *directa actio* bezeichneten *hereditatis petitio* des *heres* nur eine *utilis h. p.* des *bonorum possessor*“ bezeichnen kann, ^{85a)} auf das *Quorum bonorum* bezieht, sondern vollends für dieses *Interdict*, wie für die *fictionae actiones* des *Carbonianus possessor* eine eigenthümliche Fassung beansprucht. ⁸⁶⁾ In der That dürfte schon sein Versuch einer solchen Fassung mittels der *praescriptio pro actore: ea res agatur, ne praeeudicium hereditati fiat*, die Fehlsamkeit seines Gedankenganges aus Licht stellen. Denn sofern die fraglichen Klagen in gewöhnlicher Fassung für die *hereditatis petitio res iudicata* machen, müßte jene *praescriptio* als in directem Widerspruche zur *Klagintentio* rettungslos Abweisung des Klägers bewirken; sofern dagegen die Klagen an sich der *hereditatis petitio* nicht präjudiciren, würde eine derartige *praescriptio* inept erscheinen.

Richtig verstanden belegt unsre I. 3 §. 13 also nicht allein die oben mitgetheilte Behauptung *Lenel's*, ⁸⁷⁾ daß jedem *bonorum possessor* die *hereditatis petitio possessoria* proponirt war, gegen mögliche Uebergriffe aber eine *exceptio* schützte; sondern es ist diese Stelle zugleich ein beachtenswerther Beleg für die durchaus provisorische Natur des *Quorum bonorum*. Wir werden dasselbe daher ohne weiteres z. B. auch dem *furiosus* aus der *b. possessio furiosi nomine* und dem bedingt Eingefetzten aus der *pendente condicione* erworbenen *b. possessio secundum tabu-*

85a) *Lenel* a. a. D. S. 142. *Schröder* a. a. D. S. 152.

86) *A.* a. D. S. 297.

87) *Ed. perp.* S. 141 (s. oben S. 123).

las gegen denjenigen possessor pro herede oder pro possessore beilegen, welchem eventuell an Stelle des bonorum possessor ein endgültiges Erbrecht in Aussicht steht; dagegen werden wir Letztern gegenüber die hereditatis petitio possessoria und, soweit etwa nöthig, die erbenschaftlichen Singularklagen jener b. possessores mittels einer Einrede unschädlich machen, welche sich auf die provisorische Natur der klägerischen bonorum possessio stützt.

22. Weiter gehört hierher l. 5 §. 1 D. de his, quae ut indignis. 34, 9:

(*Paulus* lib. 1. de iure fisci.) Ille, qui non iure factum contendit (sc. testamentum) nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit: [ergo *del. M.*] qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debet, quod consecutus est. de eo vero, qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, *Divus Pius* ita rescripsit: „cognati Sophronis, licet ab herede instituto acceperant legata, tamen, si is eius condicionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt. prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona condicione aetate causa cognita a iudice constituendum erit.“

Ein im gegebenen Falle zur Intestaterbfolge berufener Cognat verliert durch die bloße Thatsache, daß er ein Legat angenommen hat, das Recht nicht, das Testament, worin jenes Legat ihm ausgesetzt ist, als nichtig errichtet (non iure factum) anzufechten; er kann vielmehr ipso iure auch jetzt noch *petere hereditatem*. Es darf nun Leift⁸⁸⁾ gern eingeräumt werden, daß dies auch von einem solchen Cognaten gelte, welchem nach Ulpian's Ausdruck⁸⁹⁾ ab inte-

88) Commentar Thl. 2 S. 300 f.

89) Collat. XVI, 5, 1.

stato *hereditas* defertur per praetoris beneficium, nicht jedoch per ius civile, welcher m. a. W. nur vermöge der bonorum possessio intestati zum Nachlasse gelangen kann. Daraus aber folgt durchaus nicht, daß dieses petere hereditatem „auch im Sinn des definitiv-gültigen materiellen Einforderns der Erbschaft, ohne Hinblick auf die formelle Klagenconstruction, zu verstehen“ sei, m. a. W., sofern die fictischen Singularklagen wegen der praescriptio, ne praeiudicium fiat hereditati, thatsächlich hier nicht in Betracht kommen, wesentlich auch von dem interdictum Quorum bonorum. Es mag ganz dahin gestellt bleiben, ob nicht unter den in l. 5 §. 1 cit. schlechthin genannten cognati füglich auch solche verstanden werden dürften, welche als agnati zugleich iure civili zur Intestaterbfolge berufen sind, welche folglich, falls sie die bonorum possessio nicht rechtzeitig agnosciren, gar nicht das Quorum bonorum, recht wohl aber die hereditatis petitio zu gebrauchen vermögen. Denn trotzdem würde Leist es für denkbar erklären können, das petere hereditatem gleichmäßig für diesen Fall auf die eigentliche hereditatis petitio wie für den ersten Fall auf das Quorum bonorum zu beziehen. Nun aber besitzen wir zu unserer l. 5 §. 1 Parallelstellen aus dem Titel de hereditatis petitione, welche als Rechtsmittel desjenigen, der, obwohl er ein Legat bereits angenommen hat, das ihm dieses zuweisende Testament als nichtig errichtet oder als gefälscht⁹⁰⁾ ansieht, allgemein und unzweideutig ausschließlich die hereditatis petitio nennen.

Vor allen bemerkenswerth ist l. 43 D. de H. P. 5, 3, welche nicht nur denselben Verfasser hat, wie die l. 5 cit.,

90) L. 5 cit. pr. D. de his, quae ut indign. 34, 9. l. 8 D. de H. P. 5, 3 (s. unten S. 142). l. 3 D. de leg. Cornel. de fals. 48, 10. S. Francke Commentar S. 126 ff.

sondern höchst wahrscheinlich das nämliche Rescript des Antoninus Pius ⁹¹⁾ anführt, das jene Stelle wörtlich mittheilt; zweifellos aber ein Rescript, das den gleichen Rechtsfall entscheidet.

Paulus lib. 2. ad Plautium: Postquam legatum a te accipi, *hereditatem peto*. *Atilicinus* quibusdam placuisse ait, non aliter mihi adversus te dandam *petitionem*, quam si legatum redderem. videamus tamen, ne non aliter *petitor hereditatis* legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum *de hereditate* iudicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum, quod solverit, retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem *hereditatem petierit* adversarius: idque et *Laelius* probat. imperator autem *Antoninus* rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita *hereditatis petitionem* negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.

Daran schließt sich l. 44 eod.:

(*Javolenus* lib. 1. ex Plautio) Cum is, qui legatum ex testamento percepit, *hereditatem petit*, si legatum quocumque modo redditum non sit, *iudicis officio continetur, ut victori deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas* —,

eine Stelle, die, ganz abgesehen von ihrer Aufnahme in den Titel de hereditatis petitione, ihrem Inhalte nach gar

91) S. darüber Franke a. a. D. S. 130. Vgl. l. 15 pr. D. qui et a quib. manum. 40, 9 (Paul.) und l. 49 D. de J. F. 49, 14 (Paul.), wo Rescripte eines Imperator Antoninus erwähnt werden, welcher nach l. 8 §. 2 D. de manum. 40, 1 und l. 59 §. 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2 Antoninus Pius ist.

nicht vom Quorum bonorum, sondern nur von der hereditatis petitio verstanden werden kann.⁹²⁾

Nicht minder umfaßt die l. 8 eod. auch unsern Fall. *Paulus* lib. 16. ad ed.: *Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.*

Angesichts dieser Quellaussprüche, namentlich der l. 43 cit., werden wir um so weniger umhin können, auch in l. 5 §. 1 cit. das petere hereditatem von der hereditatis petitio zu verstehen,⁹³⁾ als auch in der letzten derjenigen Stellen, in welchen der fragliche Ausdruck von dem Quorum bonorum verstanden zu werden pflegt, nämlich in l. 1. Cod. Quor. bon. 8, 2, diese Bedeutung, wie wir alsbald darthun werden, geradezu unzulässig ist.

Hier nur noch die Bemerkung, daß die l. 5 §. 1 von der hereditatis petitio, und selbstverständlich, wo nicht ausschließlich, so doch vorzugsweis von der hereditatis petitio *possessoria* der bloß prätorisch berufenen Cognaten, verstanden, wenigstens mittelbar unsere Anschauung vom Verhältnisse des Quorum bonorum zu der hereditatis petitio, insbesondere der *possessoria*, bestätigt. Es ist wohl kaum ein Zufall, daß das in ihr enthaltene Rescript nicht vom Quorum bonorum, sondern von der hereditatis petitio redet. Denn sicherlich wird es in einem Falle, wie der vorliegende, sogleich zu einem auf endgültige Entscheidung der Erbfrage gerichteten Streite kommen. Der Beklagte

92) Vgl. l. 38 (Paul.) l. 58 (Scaevola) D. de H. P. 5, 3. S. Franke a. a. D. S. 312. Nach l. 44 cit. hat also schon Savolenus bei der H. P. die Grundsätze der Compensation in bonae fidei iudicia angewandt — cf. Gai. IV, 61. 63 —, was damals beim Quorum bonorum gewiß ganz undenkbar gewesen wäre.

93) Schröder a. a. D. S. 152 N. 25.

nämlich hat das dringendste Interesse sogleich mit seinen, das eigne Erbrecht begründenden, Beweisen gehört zu werden. Selbst wenn also der Kläger zunächst das Interdict begehren sollte, würde der Gegner mittels seiner Vertheidigung ihn zur hereditatis petitio nöthigen; ein einigermaßen gewandter Kläger wird folglich von vornherein zu dieser Klage greifen, welche für ihn selbst keine größere Beweislast mit sich bringt, als das Quorum bonorum. Uebrigens wird uns die Betrachtung der l. 1 Cod. Quor. bon. 8, 2 außerdem zeigen, daß das Quorum bonorum gegen den scriptus heres alsdann überhaupt unzulässig war, wenn derselbe sich, wie er es sicherlich meist that, die missio ex edicto Hadriani hatte ertheilen lassen.

23. L. 1 Cod. Quorum bonorum. 8, 2.

Impm. *Severus* et *Antoninus* AA. Justo:

Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, iudicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis adlega. quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. PP. VIII K. Jan. Laterano et Rufino cons. (197.)

Bei der Auslegung dieses Rescriptes müssen wir uns die Thatsache gegenwärtig halten, daß dasselbe aus der Kanzlei der Kaiser Severus und Caracalla stammt, also, wo nicht unmittelbar von Papinian verfaßt, so doch sicherlich in seinem Geiste gedacht ist, wie wir in ihm alsbald sogar eine von Papinian besonders häufig beobachtete Redewendung wiederfinden werden. Wir dürfen demnach einerseits in unserm Rescripte nichts weniger erwarten, als überflüssige Belehrungen des Anfragenden, anderseits dagegen nicht eher den vollen Inhalt der Antwort zu verstehen glauben, als bis wir uns über die Bedeutung eines jeden

einzelnen Ausdrucks Rechenschaft zu geben vermögen. Weber das Eine, noch das Andre scheint jedoch Leist genügend gewürdigt zu haben.

Nach ihm ⁹⁴⁾ ist der Inhalt dieser Stelle folgender. „Die Kaiser beginnen mit dem allgemeinen Satze: wenn man als Kind des Verstorbenen „die Erbschaft einfordern“ will, so muß man den Richtern die Wahrheit seiner intentio beweisen. Dieser Satz gilt ohne Zweifel auch für die civilis hereditatis petitio, von der aber die Kaiser hier nicht weiter reden. Dagegen wenden sie ihn auf die b. p. an, und hier gestaltet er sich zu dem Resultat, daß keineswegs das Agnoscirthaben der b. p. genügt, sondern der b. possessor, um nun auch in den Besitz der Güter zu gelangen, die Thatfachen, worauf sich die betreffende edictale b. p. stützt, beweisen muß. Eine ungezwungene Auffassung der Stelle führt also gerade darauf, daß der formelle Weg, auf dem der b. possessor „hereditatem petit,“ das Int. quor. bon. ist. Daß dieser Weg jedenfalls unter den Sinn des hereditatem petere fällt, ist ganz zweifellos. Daß daneben für den honorum possessor noch der andere Weg der her. pet. possessoria darunter gehöre, dafür ist in der Stelle keinerlei Hindeutung zu finden.“

Wie aber sollten zunächst die rescribirenden Kaiser dazu gekommen sein, ihre Rechtsbelehrung mit dem so überaus bekannten Gemeinplaz zu eröffnen, der Kläger habe den Richtern die Wahrheit seiner intentio darzuthun? wie vollends dazu, diesen Gemeinplaz so schief zu bezeichnen, als ob er eine Eigenthümlichkeit des Falles bilde, „wenn man als Kind des Verstorbenen die Erbschaft einfordern“ wolle? Denkt man sich, wie anscheinend Leist in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht ⁹⁵⁾ es thut, die An-

94) Commentar Thl. 2 S. 293 f.

95) S. auch v. Savigny verm. Schr. Bd. 2 S. 275 f.

frage dahin gerichtet, was der contra tabulas bonorum possessor zu erweisen habe, um in den Besitz der körperlichen Nachlaßstücke zu gelangen, so ist der ganze erste Satz (Hereditatem — adlega) völlig müßig: statt einer Antwort auf die Frage enthält er eine, in den Zusammenhang gar nicht gehörige, Platttheit.

Da aber bei der vorausgesetzten Fragstellung die besondere Form der anzustellenden Klage, wie Leist selbst ausführt, überhaupt nicht in Betracht kommt, so hätten weiter in dem zweiten Satze die Worte „interdicto Quorum bonorum“ um so mehr fortgelassen werden sollen, je näher sie das argumentum a contrario legen, das Gesagte gelte für die etwa sonst denkbaren Mittel, die Erbschaft einzufordern, nicht.

Sodann bleibt es bei Leists Auslegung durchaus unverstänlich, mit welchem Rechte das Rescript seinen zweiten Satz mittels eines „enim“ dem ersten anfügt: dieser zweite Satz enthält danach ja keine Begründung des ersten, vielmehr eine Schlußfolgerung aus demselben; es müßte also statt „enim“ heißen „ergo.“

Endlich giebt Leist's Auslegung eben so wenig als eine andre mir bekannte auch nur den Schatten einer Erklärung der Worte: „et ad hereditatem vel bonorum possessionem *admissum* probaveris“; dieselben erscheinen als eine ungeschickte Wiederholung des im Vorhergehenden (bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti — te defuncti filium esse — probaveris) ausgesprochenen Gedankens. Denn die contra tabulas bonorum possessio ist, wie Leist ausdrücklich erwähnt, eine edictalis; wenn es feststeht einerseits, daß sie rechtzeitig und in gehöriger Form agnoscirt ist, andererseits, daß ihre edictsmäßigen Voraussetzungen vorliegen, so ist damit von selbst ihr Eintritt erwiesen: einer besondern *admissio* bedarf es nicht. Ob aber der *filius praeteritus suus* oder *emancipatus* sei, das

kann weder für die Zuständigkeit des aus seiner *contra tabulas bonorum possessio* ihm erwachsenen *interdictum Quorum bonorum*, noch für dessen Inhalt irgend wie erheblich sein: als Kläger mit dem *Quorum bonorum* stützt er sich lediglich auf die erlangte *bonorum possessio*; daß er daneben etwa noch *heres* ist, bleibt für das *Interdictum* ohne jeden Einfluß. Aus welchem Anlasse und zu welchem Zwecke hätten mithin die Kaiser zwischen *admitti ad hereditatem* und *admitti ad bonorum possessionem* unterscheiden sollen? ⁹⁶⁾ und was soll überhaupt das *admitti ad hereditatem* bedeuten, namentlich gegenüber einem *suus*, der doch sogar wider seinen Willen *heres* wird?

Hiernach werden wir uns dazu entschließen müssen, die bisher vorausgesetzte Fragstellung fallen zu lassen. Statt ihrer bietet sich gewiß am ungesuchtesten die nächstliegende, nämlich: mit welcher Klage erlangt der *contra tabulas bonorum possessor* am zweckmäßigsten den Besitz der körperlichen Nachlasssachen, und zwar, wie wir wohl ohne weiteres hinzufügen dürfen, vom besitzenden *scriptus heres*?

Ohne Zweife^r drängt sich ebenso ungesucht die Antwort auf: natürlich mit dem *Quorum bonorum*! Allein so gewiß diese Antwort für den Fall richtig ist, daß der *scriptus* sich eigenmächtig in den Besitz von Nachlasssachen gesetzt hatte, so berechtigt erscheint doch das Bedenken, ob sie auch dann zutreffe, wenn er, wie es gewöhnlich geschah, auf Grund der *missio ex edicto Hadriani* in den Besitz gelangt war. Daß nämlich der *scriptus heres* jene *missio* gerade auch aus einem der *contra tabulas bonorum possessio* unterliegenden Testamente trotz dem Einspruche des

96) Soweit ich *Dei et bonorum possessio* Bd. 1. S. 389 f. überhaupt zu verstehen vermag, dürfte auch dessen dort gegebene Ausführung hiermit widerlegt sein.

filius praeteritus zu erhalten pflegte, lehrt uns l. 2 Cod. de edicto D. Hadriani toll. 6, 33:

Imp. *Alexander* A. Eutacho:

Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse adleget aut falsum vel inofficiosum testamentum seu alio vitio subiectum, vel servus defunctus esse dicatur, tamen scriptus heres in possessionem mitti solet. (a° 223.)

Von selbst aber versteht es sich doch sicherlich nicht, daß der contra tabulas bonorum possessor auch dem scriptus immissus den Besitz der Nachlasssachen mit dem Interdicte wieder abnehmen konnte, — mindestens versteht sich dies nicht eher, als bis die definitive Natur des Interdicts dargethan ist. Da wir nun aber diese Natur bestreiten, so wird es uns gestattet sein, in Ermangelung einer Quellenentscheidung darüber, einstweilen einmal anzunehmen, daß gegenüber der missio Hadrianea das Quorum bonorum ausgeschlossen sei, und von dem damit geschaffenen Standpunkte aus das Verständniß unsrer l. 1 Cod. Quor. bon. zu suchen, indem wir uns als Gegner des Fragstellers eben den immittirten oder immiffionsberechtigten scriptus denken.

Muß nach der gemachten Voraussetzung unser Rescript das Interdict für unanwendbar erklären, wofern die missio scripti erfolgt ist oder noch erfolgen kann, so gewinnt damit gemäß einem bekannten Sprachgebrauche Papinians jenes bisher räthselhafte „enim“ seine Bedeutung: es begründet die Nothwendigkeit des vorhergehenden Satzes eben mit der Unstatthaftigkeit des durch dieses enim eingeleiteten Satzes für den concreten Fall.⁹⁷⁾ Das Rescript

97) Vgl. l. 23 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. l. 68 D. de J. D. 23, 3. l. 79 §. 2 D. de H. J. 28, 5. l. 10 §. 1 D. de alim. leg. 34, 1. l. 93 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

sagt m. a. W.: „Die geeignete Klage ist die hereditatis petitio, denn das Quorum bonorum ist nicht geeignet.“ Zugleich begreifen wir, weshalb der Hinweis auf die hereditatis petitio an die Spitze gestellt worden ist: auf ihn liegt der Nachdruck der Entscheidung.

Ganz gleichgültig übrigens ist es dabei, ob der anfragende praeteritus als suus die hereditatis petitio directa oder als emancipatus vermöge der erworbenen contra tabulas bonorum possessio die hereditatis petitio possessoria anzustellen habe.

Nicht minder wird uns jetzt klar, daß die rescribirenden Kaiser den Nachweis der zur Begründung des Quorum bonorum in allen übrigen Fällen ausreichenden Thatfachen hier als nicht genügend bezeichnen mußten, nämlich den Nachweis der rechtzeitig und gehörig erfolgten agnitio bonorum possessionis einerseits und der Kindes-eigenschaft des Präteriten andererseits: zur Erlangung des vorläufigen Besitzes des Nachlasses sollte er, unsrer Voraussetzung gemäß, ungeachtet seiner bonorum possessio, erst dann an die Reihe kommen (admitti)⁹⁸⁾ wenn jene missio scripti nicht stattgefunden hatte und nicht mehr stattfinden konnte.

l. 34 pr. D. de statulib. 40, 7. S. Arch. für die Civil. Prag. Bd. 65 S. 462 ff.

- 98) Admitti bedeutet gerade das Zugelassenwerden in bestimmter Reihenfolge. Rubr. Cod. 6, 9: Qui admitti ad bonorum possessionem possunt etc. l. 1 Cod. de succ. ed. 6, 16: — ex edicto, quo prioribus non petentibus sequentibus permittitur (sc. b. p.), admissus es. l. 1 §. 8 D. eod. 38, 9: Si intra centesimum diem mortuus sit prior, statim sequens admitti potest. §. 11: Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque, qui exclusus est, admittatur. — et hoc iure utimur, ut admittatur. l. 4 pr. Cod. de V. S. 6, 38: — an secundum aliquem ordinem admittantur — primum — quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum.

Endlich erschließt sich uns auch der Sinn der Worte „ad hereditatem vel bonorum possessionem.“ Für das, wozu der scriptus heres kraft der missio zugelassen, der contra tabulas bonorum possessor aber nach unsrer Voraussetzung nicht zugelassen wird, nämlich für den vorläufigen Besitz der körperlichen Nachlaststücke, fehlt den Römern eine technische Bezeichnung. Liegt es nicht nahe genug, dafür „hereditas“ (i. d. S. = Nachlast) zu sagen? Aber einmal gesetzt kennzeichnet sich dieser Ausdruck seiner Mehrdeutigkeit halber, insbesondere weil er auch für das civile Erbrecht als solches gebraucht wird, als mißverständlich; deshalb wird er durch einen mit „vel“ = „das heißt“ angeknüpften zweiten Ausdruck, nämlich „bonorum possessionem“, erläutert. Selbstverständlich kann dies hier nicht auf die prätorische Universalsuccession in einen Nachlast gehen: die bonorum possessio in diesem technischen Sinne hatte ja der filius praeteritus schon mit deren ordnungsmäßiger Agnition erworben. Bonorum possessio soll hier nichts Anderes bezeichnen als den vorläufigen Besitz der Nachlaststücke.^{98a)} Eben deshalb jedoch durften die Kaiser auch nicht schlangweg „bonorum possessionem“ sagen; erst durch ihre Zusammenstellung mittels des erläuternden „vel“ wird

98^{a)} In eben diesem Sinne ist der Ausdruck ganz unzweifelhaft gebraucht in l. 1 §. 1 D. de ventre in poss. 37, 9 (Ulp.): datio bonorum possessionis; l. 7 §. 2 eod. (id.): — etiam solus venter admittetur ad bonorum possessionem. Vgl. l. 10 eod. (Paul.): — ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum. S. auch Cic. pro Quint. 29, 89: quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in universis, quae teneri ac possideri possint. l. 1 pr. D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4: Ait praetor: „Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo — in possessionem bonorum sit“ etc.

jeder einzelne der gebrauchten Ausdrücke vor der Mißbeutung geschützt, der er allein gebraucht unterläge.

Hiermit hat sich herausgestellt, daß von unsrer Voraussetzung aus die l. 1 Cod. Quor. bon. einen nach allen Seiten befriedigenden Sinn bekommt. Beruhte jene Voraussetzung bisher nur auf vorläufiger Annahme, so erscheint sie nunmehr als eine durchaus gerechtfertigte. Wir dürfen es als erwiesen betrachten, daß dem ex edicto Hadriani immittirten scriptus der Besitz körperlicher Nachlaßstücke durch das Quorum bonorum nicht entzogen werden konnte.

Der bequemern Uebersicht halber lassen wir noch eine Uebersetzung der l. 1 cit. folgen.

„Erbringe den Beweis deiner Klagebehauptungen den zuständigen Richtern,⁹⁹⁾ indem du wegen der Erbschaft deines angeblichen Vaters die hereditatis petitio¹⁰⁰⁾ anstellst. Denn obgleich du als präterirt die bonorum possessio agnoscirt hat, vermagst du mit dem interdictum Quorum bonorum doch nur dann den Besitz zu erlangen, wenn du erweistest, daß du der Sohn des Erblassers und in Beziehung auf den Nachlaß, d. h. den (vorläufigen) Besitz der körperlichen Nachlaßstücke, an der Reihe bist.“

- 99) Es liegt nahe, unter den iudices, qui super ea re cognituri erunt, die Centumvirn zu verstehen, die, falls dies richtig, also auch für die hereditatis petitio des praetorius, m. a. W. für die endgültige Entscheidung über das f. g. formelle Matherbenrecht, zuständig gewesen sind.
- 100) Nach der Glosse zu l. 1 cit. verstand schon *Bulgarus* die Worte hereditatem petiturus von der hereditatis petitio, und zwar sowohl von der directa, si est heres de iure civili, als von der utilis, si de iure praetorio. *Accursius* aber bemerkt dazu: quod est verum, sed non per hanc legem. Die dissensiones dominorum ed. Haenel ergeben über die Ansicht des *Bulgarus* nichts.

Wir glauben damit unsern Beweisatz vollständig erbracht zu haben. Ganz ebenso wie das *interdictum de homine libero exhibendo* versagt, sobald über die Freiheit desjenigen Streit erhoben wird, der exhibirt werden soll, versagt das *Quorum bonorum*, sobald der Gegner die Frage nach dem endgültigen Erbrechte stellt. Nur unter der Voraussetzung geht das letztere Interdict gegen den, qui heres est sowohl als gegen den, qui se heredem putat, daß dieser dem Kläger gegenüber ein endgültiges Erbrecht nicht behauptet.¹⁾ Eben deshalb aber wirkt die rechts-

- 1) Sollte nicht eben hiervon, d. h. von dem Nichtvorhandensein dieser Behauptung, der Ausdruck „*ac negotium integrum est*“ in l. 2 Cod. Quor. bon. 8, 2 (Dioclet. et Maxim. 294): *Si ex edicto sororis patruelis intestato sine liberis defunctae recte petita bonorum possessione quaesisti successionem, ac negotium integrum est, quae cum moreretur eius fuerunt, secundum edicti Quorum bonorum tenorem ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet* — zu verstehen sein? Die Glosse meint: i. (e) non finitum pacto vel sententia; allein obschon für diese Bedeutung als Parallelstelle l. 23 Cod. de fideic. 6, 42 (Dioclet. et Maxim. 293) angeführt werden könnte, so ist doch nicht ersichtlich, wie die Kaiser dazu kommen sollten, hierauf hinzuweisen. Leist *bonorum possessio* I S. 388 Anm. 7 erklärt jene Worte als Erläuterung des Vorangehenden, „indem die b. p. integra (recte petita) sein muß,“ oder nach Analogie des Ausdrucks *res integra* so, als ob die Kaiser voraussetzten, „daß die *corpora hereditaria* noch vorhanden seien, weil nur darauf das Interdict gerichtet ist.“ Wenn er der letztern Erklärung jedoch selbst beifügt: „Aber dabei wäre doch das Wort *negotium* merkwürdig“, (vgl. auch das. II b S. 175 Anm. 2) so ist ihm sicherlich beizustimmen. Zudem ist es ja, und zwar nach der eignen Ausführung der l. 2,

kräftige Entscheidung über das Interdict nicht für die hereditatis petitio. Das Interdict ist ein rein provisorischer Rechtsbehelf.

24. Ähnlich dem Quorum bonorum sind adipiscendae possessionis de universitate das s. g. interdictum possessorium (Nr. 7) des bonorum emptor²⁾ und das interdictum sectorium (Nr. 8) des sector.³⁾ Man möchte sie nach Analogie des Quorum bonorum ohne weiteres als Provisoria ansprechen. Indessen wird die Entscheidung hierüber zunächst davon abhängen, wie wir uns die Passivlegitimation bei ihnen zu denken haben.

Gingen sie nämlich, gleich dem Quorum bonorum in seiner jüngsten Gestalt, gegen jeden, der eigenmächtig Sachen besaß, welche im entscheidenden Augenblicke in der Detention des Creditors oder desjenigen sich befunden hatten, dessen Vermögen publicirt worden war, also auch gegen den possessor titulo singulari, so würde ihre possessoris-

ganz falsch, daß die Statthastigkeit des Interdicts vom Vorhandensein der Nachlaßstücke abhängt: es geht auch gegen den dolo desinens possidere, ohne Unterschied, ob die veräußerten Sachen noch in rerum natura sind oder nicht. Leists erste Erklärung dagegen ist wohl nur eine Verlegenheitsäußerung. Wie ließe sich zudem die Thatfache der ordnungsmäßigen Agnition auf Grund der edictsmäßigen Berufung als negotium integrum bezeichnen? Negotium integrum heißt m. W. sonst nirgend „begründete Rechtshandlung.“ Vgl. Leist a. a. O. II b S. 174 f.

- 2) Gai. IV, 145: Bonorum quoque emptori similiter [sc. ac bonorum possessori] proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.
- 3) Gai. IV, 146: Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur, qui publice bona mercantur.

Natur kaum zu bestreiten sein. Denn schwerlich würde alsdann der Besitzer eine exceptio auf jenen Singularartikel haben stützen können.

Anderß, wenn unsere Interdicte, wie das classische Quorum honorum, nur gegen den possessor pro possessore und, sofern dies denkbar, etwa gegen den possessor pro honorum emptore bezw. pro sectore gegangen sind. Freilich würde hier der Besitz, welchen der honorum emptor oder der sector mit seinem Interdicte erlangt hatte, ihm ohne Zweifel kraft eines petitorischen Rechtsmittels, z. B. der rei vindicatio, der hypothecaria in rem actio, oder auch der actio depositi, commodati, locati von einem Dritten wieder haben abgestritten werden können. Allein darum wären jene Interdicte ebenso wenig bloße Provisoria gewesen, als die hereditatis petitio ein solches ist. Und doch kann der vermöge dieser Klage erlangte Besitz an Sachen, welche der Erblasser bei seinem Tode detinirte, dem siegreichen Erben von einem Dritten mittels eines Petitorium wieder abgenommen werden.⁴⁾

Unter der letztern Voraussetzung ist vielmehr der provisorische oder der definitive Charakter der fraglichen Interdicte lediglich aus dem Gesichtspuncte zu bestimmen, ob mittels derselben die Frage nach der für den honorum emptor oder sector begründeten Universalsuccession als solcher endgültig ausgetragen wurde, oder nicht.

Sofern, wie erwähnt, darüber ein Streit überhaupt denkbar ist, wer unter mehreren Prätendenten der richtige honorum emptor oder sector der nämlichen bona war, mußte dieser Streit selbstverständlich mittels jener Interdicte gerade so ausgefochten werden, wie der entsprechende

4) L. 19 pr. §. 2. D. de H. P. 5, 3. und dazu Francke Commentar über den Pandectentitel de Hereditatis Pet. S. 203 ff. und v. Thering's Jahrb. Bd. 17 S. 425 ff.

Streit unter mehreren angeblichen bonorum possessores derselben Erbschaft mittels des Quorum bonorum.⁵⁾

Dagegen fehlt, soviel ich sehe, einerseits dem bonorum emptor und dem sector jede andere Universalklage, als die fraglichen Interdicte; und andererseits ist nicht minder eine andere Universalklage gegen sie wegen der von ihnen in Anspruch genommenen Universalsuccession schlechterdings unerfindlich.

Es bleibt demnach auf dem Boden unserer Voraussetzung u. E. nichts übrig, als jene Interdicte für endgültige Rechtsmittel zu halten.^{5a)}

Jene Voraussetzung selbst aber gewinnt große Wahrscheinlichkeit nicht sowohl durch die, immerhin rein äußerliche und obendrein durch das similitur und das eiusdem condicionis bei Gaius IV, 145 sq. mindestens nicht zweifellos befundete,⁶⁾ Analogie des Quorum bonorum, als vielmehr durch die Erwägung, daß eine Ausdehnung unserer Interdicte gegen den titulo singulari Besizenden ebenso wenig wie beim alten Quorum bonorum Bedürfnis war; hier genügte die Singularklage vollauf. Entsprechend

5) S. oben Ziffer 16 zu N. 40a S. 111.

5a) A. M. scheint Rudorff zu v. Savigny das Recht des Besizes N. 15 S. 573 f. und N. 127 S. 689, dessen Bemerkungen mir übrigens in mehr als einer Beziehung unverständlich geblieben sind. v. Thering über den Grund des Besizschuzes 2. Aufl. S. 67 N. 66 d hält beide Interdicte für bloße Provisoria: „Die Beklagten werden mit ihren Eigenthumseinreden auf das Petitorium verwiesen worden sein.“ Welche Klage er jedoch als solches denkt, sagt er nicht.

6) Beide Ausdrücke könnten sich auf die Natur der fraglichen Interdicte als adipiscendae possessionis beschränken, als deren erstes Beispiel Gaius das Quorum bonorum anführt.

fañb ja auch die *actio in factum* des *rei servandae causa immissus* nicht statt gegen jemanden, der ihn deshalb an der Beschlagnahme einzelner Sachen verhinderte, weil er selbst einen Singulartitel auf sie geltend machte oder ihre Zugehörigkeit zu den *bona debitoris* bestritt. 7)

Nicht dagegen sind endgültige Rechtsmittel die *interdicta*, *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est* (Nr. 4), und *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est* (Nr. 5). Allerdings ist die Passivlegitimation bei beiden noch mehr beschränkt, als bei den *interdicta Quorum bonorum, possessorium* und *sectorium*; nur derjenige haftet ihnen, welcher weder ein eignes Recht an den streitigen Gegenständen behauptet, noch ihre Zugehörigkeit zu der Masse bestrittet, wozu die *missio* erfolgt ist. 8) Auch giebt es kein anderes Rechtsmittel, mit welchem seitens des *immissus* oder gegen ihn die Wirksamkeit der *missio* in Beziehung auf die unbestritten zur *Immissionsmasse* gehörigen Gegenstände etwa endgültig festgestellt werden könnte. Allein beide *Interdicte* verfolgen nur vorübergehende Zwecke. Wie das *Interdict* des Vermächtnisnehmers durch das Anbieten gehöriger *Caution* vermieden wird, 9) so wird auch seine

7) L. 1 §. 4 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* 43, 4 (Ulp. lib. 72. [rectius: 62. cf. *Lenel ed. perp.* S. 341 N. 8] ad ed.): *Si quis ideo possessione arcuerit [creditorem ins. M.], quia rem suam putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc edicto non teneatur.*

8) Hierfür spricht nicht nur hinsichtlich beider *Interdicte* die durchaus unbedenkliche Analogie der *actio in factum* des *rei servandae causa immissus* nach l. 1 §. 4 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* 43, 4 (s. vor. N.), sondern hinsichtlich des ersten *Interdicts* geradezu l. 5 §§. 5—10 D. *ut in poss. legat.* 36, 4.

9) L. 1 §. 8 i. f. D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* 43, 4:

Wirkung (nämlich das simul cum herede esse in possessione honorum, quae in causa hereditaria sunt)¹⁰⁾ befreitigt durch nachträgliches Erbringen der Caution,¹¹⁾ nicht minder durch Entrichtung des Vermächtnisses,¹²⁾ oder umgekehrt durch dessen Hinfälligwerden, z. B. bei Fehlschlagen seiner Bedingung,¹³⁾ Tod des Bedachten vor deren Eintritt,¹⁴⁾ Repudiation die legati veniente, rechtskräftige Aberkennung der Zuwendung.¹⁵⁾ Das in possessione esse der ventris nomine missa aber hört auf mit Beendigung ihrer Schwangerschaft oder mit Feststellung ihres Nichtschwangerseins,¹⁶⁾ und zwar ohne Unterschied, ob es ohne Widerstand oder erst mittels des Interdicts erlangt ist.

25. Entsprechend ist auch das Interdict, Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est, (Nr. 28) ein provisorisches. Das durch das Interdict geschützte in possessione esse hört auf, sobald die cautio damni infecti gehörig (repetita die) nachgebracht wird;¹⁷⁾ eventuell verwandelt es sich infolge der missio ex secundo

— quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata.

10) Vgl. Genul ed. perp. C. 297 §. 173.

11) L. 5 pr. §. 1. l. 6 §. 1 D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 11 D. ut legat. seu fideic. serv. causa cav. 36, 3.

12) L. 40 D. de solut. 46, 3. l. 6 §. 1 D. ut in poss. legat. 36, 4.

13) Vgl. l. 1 §. 20. l. 3. D. ut legat. s. fideic. s. c. cav. 36, 3.

14) Vgl. l. 1 cit. §. 14. l. 5 pr. eod.

15) Vgl. l. 14. §. 1. l. 16. eod.

16) L. 1 §. 2. §. 4. D. de ventre in poss. 37, 9. C. auch l. 1 cit. §. 5. eod. (Eintritt der Bedingung für die exhereditatio des nasciturus).

17) Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 2 C. 545 ff. L. 15 §§. 31 sq. D. de damn. inf. 39, 2. Vgl. l. 4 §. 1 D. ne vis fiat ei. 43, 4.

decreto in juristischen Besitz und prätorisches Eigenthum.¹⁸⁾ Zieht es jedoch der Cautionsberechtigte beim Widerstande des Cautionspflichtigen oder eines Dritten gegen diese zweite missio vor, statt mittels unseres Interdicts juristischen Besitz und in bonis sich zu verschaffen, mit der actio in factum aus fingirter Cautio Schadensersatz zu fordern, so verliert er damit den Anspruch auf den Besitz des schaden- drohenden Grundstücks.¹⁹⁾

An der provisorischen Natur des interdictum de superficiebus (Nr. 34) könnte der Eingang der überliefer- ten Formel desselben Zweifel erregen. Es heißt hier:

„Uti ex lege locationis sive conductionis superficie — fruimini“ etc.²⁰⁾

Damit scheint auf den ersten Blick die Entscheidung über Dasein und Inhalt des Superficiarvertrages edictsmäßiges Erforderniß für die Wirksamkeit des Interdictes zu sein, so daß das Urtheil im Interdictenverfahren nothwendig zu- gleich für die Klage aus dem Superficiarvertrage, wie für die actio in rem des Superficiars Rechtskraft machen würde.

Allein dies ist eben nur Schein. In Wahrheit for- dert jener Hinweis des Interdicts auf die lex locationis

18) Burdhard a. a. D. S. 551 ff. Den Widerstand des Cautionspflichtigen gegen die missio ex secundo decreto kann der Cautionsberechtigte durch unser Interdict bre- chen, sofern er es nicht vorzieht, mit der actio in factum aus fingirter Cautio auf Schadensersatz zu klagen. Mit jener Function des Interdicts aber hört dessen Wirkung nothwendig auf, indem nunmehr der Cautions- berechtigte den Schutz der interdicta Uti possidetis und Unde vi genießt.

19) Burdhard a. a. D. S. 592 ff. l. 18 §. 15 D. de damn. inf. 39, 2.

20) L. 1 pr. D. de superf. 43, 18.

nur die Behauptung und erforderlichenfalls den Beweis des angeblichen Superficiars, daß und wie er thatsächlich durch seinen Besitz ein Superficiarverhältniß ausübe. Ob dagegen ein bindender Vertrag auf Begründung des Superficiarrechtes, und ob vollends das letztere selbst vorliege, ist für den Erfolg des Interdicts ganz gleichgültig.²¹⁾

26. Das interdictum de cloaca privata reficienda (Nr. 43) setzt den Quasibesitz einer Cloakengerichtsamer nicht voraus,²²⁾ sondern nur das Bestehen einer Cloakenleitung.²³⁾ Es ist deshalb jedenfalls nicht in dem Sinne possessorisch, daß es zum Schutze des Quasibesitzes aufgestellt wäre. Andererseits soll es nach Schmidt²⁴⁾ den Nachweis des Eigenthums oder eines dinglichen Rechtes des Klägers an dem Grundstücke erfordern, von dem die Cloake ausgeht. Wir stimmen nun zwar der Ansicht Brinzens²⁵⁾ bei, daß dies aus den Interdictsworten „ex aedibus eius“ nicht gefolgert werden dürfe,²⁶⁾ halten es vielmehr für genügend, wenn Kläger gutgläubiger Besitzer jenes Grund-

- 21) Wächter das Superficiar- oder Pfalzrecht. 2. Ausg. S. 48 Anm. 5. Degenkolb Pfalzrecht und Miethe S. 5 ff. A. Schmidt Jahrb. des gem. deutschen Rechtes Bd. 3. S. 256 N. 19.
- 22) Schmidt Jtschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 15 S. 80 ff.
- 23) Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet etc. l. 1 pr. D. h. t. 43, 23.
- 24) A. a. D. S. 78 f. Interdictenverfahren S. 93 f. cf. Paul. R. S. V, 6, 13. l. 1 §. 4. D. de arb. caed. 43, 27. S. unten N. 41.
- 25) Pand. 2. Aufl. I S. 805 N. 34. Windscheid Pand. I §. 164 N. 14.
- 26) Bemerkte sei gegen diese Folgerung noch, daß es sich schwerlich rechtfertigen ließe, aus den folgenden Interdictsworten „in tuas“ sc. aedes herzuführen, daß auch des Beklagten Eigenthum an dem Grundstücke dargethan

stücks ist.²⁷⁾ Allein selbst wenn Schmidts Behauptung das Richtige träge, würde daraus keinesweges die proprietatis causa des Interdicts in unserm Sinne hervorgehen. Dasselbe kann schlechterdings kein Definitivum begründen. Denn es ist sogar die Einrede der Ausübung vi, clam, precario ausgeschlossen.²⁸⁾ Undenkbar aber ist es, daß derjenige, der in unzweifelhaft widerrechtlicher Weise eine Cloake einmal angelegt hat, auf deren Fortbestehen ein unanfechtbares Recht haben sollte; findet doch wegen einer vi aut clam angelegten Cloake sogar post annum das interdictum Quod vi aut clam statt.²⁹⁾ Und schwerlich will Schmidt dem Eigenthümer, auf dessen Boden unbefugt eine Cloake geleitet worden ist, die negatoria in rem actio absprechen.³⁰⁾

Wider die definitive Natur des interdictum de cloaca publica (Nr. 44) dagegen wüßte ich nichts einzuwenden. Allerdings ist m. W. nirgend bekundet, daß dasselbe die exceptio zuließ: praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decretore principum illi concessum est. Gleichwohl muß die Möglichkeit solcher Einrede eingeräumt werden; denn da es schlechterdings keine Klage giebt, die Concession zu einer den Gebrauch einer cloaca publica beein-

werden müsse, was doch mit gleicher Nothwendigkeit zu geschehen hätte.

27) Das von Brinz a. a. O. dafür angerufene Argument aus l. 1 §. 8 D. de itin. actuque priv. 43, 19. geht laut der Worte: cum putaret fundum ad se pertinere — über den gutgläubigen Besitzer des beteiligten Grundstücks nicht hinaus.

28) L. 1 §. 7 D. h. t. 43, 23.

29) L. 15 §. 5 D. quod vi. 43, 24. Brinz a. a. O. N. 32.

30) Eine precario angelegte Cloake würde ebenso unzweifelhaft mit dem interdictum de precario beseitigt werden können.

trächtigenden Anlage geltend zu machen, so bleibt gar kein anderer Weg dafür denkbar, als eben jene Einrede.

27. Das *interdictum Quod vi aut clam* (Nr. 46) *continet possessionis causam*: die Berufung auf ein *ius faciendi* steht dem *Interdict* weder *ipso iure*,³¹⁾ noch *ope exceptionis*³²⁾ entgegen. Selbstverständlich aber verliert der zu einem *opus in solo* Berechtigte dieses sein Recht dadurch nicht, daß er dasselbe zuwider einem an sich begründeten *ius prohibendi* eigenmächtig oder heimlich ausübt; nachdem er mittels des *Interdicts* zur Beseitigung des *vi aut clam factum* und zum Erfasse des dem Kläger etwa sonst dadurch erwachsenen Schadens gezwungen worden ist, bleibt es ihm unbenommen, eben dieses sein *ius faciendi* in einem neuen Proceffe zur Anerkennung zu bringen und demnächst auf Grund seines Sieges das beseitigte *opus* endgültig wieder herzustellen. — Gleichwohl ist es irrig, unser *Interdict* für ein „Besitzrechtsmittel“ zu halten.³³⁾ Erfordert es doch unter Umständen den Nachweis eines Rechtes im eigentlichsten Sinne, um die Wirksamkeit des Verbotes zu begründen, wegen dessen Nichtachtung es stattfindet.³⁴⁾

Das *Interdict* des *Nuntianten* aus der *remissio operis novi nuntiationis* (Nr. 47) *rei persecutionem continet*: es setzt den Nachweis des Prohibitionsrechtes voraus,

31) L. 1 §. 2 D. *quod vi*. 43, 24.

32) L. 1 *cit.* §. 3.

33) Wie z. B. v. Jhering *Jahrb. für die Dogm.* Bd. 23 S. 234 es thut.

34) Insbesondere im Falle der l. 21 D. *de a. et a. pl. a.* 39, 3. Stölzel die Lehre von der *operis novi nuntiationis* u. s. w. S. 390 f. Windscheid *Pand.* Bd. 2 §. 455 Nr. 6 a. Ferner beim Verbote des nicht besitzenden Eigenthümers gegen den Besitzer. Windscheid a. a. O. Nr. 9 a. E.

und sein Erfolg kann vom Nuntiaten ebenso wenig umgestoßen werden, als es ein Mittel giebt, seine rechtskräftige Abweisung wegen Nichtexistenz des Prohibitionsrechtes für den Nuntianten unschädlich zu machen.³⁵⁾

Dagegen sind sowohl das interdictum demolitorium (Nr. 48), als das interdictum, Ne vis fiat aedificanti (Nr. 49) bloße Provisoria. Denn ungeachtet seiner Verurtheilung aus dem erstern darf der Nuntiat ungehindert den niedergelegten Bau von neuem aufführen, nachdem er wirksame Remission erlangt oder durch Caution sich die Erlaubniß zum Bauen erwirkt hat.³⁶⁾ Und umgekehrt wird der Nuntiat kraft der siegreich gegen ihn durchgeführten Klage aus dem in der Remission enthaltenen prohibitorischen Interdicte oder aus der Caution nicht nur der, durch das interdictum Ne vis fiat aedificanti einstweilen geschützten, Befugniß zum Weiterbauen für die Zukunft beraubt, sondern auch gezwungen, das dem Prohibitionsrechte des Nuntianten zuwider Gebaute zu beseitigen.³⁷⁾

Das interdictum de precario (Nr. 50) ist ein definitives Rechtsmittel, weil es die Einrede des Eigenthums

35) Vgl. Burckhard in diesem Commentar Ser. der Bücher 39 u. 40. Thl. 1. Ziffer 49—51 und namentlich Ziffer 58. Pfersche Interdicte S. 62 zu N. 4 möchte das in l. 1 pr. D. de remiss. 43, 25 erhaltene Decret nicht für ein prohibitorisches Interdict ansehen. „Denn die Bedingung, um welche sich hier der Sponsionenstreit drehen könnte, wäre nur das ius prohibendi, darüber aber wird nicht mit einem Interdict, sondern mit der durch die cautio ex operis novi nuntiatione vorbereiteten ordentlichen Klage processirt.“

36) Vgl. Burckhard a. a. D. Ziffer 43, dessen Ausführungen über Remission und Caution nach der Contravention, aber vor Erwirkung des interdictum demolitorium auch den hier fraglichen Fall beleuchten.

37) Burckhard a. a. D. Ziffer 33, 53 ff., 58, 72.

zuläßt, ³⁸⁾ welche, da sie das Dasein des precarium be-
streitet, ³⁹⁾ selbstverständlich nicht als exceptio im formellen
Sinne geltend gemacht werden konnte, vielmehr ipso iure
wirkte. Eben deshalb aber, weil precarium suae rei esse
non potest, liegt in dem ein, nicht blos auf den Besitz als
solchen gerichtetes, Precarium anerkennenden Urtheile mit
Nothwendigkeit zugleich das Urtheil, Beklagter sei nicht
Eigenthümer der streitigen Sache. Umgekehrt stellt die
Abweisung des Interdictes wegen Eigenthums des Beklag-
ten nach römischem Rechte ohne weiteres dieses Eigenthum
endgültig fest. ^{39a)} Folglich würde in beiden Fällen der
rei vindicatio des unterlegenen Theiles, womit derselbe
den Erfolg des Interdicts etwa umzustossen beabsichtigte,
die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen. ⁴⁰⁾

28. Bei den interdicta de arboribus caedendis
(Nr. 51 und 52) und de glande legenda (Nr. 53) hat
der Kläger freilich ein dingliches Recht an demjenigen
Grundstücke darzuthun, auf welches der fremde Ueberhang
sich erstreckt, ⁴¹⁾ bezw. von welchem der Ueberfall auf das

38) L. 4 §. 3. l. 6 §. 4 D. de prec. 43, 26.

39) Quia receptum est, rei suae precarium non esse. l. 4
§. 3 cit. Anders, wo es sich, wie beim Precarium des
Faustpfandgläubigers an den Pfandgeber, lediglich um
ein precarium possessionis handelt. l. 6 §. 4 cit.

39a) Nach der C.P.O. §. 253 vbd. mit §. 293 Abs. 1 würde
dazu rechtzeitige Erhebung der Widerklage zwecks jener
Feststellung erforderlich sein.

40) Arg. l. 40 §. 2 D. de proc. 3, 3.

41) L. 1 pr. D. de arb. caed. 43, 27: Ait praetor: „Quae
arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet etc.“
§. 7 eod.: Deinde ait praetor: „Quae arbor ex agro
tuo in agrum illius impendet etc.“ und dazu Paul. V,
6, 13: Arbor, quae in alienas aedes imminet vel in
vicini agrum, nisi a domino sublucari non potest, isque
conveniendus est, ut eam sublucet. quod si conventus

beklagtische Grundstück erfolgt ist.⁴²⁾ Damit allein ist jedoch die definitive Natur jener Interdicte noch nicht festgestellt. Wie wir trotz einer ähnlichen Voraussetzung rechtlichen Inhalts das interdictum de cloaca privata für ein provisorisches erklären mußten, so werden wir es auch mit ihnen thun müssen, sofern wir nicht etwa annehmen dürfen, daß sie unbedingt Einreden aus allen Verhältnissen zulassen, welche irgendwie die durch jene Interdicte geschützten Befugnisse beschränken oder gar ausschließen, insbesondere z. B. die Einrede, Kläger habe vertragsmäßig die Duldung des Ueberhanges zugesichert, zugunsten des Nachbarn auf den Ueberfall verzichtet. Während aber die Quellen von derartigen Einreden m. W. völlig schweigen, fehlt es anderseits nicht an der Möglichkeit, derartige Vereinbarungen klagweis geltend zu machen. So würde nach classischem Rechte der mit dem interdictum de arboribus caedendis Belangte den kraft desselben ihm entzogenen Ueberhang als quiritarischer Eigenthümer immer noch haben vindiciren können, indem er der Einrede, welche der Interdictenkläger

dominus id facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compescitur: idque qualiscumque dominus facere non prohibetur. L. 1 cit. §. 4: Non solum autem domino aedium, sed etiam ei, qui usumfructum habet, competit hoc interdictum, quia et ipsius interest, arborem istam non impendere. Schmidt Interdictenverf. S. 93 f. Was Cujacius paratitla in libr. VIII Cod. tit. 1 zu der Behauptung veranlaßt, beim interdictum de arboribus caedendis handle es sich nicht de iure domini, sed de possessione tantum, an arbor, quae imminet in praedium meum, possessioni meae noceat, ist mir nicht verständlich.

42) L. un. pr. D. de glande leg. 43, 28: Ait praetor: „Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat etc.“ Schmidt a. a. D.

auf das, gemäß dem Interdicte ihm zugefallene, bonitarische Eigenthum stützen könnte, die Replik jenes Vertrages entgegenstellte. Und wenn gemäß dem Verzicht auf den Ueberfall der Nachbar denselben aufgelesen und sich somit ex traditione angeeignet hat, so würde es ihm auch heute unbenommen sein, diesen Ueberfall dem Interdictensieger abzuwindiciren. Wird aber der Nachbar durch das interdictum de glande legenda an der ihm vertragsmäßig erlaubten Aneignung der übergefallenen Früchte gehindert, so steht ihm, sofern gegenüber dem Interdict die Einrede aus jenem Vertrage ver sagt, die actio de dolo zu.⁴³⁾ Und wenigstens eben diese Klage würde heute dem Nachbarn nicht vorzuenthalten sein, dem durch das interdictum de arboribus caedendis das Eigenthum des Ueberhanges entzogen ist, obwohl der Interdictenkläger die Duldung dieses Ueberhanges zugesichert hatte. Erweist es sich somit als durchaus möglich, daß die fraglichen Interdicte eine provisorische Natur hatten,⁴⁴⁾ so werden wir es kaum als unwahrscheinlich betrachten dürfen, daß dieselbe ihnen wirklich zukam.

43) L. 16 §. 1 D. de praescr. verb. 19, 5. l. 34 D. de dol. m. 4, 3.

44) Vgl. Franke das Recht der Notherben. S. 104 N. 12: „Dagegen das interdictum de glande legenda hat niemals ein Römer zu den possessoriischen Interdicten gezählt.“ Ähnlich v. Jhering über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 70 f., der ausdrücklich hinzufügt: — „diesem Interdicte kann kein weiteres Petitorium mehr folgen, es erledigt die Frage in Bezug auf die hinübergefallenen Früchte definitiv; ein Bedürfnis, dem Beklagten das Petitorium zu reserviren, lag hier gar nicht vor, der Richter bei diesem Interdicte erkannte gar nicht über die „possessio,“ sondern über die „res,“ das definitive Behalten der Früchte.“ — Weit näher scheint mir dem Richtigen zu kommen v. Savigny das Recht des Besitzes §. 35. 7. Aufl. S. 385: „das int. de glande

29. Das *interdictum de migrando* (Nr. 60) stellt Schmidt⁴⁵⁾ mit Recht zu den *interdicta proprietatis causam continentia*. Die Fassung des *Interdicts* lautete:

Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est, et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quo minus solvatur etc.⁴⁶⁾

Es leuchtet unmittelbar ein, daß in der Entscheidung über das *Interdict* zugleich über die Existenz des Pfandrechtes an den Inveeten und Mlaten und somit auch über das Dasein einer Miethgeldforderung entschieden wurde, folglich so wenig der unterliegende Beklagte sei es mit der *hypothecaria actio* das aberkannte Pfandrecht, sei es mit der *actio locati* den aberkannten Anspruch auf Miethgeld verfolgen konnte, als der abgewiesene Kläger das zuerkannte Pfandrecht oder die zuerkannte Miethgeldforderung weiter bestreiten durfte. Dem steht durchaus nicht entgegen, daß

legenda ist im Wesentlichen eine *actio ad exhibendum* für einen speciellen Fall.“

- 45) A. a. D. S. 93. Dagegen beruht es wohl auf Versehen, wenn er *Cujacius paratitla* in *Cod. libr. VIII. tit. 1.* hierfür citirt. Denn dieser redet an jener Stelle vom fraglichen *Interdicte* überhaupt nicht; *paratitla ad Dig. lib. XLIII tit. 32* aber bestreitet er für dasselbe eben die *proprietatis causa*. — Auch v. *Shering a. a. D. S. 71* erklärt dieses *Interdict* für ein definitives. *A. M.* scheint v. *Bangerow* *Band. Bd. 1 §. 390 7. Aufl. S. 897* nach seiner Schlussfolgerung aus *l. 1 §. 5 D. de migr. 43, 32* auf die provisorische Natur des *Salvianum*. S. übrigens den Text nach *N. 46.*
- 46) *Benel ed. perp. S. 393.*

der Miether mit dem Interdicte die ungehinderte Fortschaffung auch solcher Sachen fordern durfte, welche zwar zu den pignoris nomine eingeführten Inveeten und Illaten gehörten, trotzdem aber niemals in den Pfandnexuſ gekommen waren, z. B. weil sie gar nicht Eigenthum des Miethers waren. ^{46a)} Denn auch die über sie dahin ergehende Entscheidung, daß sie nicht verpfändet seien, schloß jeden weitem Anspruch auf sie mit der Serviana vel quasi aus.

Das Salvianum interdictum (Nr. 61) ist zwar in der Darstellung der Compilation unzweifelhaft nur provisorisch. ⁴⁷⁾ Lenel ⁴⁸⁾ hat jedoch überzeugend nachgewiesen, daß die beiden Fragmente des Pandektentitels über dieses Interdict (43, 33) erst durch Interpolation ihren gegenwärtigen Inhalt empfangen haben. Ursprünglich ging das Interdict ausschließlich gegen den verpfändenden Schuldner selbst, wie die, vom Standpunkte der Compileren allerdings nur aus Versehen aufgenommene, l. 1 Cod. de prec.

46^a) L. 1 §. 5 cit. D. de migr. 43, 32.

47) L. 2 D. de Salv. interd. 43, 33. A. M. v. Savigny a. a. D. S. 385.

48) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. Bd. 3 (Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 16) rom. Abth. S. 180 ff. S. auch dens. ed. perp. §. 266. Insbesondere ergibt die Vergleichung von l. 1 §. 1 D. h. t. mit l. 10 D. de pign. 20, 1, daß auch die erstere, in der zweiten ihrem Inhalte nach wieder gegebene, Stelle ursprünglich von der Serviana handelte; nicht minder handelte von dieser l. 1 cit. pr. L. 2 h. t. aber ist stark und ungeschickt interpolirt. Lenel Ztschr. a. a. D. S. 188 und ed. perp. §. 266 Nr. 7. — Aus §. 3 J. de interd. 4, 15 folgert v. Wangerow Pand. Bd. I §. 390 7. Aufl. S. 897 m. E. etwas übereilt die provisorische Natur des Interdicts: eine Pfandgebung des Pächters an den ihm gehörenden Sachen (de rebus coloni) pro mercedibus erzeugt ein wirkliches Pfandrecht.

et de Salv. 8, 9 (*Gordian.*) ausdrücklich ausspricht.⁴⁹⁾ Solange dies der Fall war, vermochte die Entscheidung im *Salvianum* durch einen andern Rechtsbehelf weder seitens des verurtheilten Verpfänders, noch seitens des abgewiesenen Pfandklägers umgestoßen zu werden:⁵⁰⁾ es war n. a. W. das *Salvianum* ein endgültiges Rechtsmittel.

Auch das *interdictum fraudatorium* (Nr. 62) endlich ist ein definitives Rechtsmittel. Nach den ausdrücklichen Worten des Edicts:

si eo nomine, quo de⁵¹⁾ agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet^{51a)}

49) *Lenel* Ztschr. a. a. D. S. 182. *A. M. Kappelyne* Abhandlungen S. 323 Anm. 2. Er sucht das Rescript *Gordians* mittels der Annahme zu deuten, aus der Anfrage habe sich ergeben, daß die Pfandbestellung nicht zur Sicherung eines Pachtzinses erfolgt sei. Der Kaiser belehre also den Anfragenden, das *Salvianum* finde hier keine Anwendung, weil daselbe eben nur *adversus conductorem* gehe; das Wort *debitoremve*, bei jeder Auffassung der Stelle sinnlos, sei eine aus Abschreiber versehen in den Text gerathene Interlinearglosse; Beschränkung des *Salvianum* auf den Pächter wäre unbillig gewesen. Hätte aber *Gordian*, um das zu sagen, was *Kappelyne* ihn sagen läßt, nicht vielmehr sagen müssen: *id (scil. Salvianum) tantummodo locatori competit?* Und wäre es wirklich billig, daß auch dem gutgläubigen Erwerber des Pfandes verboten wird, sich dessen Wegnahme durch den Pfandgläubiger zu widersetzen, der doch zur Zeit sein Recht noch nicht dargelegt hat?

50) *Lenel* a. a. D. S. 187.

51) *Gradenwitz* Ztschr. der Savigny-Stiftung roman. Abth. Bd. 8. S. 255 unter 1 schlägt vor, unter Verschiebung der Worte *ea re* aus dem vorhergehenden in *bonis, quibus de ea re agitur* an diese Stelle, zu lesen: *eo nomine, qua de re agitur. cf. lex Rubr. c. XX v. 23, 24; 29, 30; 33. Vgl. unten §. 1836 a Ziffer 34 N. 31.*

51^a) *L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. Lenel* ed.

stand es nur demjenigen zu, welchem auch die actio Pauliana zustand, und nur aus dem nämlichen Grunde. ^{51b)}

perp. §. 268 zu N. 13. v. Schey Ztschr. für Rechtsgefch. Bd. 13 S. 172. Ueber die Wortfassung, insbesondere das competere s. Gradenwitz a. a. D. unter 2 S. 255 f.

- 51b) Dernburg Pandekten Bd. 2 §. 144 2. Aufl. S. 373 N. 3, S. 374 N. 5 und S. 375 N. 8 meint, unter unbedingter Zustimmung von Gradenwitz a. a. D. S. 255 unter 2: „daß die Klage, auf die hier Bezug genommen wird, nicht die dem Konkurskurator in l. 1 pr. D. h. t. 42, 8 gegebene ist, ergiebt sich daraus, daß, wie der Kommentar der l. 10 cit., insbesondere §. 1 und §. 9 darthut, bei unserm Interdict an die Klage des bonorum emptor und nicht an die Klage des Konkurskurators gedacht ist.“ Aber die angeführten Stellen ergeben lediglich, daß das Interdict die Durchführung der missio in bona bis zur venditio bonorum voraussetzte; von einer Klage des bonorum emptor findet sich in unsern Quellen nicht die leiseste Spur. Auch würde es schwerlich zweckmäßig gewesen sein, ihm eine Anfechtungsklage zu geben: er war ja in keiner Weise verführt. Höchstens konnte es vorkommen, daß ihm die fraudulos veräußerten Activa, d. h. die auf deren Wiederheranziehung abzielenden Anfechtungsklagen, zugleich mit der Concurssmasse verkauft wurden; dann hatte er jene Klagen iure cesso. Vgl. v. Schey a. a. D. S. 150 f. S. 169 ff. unter c. Umgekehrt beweiset die Berechnung des annus utilis für die Verjährung der in l. 1 pr. D. h. t. verheißene Klage ex die factae venditionis sc. bonorum in l. 6 §. 14 eod. den gleichen Zusammenhang dieser Klage mit der bonorum venditio, welche die von Dernburg angeführten für das Interdict ergeben. Verschiedener Rechtsmittel aber für den Concurss mit bonorum venditio und für den s. g. Curatorenconcurss bedurfte es schon deshalb nicht, weil auch im gewöhnlichen Concurssverfahren, welches zur bonorum venditio führte, ein Curator oder

Es ist demnach sein Erfolg ebenso wenig unzustossen, wie derjenige dieser Klage; umgekehrt kann seine Abweisung mittels der Pauliana nicht unschädlich gemacht werden.⁵²⁾ Abgesehen von seiner Beschränkung auf die bona fraudatoris, d. h. dessen res corporales⁵³⁾, unterschied sich das Interdict nur durch die Eigenthümlichkeiten des Interdictenverfahrens von der Pauliana; und so ist es in der That selbstverständlich, daß es nach dem Untergange jenes Verfahrens mit dieser Klage zu einer (unbenannten) actio in factum verschmolzen wurde.⁵⁴⁾

mehrere solche ernannt wurden (Lenel ed. perp. §§. 224 f.), daselbe also ebensogut ein Curatorenconcurſ war, als das Ausnahmungsverfahren ex senatus consulto, wovon l. 5. l. 9 D. de cur. fur. 27, 10 und l. 4 D. de cur. bon. 42, 5 handeln. Zudem wäre es unbegreiflich, wie der Prätor dazu gekommen sein sollte, eine „alle bezügliche Machinationen des treulosen Schuldners“ treffende Klage für den seltenen Fall des „Curatorenconcurſes“ zu geben, während er für den gewöhnlichen Concurſ nur bei Sachveräußerungen geholfen hätte. Denn die am Schlusse des Edicts in l. 10 pr. cit. interdum causa cognita verheißene actio in factum bezieht sich eben nur auf den Fall, et si scientia (des dritten Erwerbers) non sit. Lenel ed. perp. S. 398 N. 18. Daß endlich auch von dem im Texte eingenommenen Standpunkte, von welchem aus als die in l. 10 pr. cit. in Bezug genommene actio die in l. 1 pr. D. eod. aufgestellte Klage gilt, das interdictum fraudatorium recht wohl zu verstehen, keinesweges aber ein „wahres superfluum und eine beispiellose Anomalie unter den Interdicten“ ist, wird §. 1839 Biffer 115 zu N. 58 zu zeigen versuchen.

52) v. Savigny a. a. D. S. 385. v. Schey a. a. D. S. 163 zu N. 139 f. v. Shering a. a. D. S. 71.

53) v. Schey a. a. D. S. 163 zu N. 138.

54) Lenel ed. perp. S. 398 N. 18.

30. Es haben sich also als rei persecutionem continentia herausgestellt die interdicta

- 1) possessorium (Nr. 7),
- 2) sectorium (Nr. 8),
- 3) ne quid in loco sacro etc. fiat (Nr. 9),
- 4) quod in loco sacro etc. factum est, ut restituatur (Nr. 10),
- 5) de sepulchro aedificando (Nr. 12),
- 6) ne quid in loco publico fiat (Nr. 13),
- 7) ne quid in via publica etc. fiat (Nr. 14),
- 8) quod in via publica etc. factum est, ut restituatur (Nr. 15),
- 9) ut in via publica etc. ire agere liceat (Nr. 16),
- 10) de loco publico fruendo (Nr. 17),
- 11) de via publica etc. reficienda (Nr. 18),
- 12) ne quid in flumine publico etc. fiat, quo peius navigetur (Nr. 19),
- 13) quod in flumine publico etc. factum etc. habitum est, quo statio etc. navigio deterior fiat, ut restituatur (Nr. 20),
- 14) ne quid in flumine publico etc. fiat, quo aliter fluat etc. (Nr. 21),
- 15) quod in flumine publico etc. factum etc. habitum est, si ob id aliter fluat etc. (Nr. 22),
- 16) ut in flumine publico navigare liceat (Nr. 23),
- 17) de ripa munienda (Nr. 24),
- 18) de itinere actuque privato reficiendo (Nr. 36),
- 19) de aqua ex castello ducenda (Nr. 39),
- 20) de cloaca publica (Nr. 44),
- 21) de remissione (Nr. 47),
- 22) de precario (Nr. 50),
- 23) de liberis exhibendis (Nr. 55),
- 24) de liberis ducendis (Nr. 56),
- 25) de liberto exhibendo (Nr. 57),

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 171

26) de migrando (Nr. 59),

27) Salvianum (Nr. 60)

und

28) fraudatorium (Nr. 61),

also von den unter Ziffer 5 aufgezählten 61 Interdicten nahezu die Hälfte, obwohl wir die gewöhnlich dazu gestellten de arboribus caedendis (Nr. 51 und 52) und de glande legenda (Nr. 53) nicht hierher rechnen. Von jenen 28 aber sind rei familiaris die unter 1, 2, 10, 18, 19, 21, 22, 26, 27 und 28 aufgeführten, mithin nicht weniger als zehn.

§. 1835 b.

c. nach dem unmittelbaren Zwecke; interdicta retinendae possessionis, interdicta recuperandae possessionis und interdicta adipiscendae possessionis.

31. L. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1. (*Paul.* lib. 63. ad ed.) sagt:

Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut apiscendae sunt possessionis aut recipiendae aut retinendae. apiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. sunt autem interdicta apiscendae possessionis „Quorum bonorum;“ Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est; et „Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto.“ recipiendae possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde vi: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. retinendae possessionis sunt interdicta [ut *ins. M.*] „Uti possidetis“ [quae sunt, ut diximus, duplicia *ins. M.*].

sunt [etiam *ins. M.*] interdicta [ut diximus *del. M.*] ¹⁾ duplicia tam recipiendae quam adipiscendae possessionis.

Entsprechend heißt es bei *Gaius* IV §. 143:

Sequens ^{1a)} in eo est divisio, quod vel adipiscendae possessionis causa comparata sunt vel retinendae vel recipiendae.

und ganz ähnlich in §. 2 J. de interd. 4, 15. ²⁾

Wir entnehmen hieraus, daß die Römer der erwähnten Eintheilung eine gewisse Bedeutung beigelegt haben, obwohl dieselbe sich nur auf Eine Classe der Interdicte bezieht, nämlich auf die interdicta privata zum Schutze vermögensrechtlicher Verhältnisse (quae ad rem familiarem spectant).

Diese Interdicte aber umfaßt jene Eintheilung laut der unzweideutigen Anfangsworte der l. 2 §. 3 cit. sämmtlich. ³⁾ Insbesondere würde es irrig sein von ihr diejeni-

- 1) Schmidt Interdictenverf. S. 33 nimmt an, das ut diximus des überlieferten Textes habe sich auf eine von den Compilatoren gestrichene Erörterung bezogen. Ihm stimmt bei Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 29 Anm. 102. Anders Huschke *Gaius* S. 186 f. N. 195.
- 1^{a)} Die principalis oder summa divisio ist diejenige in interdicta prohibitoria, restitutoria und exhibitoria. *Gai.* IV, 142. §. 1 J. de interd. 4, 15.
- 2) S. folg. N. — Vgl. auch *Ausonius* *Idyll.* XI, 63 sq.: Interdictorum trinum genus: unde repulsus Vi fuero aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.
- 3) S. auch v. Savigny das Recht des Besitzes §. 35 7. Aufl. S. 384 zu N. 2. Dagegen scheint es mir nicht richtig, wenn es dort zu N. 3 heißt, §. 2 J. de interd. 4, 15 spreche von der fraglichen Eintheilung in solchen Ausdrücken, als ob in ihnen alle Interdicte enthalten wären; die Worte lauten nämlich: Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae pos-

gen vermögensrechtlichen Interdicte auszuschließen, welche rei persecutionem continent. Ganz abgesehen von der unterschiedslos redenden Fassung des Eingangs der l. 2 §. 3 cit. ergibt sich dies schon daraus, daß diese Stelle in ihrem Verlaufe unter den interdicta adipiscendae possessionis das Salvianum aufführt, welches, wie wir in Ziffer 29 zu N. 47 ff. gesehen haben, in classischer Zeit ein endgültiges Rechtsmittel war. Nicht minder bestätigt es Gai. IV, 145 sq., wonach die gemäß Ziffer 24 ebenfalls definitiven interdicta possessorium und sectorium zu den adipiscendae possessionis gehören.^{3a)}

Anderseits wissen wir bereits, daß auch unter den interdicta adipiscendae possessionis viele nur provisorische, possessionis causam continentia i. d. S., sich befinden.⁴⁾ Decken sich also die interdicta adipiscendae possessionis keineswegs mit den vermögensrechtlichen interdicta rei persecutionem continentia, so haben wir in der That auch keinen Anlaß, vorauszusetzen, daß umgekehrt alle interdicta

sessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam recipendae. — Auf Mißverständnis des possessionis causa beruht die Meinung v. Kellers röm. Civilpr. §. 75, 6. Ausg. N. 869, der fraglichen Eintheilung unterliegen zwar die meisten interdicta rei familiaris, aber nicht alle. Vgl. unten N. 10^b.

3^a) Demnach kann ich es für quellenmäßig nicht halten, wenn v. Thering über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 66 ff. zu den interdicta adipiscendae possessionis nur diejenigen auf erste Erlangung des Besitzes gerichteten Interdicte rechnet, quae possessionis causam continent, d. h. nur provisorisch wirken. Ihm stimmt bei Dernburg Pand. Bd. I §. 184. Uebrigens läuft der Gegensatz dieser Ansicht zu meiner Auffassung auf einen bloßen Wortstreit hinaus.

4) S. oben §. 1835 a Ziffer 13 S. 93 und S. 99, auch Ziffer 14 S. 104, Ziffer 23 S. 151 f., Ziffer 28 S. 162 ff.

retinendae und recuperandae possessionis bloß provisorische, noch weniger, daß sie sämtlich Besizßschutzmittel gewesen seien. Vielmehr darf es uns gar nicht überraschen, auch unter den beiden letztgenannten Classen definitive Interdicte zu finden. Wie weit die Römer überhaupt davon entfernt gewesen sind, das restituere und retinere possessionem auf die zum Schutze des Besizes als solchen dienenden Interdicte zu beschränken, ja zu diesen nur in eine besonders enge Verbindung zu setzen, zeigt l. 1 §. 4 i. f. und §. 6 D. uti possid. 43, 17.

Ulpian. lib. 69. ad ed.:

— et ut *Pedius* ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem: retinendae itaque possessionis via duplex est, aut exceptio aut interdictum. exceptio datur ex multis causis ei, qui possidet. §. 6. ⁵⁾ Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est „Uti possidetis.“ actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat.

Hier kann unter controversia de possessione gar nicht bloß ein solcher Streit gemeint sein, bei dem das Recht des Besizes in Frage steht, d. h. ein Streit über ein Besizßschutzmittel; es muß vielmehr ein solcher gemeint sein, bei dem es sich um den Besizß als Zweck handelt. ⁶⁾

Dies erhellt daraus, daß unter den Mitteln, sich im

5) Nach *Mommseus* überzeugender Bemerkung ist §. 5 nicht an die richtige Stelle gesetzt.

6) v. *Savigny* a. a. D. 7. Aufl. S. 384 zu N. 1. Eben die im Texte mitgetheilten Stellen scheint v. *Shering* a. a. D. (oben N. 3^a) nicht beachtet zu haben.

Besitze zu behaupten, auch die exceptio aufgeführt wird, von der es dann heißt: *datur ex multis causis*. Zunächst freilich möchte man dabei denken an die bekannte *exceptio vitiosae possessionis* der *interdicta retinendae possessionis* und des classischen *interdictum de vi (non armata): quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*; — *utrubi* — *nec vi nec clam nec precario ab altero fuit*; — *quod nec vi nec clam nec precario a te possideret.*^{6a)}. Allein es ist schon das gar nicht so zweifellos, ob jene *exceptio* überhaupt hierher gehört. Wenn sie nämlich bei den *interdicta retinendae possessionis* den thatsächlichen Besitzer schützte, so thut sie dies doch nur in Verbindung mit den klagbegründenden Worten der *Interdicte: uti possidetis* —, *utrubi* — *fuit*, m. a. W. in der sachlichen Function der *Replik*; somit kann sie hier, im ausgesprochenen Gegensatze zu den *Interdicten* selbst, als ein zweiter Weg zur Aufrechterhaltung des Besitzes nichtfüglich bezeichnet werden. Die sachliche Function der *Replik* hat sie aber auch im umgekehrten Falle, wo sie demjenigen, der thatsächlich nicht besitzt, kraft der *Duplicität* der fraglichen *Interdicte* den Besitz wieder verschafft; und gegenüber dieser *recuperatorischen* Wirkung würde obendrein der Ausdruck *retinendae possessionis* via kaum für sie zutreffen. Beim *interdictum de vi non armata* sodann vermag sie freilich den Beklagten im Besitze zu schützen; es ist dies jedoch ein ganz zufälliger Erfolg, nicht ihr Zweck, — findet sie ja vielmehr ohne alle Rücksicht auf den Besitz des Beklagten statt. Will man sie indessen trotzdem unter der in l. 1 §. 4 cit. gemeinten *exceptio retinendae possessionis*

6a) L. 1 pr. D. uti poss. 43, 17. Gai. IV, 150. cf. Genel ed. perp. §. 265. Gai. IV, 154. Paul. V, 6, 7. vgl. mit §. 6 J. de interd. 4, 15. Genel S. 372 zu N. 4. S. 373.

mitbegreifen, so erschöpft sie dieselbe doch keinesfalls. *Exceptio datur ex multis causis!* Als *multae causae* aber lassen sich weder die drei Interdicte bezeichnen, bei denen die *exceptio vitiosae possessionis* im classischen Rechte statthatte, und von denen vollends bei Justinian das *interdictum Unde vi* ausgeschieden ist, — noch die drei *vitia possessionis* als solche. Es müssen also mindestens anderweite *exceptiones* des Besitzers hierher bezogen werden. Von allen diesen aber stützt sich keine einzige lediglich auf den Besitz als solchen; keine einzige darf folglich als Besitzschutzmittel i. d. S. gelten. Sogar eine *exceptio*, mit welcher der Grundsatz verwirklicht werden soll: *in pari causa potior est condicio possidentis*, setzt nothwendig voraus, daß der Besitzer eben in *pari causa* mit dem Kläger sich befinde.⁷⁾ M. a. W. die gemeinten *exceptiones* sind, wo nicht sämmtlich, so doch meistens solche, welche sich auf ein dem Besitzer zur Seite stehendes Rechtsverhältniß stützen, z. B. auf ein gleich gutes Pfandrecht, auf *Usucapionsbesitz* von einem Auctor, der von dem Auctor des Klägers unabhängig ist, auf ein Rechtsgeschäft zwischen dem Besitzer oder dessen Auctor und dem Kläger oder dessen Auctor, vermöge dessen der Kläger verpflichtet ist, dem Besitzer den Besitz zu lassen, auf einen *Impensenanspruch*, oder, um die Beispiele der Glosse zu benutzen, auf ein *Pactum*, ein rechtskräftiges Urtheil, einen zugeschobenen und ausgeschworenen *Eid*. Ist dies aber richtig, so steht die *Annahme* völlig in der Luft, es müßten das neben der *exceptio* als *remedium retinendae possessionis* aufgeführte *interdictum* und die als *remedia recuperandae possessionis* genannten Rechtsbehelfe, nämlich *interdictum* und

7) S. z. B. l. 10 D. de pign. 20, l. 1 §. 1 D. de Salv. interd. 43, 33. l. 9 §. 4 D. de Publ. in rem. 6, 2.

actio, 7^a) sämtlich Besitzschutzmittel sein. Es erscheint deshalb ganz willkürlich, wenn die Glosse als actiones recuperandae possessionis nur Besitzconditionen aufzählt, 8) um so willkürlicher, als sie, m. E. mit vollem Rechte, zu den Worten „nobis restituatur“ bemerkt: large accipe, scilicet sive restituatur amissa, sive nondum quaesita, und zu dem Worte „restituendae (restitutae)“: large ut supra proxima, — mithin restituere im Sinne von „herausgeben“ überhaupt versteht, 9) und unter den interdicta, quibus restitutae possessionis ordo expeditur, folgetweis auch die interdicta adipiscendae possessionis begreift, durchaus entsprechend dem „restituas“ der darnach genannten restitutorischen Interdicte, soweit dieselben auf Herausgabe von Sachen gehen. 10) Gewiß ist deshalb unter den actiones recuperandae possessionis auch die rei vindicatio miteinbegriffen; 10) und es ist wohl gerade

7^a) Gewiß gehören hierher auch die actio in factum auf die Bereicherung des Dejicienten post annum und diejenige gegen die Erben desselben; ich möchte sie indessen schon nicht für erheblich genug halten, daß von Ulpian in l. 1 §. 4 cit. gemeinte Gebiet der actio de possessione auszufüllen. Vgl. Senel a. a. D. S. 374 N. 4.

8) Nämlich die condictio indebiti nach l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12, 6; die condictio ex iniusta causa nach l. 2 D. de cond. trit. 13, 3 und die condictio sine causa causa finita nach l. 4 §. 1 D. de R. Cr. 12, 1.

9) Wie restituere gebraucht wird z. B. in l. 13 §. 18 D. de A. E. 19, 1. l. 8. l. 12 Cod. eod. 4, 49. l. 14 §. 9 D. de servo corr. 11, 3. l. 8 §. 10 D. mand. 17, 1. l. 1 pr. Cod. de suffrag. 4, 3. l. 82 §. 2 D. de V. O. 45, 1. S. v. Savigny Syst. Bd. 5 S. 129 N. f. Schmidt Interdictenverf. S. 33 ff.

9^a) S. unten §. 1836a Ziffer 35 zu Anf.

10) Wie nach Schulting-Smallenburg not. ad pand. ad h. l. n. 4 Janus a Costa ad pr. J. de interd. annimmt, während der Text selbst zweifelt.

auch im Hinblick auf die rei vindicatio bemerkt: *actio nunquam ultro possessori datur*. Ganz ebenso rechnet auch Cicero an mehreren Stellen die rei vindicatio zu den *contentiones de possessione*.^{10a)}

Wenn aber alle *interdicta rei familiaris* der fraglichen Eintheilung unterliegen, so läßt sich unter *possessio* bei dieser Eintheilung schlechterdings nicht bloß der juristische Besitz und Quasi-Besitz verstehen. Vielmehr bezieht sich jener Ausdruck nicht minder auf die Detention, ja auf jeden tatsächlichen Zustand, dessen Fortdauer, Wiederherstellung, Erlangung ein vermögensrechtliches Interdict bezweckt.^{10b)}

So wenig die Eintheilung der Interdicte in *proprietas causam* und *possessionis causam* *continentia* auf

10^a) *Acad. prior.* 43, 132: *est enim inter eos non de terminis, sed de tota possessione contentio. de Orat.* I, 10, 41: — *qui aut interdicto tecum contenderent, aut te ex iure manu consortum vocarent, quod in alienas possessiones tam temere irruisses.* §. 42: *Agrent enim tecum lege primum Pythagoraei omnes atque Democritici ceterique iure suo physici vindicarent etc. pro Caec.* 27, 75: — *si hoc nos non obtinemus, — Caecina rem non amittet, — in possessionem in praesentia non restituetur.* S. auch Keller *Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch.* Bd. 11 S. 297 N. 17. Auch *pro Caec.* 11, 33 gehört hierher: *Convocari homines propter possessionis controversiam (nämlich die vereinbarte deductio moribus) non oportet, armari multitudinem iuris retinendi causa non convenit.* Wir werden in Titel 17 dieses Buches zeigen, daß die deductio bei der legis actio sacramento in rem über Grundstücke ihren Platz hatte. Vgl. unten §. 1836a Ziffer 42 zu N. 97.

10^b) Damit erledigt sich das Bedenken v. Kellers *röm. Civilpr.* 6. Ausg. N. 869 hinsichtlich des *interdictum de tabulis exhibendis*.

dem Gegensatze von Recht und Besitz beruht, ebenso wenig hat die hier fragliche Eintheilung ihre maßgebende Grundlage im Begriffe des juristischen Besitzes. Man würde diese irreleitende Vorstellung wohl schwerlich in den Quellen gesucht haben, wenn man sich der Wahrheit bewußt gewesen wäre, daß die Römer die Klagen überhaupt nicht nach dem Inhalte der durch dieselben geschützten Rechte classificiren. In der That ist der bestimmende Grund auch für die hier fragliche Eintheilung ein rein äußerer Gesichtspunct, nämlich die Erwägung, ob durch ein vermögensrechtliches Interdict ein bestehender Zustand aufrechterhalten, ein beseitigter wieder hergestellt, ein noch nicht dagewesener hervorerufen werden solle. Und nur insofern hat diese Eintheilung mit dem Schutze des juristischen Besitzes etwas zu thun, als derjenige Zustand, welcher aufrecht erhalten oder wieder hergestellt werden soll, neben Andern auch eben der juristische Besitz sein kann. ¹¹⁾

Versuchen wir hiernach die Einreihung aller vermögensrechtlichen Interdicte in eine jener drei Classen, oder in eine vierte, welche Interdicte gemischter Zwecke enthält.

32. Adipiscendae possessionis sind

das interdictum Quorum bonorum ¹²⁾ (Nr. 1 der Aufzählung in §. 1834);

das interdictum Quod legatorum ¹³⁾ (Nr. 2 das.);

11) Deshalb wäre es, um für das interdictum de precario die Natur eines Besitzschuzmittels zu bestreiten, nicht nöthig gewesen, seine Natur als eines interdictum recuperandae possessionis zu bestreiten, wie ich es im Archiv für die Civil. Prag. Bd. 59 S. 222 gethan habe.

12) L. 2 §. 3 cit. de interd. 43, 1 (oben Ziffer 31 zu Anf. S. 171). Gai. IV, 144 §. 3. J. de interd. 4, 15. Theoph. ad h. l. l. 1 §. 1 D. quor. bon. 43, 2.

13) L. 1 §. 2 D. quod legat. 43, 3.

das interdictum de tabulis exhibendis ¹⁴⁾ (Nr. 6);

das f. g. interdictum possessorium ¹⁵⁾ (Nr. 7);

das interdictum sectorium ¹⁶⁾ (Nr. 8);

das interdictum utile de itinere actuque privato für die Rechtsnachfolger dessen, der die Wegegerechtigkeit ausgeübt hat ¹⁷⁾ (Nr. 36);

die interdicta utilia de aqua aestiva (Nr. 38) und de aqua cottidiana für die Rechtsnachfolger dessen, der die Wasserleitungsgerechtfame im letzten Sommer bezw. im letzten Jahre ausgeübt hat; ¹⁸⁾

nicht minder die weder proponirten noch verheißenen interdicta utilia de rivis, de fonte reficiendo und wohl auch de fonte für die Rechtsnachfolger derer, welche durch eigene Ausübung edictsmäßigen Anspruch auf jene Interdicte erworben hatten; ¹⁹⁾

die interdicta de arboribus caedendis ²⁰⁾ (Nr. 51 und 52);

das interdictum de glande legenda ²¹⁾ (Nr. 53);

14) L. 3 §§. 7 sqq. de tab. exh. 43, 5.

15) Gai. IV, 145.

16) Gai. IV, 146.

17) L. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1. l. 1 §. 37 D. de aq. cott. 43, 20. l. 3 §§. 6—10 D. de itin. act. priv. 43, 19. S. oben §. 1835 Ziffer 11 S. 75 f. Schmidt a. a. D. S. 91. S. 147 ff.

18) L. 1 §§. 29. 37 D. de aq. cott. 43, 20. S. oben §. 1835 Ziffer 11 S. 74 f. Schmidt a. a. D. S. 146 ff.

19) L. 3 §. 7 D. de riv. 43, 21. l. un. §. 11 D. de fonte. 43, 22. S. oben Ziffer 11 S. 75 f. Schmidt a. a. D. S. 147 f.

20) L. 1 pr. §. 7 D. de arb. caed. 43, 27.

21) L. un. pr. D. de glande leg. 43, 28.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 181

das interdictum Salvianum ²²⁾ (Nr. 60)

und

das interdictum fraudatorium ²³⁾ (Nr. 61).

Recuperandae possessionis sub

bie interdicta Unde vi, nämlich de vi (non armata Nr. 25), de vi armata (Nr. 26) ^{23a)} und si uti frui prohibitus esse dicetur ²⁴⁾ (Nr. 27);

das interdictum secundarium gegen den Besitzer ^{24a)} (Nr. 30);

das interdictum Quod vi aut clam ²⁵⁾ (Nr. 46);

das interdictum de remissione ²⁶⁾ (Nr. 47);

und

das f. g. interdictum demolitorium ²⁷⁾ (Nr. 48).

Retinendae possessionis sub

das interdictum, Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur ²⁸⁾ (Nr. 13);

22) L. 2 §. 3 cit. D. de interd. 43, 1. Gai. IV, 147. §. 3 i. f. J. de interd. 4, 15. Theophil. ad h. l. l. 1 pr. §. 1 D. de Salv. interd. 43, 33.

23) L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8.

23^a) Wer bei diesem Interdicte früheren juristischen Besitz des Klägers nicht für nöthig hält, muß dasselbe als duplex, nämlich tam adipiscendae quam recuperandae possessionis betrachten; so Schmidt Interdictenverf. S. 34 Nr. 6. Vgl. Keller semestria I S. 384 f. S. 389 f.

24) L. 2 §. 3 cit. D. de interd. 43, 1. Gai. IV, 154. §. 6 J. de interd. 4, 15. Theophil. ad h. l. l. 1 §. 1. l. 3 §§. 13 sq. 17. l. 9 §. 1 D. de vi. 43, 16.

24^a) Gai. IV, 170.

25) L. 1 pr. §. 1 cf. l. 16 pr. D. quod vi. 43, 24.

26) L. 1 pr. D. de remiss. 43, 25. Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 S. 297 ff.

27) L. 20 pr. D. de O. N. N. 39, 1.

28) L. 2 pr. §. 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

das *interdictum secundarium* gegen den Nichtbesitzer²⁹⁾
(Nr. 30);

das *interdictum de cloaca privata*³⁰⁾ (Nr. 43);

das *interdictum, Ne vis fiat aedificanti*³¹⁾ (Nr. 49)
und

das *interdictum de migrando*³²⁾ (Nr. 59).

Genannt werden als solche in den Quellen

die *interdicta Uti possidetis* (Nr. 29) und *Utrubi*³³⁾

(Nr. 59);

und demgemäß werden hierher zu zählen sein

das *interdictum Uti possidetis utile* des Nieß-
brauchers (Nr. 31)

und

das *interdictum de superficiebus*^{33a)} (Nr. 34).

Indessen kann jene Bezeichnung nur gelten als a potiori genommen; in Wahrheit sind diese Interdicte mixtae naturae, tam retinendae quam recuperandae possessionis. Denn es ist doch nur eine die Fiction verschleiernde Redewendung, wenn man ihre recuperatorische Wirkung damit zu erklären sucht, daß sie als *interdicta duplicia* kraft der Clausel: *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* denjenigen, a quo adversarius iniuste possidet, noch als gegenwärtigen Besitzer geschützt haben. Und sogar diese Redewendung verfaßt beim *Utrubi*, sofern man mit dem-

29) Gai. IV, 170.

30) L. 1 pr. D. de cloac. 43, 23. C. Brinz Band. 2. Aufl. Bd. 1 C. 805 unter 4.

31) L. 20 §. 9 D. de O. N. N. 39, 1.

32) L. 1 pr. D. de migr. 43, 32.

33) L. 2 §. 3 cit. de interd. 43, 1. Gai. IV, 148 sq. Paul. V, 6, 1. §. 4 sq. J. de interd. 4, 15. Theophil. ad h. l. l. 1 §§. 2. 6 D. uti poss. 43, 17.

33a) L. 1 pr. §. 2 D. de superf. 43, 18.

selben auf Grund des längern Besizes im letzten Jahre auch vom iuste a nobis possidens adversarius die Rückgabe des Besizes erzwingen konnte. ^{33b)}

Eine gemischte Natur haben auch alle übrigen Interdicte.

Und zwar sind tam adipiscendae quam recuperandae possessionis, duplicia i. b. S., ^{33c)}

das interdictum Quam hereditatem ³⁴⁾ (Nr. 3);

das interdictum Quem fundum ³⁵⁾ (Nr. 32);

das interdictum Quem usumfructum ³⁶⁾ (Nr. 33);

das interdictum Quam servitutum ³⁷⁾ (Nr. 45);

das interdictum, Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine in possessionem missus est ³⁸⁾ (Nr. 4);

das interdictum, Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est ³⁹⁾ (Nr. 5);

das interdictum, Ne vis fiat ei, qui damni infecti nomine in possessionem missus est ⁴⁰⁾ (Nr. 28);

und

das interdictum de precario ⁴¹⁾ (Nr. 50).

33b) Schmidt a. a. D. S. 69 f. N. 55.

33c) L. 2 §. 3 cit. i. f. Rudorff Ztschr. für gesch. Rechtswissensch. Bb. 9 S. 12 ff. Schmidt Interdictenverf. S. 33 f. N. 3. v. Keller röm. Civilpr. §. 75 6. Ausg. N. 870. A. M. Huschke Gaius S. 186 f. N. 195 und dagegen Ed die sogenannten doppelseitigen Klagen S. 29 N. 102.

34) Ulp. fragm. Vindob. Nr. IV ed. Kr.

35) Das.

36) Vat. fragm. 92.

37) Denel ed. perp. §. 255.

38) L. 1. §§. 1. 3. l. 3 pr. D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4. Schmidt a. a. D. S. 68 f.

39) L. 3 §. 2 eod. Schmidt a. a. D. S. 67 ff.

40) L. 4 pr. §. 4 D. eod.

41) Dieses ist adipiscendae possessionis, wo der precario

Tam retinendae quam recuperandae possessionis sunt

das interdictum de itinere actuque privato ⁴²⁾ (Nr. 35);

das interdictum de itinere actuque privato reficiendo ⁴³⁾ (Nr. 36);

die interdicta de aqua cottidiana (Nr. 37) und de aqua aestiva ⁴⁴⁾ (Nr. 38);

das interdictum de rivis ⁴⁵⁾ (Nr. 40);

und

die interdicta de fonte (Nr. 41) und de fonte reficiendo ⁴⁶⁾ (Nr. 42).

Adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis sunt je nach den Umständen die beiden definitiven Interdicte

de loco publico fruendo ⁴⁷⁾ (Nr. 17);

und

de aqua ex castello ducenda ⁴⁸⁾ (Nr. 39).

dans nicht Besitzer gewesen ist. l. 18. l. 8 pr. D. de prec. 43, 26. Wer den Precaristen für einen Besitzer suo nomine hält, kann nicht füglich annehmen, daß man durch Annahme eines Precarium den precario dans zum Besitzer mache, wie Windscheid Pand. Bd. 1 §. 160 R. 17 es thut.

42) L. 1 §§. 2. 12 l. 2 l. 6. D. de itin. act. priv. 43, 19. Schmidt a. a. D. S. 69 R. 55. S. 80 R. 8.

43) L. 3 §. 13. l. 5 §. 2 eod.

44) L. 1 §§. 1. 20. 23. 24 D. de aq. 43, 20. Schmidt a. a. D. S. 65 ff.

45) L. 1 pr. D. de riv. 43, 21.

46) L. 1 pr. §. 6 D. de fonte. 43, 22.

47) L. 1 pr. D. de loco publ. fr. 43, 9. Schmidt a. a. D. S. 69 R. 55.

48) L. 1 §. 38 D. de aq. 43, 20. Schmidt a. a. D. S. 88 R. 11.

Nach dieser Vorführung aller einzelnen interdicta rei familiaris werden wir allerdings einräumen müssen, daß jene Eintheilung eine systematische Bedeutung in keiner Weise beanspruchen darf.

§. 1836.

Eintheilungen der Interdicte.

II. nach der Form:

a. laut der Fassung der edictsmäßigen Voraussetzungen; interdicta in praesens und in praeteritum relata. ¹⁾

33. L. 1 cit. §. 2 D. h. t. (*Ulp.* lib. 67. ad ed.)
sagt:

Interdictorum quaedam in praesens, quaedam in praeteritum referuntur: in praesens, ut Uti possidetis; in praeteritum, ut de itinere actuque, de aqua aestiva.

Das Uti possidetis schützt nur denjenigen, der im Augenblicke das interdictum redditum fehlerfrei dem Gegner gegenüber besitzt oder besitzen würde, wenn nicht dieser von jenem vi, clam oder precario besäße. So erhellt es unmittelbar aus der in l. 1 pr. D. Uti poss. 43, 17 mitgetheilten Fassung des Interdicts:

Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero *possidetis*, ²⁾ quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

1) S. Schmidt Interdictenverf. S. 76—81.

2) Vgl. die abgekürzte Mittheilung bei Gai. IV, 160: uti *nunc* possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

und noch deutlicher aus der von Festus s. v. possessio (M. p. 233) überlieferten ältern Fassung:

Uti *nunc possidetis* eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero *possidetis*, ita possideatis . adversus ea vim fieri veto. ³⁾)

Und so bestätigt es Gai. IV, 150:

Et siquidem de fundo vel aedibus interdictur, eum potioem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat etc.

Die Fassung dagegen des interdictum de itinere actuque privato lautet:

Quo itinere actuque [privato *del. M.*], quo de agitur [vel via *del. M.*] *hoc anno* nec vi nec clam nec precario ab illo *usus es*, quo minus ita utaris, vim fieri veto. ⁴⁾)

Danach genügt es, daß der Kläger im letzten Jahre vor Ertheilung des Interdicts, und zwar gemäß der römischen Praxis an dreißig Tagen, die Wegegerechtfame ausgeübt hat, sollte er sie gleich unmittelbar vor jener Ertheilung nicht mehr geübt haben. So führt es aus Ulpian (lib. 70. ad ed.) in l. 1 §. 2 D. de itin. actuque priv. 43, 19:

Hoc interdicto praetor — inquit — hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit — si modo [hoc *ins.*] anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus . neque ad praesens tempus refertur, quia plerumque itineribus vel via

3) S. Genel ed. perp. S. 377 f.

4) Genel a. a. D. S. 383 f.

non [semper *del. M.*] utimur, nisi cum usus exegerit [ita *del. M.*]. §. 3: Anni temporis spatio conclusit usum . annum ex die interdicti [editi *ins. M.*] retrorsum computare debemus. ⁵⁾

Das Entsprechende gilt für das interdictum de aqua aestiva. Dessen Fassung lautet:

Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto. ⁶⁾

Dies aber erläutert Ulpian (lib. 70. ad ed.) in l. 1 §. 32 D. de aq. cott. 43, 20: Aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et finiri aequinoctio autumnali, et ita senis mensibus aestas atque hiems dividitur. §. 33: Priorem aestatem ex comparatione duarum aestatum accipi. §. 34: Propter hoc, si aestate interdicatur, nonnunquam annum et sex menses continere: quod ita contingit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur: et proinde, si hieme interdicatur, etiam in biennium haec res extendetur.

Und ähnlich verhält es sich mit dem interdictum de aqua cottidiana, in dessen Fassung die Worte: Uti hoc anno usus es ⁷⁾ eine fehlerfreie Ausübung an irgend einem Tage des letzten Jahres vor Erwirkung des Interdicts erfordern, keinesweges aber eine Ausübung unmittelbar vor diesem Augenblicke. ⁸⁾ Ganz ebenso ist es mit den Inter-

5) Wegen des interdictum de itinere actuque privato reficiendo, welches Schmidt a. a. D. S. 79 dem interdictum de itinere actuque privato in der fraglichen Hinsicht völlig gleichstellt, s. unten S. 190.

6) Genel ed. perp. S. 385.

7) Genel a. a. D. S. 384.

8) L. 1 §§. 4. 20. 22. 23. 24 D. de aq. cott. 43, 20.

dicten de rivis, de fonte und de fonte reficiendo. Bei ihnen lauten die entscheidenden Worte:

— dum ne aliter aquam ducat, quam uti *hoc anno aut priore aestate* non vi non clam non precario a te *duxit* ⁹⁾ —

Uti de eo fonte, quo de agitur, *hoc anno* nec vi nec clam nec precario ab illo *usus es* ¹⁰⁾ —

— dum ne aliter utaris, atque uti *hoc anno* non vi non clam non precario ab illo *usus es* ¹¹⁾ —

Indessen bildet den maßgebenden Umstand doch nicht die Fassung des Interdicts als solche. Dies zeigt l. 11 §. 4 D. quod vi. 43, 24:

(*Ulpian.* lib. 71. ad. ed.) Quod ait praetor: „Quod vi aut clam factum est“ ad quod tempus referatur, videamus, utrum ad praeteritum an ad praesens. quae species apud *Julianum* exposita est: ait enim in hoc interdicto praesentis temporis significationem accipi debere. si tamen, inquit, ex opere damnum datum fuerit, aut [et *scr. M.*] dominus [d. h. der Eigenthümer desjenigen Grundstücks, worauf das opus stattgefunden hat] aut is, cuius fundo nocitum erit, sua impensa id sustulerit, utilius probari, quod *Julianus* temptat, ¹²⁾ ut et damnum sarciatur, et impendia restituantur. ^{12a)}

9) *Genel a. a. D.* §. 252.

10) *Daf.* §. 253.

11) *Daf.*

12) Die Worte: quod Julianus temptat erscheinen hier nicht angebracht; vielleicht hatte Ulpian am Schlusse des §. hinzugefügt: quod Julianus temptat, verum est. So *Rommfen.*

12a) *S.* auch l. 4 §. 3 D. de aq. et aq. pl. 89, 3 (*Ulp.* lib. 53. ad ed.): Item si non ego, sed procurator meus tale opus fecerit, ut aqua pluvia noceat vicino, adversus me hactenus erit actio, quatenus adversus [me propter *ins. M.*] colonum: ipse autem procurator inter-

Hiernach ist das interdictum Quod vi aut clam ungeachtet der Fassung: „Quod vi aut clam *factum est*“ deshalb in praesens relatum, weil es ein opus erfordert, welches noch im Augenblicke des interdictum redditum vorhanden ist oder wenigstens in diesem Augenblicke noch den Kläger schädigt, weil ihm die Kosten der Beseitigung des opus noch nicht vergütet, die durch dasselbe veranlaßten Nachtheile noch nicht erstattet worden sind. ¹³⁾

Nicht anders dürfte es sich z. B. mit dem interdictum Unde vi verhalten. Freilich lautete dasselbe unzweifelhaft auf die Vergangenheit:

Unde in hoc anno tu illum vi *deiecisti* aut familia tua *deiecit* etc. ¹⁴⁾

Trotzdem blieb das Interdict erfolglos, wenn vor seiner Erwirkung der Dejection bereits vollständig wegen der erlittenen Dejection entschädigt worden war, während es mit Erfolg erbeten werden konnte, solange nur noch ein Theil des durch die Dejection veranlaßten Schadens Erstattung nicht gefunden hatte. ¹⁵⁾

In praesens relatum ist somit ein Interdict nicht bloß dann, wenn die Voraussetzungen seiner bindenden

dicto Quod vi aut clam conveniri poterit secundum Juliani sententiam, etiam post opus restitutum. Ferner l. 14 D. quod vi. 43, 24. Schmidt a. a. D. S. 39 f.

13) Julian setzt sich also im Schlusssatze der l. 11 §. 4 cit. nicht sowohl, wie Schmidt a. a. D. S. 77 annimmt, mit Bewußtsein über die durch die prätorische Formel gezogenen Schranken hinweg, als er vielmehr das von ihm in dem „factum est“ erblickte perfectum praesens erläutert.

14) Venel ed. perp. S. 373.

15) L. 1 §§. 6. 31. 32. 34. 35. D. unde vi. 43, 16. Venel a. a. D.

Kraft auf die Gegenwart lauten, sondern auch dann, wenn ihre auf die Vergangenheit abgestellte Fassung so ausgelegt werden muß, daß die darin bezeichneten Thatsachen wenigstens mittelbar in die Gegenwart fortwirken.

Es fehlt endlich auch nicht an Interdicten, deren Voraussetzungen theils in praesens, theils in praeteritum lauten, die man also mixta i. d. S. nennen könnte. Und zwar kommt dies in zweifacher Weise vor.

Erstens so, daß von den mehreren zusammen erforderlichen Voraussetzungen die eine auf die Vergangenheit, die andre auf die Gegenwart geht. So ist es beim interdictum de itinere actuque privato reficiendo: es muß zusammentreffen die Ausübung der Wegegerechtigkeit im letzten Jahre und das Dasein der Gerechtfame selbst.

L. 3 §§. 11 und 13 D. de itin. actuq. priv. 43, 19: (Ulp. lib. 70. ad ed.) Ait praetor: „Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio [illo *scr.* *Schulting*] usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi *ius esset* [*est scr. M.*], reficias, vim fieri veto. etc.“ §. 13. Hoc autem a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est *et ius sibi esse reficiendi oporteat* [*docet apparet scr. M.*]. ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum *et ei servitatem competere*: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui [quod *scr.*] hoc anno fecit? enim vero qui vult reficere, aliquid novi facit, neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere *habet* servitatem.

Eben dahin dürfte auch gehören das *interdictum de loco publico fruendo*. Seine erste Voraussetzung lautet auf die in der Vergangenheit liegende Thatsache des Pachtabschlusses: ¹⁶⁾

Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui *locavit*, ei, qui *conduxit* sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto.

Gleichzeitig aber erforderte die Klausel: e lege locationis ^{16a)}, daß der Pachtcontract noch bestand, und zwar nicht bloß im Augenblicke seiner Erwirkung, sondern auch in demjenigen Augenblicke, in welchem der Anlaß zur *sponsio ex interdicto* stattfand.

Zweitens kommt es vor, daß zur Zeit des *interdictum redditum* entweder eine der Gegenwart angehörige Voraussetzung gefordert wird, oder eine in der Vergangenheit liegende. So beim *Quorum honorum*: entweder ein gegenwärtiger Besitz pro herede oder pro possessore, mag auch derselbe schon durch *usucapio pro herede* sich in Eigenthum des Beklagten verwandelt haben, ¹⁷⁾ oder ein ehemaliger Besitz pro herede oder pro possessore, welcher durch den Dolus des Besitzers verloren gegangen ist. ¹⁸⁾ Ähnlich beim *interdictum Quod legatorum*: entweder gegenwärtiger Besitz legatorum nomine, oder dolo malo aufgegebenen Besitz derart; ¹⁹⁾ — beim *interdictum de tabulis exhibendis*: gegenwärtige oder dolos verlorene

16) L. 1 pr. D. de loco publ. fruendo 43, 9.

16a) L. 1 cit. §. 3.

17) Vgl. in diesem Commentar Serie der Bücher 37 u. 38 Thl. 1 S. 375 ff.

18) L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2.

19) Vat. fragm. 90. vgl. l. 1 §. 7 D. quod legat. 43, 3. Lenel ed. perp. S. 363 N. 5.

Möglichkeit der Exhibition; ²⁰⁾ — beim *interdictum de precario*: *Quod precario — habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere*: ²¹⁾ — beim *interdictum de liberis exhibendis*: *si is eave apud te est dolo malo tuo factum est, quo minus apud te esset*. ²²⁾

Ja, die römische Jurisprudenz trug kein Bedenken, gewissen Interdicten, deren ausdrückliche Fassung ausschließlich auf ein *factum*, *immissum habere* lautete, bindende Kraft auch für den Fall beizumessen, wann der Beklagte *dolo malo* bewirkt hatte, *quo minus possideret vel haberet*, ²³⁾ m. a. W. das *interdictum in praesens relatum* alternativ als *in praeteritum collatum* zu behandeln; und dies scheint demnächst zur selbstverständlichen Regel geworden zu sein. ²⁴⁾

Vorstehende Ausführungen werden übrigens zugleich gezeigt haben, daß der fraglichen Eintheilung keinerlei systematischer Werth zukommt. Wir unterlassen es also füglich, sämtliche Interdicte auf ihre Eingliederung in dieselbe zu betrachten; bei der Erörterung der einzelnen wird sich am passenden Plage von selbst ergeben, ob ihre Voraussetzungen völlig der Vergangenheit angehören dürfen, oder ob sie ganz oder theilweis in die Gegenwart hineingreifen müssen.

20) L. 1 pr. D. de tab. exh. 43, 5.

21) L. 2 pr. D. de prec. 43, 26.

22) L. 1 pr. D. de lib. exh. 43, 30.

23) L. 2 §. 42 D. ne quid in loco publ. 43, 8. I. 1 §. 13 D. ne quid in flum. publ. 43, 13. S. unten §. 1837 Ziffer 58 nach N. 18.

24) L. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17. f. unten Ziffer 58 zu N. 19. — Mit Recht nimmt daher Schmidt a. a. O. S. 160 N. 12 die gleiche Behandlung z. B. für das *interdictum de cloaca publica* (l. 1 §. 15 D. de cloac. 43, 23) an.

§. 1836 a.

b. laut der Fassung des Befehls; *interdicta restitutoria, exhibitoria, prohibitoria.* ¹⁾

34. Eine zweite auf der Fassung beruhende Eintheilung der Interdicte dagegen ist von einschneidender Bedeutung, und zwar nicht bloß wegen der im classischen Rechte an sie geknüpften Möglichkeit sehr abweichender processualischer Behandlung, ^{1a)} sondern nicht minder wegen des durch sie ausgedrückten Gegensatzes in der praktischen Richtung der Interdicte. Wir meinen die Eintheilung in gebietende Interdicta, *decreta i. d. S.*, und in verbietende, *interdicta i. e. S.*

Die Gebote wiederum gehen theils auf restituere, theils auf exhibere, und danach pflegen die Römer den fraglichen Unterschied, nicht eben besonders logisch, ²⁾ als denjenigen der *interdicta restitutoria, exhibitoria* und *prohibitoria* zu bezeichnen.

Gai. IV, 139: — et in summa [praetor aut proconsul] aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem *et verborum* conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta* [*vocantur vel accuratius interdicta suppl.*] *decretaque.* §. 140. Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, veluti eum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; ³⁾ inter-

1) Schmidt Interdictenverf. S. 31—75.

1a) S. unten §. 1838 d Ziffer 100.

2) Für zwei Glieder giebt der Inhalt, für das dritte die Form des Befehles den Eintheilungsgrund ab. Eisele unverbindlicher Gesetzesinhalt (Prorectorats-Programm) Freib. 1885 S. 41, auch im Archiv für die Civil. Prag. Bd. 69 S. 310.

3) Vgl. l. 1 pr. i. f. D. de tab. exh. 43, 5: — item si

dicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur.

§. 1 i. f. J. de interd. 4, 15: — sunt tamen, qui putant, proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere: restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari: sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

Die Lehrbücher der Römer stellen eben diese Eintheilung der Interdicte als deren oberste voran.

Gai. IV, 142: Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria.

§. 1 init. J. de interd. 4, 15: Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria.

Theophil. ad h. l.: Ἡ δὲ ἄκρα διαίρεσις τῶν ὑπερδίκτων ἐστὶν αὕτη, ὅτι τῶν ὑπερδίκτων τὰ μὲν ἐστὶ prohibitoria ἢ γοὺν κωλυτικὰ, τὰ δὲ exhibitoria ἢ τοὶ παραστατικὰ, τὰ δὲ restitutoria ἢ τοὶ ἀποκαταστατικὰ.

libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam. Cic. pro Caec. c. 29 §. 82: Restituisse te dixi: nego me ex decreto praetoris restitutum esse. §. 83 init.: Si ad interdicti sententiam confugis etc. §. 84 i. f.: Si praetor non distinxit locum, quo me restitui iuberet, et restitui iussit, non sum ex decreto restitutus. §. 85 i. f.: — neque in hac re — quaeri oportere, quibus verbis praetor interdixerit, sed de quo loco sit actum, cum interdixit etc. Schmid a. a. D. S. 32 N. 2.

Sicherlich ist es keine dogmatische Rücksicht gewesen, was den f. g. Theophilus bewogen hat, die Reihenfolge der Aufzählung in der von ihm paraphrasirten Institutionenstelle zu verlassen: 4) beobachtet doch Gaius selbst in §. 142 cit. eine andere Reihenfolge als in §. 140 cit., ja ist sogar die Reihenfolge der beiden Aufzählungen in letzterer Stelle unter sich wiederum verschieden, zuerst: exhibitorische, restitutorische, prohibitorische Interdicte, dann: restitutorische, exhibitorische, prohibitorische. Es darf uns deshalb kaum befremden, 5) daß Ulpian in l. 1 §. 1 D. h. t. die prohibitorischen Interdicte zwischen den beiden Arten der decreta aufzählt:

Interdictorum autem tres species sunt, exhibitoria, prohibitoria, restitutoria etc. —, während er in l. 6 §. 2 D. de confessis 42, 2 (lib. 5. de omn. tribunal.) interdictum exhibitorium, restitutorium, prohibitorium folgen läßt.

Betrachten wir, mit Schmidt der Reihenfolge bei Gai. IV, 140 i. f. uns anschließend, die Bedeutung jeder einzelnen dieser Classen.

35. Sämmtliche restitutorische Interdicte laufen aus auf den Befehl: restituas.

Restituere aber kommt hier in zweifacher Bedeutung vor.

Bald bezeichnet es die Herausgabe einer körperlichen Sache an eine Person, oder, was dem Erfolge nach gleich ist, die Einsetzung einer Person in die Innehabung einer Sache. 6). Diese Bedeutung hat restituere bei den inter-

4) Schmidt a. a. D. S. 31 N. 1.

5) Vgl. Schmidt a. a. D.

6) Letzteres bei den interdicta Unde vi. S. unten N. 10—12. Der unbestimmte Ausdruck „Innehabung“ ist mit Rücksicht auf das interdictum Unde vi utile des Nießbrauchers gewählt.

dicta Quorum bonorum, ⁷⁾ Quod legatorum, ⁸⁾ Quam hereditatem, ⁹⁾ de vi (non armata), ¹⁰⁾ de vi armata, ¹¹⁾ si uti frui prohibitus esse dicetur, ¹²⁾ Quem fundum, ¹³⁾ Quem usumfructum, ¹⁴⁾ de precario, ¹⁵⁾ fraudatorium. ¹⁶⁾ Und zwar kann dieses restituere nicht nur bestehen in der Rückgabe der Sache an den mit einem interdictum recuperandae possessionis auftretenden frühern Inhaber derselben, sondern auch in der ersten Hingabe der Sache an den mit einem interdictum adipiscendae possessionis Klagenden, sowie bei interdicta tam recuperandae quam adipiscendae possessionis endlich je nach den Umständen in dem Einen oder dem Andern.

Wald bedeutet restituere die Wiederherstellung eines frühern Zustandes, welcher nicht in der Innehabung einer Sache bestand. ¹⁷⁾ Hiermit ist gemeint die Beseitigung

- 7) L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2: id illi restituas. Ebenso wohl bei den interdicta possessorium und sectorium (Gai. IV, 145 sq.), falls diese, wie wahrscheinlich, restitutorisch waren.
- 8) Bgl. l. 1 §§. 2. 7. 8. 9 l. 2 §. 2 D. quod legat. 43, 3. Lenel od. perp. S. 363.
- 9) Arg. Vat. fragm. 92.
- 10) L. 1 pr. §§. 31—38 D. unde vi. 43, 16: eo illum quaequae ille tunc habuit restituas. Schmidt a. a. D. S. 35 N. 7. Lenel a. a. D. S. 372 f.
- 11) Cic. pro Caec. 30, 88: eo restituas. Lenel S. 375 N. 8.
- 12) S. Lenel a. a. D. S. 376 unter 3.
- 13) S. das. S. 382 unter 1.
- 14) Vat. fragm. 92.
- 15) L. 2 pr. D. de prec. 43, 26: id illi restituas.
- 16) L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8: ea illi — restituas. Lenel a. a. D. §. 268. S. unten diese Ziffer zu N. 29 ff.
- 17) Diese Bezeichnung scheint mir zutreffender als die von

einer mit oder an einer Sache, und zwar einem Grundstücke, vorgenommenen Veränderung.

L. 2 §. 43 D. ne quid in loco publ. 43, 8:

(*Ulpian.* lib. 68. ad ed.) „Restituas“ inquit [sc. praetor]. restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id, quod factum est, vel reponat, quod sublatum est. etc.

In diesem Sinne finden wir das restituere bei den interdicta restitutoria de loco sacro,¹⁸⁾ de via publica,¹⁹⁾ de flumine publico, ne peius navigetur,²⁰⁾ de flumine publico, ne aliter aqua fluat,²¹⁾ de cloaca publica,²²⁾ Quod vi aut clam,²³⁾ demolitorium.²⁴⁾

Uebrigens kann die Veränderung, welche beseitigt wer-

Schmidt a. a. D. S. 35 f. gewählte: „Restitution einer Sache als solcher“, „eine Sache in den Zustand bringen, in welchem sie zu einem bestimmten, früheren Zeitpunkt sich befand.“ Die Quellen sagen nicht z. B.: „Quem in locum nuntiatum est — eum (sc. locum) restituas,“ „Quod in via publica — factum immissum habes, — eam viam restituas“ u. s. w., vielmehr: „Quem in locum nuntiatum est — quod in eo loco — factum est, id restituas;“ „Quod in via publica — habes — restituas“ u. s. w.

18) *Uenel* ed. perp. §. 235.

19) *Daf.* §. 237 unter 3.

20) *Daf.* §. 241 unter 2.

21) *Daf.* §. 242 unter 2.

22) L. 1 §. 15 D. de cloac. 43, 23.

23) *Uenel* a. a. D. §. 256.

24) *Daf.* §. 257 R. 2. — Hierher gehört vermuthlich auch das interdictum Quam servitatem wegen einer servitus praedii urbani, wenn ein der in Anspruch genommenen Servitut oder der behaupteten Freiheit des Eigenthums widersprechender Zustand bereits hergestellt war. *Uenel* a. a. D. S. 387 §. 255 a. G.

den soll, recht wohl darin bestehen, daß eine bewegliche Sache in eine ganz lose Verbindung mit einem Grundstücke gesetzt, ²⁵⁾ ja einfach auf das Grundstück gebracht worden ist. ²⁶⁾

Die Betheiligung aber des Beklagten an jener Wiederherstellung kann in zweifacher Weise gedacht werden. Einmal als eine nur leidende: er hat es zu dulden, daß Kläger auf eigene Kosten den frühern Zustand zurückführt. Sodann als eine durchaus thätige: er muß diesen Zustand auf seine Kosten wiederherstellen, überhaupt den Kläger in diejenige wirthschaftliche Lage setzen, welche vorliegen würde, wenn die fragliche Aenderung nicht eingetreten wäre. Je nach den Umständen wird nun das restituere auf die eine oder auf die andere Betheiligung des Beklagten an der Herstellung des frühern Zustandes bezogen.

L. 2 §. 43 cit. i. f. D. ne quid in loco publ. 43, 8 (im Anschlusse an die oben S. 197 mitgetheilten Worte): et interdum suo sumptu: nam si ipse, quo qui [cum quo quis *scr.*] interdixit, fecerit, vel iussu eius alius, aut ratum habitum sit, quod fecit, ipse suis sumptibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus patientiam solam eum praestare debere. ²⁷⁾

- 25) z. B. darin, daß von einem Ufergrundstücke zum gegenüberliegenden eine Kette gezogen worden ist, welche die Schifffahrt beeinträchtigt. S. auch l. 22 §. 2 D. quod vi. 43, 24.
- 26) z. B. darin, daß Steine auf ein Grundstück geworfen worden sind, Erde dort abgelagert, Mist in nachtheiliger Weise dort gestreut worden ist. l. 15 §§. 1 sq. l. 7 §. 6 D. quod vi. 43, 24.
- 27) S. auch l. 7 pr. §. 1. l. 13 §. 7. l. 14 (j. R. 28). l. 15 pr. §. 1. D. quod vi. 43, 24. l. 22 D. de O. N. N. 39, 1. — L. 15 §. 1 cit. D. quod vi. 43, 24 erstreckt

L. 15 §. 7 eod.:

(*Ulpian.* lib. 71. ad ed.) Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum [non *ins.*] esse. officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset. ²⁸⁾

L. 81 D. de V. S. 50, 16:

(*Paul.* lib. 10. ad Plautium.) Cum praetor dicat, „ut opus factum restituatur,“ etiam damnum datum actor

die Haftung des an dem opus seines Pächters nicht beteiligten Verpächters auf die Cession einer ihm deswegen gegen erstern etwa zuständigen Klage; auch diese Cession gehört also zum restituere.

- 28) Hiervon sind weitere Ausführungen enthalten in: l. 4 §. 2 D. de a. et a. pl. a. 39, 3. (*Ulp.* lib. 53. ad ed.): Idem *Julianus* scribit aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse, idcircoque, si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius quam patientiam praestare debere, colonum autem interdicto Quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis et damnum, si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum etc. §. 3 eod. (S. oben §. 1836 Biffer 33 S. 188 f. N. 12a). l. 11 §. 4 D. quod vi. 43, 24 (daf. S. 188). l. 14 eod. cit. (*Julian.* lib. 68. dig.): Nam et si servus meus ignorante me opus fecerit, eumque vendidero vel manumisero, mecum in hoc solum agi poterit, ut patiar opus tolli, cum emptore autem servi, ut aut noxae dedat aut impensam, quae in restitutione facta fuerit, praestet: sed et cum ipso manumisso recte agi poterit. l. 7 §. 8 eod. (*Ulp.* lib. 71. ad ed.): Praeterea si fossam feceris in silva publica, et bos meus in eam inciderit, agere possum hoc interdicto, quia in publico factum est.

consequi debet: nam verbo „restitutionis“ omnis utilitas actoris continetur.

Schmidt²⁹⁾ nimmt für ein einzelnes Interdict, nämlich für das fraudatorium, noch eine dritte Bedeutung des restituere an. Von der Ansicht ausgehend, das genannte Interdict finde, wie die actio Pauliana,³⁰⁾ auch gegen denjenigen statt, welcher als conscius fraudis zur Verführung der Gläubiger seines Gläubigers von diesem Schulderlaß erhalten habe, gelangt er zu der Schlussfolgerung, in diesem Falle umfasse das „restituas“ des Interdicts auch die Wiederherstellung der aufgehobenen Obligation. In der That jedoch geht das Interdict lediglich auf die Wiedererlangung körperlicher Sachen, welche in fraudem creditorum veräußert worden sind: nur solche sind verstanden unter den bona, quibus de agitur,³¹⁾ denn nur auf solche bezieht sich die den Gläubigern kraft der missio in bona erteilte Befugniß der custodia et observantia;³²⁾ zu diesen bona sollen eben die zur Verführung der Gläubiger veräußerten körperlichen Sachen wieder herbeigebracht werden.³³⁾ Das restituas unseres Interdicts

29) A. a. D. C. 46 f.

30) L. 10 §§. 14. 22 sq. D. quae in fraud. cred. 42, 8.

31) L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8, wo die Worte „ea re,“ welche die Florentina zwischen „de“ und „agitur“ giebt, als verdorbene Lesart zu streichen sind. Vgl. L. 10 cit. §. 9. l. 25 §. 4 eod. Venel ed. perp. §. 268 C. 398 N. 10. Eine Vermuthung darüber, wie sie an diese Stelle gekommen sind, s. oben §. 1835 a Ziffer 29 N. 51 C. 167.

32) l. 3 §. 23 D. de a. p. 41, 2. l. 1 pr. D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4. Cic. pro Quint. 27, 84. 29, 89.

33) v. Schey zur Geschichte der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium in Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 13 C. 162 ff. vbb. mit C. 139. C. auch v. Beth-

hat also keine weitere Bedeutung, als diejenige der Herausgabe einer körperlichen Sache.

36. Die exhibitorischen Interdicte³⁴⁾ enthalten den Befehl: exhibeas. Von den im Edicte proponirten bezieht sich, soviel wir sehen, nur Eines auf die Exhibition von Sachen, nämlich das interdictum de tabulis exhibendis; alle übrigen befehlen die Exhibition freier Menschen. Es sind dies die interdicta de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis, de liberto exhibendo. Bei der letztern Classe lautet der Befehl schlechthin: exhibeas,^{34a)} während beim erstgenannten Interdicte mit den Worten „illi exhibeas“ die Exhibition an den Kläger anbefohlen wird.^{34b)}

Der Begriff des exhibere wird uns erläutert für dieses Interdict und bei dem interdictum de homine libero exhibendo.

Hinsichtlich des erstern sagt l. 3 §§. 8 sq. D. de tab. exh. 43, 5 (*Ulpian.* lib. 68. ad ed.):

Quid sit exhibere, videamus. exhibere hoc est materiae ipsius adprehendendae copiam facere. §. 9: Exhibere autem apud praetorem oportet etc.³⁵⁾

Hinsichtlich des andern sagt l. 3 §. 8 D. de hom. lib. exhib. 43, 29 (*Ulpian.* lib. 71. ad ed.):

— exhibere est in publicum producere et videndi

mann-Hollweg der römische Civilprozeß Bd. 2 S. 356 zu N. 55 und S. 357 nach N. 62.

34) S. Schmidt a. a. D. S. 47 ff.

34^{a)} L. 1 pr. D. de hom. lib. exh. 43, 29. l. 1 pr. D. de lib. exh. 43, 30.

34^{b)} L. 1 pr. D. de tab. exh. 43, 5.

35) Bgl. l. 2 D. ad exhib. 10, 4 (Paul. lib. 21. ad ed.): Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. Dazu Demelius die Exhibitionspflicht S. 231.

tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere.

Im Sinne der hier voranstehenden Erklärung müssen wir das exhibere auch bei den Interdicten de liberis exhibendis ³⁶⁾ und de liberto exhibendo verstehen: im Gegensatze zu dem auf das interdictum de homine libero exhibendo ausschließlich, proprie, bezüglichen Schlußsage beansprucht die zuerst angegebene Bedeutung des exhibere offenbar allgemeine Geltung für die Exhibition von Personen. ³⁷⁾

Exhibere bedeutet also bei den exhibitorischen Interdicten: die Sache oder die Person, um welche es sich handelt, vor Gericht so vorlegen oder vorstellen, daß der Kläger sich in der Lage befindet, jene Sache oder Person sümlich wahrzunehmen. ³⁸⁾

37. Die Fassung des Verbotes bei den prohibitorischen Interdicten ³⁹⁾ ist verschieden. Bei der überwiegenden Mehrzahl lautet dasselbe: vim fieri veto; ⁴⁰⁾ bei den

36) Mit Recht bemerkt Schmidt a. a. D. S. 49 N. 27, daß es nur eine nachlässige Ausdrucksweise Ulpian's oder ein Fehler der Abschreiber sei, wenn es in l. 1 §. 2 D. de lib. exh. 43, 30 heißt: — omnimodo restituendum putavit [sc. praetor], si in potestate est. Demelius a. a. D. S. 246 N. 3.

37) Demelius a. a. D. S. 242 N. 3.

38) Ueber die Gleichartigkeit dieses exhibere mit demjenigen der actio ad exhibendum vgl. Demelius a. a. D. §. 12 S. 52 ff. vbb. mit §. 47 S. 231, §. 48 S. 242 zu N. 3, §. 49 S. 244, §. 50 S. 249 zu N. 1. — Ueber den Unterschied von restituere und exhibere s. l. 22 D. de V. S. 50, 16.

39) S. Schmidt a. a. D. S. 49 ff.

40) So bei den interdicta de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando (Benel §. 236), Ut via publica ire agere liceat (Benel §. 238), de loco publico fruendo

interdicta, Ne quid in loco sacro fiat, Ne quid in via publica fiat, und Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, lautet es: facere — immittere — veto; ⁴¹⁾ bei den interdicta, Ne quid in loco publico fiat, und Ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur, noch einfacher: ne facias — immittas; ⁴²⁾ und nur mittelbar endlich ist es ausgesprochen in dem interdictum de remissionibus: Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat. ⁴³⁾

Die Bedeutung der drei letzten Fassungen leuchtet unmittelbar ein: kraft derselben wird dem Interdictenbesagten eine gewisse Handlungsweise verboten, ohne daß es auf die Richtung dieser Handlungsweise gegen eine von dem Interdictenkläger beabsichtigte Handlung oder demselben zu-

(*Q. §. 239*), de via publica reficienda (*Q. §. 240*), Ut in flumine publico navigare liceat (*Q. §. 243*), de ripa munienda (*Q. §. 244*), Uti possidetis (*Q. §. 247* unter 1), secundarium adversus non possidentem (das. unter 1 Nr. 5), de superficibus (*Q. §. 249*), de itinere actuque privato (*Q. §. 250* unter 1), de itinere actuque privato reficiendo (das. unter 2), de aqua cottidiana, aestiva, ex castello duenda (*Q. §. 251*), de rivis (*Q. §. 252*), de fonte, de fonte reficiendo (*Q. §. 253*), de cloaca privata (*Q. §. 254*), Ne vis fiat aedificanti (*Q. §. 257* unter 3), de arboribus caedendis (*Q. §. 259*), de glande legenda (*Q. §. 260*), de liberis ducendis (*Q. §. 262*), Utrubi (*Q. §. 264*), de migrando (*Q. §. 265*), vermuthlich auch beim Salvianum (*Q. §. 266* *S.* 394 zu Nr. 2).

41) *Benel a. a. D. §. 235, §. 237* unter 2 und *§. 242* unter 1.

42) *Benel a. a. D. §. 237* unter 1 und *§. 241* unter 1.

43) *Benel a. a. D. §. 257* unter 1. *Burdhard* in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 *Wb. 1.* Ziffer 49 *S.* 297 ff. — *Schmidt a. a. D. S.* 49 f. nimmt auf diese Fassung keine Rücksicht.

ständige Verfügung ankommt. ⁴⁴⁾ Die Fassung: *vim fieri veto* — dagegen untersagt eine gewisse Handlungsweise gerade insofern, als sie eine *vis* gegenüber einer gewissen vom Kläger beabsichtigten Handlung oder einer demselben zuständigen Verfügung enthält. ^{44a)}

Als *vis* aber gilt in diesem Zusammenhange anerkanntermaßen nicht blos eine Vergewaltigung des Gegners oder seines Vertreters, sondern ebensowohl jede Handlung, wodurch jener in der Vornahme der von ihm beabsichtigten Handlung oder in der Ausübung der ihm zuständigen Verfügung behindert oder gestört wird, mag dies der unmittelbare Zweck der Handlung des Beklagten sein, oder mag jene Behinderung oder Störung nur als mittelbare, vielleicht sogar nur als unwillkürliche Folge dieser Handlung sich ergeben.

Eine unmittelbare Behinderung des Klägers als eine durch das *Interdict* untersagte *vis* bezeugen u. a.

l. 15 D. ad exhib. 10, 4 (*Pomp.* lib. 18. ad Sab.):

— non esse autem iniquum, iuranti mihi, non calumniae causa id postulare, vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, *ne vim facias*

44) Schmidt a. a. D. S. 49 f. umschreibt die hierher gehörigen Verbote: „unterlasse etwas, was du in deinem eigenen Interesse vorzunehmen etwa die Absicht hast.“ Hierbei könnte die Erwähnung des eignen Interesse mißverstanden werden, während es doch wohl unbestritten ist, daß z. B. das *interdictum*, *Ne quid in loco publico fiat*, auch dann stattfindet, wenn die dem Kläger nachtheilige Handlung ohne jedes Vermögensinteresse des Beklagten vorgenommen wird, etwa im Spiele, aus Uebermuth. Und ebenso wird es sich mit den übrigen *Interdicten* der fraglichen Classe verhalten.

44^a) Vgl. unten §. 1837 Biffer 63 zu R. 78.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 205

mibi, quo minus eum thensaurum effodiam, tollam, exportem etc.

l. 52 §. 1 D. de a. p. 41, 2 (*Venuleius* lib. 1. interd.):

Eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque prohiberi manifestum est. ⁴⁵⁾

l. 3 §. 2 D. uti poss. 43, 17. (*Ulp.* lib. 69. ad ed.):

Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. ⁴⁶⁾

l. 14 D. de iniur. 47, 10 (*Paul.* lib. 13. ad Plaut.):

Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, Uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere etc.

l. 3 §. 5 D. de it. actuq. priv. 43, 19 (*Ulp.* lib. 70. ad ed.):

— sive forte ab extraneo fructuarius prohibeatur (sc. ire), sive etiam a domino, sed et si dominus a fructuario, competet: nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit.

l. 1 §. 15 D. de aq. cott. 43, 20 (*Ulp.* lib. 70. ad. ed.):

— si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit ducere, impune ei *vis fiet*.

§. 17 eod. Item quaeritur, si quis aquae, quam hoc anno ducebat, aliam aquam admiscuerit, an im-

45) L. 52 cit. §. 2 (unten §. 1838 c Ziffer 94 N. 22).

46) L. 3 cit. §. 3 (unten §. 1836 c Ziffer 55 zu N. 22)
§. 4 (unten §. 1837 Ziffer 64 zu N. 83). S. auch l. 11
D. unde vi 43, 16 (unten S. 209 f.).

pune prohibeatur . et extat *Ofili* 47) sententia existimantis, recte eum prohiberi, sed eo loci, in quo primum aquam aliam in rivum admittit: et 48) *Ofilius* in tota aqua recte eum prohiberi ait. ego *Ofilio* adsentio, non posse dividi, quia non potest ita in parte *vis fieri*, ut non in tota aqua fiat.

§. 18 eod. *Trebatius*, cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appellere, posse universum pecus impune prohiberi, quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeatur, totum corrumpat pecoris adpulsus. *Marcellus* autem ait, si quis ius habens pecoris ad aquam appellendi plura pecora adpulerit, non in omnibus pecoribus eum

47) *Immo Servii vel alius cuiusdam ex antiquis* (Gothofredus) M.

48) *at scrib. M. M. C.* beruht dieser Aenderungsvorschlag gleich dem in N. 47 mitgetheilten auf Mißverständniß. In dem erwähnten Gutachten sagt *Ofilius*, die Wasserdurchleitung dürfe (von unten herauf) verhindert werden bis zu derjenigen Stelle des Gerinnes (rivus) hin, an welcher anderes Wasser, als das im letzten Jahre durchgeleitete, eingeführt werde, und zwar dürfe von dieser Stelle abwärts die Durchleitung der gesammten Wassermenge verhindert werden, d. h. sowohl derjenigen Menge, welche erst neuerdings in das Gerinne eingeführt, als auch derjenigen, welche bereits im letzten Jahre durchgeleitet worden sei: es lasse sich nämlich thatsächlich nicht bewirken, daß bloß die erstere zurückgehalten werde. Nach jenen Aenderungsvorschlägen würden *Ofilius* und *Ulpian* im Gegensatz zu dem erst erwähnten Gutachten die Hinderung der Wasserdurchleitung auch in demjenigen Theile des Gerinnes gestatten, der oberhalb der Stelle liegt, an welcher das andere Wasser eingeführt wird: offenbar ganz willkürlich und nicht im Einklange mit der Begründung.

prohibendum: quod est verum, quia pecora separari possunt.

§. 23 eod. Praeterea illud sciendum est, si, cum aquam duxisses, adversarius te prohibuerit, deinde tu interim ius aquae ducendae amiseris, in restitutionem hoc venire, ut tibi praestetur per hoc interdictum quod amisisti: et hoc verum puto.

§. 25 eod. Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non. idcircoque is ⁴⁹⁾ tenetur interdicto: nam et si ⁵⁰⁾ servitus coepit adversus quemvis posse vindicari. ⁵¹⁾

l. 1 §. 11 D. de riv. 43, 21 (*Ulp.* lib. 70. ad ed.):

Proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibebitur: sed et si eundem rivum deprimat vel adtollat aut dilatet vel extendat vel operiat apertum vel contra. ego ceteros quidem impune prohiberi puto: at enim eum qui ⁵²⁾ operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat.

l. 1 §. 1 D. de fonte 43, 22 (*Ulp.* lib. 70. ad ed.):

Hoc interdictum proponitur ei, qui fontana aqua uti prohibetur etc.

49) Idcirco quivis *Best.*

50) Si *del. M.*, ähnlich *Best.*

51) Beiläufig bemerkt enthält der Schlußsatz einen Beleg dafür, daß im Legisactionenverfahren die confessoria nur statthaft war gegenüber der contravindicatio sei es eines andern Servitutenprätendenten, sei es des negatorisch klagenden Eigenthümers der angeblich dienenden Sache.

52) cum quis *scr. M.*

§. 2 eod. Hoc autem interdictum locum habet, si quis uti prohibeatur aqua, hoc est sive haurire prohibeatur sive etiam pecus ad aquam appellere.

l. 1 §. 9 D. de cloac. 43, 23 (*Ulp.* lib. 71. ad ed.):

Idem *Labeo* etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei *vis fiat*. sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum, *Pomponius* scribit.⁵³⁾

Als bloße Folge eines nicht unmittelbar auf die Behinderung des Interdictenklägers an der von ihm beabsichtigten oder innerhalb seiner Befugniß liegenden Handlung gerichteten Handelns des Beflagten erscheint die vis u. a. in

l. 8 §. 5 D. si serv. 8, 5 (*Ulp.* lib. 17. ad ed.):

— dicit igitur *Aristo* eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur *Aristo* probare. sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

l. 5 §. 10 i. f. D. de O. N. N. 39, 1 (*Ulp.* lib. 52. ad ed.):

— et si forte in nostro aliquid facere perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum Quod vi aut clam aut Uti possidetis uti.

l. 4 pr. D. de it. actuq. priv. 43, 19 (*Venuleius* lib. 1. interd.):

53) Sed et Pomponius scribit, si quis velit . . . non esse eum impediendum *scr. M.*

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 209

Veteres nominatim adiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, adportanti *vis non ferret*: quod supervacuum est, quoniam qui adportari non patitur ea, sine quibus refici iter non possit, *vim facere videtur*, quo minus reficiatur.

l. 1 §. 5 D. de fonte. 43, 22 (*Ulp.* lib. 70. ad ed.):

Plane si quis ire ad haustum prohibeatur, aequè interdictum sufficiet. ^{53a)}

Beide Arten der vis betreffen u. a.

Theophil. ad §. 1 J. de interd. 4, 15 (ed. Reitz):
Καὶ prohibitoria μὲν ἐστίν, ἐν οἷς κωλύει (sc. praetor) *τι γίνεσθαι οἶον, ἠπειλεί τις ἐπιέναι καὶ τὴν οὖσαν παρ' ἐμοὶ διαταράττειν νομῆν' προσῆλθον ἐγὼ τῷ πρᾶτωρι, τὴν τοῦ ἀντιδίκου διηγούμενος ἀπειλήν, εἶπον δὲ ἑμαυτὸν ἀνεπιλήπτως νέμεσθαι καὶ ἀπεφῆνατο ὁ πρᾶτωρ οὕτως λέγων, Sine vitio possidenti vim fieri veto τουτέστι, τῷ νεμομένῳ δίχα ἐλαττώματος βίαν γίνεσθαι κωλύω. Ἡ καὶ ἐστ' ὅτε τις ἠβούλετο λείψανον, αὐτῷ διαφέρειν, εἰσαγαγεῖν καὶ ἀποθέσθαι ἐν τῷ τόπῳ, ἔνθα δίκαιον ἦν αὐτῷ ἀποτιθεσθαι· δοθήσεται αὐτῷ προῖβιτόριον ἰντέρδικτον κατὰ τοῦ βουλευμένου ἐπέχειν αὐτόν. κτλ.*

l. 1 cit. §. 1 D. de mort. inf. 11, 8:

Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur inferre: prohiberi autem inferre videtur, sive in locum inferre prohibeatur, sive itinere arceatur.

l. 11 D. unde vi 43, 16 (*Pomp.* lib. 6. ex Plautio):
Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo

53*) Ἐ. αὐτῆς l. 1 §§. 8. 10 D. de mort. inf. 11, 8 (unten §. 1837 Biffer 63 nach R. 79).

sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. ⁵⁴⁾

38. Fraglich bleibt es, ob und inwieweit etwa eine interdictswidrige vis bloß in Worten oder durch symbolische Handlung erfolgen könne.

In bloßen Worten ließe sich eine vis adversus edictum facta in dreifacher Weise denken: erstens in einem wörtlichen Bestreiten der vom Interdictenkläger beanspruchten Befugniß als solcher; zweitens in einem Untersagen der von demselben beabsichtigten oder ihm gemäß der beanspruchten Befugniß zuständigen Handlungen; drittens endlich darin, daß der Interdictenbeklagte sich selbst bloß wörtlich eine Befugniß anmaßt, welche die vom Interdictenkläger beanspruchte Befugniß ausschließen würde.

Die Quellen lassen uns, soviel ich sehe, hinsichtlich aller dieser Möglichkeiten ohne unmittelbare Auskunft; wir werden also versuchen müssen, solche durch Schlußfolgerung zu gewinnen.

Was nun zunächst das bloß wörtliche Bestreiten der Klägerischerseits zu einem gewissen Handeln beanspruchten Befugniß als solcher betrifft, so möchte man vielleicht geneigt sein zu unterscheiden, je nachdem, ob jene Befugniß eben nur in dem Erlaubtsein derjenigen einzelnen Handlungen besteht, deren Vornahme durch das Verbot der vis geschützt werden soll, — oder ob sie sich als Ausdruck eines subjectiven Rechtes darstellt, dessen Sicherung dieses Verbot bezweckt.

54) Vgl. über die Aufnahme dieser Stelle in den Titel unde vi v. Savigny Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 401 f. N. 4, anderseits Bruns der ältere Besitz in Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4 S. 49 ff., aber auch Besitzklagen S. 30.

Es dürfte nämlich ohne weiteres einleuchten, daß im erstern Falle das bloß wörtliche Bestreiten des Erlaubtseins einer vom Kläger beabsichtigten einzelnen Handlung vis adversus edictum facta nicht sein kann: trotz jenem Bestreiten behält diese Handlung, welche ja thatsächlich jetzt genau ebenso wohl möglich bleibt, wie vorher, völlig die gleiche Erlaubtheit, wie zuvor; sie wird n. a. W. in keiner Weise behindert oder gestört. Oder um das Verhältniß durch ein Beispiel zu veranschaulichen: die bloße Behauptung des mit dem interdictum de via publica reficienda Belangten, es sei die vom Kläger beabsichtigte Reparatur des öffentlichen Weges eine unstatthafte, bewirkt durchaus nicht, quo minus illi viam publicam aperire reficere liceat.^{54*)} Eben dieses aber müßte der Fall sein, wenn das Verbot der vis zutreffen sollte.

Dagegen könnte es scheinen, als ob in der That eine vis schon darin läge, daß der Beklagte bloß mit Worten gegenüber dem interdictum de mortuo inferendo das Begräbnißrecht des Klägers, gegenüber dem interdictum de loco publico fruendo dessen Pachtberechtigung, gegenüber dem Uti possidetis den fehlerfreien juristischen Besitz des Gegners bestreitet. Und doch würde dies sicherlich irrig sein! Trotz dem Leugnen des klägerischen Begräbnißrechtes wird Kläger nicht im geringsten daran gehindert, die Beerdigung vorzunehmen; ungeachtet der Verneinung seines Pachtverhältnisses bleibt er im ungeminderten Fruchtbezuge; und wie entschieden auch immer der Gegner behauptet, die wirklich fehlerfrei besitzende andere Partei habe juristischen Besitz nicht, oder habe denselben fehlerhaft von ihm erworben: dadurch wird nicht bewirkt, quo minus ille ita pos-

54*) S. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 471 f. Bruns Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 390 N. 156 (fl. Schr. Bd. 1 S. 354).

sideat, uti possidet. — In einem bloß wörtlichen Bestreiten der klägerischerseits beanspruchten Befugniß läßt sich also in keinem Falle eine vis adversus edictum facta erblicken.

Zu unterscheiden dagegen ist bei dem Untersagen der vom Kläger beabsichtigten oder ihm gemäß der beanspruchten Befugniß zuständigen Handlungen. Es kommt darauf an, ob jenes Untersagen dem Kläger Nachtheil bringt: wo dies der Fall ist, da enthält dasselbe ohne Zweifel eine vis adversus edictum facta. So aber verhält es sich bei denjenigen Interdicten, welche den Besitz einer servitus discontinua voraussetzen: jede vor der Rücknahme des generischen Verbotes vorgenommene Ausübungshandlung ist als solche vitios, mithin der rechtlichen Vortheile bar, welche eine fehlerfreie Ausübungshandlung gewähren würde, also namentlich nicht imstande, dem untersagenden Gegner gegenüber die Ersetzung der Servitut oder den Anspruch auf Schutz in ihrer ferneren Ausübung zu begründen.⁵⁵⁾ Nicht minder begründet das Verbot eines opus in solo gegenüber einem Andern, als dem im Besitze des Grundstücks befindlichen Eigenthümer desselben, meist das interdictum Quod vi, sofern dieses opus trotzdem geschieht. Soweit dagegen ausnahmsweis ein Verbot in dieser Hinsicht wirkungslos bleibt, z. B. gegenüber dem Besitzer einer servitus aquaeductus hinsichtlich der Reinigung und Ausbesserung der Leitung,⁵⁶⁾ oder gegenüber demjenigen, der eine von seinem Hause ausgehende Privatcloake reinigen oder ausbessern will,⁵⁷⁾ kann das bloß wörtliche Untersagen der betreffenden Handlung als vis adversus edictum facta nicht gelten. Auch l. 5 §. 11 D. de O. N. N. 39, 1:

55) C. Windscheid Pand. Bd. 1 §. 213 R. 5. §. 164 R. 5 und vor R. 11.

56) L. 3 §. 8 D. de riv. 43, 21.

57) L. 1 §. 13 D. de cloac. 43, 23.

(Ulp. lib. 52. ad ed.) Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito **prohibetur**, cum publicae salutis et securitatis intersit et cloacas et rivos purgare —

meint nur die Wirkungslosigkeit der nuntiatio in diesem Falle. ^{57a)})

In der bloß wörtlichen Annahme einer Befugniß endlich, welche die vom Interdictenkläger beanspruchte Befugniß ausschließen würde, liegt an sich ebenso wenig eine vis adversus edictum, als in dem einfachen Bestreiten der klägerischen Befugniß. Allein indem der Beklagte sich selbst eine entgegenstehende Befugniß beilegt, wird er zwar nicht nothwendig, aber doch sehr häufig, wenn schon nur mittelbar, die Vornahme solcher Handlungen untersagen, worin die Ausübung der, von ihm kraft der Behauptung seiner eignen Befugniß zugleich bestrittenen, klägerischen Befugniß liegen würde. Und insofern nun gemäß der vorstehenden Erörterungen das Verbot derartiger Ausübungshandlung eine vis adversus edictum enthält, findet demnach auch hier eine solche statt.

Eine symbolische Handlung ist ohne Zweifel als vis adversus edictum facta dann zu betrachten, wenn sie gemäß der Volksanschauung als Ausdruck einer solchen Willenserklärung gilt, welche wörtlich abgegeben ihrerseits eine vis enthalten würde. Derart war der iactus lapilli, sofern er den Widerspruch wider ein begonnenes opus in solo bedeutete: ⁵⁸⁾ wo dieser Widerspruch überhaupt als interdictswidrige vis erscheint, da that er dies auch dann, wenn er lediglich mittels des iactus geäußert worden war. Und ähnlich wird bei uns das wörtliche Verbot, einen

57a) Bgl. l. 5 cit. §. 12.

58) L. 1 §. 6. l. 20 §. 1 D. quod vi. 43, 24. l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5. Windscheid Hand. Bd. 2 §. 465 N. 5.

Acker, eine Wiese, eine Schonung zu betreten, mannigfach ersetzt durch landesübliche Warnungszeichen, insbesondere durch f. g. Stroh- oder Hegewische. Wo daher jenes Verbot als vis adversus edictum gilt, da muß es auch das Aufstecken eines solchen Warnungszeichens thun, es wäre denn etwa dem Gegner kundgegeben, daß dieses Zeichen für ihn keine Bedeutung haben solle.

Die bloß symbolische, d. h. mit einer thatsächlichen vis nicht verbundene, Anmaßung einer Befugniß, welche die vom Gegner beanspruchte Befugniß ausschließen würde, kann, ohne dessen Zustimmung vorgenommen, gemäß dem vorhin über die wörtliche Anmaßung einer solchen Befugniß Gesagten, nur dann als vis adversus edictum facta gelten, wenn sie ein solches Verbot gegnerischer Handlungen enthält, welches an sich eine derartige vis ist.

39. Dagegen wird nahezu mit Stimmeneinhelligkeit^{58a)} angenommen, daß im classischen Rechte, wenigstens zwecks der processualischen Abwicklung des Uti possidetis, als vis adversus edictum facta ein im Einverständnis mit dem Gegner vorgenommener Act gegolten habe, welcher wenn im Ernste vorgenommen solche vis gewesen sein würde, — m. a. W. eine bloße vis imaginaria ex conventu.

Bruns, der diese Ansicht ursprünglich als Vermuthung ausgesprochen hatte,⁵⁹⁾ hat später geglaubt, deren vollständige Bestätigung in der Studemund'schen Lesung von Gai. IV, 170 zu finden.⁶⁰⁾ Jene Stelle lautet:

58*) U. M. ist m. W. nur Karlowa der römische Civilproceß zur Zeit der Legislationen S. 104, der jedoch keine weitere Begründung dafür giebt.

59) Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 45 f.

60) Besitzklagen S. 32.

Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellantur, quod secundo loco redduntur. quorum *vis et potestas* haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, *sive non possideat*, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto —

Mit Sicherheit ergibt sich aus vorstehenden Worten, daß das weitere Verfahren aus dem interdictum primum eine vis post interdictum redditum facta voraussetze.^{60a)} Es genügt also nicht, wie v. Savigny⁶¹⁾ meint, die bloße Fiction einer vis, noch auch, wie Schmidt⁶²⁾ lehrt, das nach Uebereinkunft abgelegte gerichtliche Zugeständniß der Parteien, es sei gegenseitig eine vis vorgekommen, noch endlich, wie Witte⁶³⁾ glaubt, die bestimmte

60^a) Die entgegengesetzte Meinung v. Bethmann-Hollweg's, Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik 1838 Spalte 285, der römische Civilproceß Bd. 2 S. 374 zu N. 147, und Rudorff's Zusatz Nr. 131 zu v. Savigny Recht des Besizes S. 694 f., wonach die vis „in der Implication des dem gegnerischen Besiz direct widerstrebenden Interdicts und seiner weiteren Folgen“ liegt, ist damit von selbst hinfällig.

61) Recht des Besizes §. 37 Aufl. 7. S. 398 f.

62) Interdictenverfahren S. 55; zustimmend Witte, das Interdictum Uti possidetis S. 55. Vgl. unten Biffer 44 zu N. 41.

63) A. a. O. S. 55 f.

Erklärung, dem Gegner nicht weichen, die ausgesprochene Absicht, ihm die tatsächliche Herrschaft über die Sache nicht überlassen zu wollen. Und indem unsere Stelle ausdrücklich zwischen dem vim facere und dem fructus liceri unterscheidet, widerlegt sie auch die Ausführung Kellers,⁶⁴⁾ wonach die vis adversus edictum facta gerade in der fructus licitatio erblickt worden wäre.

Nicht besser stimmt zu der von Gaius angegebenen Reihenfolge der cetera ex interdicto, nämlich 1) vim facere, 2) fructus liceri, 3) fructus licitationis satis dare, 4) sponsiones facere, 5) sponzionum iudicia accipere — die Ansicht Rappeynes van de Coppello⁶⁵⁾, das vim facere adversus edictum praetoris sei beim primären Interdict erst durch die Bornahme der litis contestatio aus den Sponzionen vollzogen worden und habe bestanden in dem Versuche, den Besitz, auf den man nach der Erklärung des Prätors keinen Anspruch gehabt, nichtsdestoweniger dem Gegner beim iudex sponzionum abzugewinnen. Auch bezeichnen unsere Quellen den erfolglosen Versuch, einen Anspruch im Wege Rechtsens durchzusetzen, nirgends als vim facere.⁶⁶⁾ Erblickt gleichwohl Rappeyne eine wesentliche Stütze seiner Ansicht in dem pönalen Charakter

64) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 317 ff.

65) Abhandlungen zum Römischen Staats- und Privatrecht. Nach dem Holländischen. Mit Vorwort von Dr. Max Conrat (Cohn). Stuttgart 1885 S. 125 ff. namentlich S. 128.

66) Eigner Zeitschrift der Savigny-Stiftung roman. Abth. Bd. 21 S. 169. 173 f. — Der Versuch Th. Mommsens, in c. LXI der lex coloniae Genetivae tab. 1 col. 3 v. 6 das: Si quis in eo vim dicit ast eius vincitur — von unrechtmäßigem Auftreten als vindex zu deuten, ist widerlegt von Brunns Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 394 ff. — S. auch unten.

jener Sponsionen, so ist er doch jede Auskunft darüber schuldig geblieben, wie er sich die Fassung von Sponsionen denkt, welche erst kraft der Litiscontestatio aus ihnen selbst hätten verfallen sollen: so viel wir zu sehen vermögen, setzt die Litiscontestatio auf ein *adversarium dare oportere* den Eintritt der Bedingung für eben dieses *dare oportere* unerlässlich voraus, kann also schlechterdings nicht selbst erst den Eintritt jener Bedingung bilden. Uebrigens wissen wir ja ganz sicher, daß die Provocation zu jenen Sponsionen darauf lautete: *quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit*; ⁶⁶⁾ danach wird bei deren Eingehung die edictswidrige *vis* als bereits geschehen vorgestellt: es ist mithin völlig ausgeschlossen, daß erst die *litis contestatio* aus ihnen jene *vis* enthalte.

Weiter jedoch spricht sich Gaius über die zum Fortgange des Verfahrens aus dem *interdictum primum* erforderliche gegenseitige *vis* jedenfalls nicht ausdrücklich aus; er sagt nicht einmal, daß hierzu *vis ex conventu* genüge, geschweige, daß sie nothwendig sei. ⁶⁷⁾ Liegt nun in der That zwingender Anlaß vor, jenes oder vollends dieses aus seinen Worten zu erschließen?

Hätten freilich die Doppelsponsionen über die von jeder Partei der andern zur Last gelegte *vis adversus edictum facta* ⁶⁸⁾ in demselben Termine eingegangen werden müssen, in welchem der Prätor das *Interdictum* erteilt hatte, ⁶⁹⁾ so wäre schon aus rein formellem Grunde die

66*) Gai. IV, 166 (s. unten N. 68). — Vgl. Baron, kritische Vierteljahresschrift N. F. Bd. IX. S. 238.

67) Bruns Besitzklagen S. 35.

68) Gai. IV, 166: *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit. cf. eod. §. 141.*

69) Es scheint dies die, freilich nicht unmittelbar ausgesprochene, Voraussetzung der Ansicht Krügers kritische

Nothwendigkeit einer vis ex conventu dargethan. Allein während für jene Annahme nicht einmal der Schein eines Zeugnisses vorliegt, läßt sich vielmehr umgekehrt beweisen, daß die Sponsionen aus dem Uti possidetis dem Erlasse des Interdictes durchaus nicht sofort zu folgen brauchten.

Zunächst wird dies wenigstens höchst wahrscheinlich aus der Schlußclausel des Edicts über das Uti possidetis selbst, sofern wir deren in l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17 interpolirt überlieferte Fassung mit *Renel*⁷⁰⁾ etwa so herstellen:

neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsonem restipulationemque facere permittam.

Dem, sofern unter jener sponsio eine jede einzelne der beiden zur Fortführung des doppelseitigen Verfahrens erforderlichen Sponsionen gemeint ist,^{70a)} wird damit unzweideutig ausgesprochen, daß die Sponsionen noch statthaft sind innerhalb eines annus utilis; dieser aber kann selbstverständlich erst von derjenigen Handlung an laufen, welche in der Reihe der, zwecks Fortführung des doppelseitigen Verfahrens erforderlichen, Handlungen als letzte der Sponson vorangehen muß, — also von der fructus licitatio

Versuche im Gebiete des römischen Rechts S. 85 ff. So fassen Krügers Darstellung auch auf Bruns Besitzklagen S. 36 und Eger a. a. D. S. 169 f. S. 176. Entschieden spricht die hier zurückgewiesene Ansicht aus Meischerer Besitz und Besitzschutz S. 433, allerdings mit Beschränkung auf die Zeit des Gaius.

- 70). Ed. perp. S. 379 unter 2. S. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 17, wo die Begründung gegeben ist.
- 70a) Außerdem könnte auch die Sponson aus dem interdictum secundarium gemeint sein. S. unten §. 1838 c Ziffer 97 zu N. 71 e.

und der infolge derselben nöthigen Cautionsleistung des plus licitans. ^{70b)}

Seine volle Bestätigung aber wird dies durch den an späterer Stelle ^{70c)} folgenden Nachweis erhalten, daß das agere ex interdicto per sponsionem ganz unabhängig von dem Willen der Parteien stets und unvermeidlich einen mehr oder minder langen Aufschub erheischte, nämlich bis zum rerum actus: es wäre somit in der That ganz zwecklos gewesen, mittels einer vis ex conventu die Eingehung der Sponsionen in unmittelbarem zeitlichem Anschlusse an den Erlaß des Interdictes zu ermöglichen.

Einen zweiten Beleg enthält Cicero pro Caec. 16, 45:

At vero hoc quidem iam vetus et maiorum exemplo multis in rebus usitatum: cum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent, *ni adversus edictum praetoris vis facta esset.*

Ohne Zweifel bezieht sich diese Aeußerung auf die Sponzion aus einem prohibitorischen Interdicto. ⁷¹⁾ Dieses Interdict aber kann kaum ein anderes sein, als ein interdictum duplex, und zwar das Uti possidetis. Denn deutlich ist die Rede von beiderseitiger vis in Beziehung auf ein Grundstück: die eine Partei ist ad vim faciendam gekommen, nämlich eben auf das Grundstück, um dessen Besitz sie streitet, und wird ihrerseits flüchtig vor Bewaff-

70^{b)} S. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 31 a f. und §. 1838 c Ziff. 95 a. E. Vgl. Dernburg Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts S. 23 (s. unter N. 80), der jedoch irrig als den Beginn der Verjährung der Sponzion die „Gewaltansage“ bezeichnet.

70^{c)} Unten §. 1838 a Ziffer 90 nach N. 45.

71) Vgl. Gai. IV, 166 (s. oben N. 68). Schmidt Interdictenverf. S. 239 f. Bruns Besitzklagen S. 39.

neten, welche sie, wenngleich nur von weitem, erblickt. Gerade in der Besiznahme des Grundstücks durch die Bewaffneten, deren Heranrücken die ersterwähnte Partei zur Flucht veranlaßt hatte, liegt die von Cicero erörterte *vis adversus edictum facta*:^{71a)} es versteht sich also von selbst, zunächst, daß für den Fliehenden thatsächlich Ursache vorlag, in Beziehung auf das von ihm selbst zwecks Vornahme einer Besizhandlung (der *vis faciunda*) betretene Grundstück Gewalt zu befürchten, — sodann aber, und darauf kommt es gegenwärtig an, daß das drohende Anrücken und die Besiznahme des geräumten Grundstücks vonseiten eben des Gegners erfolgte, gegen welchen der Prätor bereits das *vim fieri veto* ausgesprochen hatte.⁷²⁾ Ebenso willkürlich dagegen wie unzureichend ist die Annahme Münderlohs,⁷³⁾ die fragliche Sponfion sei vor Erlaß des Interdictes eingegangen, indem sie mittels einer, in der Fassung: *ni adversus edictum praetoris vis facta esset* — noch elliptisch angedeuteten, Fiction eine vor dem Erlasse des Inter-

71^a) Vgl. l. 1 §. 29. l. 3 §. 7. D. de vi 43, 16. Paul. V, 6, 4. und dazu v. Savigny Recht des Besizes 7. Aufl. S. 344 ff.

72) Auf das *Uti possidetis* bezieht diese Stelle auch Huschke Studien S. 10 u. 17, doch ohne nähern Beweis. Witte *Interdictum Uti possidetis* S. 54 begründet die richtige Ansicht damit, daß die von Cicero angegebene Sponfion sich auf das *Unde vi* nicht beziehen könne. Für die Beziehung der Sponfion auf das *Uti possidetis* auch Pfersche *Interdicte* S. 89 f. A. M. Schmidt a. a. O. S. 240 N. 7, welcher in dem Ausdrucke „*multis in rebus*“ die Hindeutung auf ein weiteres Feld findet. Allein die beschränkte Beziehung des mitgetheilten Falles steht dessen *maiorum exemplo multis in rebus usitari* gewiß nicht entgegen.

73) *Zeitschr. der Savigny-Stift. rom. Abth. Bd. 3. S. 226 ff.*

dichts gefchehene Entziehung des Besizes der Herrschaft des erwarteten Interdictes unterwerfe. Denn auf eine derartige Sponfion hätte sich selbst ein rechtschaffener Mann schwerlich eingelassen: ein solcher würde vielmehr eine sponsio mere praeiudicialis darüber vorgezogen haben, ob Gegner oder er Besizer sei; ganz gewiß aber wäre das Ansuchen jener Sponfion zurückgewiesen worden von jemanden, der, wie die Partei in Ciceros Beispiele, mit Bewaffneten den Gegner zur Flucht nöthigen mochte.⁷⁴⁾

Raum glücklicher meint Rappheyne van de Copello,⁷⁵⁾ die Stelle ergebe nichts weiter, als daß der frühere Besizer eines Grundstücks, welcher vor einer heranziehenden Uebermacht geflüchtet ist, „bevor die Ueberwältiger das Grundstück in Besitz nahmen, den Proceß mit interdictum Uti possidetis führen und sich erfolgreich beim index sponfionum auf den Einwand des entzogenen Besizes berufen“ könne. Ja, wenn Cicero gesagt hätte: „sine dubio interdicto Uti possidetis superior esset“ oder dergleichen! Die in der That aber von ihm gebrauchten Worte, welche den edictsmäßigen Begriff der vis erläutern wollen, sind nur so zu verstehen, daß in der Besitz-

74) Vgl. unten die Ausführungen im Texte der Ziffer 44 nach N. 42, welche gegen Mündlerloh in verstärktem Maße gelten, durch dessen Bemerkungen a. a. O. Bd. 4 S. 61 (s. unten Ziffer 42 zu N. 5 ff.) jedoch um so weniger berührt werden, als bei denselben an die entscheidende Frage gar nicht gedacht zu sein scheint, nämlich: wie sich die freiwillige Uebernahme der schweren processualen Gefahr des Uti possidetis erkläre. — Gegen Mündlerlohs Ansicht s. auch Eyrer a. a. O. S. 169.

75) Abhandlungen S. 143 f. Dasselbe ist auch wohl die Meinung Mündlerlohs Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 4 S. 64 zu N. 6. Entschieden tritt Rappheyne bei Pfersche Interdicte S. 92.

nahme eines durch die Flucht des frühern Besitzers vor dem Heranrückenden besitzfrei gewordenen Grundstücks durch den Letztern eine vis adversus edictum facta liege, — keinesweges mit Rappagne dahin, daß der Flüchtling im Verfahren aus einem später erwirkten Uti possidetis gegenüber dem Eindringlinge kraft der exceptio vitiosae possessionis als gegenwärtiger Besitzer geschützt werden müsse. Dies zu berühren lag für den Redner schlechterdings kein Anlaß vor. Würde doch zudem auch die Möglichkeit der sponsio ex interdicto Uti possidetis in Rappagnes Sinne zunächst dadurch bedingt erscheinen, daß der Eindringling bei Erlass des Interdictes noch Besitzer sei; weiter davon, daß er post interdictum redditum die cetera ex interdicto nicht unterlasse: das *optime* sponsionem facere posse wäre mithin ein überaus zweifelhaftes! — Ist jedoch die Stelle in dem von uns dargelegten Sinne zu verstehen, so erweist sie, daß der Hergang, auf welchen sich die sponsiones ex interdicto bezogen, nicht in unmittelbarem zeitlichem Anschlusse an den Erlass des Interdictes stattfinden mußte.

In andrer Weise sucht Dernburg ⁷⁶⁾ mittels eines formellen Grundes die Nothwendigkeit einer vis ex conventu beim Uti possidetis darzuthun. Er erblickt im Uti possidetis das Abbild der legis actio sacramento in rem; die vis adversus edictum facta ist danach für ihn das Gegenstück zur manuum consortio, und als solches natürlich ein rein symbolischer Act. Es ist hier noch nicht der Ort, Dernburgs Ausgangspunct zu widerlegen; ⁷⁷⁾ allein selbst wenn seine Voraussetzung im allgemeinen richtig wäre, so

76) Entwicklung und Begriff u. s. w. (s. oben R. 70b) §. 4 S. 15 ff.

77) Dies wird im Commentar zu Titel 17 dieses Buches geschehen.

würde sie für den hier fraglichen Satz nichts erweisen. Oder leuchtet es nicht ohne weiteres ein, daß das *vim adversus edictum facere* im Interdictenverfahren eine wesentlich andere Stelle einnimmt, als die *manuum consortio* im Sacramentsproceß? ^{77a)} Letztere bildet, wenigstens in der uns überlieferten Gestaltung dieses Proceßes, den Beginn der eigentlichen *legis actio*, d. h. desjenigen Vorgangs, welcher auf die Auslösung der Sache im *rerum actus* und den an diese sich anschließenden Zeugenaufruf, die *litis contestatio* im ursprünglichen und eigentlichen Sinne, folgte; ⁷⁸⁾ der von v. Keller ⁷⁹⁾ so genannte Friedensbefehl des Prätors erging als Stück des Rituals der *legis actio* erst, nachdem die *manuum consortio* geschehen war; daran schloß sich die gegenseitige *provocatio sacramento* und die Bestellung des Sacraments, und endlich als Letztes die Regulirung der *vindictien*. Alles beim *Uti possidetis* ganz anders! Hier macht den Beginn, und zwar unabhängig vom *rerum actus*, der Erlaß des Interdictes, eben jenes *vim fieri veto*; das *vim adversus edictum facere*, selbstverständlich erst nach dem Verbote möglich, war, wie wir gesehen haben, durchaus nicht an den Termin des *interdictum redditum* gebunden; auf die beiderseits vorgenommene *vis* trat die *fructus licitatio* ein; die *Sponsionen* endlich fanden frühestens im nächsten *rerum actus* statt. ⁸⁰⁾ Wo bleibt da die Ähnlichkeit, der zufolge die *vis adversus edictum* eine bloß symbolische sein mußte!

77a) Vgl. auch Bruns Besitzklagen S. 36.

78) S. D. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 447 ff.

79) Röm. Civilpr. §. 14 unter b zu N. 208.

80) Es ist sehr bezeichnend, wie Dernburg auf der Grundlage der Denel'schen Restitution von l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17 v.: „*intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam*“ mit der hierin befundeten Möglichkeit des

40. Die übrigen Schriftsteller, welche die Nothwendigkeit oder mindestens die Zulässigkeit einer *vis ex conventu* beim *Uti possidetis* behaupten, gründen jene ihre Ansicht auf Erwägungen sachlichen Inhalts. Im einzelnen betreffen diese Erwägungen, wenngleich mannigfach einander berührend und durchkreuzend, folgende Punkte:

1) die *interdicta secundaria* als Zwangsmittel für die Vornahme der *cetera ex interdicto primario*;

2) die Natur der *cetera ex interdicto* als Proceßgeschäfte;

3) die bei Cicero mehrfach erwähnte *vis ex conventu* oder *deductio, quae moribus fit*, welche der *vis adversus edictum praetoris facta* beim *Uti possidetis* gleichgestellt oder doch als mit derselben verwandt betrachtet wird;

4) die Präjudicialnatur des *interdictum primarium*.

Ausschubs der Sponsionen sich abfindet. Er sagt C. 23: „Ist die Denel'sche Hypothese im Wesentlichen richtig, so ergiebt sich, daß es nicht schlechthin nothwendig war, in dem Termin, in welchem man die Gewalt angefangen hatte“ (ich verstehe: jene vermeintliche *vis ex conventu* vorgenommen hatte), „das Verfahren weiter zu führen. Man konnte sich vielmehr, nachdem die *fructus licitatio* geschehen, und dem einen Theil der interimistische Besitz auf Grund derselben zugewiesen war, den Fall überlegen. Es war nur nothwendig, daß man die Provokation zur Sponzion innerhalb eines Jahres nach der Gewaltansage vornahm. Denn diese würde wohl als der Zeitpunkt anzusehen sein, *quo primum experiendi potestas fuit.*“ — Wo bleibt da die Aehnlichkeit mit der *legis actio sacramento in rem*? Wie kam der Prätor zur Gewährung jener vermeintlichen Ueberlegungsfrist für beide Theile, da doch sein angebliches Vorbild alle einzelnen Stücke des Hergangs in Einen Termin zusammenzog? Vgl. über die Bedeutung der *l. 1 pr. i. f. cit.* unten §. 1838a Biffer 90 zu R. 47 f.

Zu 1). Den ersten Punct betont namentlich Bruns,⁸¹⁾ der übrigens einer vis ex conventu nur da stattgeben will, wo nicht beide Parteien eine reale vis vorgenommen haben. Er meint, Gai. IV, 170 cit. spreche von einer Art contumacia, wodurch die Weiterführung des Processes dolos gehindert werden solle. Der Prätor wolle die betreffenden Handlungen nicht direct erzwingen, gebe aber statt dessen die interdicta secundaria. Nun verstehe es sich jedoch von selbst, daß er wohl eine symbolische vis ex conventu anbefehlen dürfe, nicht aber eine ernstliche und wirkliche Gewalt, und daß er wohl die Verweigerung der ersten als contumacia bestrafen könne, nicht aber die der zweiten.

Es steht indessen fest, daß der Prätor kraft des Interdictes beiden Parteien jede vis, quo minus ita possideant, uti iuste altera ab altera possident, ausdrücklich verbietet. Läßt sich füglich annehmen, daß eben derselbe Prätor, und zwar auf Grund gerade seines ausdrücklichen Verbotes der vis, von beiden Parteien eine wenigstens formell verbotswidrige vis verlangt haben sollte, um dann hinterher an einer Partei eben diese, also gewissermaßen auf sein Gebot

81) Besizklagen S. 32. Beistimmend Meißner a. a. D. S. 433; Münderloh a. a. D. Bd. 3 S. 221. Bd. 4 S. 70, wo die interdicta secundaria „äußerst strenge Ungehorsamsstrafen“ genannt werden; S. 72, wo von „folgeschwerem processualischem Ungehorsam, wenn man sich weigerte, den andern Theil zu deduciren,“ die Rede ist. Als Contumacialfolge betrachtet die interdicta secundaria auch Bekker Aktionen Bd. 2 S. 54 N. 5 unter 3; als Mittel gegen den indefensus Rudorff, edict. perp. p. 219 unter 4 I und N. 1. zu Buchtas Institutionen §. 169; Demelius die Confessio S. 171. Krüger kritische Versuche S. 99 ff. redet abwechselnd von mangelnder Defension und von Contumaz.

vorgenommene, vis, weil sie zuwider jenem Verbote erfolgt sei, mit schweren Strafen zu ahnden? ⁸²⁾

Und weiter: was berechtigt Bruns den *interdicta secundaria* nur bei dolosem Unterlassen der *cetera ex interdicto* stattzugeben, oder, wie er an einer andern Stelle ⁸³⁾ sagt, „nur wenn jemand aus Chikane, um die Weiterführung des Processes zu hindern, sich weigerte“ —? Wie, wenn er sich inzwischen von der Richtigkeit des gegnerischen Anspruchs überzeugt hatte? oder wenn er wegen der hohen Proceßbußen des *interdictum primarium* wohlbegründetes Bedenken trug, auf das weitere Verfahren, jene *magna alea*, ⁸⁴⁾ sich einzulassen? Diejenige Partei, gegen welche das Interdict erwirkt wurde, hatte es ja schlechterdings nicht in der Hand, dessen Erlaß abzuwehren; war dieser aber einmal erfolgt, so stand sie bei der Duplicität des Interdicts für das weitere Verfahren dem Impetranten sachlich durchaus gleich: wie hätte man von ihr unter allen Umständen die *cetera ex interdicta* erwarten dürfen? In sehr vielen Fällen hatte sie sicherlich überhaupt nicht daran gedacht, jemals den Besitz des Streitgegenstandes zu beanspruchen, war vielmehr wegen bloßer Störung des klägerischen Besitzes belangt; und hier zweckte das gesammte Verfahren von vornherein auf nichts Weiteres ab, als auf das *interdictum secundarium*. ⁸⁵⁾ Es ist ganz unmöglich, für diese Fälle im *secundarium* ein Zwangsmittel für die *cetera ex interdicto primario* zu erblicken: jenes bedroht

82) Rappayne a. a. D. S. 121. S. 167. S. auch Meisfelder Besitz und Besitzzchutz S. 435 ff.

83) S. 35.

84) Frontin. ed. Lachm. p. 44 lin. 4 sq.

85) Vgl. Krüger a. a. D. S. 103 unten f. Exner a. a. D. S. 188 und unten §. 1836c Ziffer 56. Setzt auch Pfersche Interdicte S. 87 f.

den mit letztem Belangten mit keinerlei Nachtheil, während die Durchführung des letztern ihm überaus nachtheilig sein müßte; es ist hier also nicht einmal von der Wahl des kleinern Uebels im secundarium zu reden.⁸⁶⁾ In der That ist das secundarium nichts Anderes, als der Ausweg aus dem Labyrinth des duplex interdictum für den Fall, wo nicht beide Parteien bereit sind, dessen verschlungenen Pfad bis zu Ende zu verfolgen, — ein Ausweg, welchen der Prätor vom ersten Augenblicke an, seitdem er ein duplex interdictum aufstellte, jeder Partei nach deren freiem Verlieben öffnen mußte, sollte das Verfahren nicht in einer Sackgasse rettungslos stillstehen.^{86a)}

41. Zu 2). Von der Natur der vis adversus edictum praetoris facta als eines Proceßgeschäftes gehen Rappeneue und Exner aus.

Ersterer⁸⁷⁾ meint, die Wortverbindung bei Gai. IV, 170: qui vim non faciat aut fructus non liceatur — weise auf einen engen Zusammenhang beider Handlungen

86) Münderloh a. a. O. Bd. 4. S. 73 f. sucht für die letzteren Fälle die Anwendbarkeit der interdicta secundaria dadurch zu beseitigen, daß er den mit jenen Interdicten nach seiner Ansicht (s. oben N. 81) geahndeten Ungehorsam aus der Nichtbefolgung eines prätorischen Befehles in die Nichtbeachtung der gegnerischen Aufforderung zur vis ex conventu umwandelt: diese Aufforderung sei in den erwähnten Fällen eben unterblieben. Allein die Nichtbeachtung einer Aufforderung des Gegners gehört bei den Römern so wenig unter den Begriff der contumacia, als Gai. IV, 170 es gestattet, die interdicta secundaria in irgend einem Falle für unanwendbar zu halten, in welchem eine Partei die cetera ex interdicto primario unterläßt.

86a) S. unten §. 1836 c Ziffer 54.

87) Abhandlungen S. 119 und 122.

hin; die kurze Mittheilung über das vim facere bringe dasselbe nicht mit den sponsiones, sondern mit der fructus licitatio in Verbindung: Gaius spreche davon sogar in einer Weise, als bildete es damit eine einzige Handlung. Befäßen wir nicht Ciceros Aeußerungen über die deductio, quae moribus fit, die vis ex conventu, so ließe sich sogar denken an eine Alternative in dem Sinne, daß, wer es vorzog, hinsichtlich des interimistischen Fruchtgenusses kein Angebot zu machen, und doch als Widerkläger bezüglich des Besitzes auftreten wollte, vor dem Prätor habe zu erkennen geben müssen, daß er den Besitz des andern aufsehte und für sich in Anspruch nehme. — Ich muß gestehen, daß mir von jenem engen Zusammenhange zwischen vim facere und fructus liceri nichts erfindlich ist: es sind eben zwei gleich nothwendig zu den cetera ex interdicto gehörige Handlungen, deren eine die unerläßliche Vorbedingung der andern ist, während diese andre, die fructus licitatio, ebenso unerläßlich wiederum dem dritten Stücke der cetera, der satis datio fructus licitationis, vorangehen muß, wie letzteres dann weiter den sponsiones, und deren Abschluß dem sponsionum iudicia accipere. Damit ist die Reihenfolge der Aufzählung von selbst und nothwendig gegeben: Gaius schreibe verwirrt, wenn er das vim facere mit den sponsiones in unmittelbarem Zusammenhang gestellt hätte. Daß er aber das erste Glied dem zweiten Gliede durch ein bloßes „aut“ anreihet, das zweite mit dem dritten dagegen durch ein „aut qui“ verbindet und das dritte dann mit dem vierten durch ein „aut si“, und endlich das vierte mit dem fünften durch ein bloßes „ve“ verknüpft, scheint mir für die Eigenthümlichkeit eines jeden einzelnen dieser Stücke und dessen engere oder entferntere Verbindung mit dem vorangehenden wie mit dem folgenden ohne jegliche Bedeutung zu sein. Uebrigens bestreitet auch Pappayne gar nicht, daß die von ihm angenommene vis ex conventu ein

außergerichtlicher Act der Parteien gewesen sei, ⁸⁸⁾ während die fructus licitatio vor dem Prätor stattfand. ⁸⁹⁾ Schon damit aber ist ein so wesentlicher Gegensatz zwischen beiden Handlungen als solchen gegeben, daß es völlig unverständlich bleibt, weshalb gemäß der Darstellung des Gaius ihr Unterschied nicht noch größer sein könnte. Zielt doch auch Pappenes Ausführung recht eigentlich darauf ab, seiner vermeintlichen vis ex conventu einen rein facultativen Charakter beizumessen, ⁹⁰⁾ während auch er die fructus licitatio, wie es freilich nicht gut anders geht, für ein unerlässliches Stück der cetera ex interdicto hält.

Erner ⁹¹⁾ begnügt sich mit dem Ausspruche, daß, wenn das vim facere nicht nur keine gerichtliche, sondern überhaupt gar keine Proceßhandlung sein, vielmehr blos factische „Besitzhandlungen“ der Parteien post interdictum redditum ⁹²⁾ bedeuten sollte, es ganz aus dem Rahmen der sonstigen cetera ex interdicto herausfallen würde, die doch sämtlich Proceßhandlungen seien. Ist das nicht die reinste petitio principii? oder ließe sich nicht mit völlig der gleichen Beweiskraft sogar folgern, daß das vim facere eine gerichtliche Handlung sein müsse? Und so steht denn auch die darauf gebaute Behauptung ⁹³⁾ ganz und gar in der Luft, daß „keine Riß in dem klaren Gefüge der Sätze des Gaius Raum biete für die Alternative einer anderen (realen) Gewalt an Stelle des technischen vim facere, für

88) A. a. D. S. 117 ff. S. 128 ff.

89) S. 122. S. 128.

90) A. a. D. S. 122. 128. Darüber unten Ziffer 42 nach N. 9.

91) Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abth. Bd. 8. S. 172.

92) Wie Karlowa der röm. Civilprozeß zur Zeit der Legislationen S. 104 annimmt.

93) Daf. S. 175.

die Annahme, daß auch ohne letzteres der Proceß aus dem primären Interdict irgendwie habe weitergeführt werden können.“ Wir müssen vielmehr jenes angebliche technische *Vim facere* bis zu seiner bessern Legitimation für ein täuschendes Nebelbild halten.

42. Zu 3). Die reale Größe, welche sich in jenem Bilde wieder spiegelt — bei den einzelnen Schriftstellern allerdings in sehr verschiedenartiger Strahlenbrechung — ist die mehrfach von Cicero erwähnte *vis ex conventu*.

Zuerst hat Karlowa ⁹⁴⁾ jene ciceronianische *vis ex conventu* oder *deductio*, *quae moribus fit*, ^{94a)} für das *Uti possidetis* unmittelbar in Anspruch genommen, aber freilich nicht als die *vis adversus edictum facta*, worauf sich die Sponsionen beziehen, also als eines der *cetera ex interdicto*, vielmehr als einen der Auswirkung des Interdicts vorangehenden Act, der einen möglichst prägnanten Ausdruck der gegenseitigen Besitzanmaßung darstellen sollte. Die Gründe für diese Beziehung der *deductio* liegen einerseits in der Rathlosigkeit darüber, dieselbe zu einer andern Klage zu beziehen, andererseits vorzugsweis in Cic. *pro Caec.* 1, 2:

Nisi forte hoc rationis habuit (sc. Aebutius), quoniam si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset, quia contra ius moremque facta sit, A. Caecinam cum amicis metu perterritum profugisse. nunc quoque in iudicio si causa more institutoque omnium defendatur, nos inferiores in agendo non futuros: sin a consuetudine recedatur, se, quo impudentius egerit, hoc superiorem discersurum.

94) Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprozeßes S. 27 ff.

94a) Sie wird erwähnt *pro Caec.* 1, 1 sq. 7, 20. 8, 22. 10, 27. 11, 32. 12, 33. 32, 95. *pro Tull.* 8, 20.

Aus jenen Worten: si facta vis esset moribus, *superior in possessione retinenda non fuisset* — nämlich gehe unzweideutig hervor, daß die deductio oder vis ex conventu die Einleitung zum Uti possidetis zwischen Caecina und Aebutius habe bilden sollen.

Nun ist es gewiß nicht zu bestreiten, daß die Ausdrücke potiorum, superiorum esse mit verschiedenem Zusatz für den Ausgang eines Besitzprocesses in der römischen Rechtsprache technische geworden sind, nämlich bei den interdicta retinendae possessionis.⁹⁵⁾ Allein daß sie sich durchaus nicht auf diese specielle Bedeutung beschränken, zeigt unsre Stelle selbst: gebraucht sie doch das „superiorem discessurum“ wie das entsprechende „inferiores in agendo“ in Beziehung auf das einseitige interdictum de vi. Und Liv. 40, 17 spricht ganz unbefangen von „causa et possessione superiorem esse,“ bezieht also den Ausdruck ebenso wohl auf den Streit um das Recht, wie auf denjenigen um den bloßen Besitz.⁹⁶⁾ Weshalb also könnte Cicero „superiorem esse in possessione retinenda“ nicht auch vom Besitzer der Streitsache bei der rei vindicatio sagen? Denn schwerlich dürfte Karlowas Behauptung das Richtige treffen, der Ausdruck „*superior in possessione retinenda non fuisset*“ deute darauf hin, daß bei dem durch die deductio vorbereiteten Verfahren das Ziel beider Parteien das *retinere* possessionem gewesen sein würde. Dies liegt ebenso wenig in den Worten, wie es zur Sache stimmt. Freilich beansprucht im Uti possidetis jede Partei

95) Nur auf diese beziehen sich die von Karlowa beigebrachten Stellen: l. 1 §. 1. l. 3 pr. §. 7 D. uti poss. 43, 17. l. 34 §. 4 D. de C. E. 18, 1. l. 11 §. 13 D. de A. E. 19, 1. Gai. IV, 150. 152. Paul. V, 6, 1. — Plaut. Stich. V, 4, 14.

96) Was übrigens Karlowa S. 33 N. 61 nicht unbemerkt läßt. — Vgl. oben §. 1835 b Ziffer 31 S. 176 f.

der andern gegenüber als Besitzer geschützt zu werden; allein streng genommen kann von *retinere possessionem* doch nur für diejenige Partei die Rede sein, welche im Augenblicke das *interdictum redditum* thatsächlich besitzt: für die andere hat das *Interdict* vielmehr recuperatorische Wirkung. Nehmen wir aber vollends im Gegensatze zu Karlowa an, daß die *deductio* dem *deducens* für die *legis actio sacramento in rem* die *Indicien* gesichert habe, ⁹⁷⁾ so möchten wir umgekehrt den Ausdruck „*superior in possessione retinenda*“ für die Stellung des *Uebutius* bei dieser Klage noch besser geeignet finden, als beim *Uti possidetis*. Denn bei letzterm entschied über die Fortdauer jenes Besitzes nicht erst der Ausgang des Verfahrens, sondern bereits die *fructus licitatio*.

Noch weniger Beweiskraft für Karlowas Ansicht kommt den übrigen Stellen der Rede *pro Caecina* zu, welche er aufführt, ⁹⁸⁾ um darzulegen, daß die sich zwischen

97) Dies kann hier nur angedeutet werden; die nähere Begründung muß dem Commentar zu Titel 17 dieses Buches vorbehalten bleiben. Einftweilen verweise ich auf meine Anzeige von *Masche* der *Freiheitsproceß* im klassischen Alterthum in den Göttingischen gelehrten Anzeigen 1888 S. 381 f.

98) S. 33 ff. Es sind 11, 33: *Quaero, sitne aliqua huius rei actio an nulla. Convocari homines propter possessionis controversiam non oportet, armari multitudinem iuris retinendi causa non convenit.* 14, 41: *Quid ais? cum de possessionis controversia et de privatorum hominum contentione iuris loquamur, tu vim negabis factam, si caedes et occisio facta non erit?* 16, 46: — *videte, ne hoc vos statuatis, qui vivus discesserit, ei vim non esse factam, ne hoc omnibus in possessionum controversiis praescribatis, ut configendum sibi et armis decertandum putent.* 47: *Hoc si ita statuatis, non modo non erit,*

Caecina und Aebutius zunächst nicht um einen Eigenthums-, sondern um einen Besitzstreit gehandelt habe. In Wahrheit deutet keine jener Stellen auf einen bereits in Aussicht genommenen Proceß: sie reden sämmtlich von einem außergerichtlichen Streite um den Besitz; ein solcher aber kann sich nicht nur auf das angeblich vorhandene Recht des Besitzes gründen, sondern ebensogut auf das angebliche Eigenthum, ^{98a}) — ja, er kann ohne jegliche Behauptung einer rechtlichen Unterlage stattfinden. Wie wenig namentlich der Gegensatz des Anspruchs auf Grund des bloßen Besitzes und desjenigen auf Grund eines definitiven Rechtes für den Redner in Betracht komme, zeigen c. 11 §. 33 und c. 14 §. 45, welche der *possessiois controversia* die *iuris retinendi causa* und die *contentio iuris* einfach zur Seite reihen. Und sicherlich ist es ebenso unhaltbar, wie willkürlich in c. 32 §. 93:

Hunc vero, qui ab iure, officio, *bonis moribus* ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa destitutum videtis, ut, qui *armatus de possessione contendisset*, inermis plane de sponsione certaret —

cur depugnare quisquam posthac possessionis causa velit, sed ne illud quidem, cur repugnare! Sin autem vim sine caede, sine vulneratione, si sanguine nullam intelligetis, statuetis homines possessionis cupidores, quam vitae, esse oportere. 27, 76: vestra auctoritate hoc constituetur, hoc praescribetur: quicum tu posthac de possessione contendes, eum si ingressum modo in praedium deieceris, restituas oportebit: sin autem ingredienti cum armata multitudine obvius fueris et ita venientem repuleris, fugaris, averteris, non restitues. 32, 93: Hunc vero, qui etc. (f. unten den Text).

98^a) Vgl. Cic. acad. prior. 43, 132. de Orat. I, 10, 41 sq. S. oben S. 178 N. 10a.

eine unverkennbare Anspielung auf die deductio, quae moribus fit, zu erblicken. Der Zusammenhang mit dem Vorangehenden wie mit dem Folgenden erhebt es über jeden Zweifel, daß der ganze mitgetheilte Satz nichts weiteres bezweckt, als mittels des in äußerster Schärfe hervorgehobenen Gegensatzes zwischen der vis armata und der vis ohne Waffen es den Geschwornen anschaulich zu machen, daß die Clausel „cum A. Caecina possederit“ nicht ohne Absicht aus dem interdictum de vi armata ausgelassen sei. Aebutius, will der Redner sagen, hat sich vergangen gegen das positive Recht (ius), gegen das besondere Verhältniß, in welchem er, etwa als Miterbe und kraft der getroffenen Vereinbarung hinsichtlich der deductio, zu Caecina stand (officium), und endlich gegen den gemeinen Anstand (boni mores), indem er mit Bewaffneten den Caecina verjagte. Eben deshalb hat er auf keine von den billigen Rücksichten Anspruch, welche dem Impetraten gegenüber dem gewöhnlichen interdictum de vi gewährt werden.

Auf einzelne Aeußerungen in den uns erhaltenen Bruchstücken der Rede pro Tullio legt Karlowa selbst⁹⁹⁾ nur geringes Gewicht. Könnte man aber in der That aus den Worten 7, 16: Est in eo agro centuria, quae Populiana nominatur, recuperatores, quae semper M. Tullii fuit, quam etiam pater possederat . . .] und 17: — neque tamen hanc centuriam Populianam vacuum tradidit [sc. Fabius Acerronio] herauslesen, daß Cicero den Besitz des Tullius nachdrücklich hervorhebe, so würde es gleichwohl völlig divinatorisch sein, daraus zu folgern, daß die von Fabius dem Tullius vorgeschlagene deductio (8, 20) einen Besitzstreit habe einleiten sollen. Rappagne¹⁰⁰⁾ meint freilich: „Wenn sich Fabius den Besitz der Parzelle

99) A. a. D. S. 48 ff.

100) A. a. D. S. 129.

zuschrieb, die seiner Meinung nach von den Leuten des Tullius hinter seinem Rücken occupirt war, und Tullius die Räumung weigerte, so lag es in der Natur der Sache, die Führung eines possessorisches Proceßes nach der Rückkehr in die Hauptstadt zu beschließen.“ Aber sollte nicht bereits Fabius gerufen haben, daß das Uti possidetis eine magna alea sei, und deshalb mit gutem Grunde dem Besitzstreite die rei vindicatio vorgezogen haben? Und würde die Hervorhebung der Thatsache, daß Tullius das streitige Grundstück besessen habe, nicht schon dadurch sich erklären, daß sie eben den Entschluß des Fabius, petitorisch zu klagen, begründete?

Parlowa¹⁾ selbst hat gefühlt, daß man eine symbolische Handlung, wie die deductio, mit dem bloß prätorischen Institute der Interdicte schlecht vereinbar finden möchte. Er sucht diesem Einwande mit der Bemerkung zu begegnen, daß, sofern die Interdicte in die Zeit des Legislationenverfahrens hinaufreichen, es nicht unglaublich erscheine, wenn auch bei einzelnen Interdicten in alter Zeit derartige Handlungen vorkommen.²⁾ Allein, wenn der

1) A. a. O. S. 28 f.

2) Als Analogie dafür wird das prätorische Verfahren ex operis novi nuntiatione angerufen, bei welchem der vorausgehende außergerichtliche Act der nuntiatio ein formaler, zu seiner Gültigkeit bestimmter Solennitäten bedürftiger, war. Aber wenn, wie nicht unwahrscheinlich ist, das Institut der operis novi nuntiatio seinen Ursprung im alten ius civile hat, so ist die Form des außergerichtlichen Nuntiationsactes eben ein Ueberrest des ältern Rechtes, den der Prätor aufnahm. Vgl. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40 Thl. 1 Biffer 2 S. 6 ff. In unserm Falle würde es sich umgekehrt um eine civile That zu einem rein prätorischen Institute handeln.

Prätor selbst derartige Handlungen für erforderlich hielt, so wäre er sicherlich Mannes genug gewesen, auch sie kraft seines Edictes anzuordnen; hielt er sie jedoch nicht für erforderlich, so würde er schwerlich geduldet haben, daß im Gegensatz zu dieser seiner Ansicht die Praxis sie so lange gleichmäßig gebot, bis sie endlich gewohnheitsrechtlich sanctionirt gewesen wären. Daß aber die deductio, quae moribus fit, ein Erzeugniß nicht des Edictes, sondern der Praxis ist, wird angesichts ihres Namens kaum bezweifelt werden dürfen.

Später ³⁾ hat Karlowa seine anfängliche Ansicht insofern geändert, als er die ursprüngliche Bestimmung der interdicta retinendae possessionis im Schutze des Besitzers gegen Beeinträchtigungen erblickt, ihre Anwendung zur Bestimmung der Partierollen für das Petitorium aber als eine künstliche Fortbildung betrachtet. Er nimmt nunmehr an, die vis ex conventu sei üblich geworden, um das Uti possidetis zu dieser weitem Function tauglich zu machen. Ganz abgesehen indessen von der Frage, ob wirklich diese Function erst eine spätere sei, ^{3a)} würde es auch damit nicht erklärt werden, wie der Prätor dazu gekommen sei, die Brauchbarmachung des von ihm geschaffenen Interdicts für dieselbe der Praxis zu überlassen, statt sie auf eigne Auctorität hin zu verfügen. Und wäre hierzu überhaupt noch eine symbolische vis nöthig gewesen? oder lag nicht in dem beiderseitigen Beanspruchten des Besitzes Grund genug, nach beiden Seiten hin ein vim fieri veto auszusprechen? ⁴⁾

Die Beziehung der deductio, quae moribus fit, auf das Uti possidetis halten, unabhängig von einander, Mänderloh und Kappeyne, fest.

3) Der röm. Civilproceß zur Zeit der Legislationen S. 102 f.

3a) Vgl. darüber einstweilen unten §. 1836 c Ziffer 56.

4) Vgl. Krüger krit. Verf. S. 87.

Der Erstere, ⁵⁾ von Karlowas Darlegung dieser Beziehung ausgehend, meint, die deductio habe, bevor das interdictum de vi bestand, dem Uti possidetis, in dessen „angeborener Natur“ ein „recuperatorischer Zweck“ nicht gelegen, „restitutorische Verwendung“ geben sollen, ⁶⁾ nämlich für den Fall, wo der zeitherige Besitzer gezögert hatte, das Interdict auszuwirken, und ihm nun der Gegner durch Occupation des Grundstücks zuvorkam (Vb. 3. S. 225). Hier habe sie jenem für das demnächst repetita die ertheilte

- 5) Zeitschrift der Savigny-Stift. rom. Abth. Vb. 3. S. 222 f. S. 225 f. S. 236 f. Vb. 4. S. 61 ff.
- 6) Als ein ähnliches Vorkommniß führt M ü n d e r l o h Vb. 3 S. 225 f. die Ertheilung des ebenfalls rein prohibitorischen interdictum de itinere actuque privato an, welche repetita die diesem Interdicte ausnahmsweis einen „rückwärts wirkenden Erfolg“ verliehen, d. h. dasselbe gegen Störungen wirksam gemacht habe, die bereits vor Erlaß des Interdicts eingetreten waren. Dies soll sich ergeben aus l. 1 §. 9 sq. D. de it. actuq. priv. 43, 19. In Wahrheit aber handelt es sich hier schlechterdings nicht um einen rückwärts wirkenden, restitutorischen, Erfolg, sondern einfach darum, daß auf Grund von Ausübungshandlungen, welche früher stattgehabt haben, als im letzten Jahre, der Impetrant durch Ertheilung des Interdicts in angegebener Fassung noch jetzt gegen Störung in künftiger Ausübung geschützt werde. S. unten §. 1838 Ziffer 86 vor N. 73. Vollends befremden muß es, wenn M ü n d e r l o h S. 226 von der Ertheilung des Interdicts repetita die sagt: „Das Charakteristische ist die Zurückdatirung, ohne welche die Wiedereinsetzung an sich noch gar nicht zum Ziele geführt hätte“; — die restitutio in integrum vollzieht sich hier ja gerade in der Ertheilung des, in seiner edictsmäßigen Form nutzlosen, Interdicts mit der Abänderung der Worte „hoc anno“ in die nach Maßgabe des Einzelfalles geeigneten; dies ist „repetita die.“

Uti possidetis die zum Siege mit diesem unerläßliche Eigenschaft des Besitzers gesichert, indem sie nunmehr als eine vis contra edictum facta gegolten habe, sofern er nur zur Zeit, wo er die deductio verlangte, den Besitz noch nicht durch Vernachlässigung verloren hatte (Bd. 3 S. 236). „Da ursprünglich alles auf freier Vereinbarung beruhte, und die Handlung vor Ertheilung des Interdicts erfolgte, so wäre nicht abzusehen, was die Parteien eigentlich wollten, wenn sie nicht die Zurückdatirung wollten.“ (Bd. 3 S. 226.) Man möchte nun vermuthen, der Occupant werde sich schwerlich auf die von ihm verlangte deductio eingelassen haben. 6*) Münderloh weiß dafür jedoch „psychologisch“ Rath. Ihn habe dazu bewogen der „nicht geringe“ Vortheil, „daß er dem drohenden realen Conflictе auswich und im ruhigen Besitze blieb, bis er das Grundstück bald infolge der fructus licitatio, bald infolge der für ihn unglücklich auslaufenden Entscheidung der Besitzfrage räumen mußte.“ (Bd. 4. S. 61.) Aus dem Ueblichen sei demnächst ein Gewohnheitsrecht geworden. Die von Cicero gebrauchte Bezeichnung „deductio, quae moribus fit,“ deute auf eine bereits bestehende rechtliche Verbindlichkeit, sich auf die angetragene deductio einzulassen. Sei eine Einigung über die deductio und deren Termin nicht zustande gekommen, so habe der Provocant einseitig den letztern anberaunt. Habe er dann den Gegner auf dem streitigen Grundstücke nicht vorgefunden, so habe er Gelegenheit gehabt, in dasselbe einzurücken und auf demselben sich festzusetzen. Habe er jedoch den Gegner dort angetroffen, welcher nun die deductio verweigerte und auch das Grundstück nicht räumte, so habe es nach Cic. pro Caec. 16, 45 nicht vieler Umstände bedurft, „um dem alten

6*) Vgl. oben Ziffer 39 S. 221 und unten Ziffer 44 nach N. 42.

Besitzer das Requisit einer erlittenen vis contra edictum zu verschaffen.“ Die von ihm erklärte Aufforderung zur Vornahme der vis ex conventu habe den rückwirkenden Erfolg des Interdictes bedingt; auf Grund jener Aufforderung habe der Prätor die eingetretene reale Depossidierung ebenso dem nachher erlassenen Interdicte unterworfen, wie er einem solchen die ausgeführte vis ex conventu zu unterwerfen gepflegt. (Bd. 4. S. 61 ff.) Darin habe also zu Ciceros Zeit der Deductionszwang gelegen. — Zur Zeit des Gaius sei diese dem Erlasse des Interdicts vorausgehende Handlung nicht mehr vorhanden gewesen; als eine solche habe sie „dem Principe der einstweiligen Fortdauer des Besitzes bei heimlicher Occupation zu einer solchen Stellung verholfen, daß zuletzt für den Interdicenten das Bedürfnis weggefallen sei, sich vor der Ertheilung des Interdictes deduciren zu lassen.“ (Bd. 4. S. 64 f.) „Da Gaius die vis ex conventu zu den cetera ex interdicto rechnet, so ist mit Sicherheit anzunehmen, daß sie zu seiner Zeit nur noch als eine dem Erlasse des Interdictes nachfolgende Handlung in Gebrauch war. Als solche wäre sie nicht unbedingt nöthig gewesen; denn post interdictum redditum kann ja der detentionslose Besitzer den Versuch machen, des Grundstücks sich wieder zu bemächtigen; und falls er hierbei vom Gegner zurückgewiesen wird, so ist er nun post interdictum redditum dejicirt. Immerhin aber ist das kein ganz vollkommener Zustand, wenn der Interdicent die von ihm angerufene richterliche Hülfe erst dadurch verdienen muß, daß er etwas unternimmt, was zwar der Theorie nach Bertheidigung des Besitzes ist, materiell jedoch an Selbsthülfe grenzt. Ungangen ist die fragliche Unvollkommenheit, wenn der Gegner sich dazu versteht, jenen zu deduciren.“ (Bd. 4. S. 70.) Wollte er das nicht, so habe er sich jetzt dem interdictum secundarium ausgesetzt.

Wir haben schon oben ^{6b)} die Grundlage dieser Ansicht widerlegt; um so weniger ist es erforderlich, die „ganz willkürliche Annahme“ einer so fundamentalen Aenderung des Instituts der *deductio moribus*, „wofür weder innere Gründe noch äußere Belege erfindlich sind,“ ⁷⁾ besonders zurückzuweisen.

Rappeyne, der, wie wir gesehen haben, das *vim facere* der *cetera ex interdicto* für eine Proceßhandlung und somit für eine technisch bezeichnete Formalität hält, ⁸⁾ meint, es sei gegenüber den Aussprüchen Ciceros unzulässig, ein gleichzeitiges Bestehen zweier Formalitäten anzunehmen, welche, alle beide mit demselben Kunstausdrucke bezeichnet, zur Einleitung des possessorisches Proceßes mit *interdictum Uti possidetis* gehört haben und dennoch ihrem Wesen und Zwecke nach verschieden gewesen sein sollen. Es müsse also das *vim facere* bei Gaius mit dem *vim facere ex conventu* bei Cicero für eines und dasselbe gelten. ⁹⁾ Man sieht, die Kraft dieser Schlussfolgerung beruht auf den beiden völlig unerwiesenen Voraussetzungen, jenes *vim facere* des *Uti possidetis* sei eine Formalität, und die *vis ex conventu* Ciceros beziehe sich auf eben dieses *Interdictum*. Allein ganz abgesehen hiervon steht Rappelynes Ansicht die sichere Thatsache entgegen, daß Ciceros *vis ex conventu* dem gerichtlichen Verfahren vorausgeht, das *vim facere* beim *Uti possidetis* nach der Darstellung des Gaius dagegen dem Erlasse des *Interdictis* erst folgt. Rappeyne versucht, diesen Gegensatz scharfsinnig zu vermitteln. „Ueber die *deductio*, eine außergerichtliche Handlung,“ sagt er, „wozu die Parteien sich in Güte verabreden mußten, übte —

6^{b)} S. 220 f.

7) Exner a. a. D. S. 172 f.

8) S. oben zu N. 87 ff. S. 227 f.

9) Abhandlungen S. 119.

der Prätor keine Aufsicht aus. Es war darum gewiß denkbar, daß die Parteien unter gegenseitiger Uebereinstimmung die beschwerliche Formalität unverrichtet ließen und bei ihrem Erscheinen vor Gericht den Prätor einstimmig ersuchten, zur fructus licitatio zugelassen zu werden. Darauf hin, daß ihm der Beweis der gehörigen deductio nicht geliefert wurde, konnte der Prätor von Amtswegen die Einwilligung zu einem Gesuche dieser Art nicht verweigern; denn wären auch mit diesem Versäumniß spätere Rechtsnachtheile im Proceß verbunden gewesen, so hätte dies die Parteien angegangen, nicht den Magistrat.“ (S. 122.)

„Wenn nach dem Erlasse des primären Interdicts die eine Partei die fructus licitatio verlangt, (so kann) der Gegner, solange nicht die deductio vollzogen ist, den Antrag als vorläufig unstatthaft bestreiten —, und — falls die eine Partei die deductio verlangt, (ist) die andere verpflichtet —, zur Vornahme derselben ihre Mitwirkung zu gewähren, oder (hat) andernfalls darauf zu verzichten —, einen eigenen Anspruch auf den Besitz zu erheben. Mehr als dies sagt Gaius nicht. Weiter kennen wir aus Cicero den außergerichtlichen Charakter der Handlung und haben daraus den Schluß gezogen, daß der Prätor, wenn die Parteien es gut fanden, ohne vorgängige deductio zur fructus licitatio zu schreiten, sich dem nicht widersetzen konnte, und die Versäumniß auf den weiteren Verlauf des Processus keinen Einfluß übte. Das Mehr schließt das Minder ein; darum werden die Parteien auch in der Wahl der Zeit ganz frei gewesen sein, und, mochte es ihnen besser passen, damit zu beginnen, die deductio nicht allein dem zweiten, sondern auch schon dem ersten Erscheinen vor dem Prätor vorausgeschickt haben. Man stellte sich dann freilich der Gefahr bloß, daß ein gehässiger und chicanöser Gegner, der sich auf sein strictes Recht berief, nach Erlaß des Interdicts es für gut hätte finden können, die Wiederholung zu

verlangen; während dies jedoch im ärgsten Fall noch nicht allzu schlimm war, hatte im übrigen niemand bei einer *Chicane* dieser Art irgend welches Interesse: denn man konnte nichts weiter damit gewinnen, als die Sache um einige Tage hinauszuziehen, und mußte vielleicht besorgen, die eigenen Freunde, welche als Zeugen mitzugehen hatten, durch ein derartiges unmanierliches Betragen zu verstimmen. Das Vertrauen, welches man einander schenkte, war nicht groß, und man konnte es leicht wagen. Die Zusage einer vor dem Erlaß des *Interdicts* vorzunehmenden *deductio* war jedoch unverbindlich und konnte darum noch im letzten Augenblick straflos zurückgezogen werden.“ (S. 128 f.) Stand es hiernach den Parteien frei, mittels der *deductio* das *vim facere* vor Erlaß des *Interdicts* vorzunehmen, so konnte darin selbstverständlich nicht diejenige *vis adversus edictum facta* liegen, welche der Prätor laut des *Interdicts* für die Zukunft verbot, und auf welche die Sponsionen lauteten. Eben deshalb ist *Rappeyne* genöthigt, letztere *vis*, wie wir bereits erwähnt haben, in der Einlassung auf die Sponsionen zu erblicken.¹⁰⁾ Daß dies unzulässig ist, haben wir gezeigt: schon damit ist *Rappeynes* Auffassung über die *deductio* der Boden entzogen. Aber auch an und für sich ist dieselbe unvereinbar mit der unzweideutigen Darstellung des *Gaius*: nach der letzteren muß das, zwecks Fortsetzung des doppelseitigen Verfahrens gebotene, *vim facere* als das erste Stück der *cetera ex interdicto* dem Erlaß des *Interdictes* folgen, während dies nach *Rappeyne* nur facultativ sein würde; für eine zweifache *vis* dagegen, deren Erforderniß sicherlich nur auf den unzweifelhaftesten Beweis hin angenommen werden dürfte, läßt *Gaius* schlechterdings keinen Raum.¹¹⁾

10) S. oben Ziffer 39 S. 216 zu N. 65 ff.

11) Vgl. *Erner a. a. O.* S. 173. — Für unkräftig dagegen

Während nun aus ähnlicher Erwägung Krüger¹²⁾ jede Beziehung der deductio, quae moribus fit, auf das Uti possidetis zurückweist, nimmt Exner¹³⁾ Wesensgleichheit der Vorgänge, welche Cicero als vim facere ex conventu schildert, mit dem an, was Gaius im Auge hat, wie schon Bruns¹⁴⁾ der Annahme nicht abgeneigt war, daß die deductio „eine besondere Art oder Anwendung“ der vis moribus oder ex conventu sei, welche er für das Uti possidetis wenigstens facultativ behauptet. Belege aber für jene vermeintliche außergerichtliche vis ex conventu bei genanntem Interdicte glaubte Bruns in zwei anderen Stellen Ciceros zu finden, nämlich in pro Caec. 16, 45 und in ad fam. 7, 13, 2. Er versteht nämlich die Worte der erstern, auch nach seiner Ansicht das Uti possidetis betreffenden, Stelle:¹⁵⁾ „cum ad vim faciendam veniretur“ von einer vis ex conventu. Sachlich billigt er also eine entschieden unhaltbare Conjectur, welche lesen will:

halte ich einen weitem Grund, welchen Exner wider Münderlohs und Kappeynes Gleichsetzung der deductio moribus mit der vermeintlichen vis ex conventu beim Uti possidetis S. 191 N. 35 vorbringt, nämlich die Einseitigkeit der deductio, wie sie besonders deutlich pro Tull. 8, 20 heraustritt: Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Denn die für das Uti possidetis freilich unerläßliche beiderseitige vis liegt auch in der deductio insofern vor, als der deducendus, um sich deduciren zu lassen, das streitige Grundstück betreten muß: ist er nun aber nicht iustus possessor, so begeht er eben damit eine vis adversus edictum. S. unten Ziffer 45 nach N. 59a.

12) Krit. Versuche S. 87.

13) Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 8 S. 190 f.

14) Besitzlagen S. 42.

15) S. dieselbe oben Ziffer 39 S. 219. Bruns a. a. O. S. 39.

„ad vim *moribus* faciundam“¹⁶⁾ indem er von der völlig willkürlichen Meinung ausgeht, das „veniretur“ bedeute „offenbar nur objectiv das beiderseitige“ d. h. wenn ich recht verstehe: ein auf Vereinbarung beruhendes, „Kommen der Parteien.“ Die als Parallele dafür angezogene Stelle aus derselben Rede c. 7 §. 20 bezeugt die Bezeichnung des beiderseitigen Kommens durch „veniretur“ sicherlich nicht; hier heißt es ja: „placuit Caecinae de amicorum sententia *constituere*, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo moribus Caecina deduceretur“ —: das Kommen beider Parteien wird also nicht durch das „veniretur“ angedeutet, sondern durch das „constituere, ut deduceretur.“¹⁷⁾ — Die zweite Stelle lautet:

Tantum metuo, ne artificium tuum tibi parum prosit.

Nam, ut audio, istic

Non ex iure manum consertum, sed magis ferro

Rem repetunt —

16) S. darüber Keller *semestria* I p. 475 n. 182.

17) Vgl. auch l. c. 11, 32: Caecinam cum ad constitutam diem tempusque venisset, ut vis ac deductio moribus fieret etc. — Münderloh a. a. O. Bd. 4. S. 62 will freilich das *constituere* unsrer Stelle gerade umgekehrt von einer einseitigen Bestimmung verstehen. Seine Belegstellen: Vellei. Paterc. hist. Rom. II, 28 (nicht 18) §. 3; Terent. Eunuch. I, 2, 125; Varro de L. L. VI, 29, de R. R. II, 5, 1; Cic. ad fam. VII, 4; Tacit. Germ. 11 beweisen dafür nichts; die beiden letzten Stellen (Quare si quod constitutum cum podagra habes, fac ut in alium diem differas — und Nec dierum numerum, ut nos, sed noctium computant, sic constituunt, sic condicunt) vielmehr das Gegentheil. Vgl. über *constituere* Gronov. Obs. I, 1. ed. Lugd. Bat. 1662 p. 14 sqq. ed. Lips. Platneri 1755 p. 12 sqq. ed. Frotcher p. 15 sq. und vor allem Brunß *Jtschr. für Rechtsgesch.* Bd. 1 S. 33 ff. (fl. Schr. I S. 225 ff.).

et tu soles ad vim faciundam adhiberi. neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: *Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris*; scio enim, te non esse procacem in lacescendo.“

Bruno¹⁸⁾ bemerkt hierüber: „Auch eine Stelle aus einem Briefe Ciceros an den Juristen Trebatius ist offenbar auf die außergerichtliche vis ex conventu zu beziehen: — ubi esses, plane nesciebam; tu soles ad vim faciundam adhiberi. Dies kann natürlich nur vis ex conventu sein. Bedeutsam ist das „soles.“ Denn wenn man Rechtsgelehrte zu der Handlung zuzuziehen pflegte, so deutet dies auf eine besondere Wichtigkeit, die man ihr beigelegt hat.“ Ausdrücklich zustimmend erklärt Exner¹⁹⁾ jenen Satz so: — „der ganze Scherz Ciceros beruht auf dem Contrast zwischen dem wirklichen Kampf der Krieger, in dessen Mitte der Freund sich jetzt befindet, und dem friedlichen Kampf der Parteien, an den er gewöhnt, und der sein alleiniger Beruf ist. Er sagt, „ich fürchte, Deine Künste werden Dir dort wenig nützen, nam, ut audio, istic non ex iure manum consortum, sed mage ferro rem repetunt. Deine Sache aber ist das ad vim faciundam adhiberi, und Du gehörst daheim nicht zu denjenigen, welche beim Interdict die Einrede zu fürchten haben, daß sie zuerst Waffengewalt gebraucht hätten; denn ich kenne Dich als einen Friedfertigen.“ Ich muß jene Auslegung mit Kappeyne²⁰⁾ „ein sonderbares Mißverständniß dieses Scherzes“ nennen. Mir scheint das: „Et tu soles (keinesweges etwa: solebas oder *domi* soles) ad vim faciundam adhiberi“ — darauf zu gehen, daß Trebatius im Gegensatze zu seinem friedlichen Berufe im Gefolge Cäsars an dessen

18) A.-a. D. S. 42 N. 1.

19) A. a. D. S. 185 N. 28.

20) A. a. D. S. 146.

Eroberungen theilnimmt. Der Schlusssatz aber dürfte einen neuen Gedanken bringen. „Uebrigens,“ sagt Cicero, „brauchst Du den Vorwurf nicht zu besorgen, welchen die bekannte Einrede im Interdicte enthält, den Vorwurf nämlich, daß Du zuerst mit Waffengewalt aufgetreten seiest; ich weiß ja, daß Du nicht muthwillig angreiffst,“ — das heißt: „Du wirst Dich sicherlich außerhalb der Gefahr halten.“ Nur zu dieser Auffassung stimmt eine ähnliche Neckerei in *ad fam.* 7, 10, 2: *Sed tu in re militari multo es cautior, quam in advocacionibus,*²¹⁾ während dieselbe Enners Auslegung geradezu widersprechen dürfte.

Der Ausdruck „*ad vim faciendam adhiberi*“ aber, welcher wesentlich das hier gerügte Mißverständniß hervorgerufen hat, ist sicher nichts Weiteres, als eine dem Kenner des Ennius leicht verständliche Anspielung auf den Schluß des von Cicero nur mit den beiden Anfangsworten angeführten Verses jenes Dichters: „*vadunt solida vi.*“²²⁾ — Uebrigens würde die Einrede: *Quod tu prior hominibus armatis non veneris* — gar nicht auf das *Uti possidetis* weisen, sondern auf das *interdictum de vi armata.*²³⁾ Schon aus diesem Grunde beweiset die Stelle nichts für Bruns.

21) Vgl. auch *das.* 17, 1: *mihī interdum piger, interdum timidus in labore militari — videbare.* 18, 1: *Tu me velim de ratione Gallici belli certiozem facias: ego enim ignavissimo cuique maximam fidem habeo.* — Ähnlich wie der Text Keller *semestria* I p. 335 sq. — Zu beachten dürfte auch hier sein, daß das Präsens: *neque est, quod — pertimescas* — gesetzt ist, nicht das Präteritum.

22) Gell. N. A. XX, 10, 4: — *sed magis ferro Rem repetunt regnumque petunt, vadunt solida vi.*

23) Keller a. a. O. p. 33c sqq. *Lenel* ed. perp. S. 375 N. 10.

Auf Cicero läßt sich demnach eine vis ex conventu für das Uti possidetis nicht stützen.

43. Zu 4.) Es ist unleugbar, daß eine jede Partei ungeachtet einer von ihr adversus edictum vorgenommenen vis bis zur Litiscontestation aus den Doppelsponsionen darüber, an adversus edictum praetoris possidenti vis facta sit, — die erforderliche Mitwirkung für den weitem Verlauf des Verfahrens ohne irgend einen andern Nachtheil versagen konnte, als daß sie nunmehr das nach Lage der Sache passende interdictum secundarium sich gefallen lassen mußte: für die vor dem Erlasse des letztern von ihr verübte vis wurde sie mit dem Uti possidetis in keiner Weise ersatzpflichtig.²⁴⁾ Nicht minder unleugbar ist es, daß die Sponsionen aus dem interdictum primum lediglich auf poena gingen,^{24a)} also eine eigentliche Ersatzleistung für eine edictswidrige vis nicht gewährten;²⁵⁾ und daß auch das iudicium secutorium, und zwar sowohl das Cascellianum, als das fructuarium, nicht auf Schadensersatz wegen derartiger vis gerichtet war.^{25a)}

Eben dieser Umstand, daß das interdictum primum nicht bezweckte, eine vis adversus edictum facta auszugleichen, läßt sich rechtfüglich als Präjudicialnatur jenes Interdictes bezeichnen: die infolge desselben eintretenden Condemnationen haben theils den Character reiner Proceßstrafen,²⁶⁾ theils ergeben sie sich aus der durch das Proceß-

24) Rappeyne Abh. S. 123 ff.

24a) Gai. IV, 166: sponsionis et restipulationis — summam poenae nomine solvere — 168: sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.

25) Rappeyne a. a. O. S. 124.

25a) Ueber den Inhalt dieser Klagen s. unten §. 1838c Ziffer 94 f.

26) Nämlich die Condemnation aus den Doppelsponsionen und aus der fructuaria stipulatio.

gefüge selbst herbeigeführten *fructus licitatio*; 27) die sachliche Entscheidung beschränkt sich auf die richterliche Feststellung, welche beider Parteien im Augenblicke des *interdictum redditum* der andern gegenüber als fehlerfreier Besitzer zu gelten habe. 28)

Hiernach erscheint es allerdings auf den ersten Blick als durchaus selbstverständlich, daß die *vis adversus edictum facta*, über welche die Sponsionen abgeschlossen wurden, und das *iudicium* erging, eine ernstlich gemeinte *vis* nicht habe sein können. 29) Gleichwohl würde diese Schlußfolgerung nur dann zutreffen, wenn mit jener Präjudicialnatur des *Uti possidetis* die Möglichkeit der erforderlichen Gemugthuung für den durch eine reale *vis adversus edictum facta* etwa angerichteten Schaden unvereinbar wäre. Das aber ist keinesweges der Fall. Ausnahmslos bietet die von dem Beschädigten provocirte Sponzion ihm das geeignete Mittel, in der Form einer hochbemessenen Straffsumme sachlich den Ersatz seines Schadens zu erlangen. 30) Und wenigstens in vielen Fällen der Beschädigung durch eine *interdictswidrige vis* ist daneben eine selbständige Klage begründet, welche mindestens vollen Schadenersatz gewährt, wie namentlich die *actio legis Aquiliae* und das *interdictum Quod vi aut clam*; widerrechtlich angeeigneter Früchte wegen aber nicht nur die *rei vindicatio*, sondern auch eine *actio furti* und die *condictio furtiva*, bezw. eine *condictio*

27) Nämlich die Condemnation aus dem *Cassellianum* und aus dem *fructuarium iudicium*.

28) So besonders scharf Krüger *crit. Versuche* S. 86. S. 107 f. S. auch Rappheyne a. a. D. S. 119 ff. Vgl. v. Thering über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 92 f.

29) S. namentlich Rappheyne S. 125 f.

30) Vgl. unter Ziffer 45 zu N. 57 ff. und §. 1838a Ziffer 89 zu N. 35a.

ex iniusta causa. Erwägen wir nun weiter einerseits, daß vor Einführung des Formularverfahrens vielleicht bei allen Interdicten die Sponsion der einzige Weg war, dem siegreichen Impetranten Schadensersatz zu gewähren; ³¹⁾ andererseits, daß gerade beim Uti possidetis eine interdicts-widrige vis realer Natur den Gegner recht häufig überhaupt nicht schädigte, so können wir es begreifen, daß man es auch nach der Einführung der iudicia secutoria bei interdicta simplicia hinsichtlich des Uti possidetis in dieser Beziehung beim althergebrachten Verfahren gelassen hat: würde doch in der That die Einschaltung eines iudicium secutorium auf Schadensersatz wegen der edicts-widrigen vis neben dem Cascellianum bezw. fructuarium iudicium das ohnehin schon recht verwickelte Verfahren ³²⁾ zur Unerträglichkeit weitläufig gemacht haben.

Auch aus der Präjudicialnatur des Uti possidetis dürfen wir also die Nothwendigkeit einer vis ex conventu bei demselben nicht herleiten.

44. So wenig die Gründe uns überzeugen konnten, welche dafür geltend gemacht worden sind, daß beim Uti possidetis die zum Fortgange des Verfahrens ex interdicto primario unerläßliche vis eine vis ex conventu gewesen sei, ebensowenig Ueberzeugungskraft besitzen u. G. die verschiedenen Functionen, welche dieser vermeintlichen vis ex conventu von deren Verfechtern beigelegt werden. ^{32a)}

31) S. unten §. 1839 Ziffer 113 zu N. 16.

32) Cuius est executio perplexissima. Frontin. 44, 7 (Lachm.).

32a) Wir übergehen hier die Ansichten Karlowas und Münderloh's, welche bereits oben dargestellt und widerlegt worden sind. Ziffer 42 S. 235 f. S. 237 ff. Auch nach ihnen würde die Function der deductio gemäß Egners Bezeichnung a. a. D. S. 169 eine proceßlogische gewesen sein.

Nach Krüger³³⁾ war die Function jener vis, um Erners³⁴⁾ bezeichnenden Ausdruck zu gebrauchen, eine rein proceßlogische. Das vim facere diente lediglich dazu, das im Wortlaute des Interdictes formell ausgesprochene Verbot des vim fieri scheinbar zu verletzen, um dadurch die Möglichkeit des weitern Verfahrens zu eröffnen; in Wahrheit handelte es sich weder um ein ernsthaftes Verbot, noch um eine ernsthafte Verletzung desselben: die einmal übliche Form des prohibitorischen Interdictes ist eben von Anfang an reine Form.

Hiergegen ist m. E. schlagend schon von Bruns³⁵⁾ etwa Folgendes ausgeführt worden. Es wäre „doch wirklich eine über alle Maßen sonderbare Form, wenn das Interdict in der That gar keine Beziehung zu einer wirklichen, sei es einer stattgehabten oder wenigstens befürchteten, Gewalt hätte, doch den Proceß mit einem Verbote der Gewalt zu beginnen, bloß um eine formale Verletzung desselben möglich zu machen, und dann über diese rein formale vis nicht etwa formale Präjudicialsponsionen, sondern sehr ernstliche und reale („magna alea“) Pönalstipulationen zu schließen.“³⁶⁾ Nun führt obendrein Gaius³⁷⁾

33) Krit. Versuche S. 84 ff. Ebenso Meißneider Besitz und Besizschutz S. 433.

34) N. a. D. S. 169.

35) Besizklagen S. 36 ff.

36) Vgl. Rappeyne a. a. D. 121. Erner a. a. D. S. 170: „Mit Recht hat man an solchem öden Formalismus Anstoß genommen und gefragt, warum denn der Prätor sein Decret nicht anders und zwar so formulirt habe, daß jenes symbolische Zuwiderhandeln erspart, und die Frage gleich von Anfang auf das uter possideat gestellt worden wäre?“

37) IV, 140: Vocantur — interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat etc.

als erstes Beispiel eines *interdictum i. e. S.*, d. h. eines prohibitorischen, gerade das *interdictum retinendae possessionis* auf: wie dürfte er dies thun, wenn eben dieses „nur der äußern Form nach prohibitorisch“ wäre, sachlich aber eine andere Structur hätte, als die übrigen prohibitorischen Interdicte! Und indem er dann fortfährt: ³⁸⁾

Nec tamen, cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, **an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit etc.** —

bekundet er so deutlich als möglich, daß die *interdicta retinendae possessionis* auch sachlich den allgemeinen Grundsätzen der prohibitorischen Interdicte unterliegen, wie ja in der That die später ³⁹⁾ von ihm mitgetheilte Sponsion aus dem *Uti possidetis* durchaus der angegebenen Sponsionsform entspricht.

Uebrigens dürfte diese Ausführung kaum minder zutreffend Bruns' eigne Meinung widerlegen, nach welcher beim *Uti possidetis* eine *vis ex conventu* zwar nicht nothwendig ist, wohl aber eine *reale vis* zu ersetzen vermag.⁴⁰⁾ Denn nach dieser Meinung brauchte das *Uti possidetis* doch immerhin im Einzelfalle keine Beziehung zu einer wirklichen *vis* zu haben; und gleichwohl wäre es alsdann über eine rein formale *vis* zu den strengen Pönalstipulationen gekommen. So würde das Interdict immer noch eine Sonderstellung unter den prohibitorischen Interdicten einnehmen, welche zu den mitgetheilten Aeußerungen des

38) IV, 141.

39) IV, 166. S. oben Ziffer 39 N. 68 S. 217.

40) Gerade gegen Bruns wendet sich Rappheyne a. a. D. S. 121.

Gaius so wenig stimmt, als sie sonst irgendwie auch nur angedeutet wird.

Weiter aber spricht gegen Bruns noch Folgendes. Wenn das *Uti possidetis* in erster Reihe auf reale vis berechnet war, und nun einmal die Parteien, um unter sich die Besitzfrage als solche zum Austrage zu bringen, über die beiderseitige Vornahme einer rein formalen vis *adversus edictum* sich vereinigt und eine derartige vis beiderseits wirklich vorgenommen hätten: was sicherte dann die einzelne von ihnen davor, daß nicht die andere hinterher ganz unbefangen erklärte, jene angebliche vis sei eben eine vereinbarte Scheinhandlung, folglich eher alles Andere, als eine vis gewesen? Und was dann? Wer auch in solchem Falle eine vis *ex conventu* als edictswidrige vis gelten läßt, wird kaum Grund haben, im Gegensatz zu Schmidt⁴¹⁾ ein nach Uebereinkunft abgelegtes, dem Thatverhalte aber widersprechendes, gerichtliches Zugeständniß der Parteien, daß gegenseitig vis vorgekommen sei, als ungenügend zur Durchführung des *interdictum primum* zu betrachten.⁴²⁾

Genügte jedoch hierzu in der That eine Uebereinkunft der Parteien, sei es nun über eine *s. g. vis ex conventu*, sei es über die beiderseitige Abgabe eines wahrheitswidrigen Geständnisses einer vorgenommenen vis, — was um alles in der Welt hätte die Parteien veranlassen sollen, ihre Meinungsverschiedenheit über den Besitz gerade auf dem für den Unterliegenden so furchtbar kostspieligen Wege des *interdictum retinendae possessionis* zur richterlichen Entscheidung zu bringen? Wollten und konnten sie sich hinsichtlich der Herbeiführung der Entscheidung überhaupt ver-

41) S. oben Ziffer 39 zu N. 62 S. 215.

42) Vgl. Kappehne a. a. O. S. 122 (s. oben Ziffer 42 S. 240 f.).

einigen, weshalb sollten sie da nicht den gefahrlosen Weg einer sponsio von rein nominellem Betrage vorgezogen haben, der ihnen doch kaum verschlossen werden konnte?

Rappeyne⁴³⁾ legt der vis ex conventu, welche nach ihm in Gestalt der deductio geschah, eine praktische Function bei. Dieselbe soll in der Feststellung der Identität des Streitobjectes bestehen. Gegen diesen, schon von Wezell⁴⁴⁾ behaupteten, Zweck der deductio hatte bereits Witte⁴⁵⁾ eingewandt, die Identität des Streitobjectes habe wahrlich festgestellt werden können, ohne daß es dazu einer scheinbaren Gewalt bedürfte. Ich sehe nicht, daß Rappeyne⁴⁶⁾ diesen Einwand entkräftet hat mittels der Bemerkung: „Sehr richtig; doch drehe man es um. Symbolische Gewalt der Form halber hätte man zu den verschiedensten Zwecken verüben können. Darin also kann das Wesen der deductio nicht liegen. Sie war vielmehr eine ernsthaft gemeinte Zusammenkunft auf dem Terrain, welche zur Feststellung des physischen Objects, worüber man stritt, beinahe stets dringend nothwendig war. Der Zweck der Handlung bestand in dem in rem praesentem venire, das vim facere ex conventu zum Schluß war nicht mehr als eine accessorische Formalität.“ Vielmehr scheint es uns mit Exner⁴⁷⁾ einleuchtend, „daß doch in den seltensten Fällen über die Identität des Besitzgrundstückes Irrungen entstehen, und daß solche bei den Römern classischer Zeit (wie bei uns) in der Regel durch Angabe von Namen und Lage, Bezeichnung der Nachbarn u. s. w. ausgeschlossen

43) Abh. S. 150 ff.

44) Der römische vindicationprozess S. 84 f. Aehnlich v. Bethmann-Hollweg Civilpr. III. 2. S. 235.

45) Das interdictum Uti possidetis S. 34.

46) A. a. D. S. 152.

47) A. a. D. S. 187 N. 30.

werden konnten; immerhin wäre die obligatorische Anordnung einer besondern umständlichen Parteihandlung für jeden Besitzproceß durch dieses Bedürfnis gewiß nicht gerechtfertigt.“

Erner selbst, ⁴⁸⁾ der ebenfalls die Function des *vim facere* für eine praktische hält, sucht den Schlüssel zu deren Verständniß in der magna alea des classischen Besitzstörungsverfahrens. Für die Austragung einer Meinungsverschiedenheit im Wege einer Wette, meint er, bilde die erste Voraussetzung, daß der Stoff zu solcher Behandlung geeignet sei. Dem aber sei in aller Regel bei gemeinen Störungen im Grundbesitz nicht so. Fast niemals handle es sich in Wirklichkeit darum, ob der Eine oder der Andre das ganze Grundstück besitze; wenn Gaius an diesem einfachsten Falle die Sache erklärt (IV, 166a iudex . . . requirit . . . , *uter eorum eum fundum easve aedes etc. possederit*), so geschehe das, wie in unseren Lehrbüchern, mit Rücksicht auf die Schüler, für die er schreibe. Vielmehr sei meist das streitig, wieweit der Eine, und inwieferne der Andre besitze. Darum sage der Prätor nicht, *Uter possidet, is possideat* (wie beim Utrubi), sondern *Uti possidetis, ita possideatis*, indem er voraussetzt, daß sie beide besitzen, aber um die Abgrenzung ihrer Besitzstände uneins geworden seien. Aufgabe des ganzen Verfahrens sei es, den letzten ruhigen Besitzstand für einen gegebenen Zeitpunkt zu ermitteln und sodann durch Feststellung der Wahrheit und der Beschaffenheit der angeblichen Störungsacte die Frage zur Entscheidung zu bringen, ob jemand, und welcher Theil im Besitze gestört sei. Hätte man nun diese Entscheidung mittels einer für beide Parteien höchst gefährlichen Doppelwette ohne juristische Vorbereitung herbeiführen wollen, so hätte jene Wette auf die beiderseitige Behauptung gestellt werden

48) Das. S. 177 ff.

müssen: der Gegner habe durch ein bestimmtes, innerhalb einer gewissen Zeit beobachtetes Verhalten einen bis dahin bestandenen Besitz gestört, und zwar in dem Sinne einer dauernden Behinderung oder doch Bedrohung des qualiter velit suo uti derart, daß deren Urheber sich als Besitzprätendent darstelle. Auf der Hand aber liege es, daß eine solche Wette für beide Theile mehr als billig gefährlich, und ihre Entscheidung für den Richter eine ebenso schwierige als unerquickliche Aufgabe gewesen sein würde. Es erscheine also im Interesse beider Parteien wie im Interesse der Verhütung überflüssiger und der sichern Entscheidung nothwendiger Prozesse, mithin im Interesse der Rechtspflege gelegen, daß der Proceßwette eine Klärung und Feststellung des Streitstoffes vorangehe und ihre Grundlage abgebe. Und eben diese Klärung und Feststellung bilde den Zweck der vis ex conventu. Sofern nicht etwa der ernst gemeinte Friedensbefehl des Prätors den Erfolg hatte, daß die Parteien sich thatsächlich vertrugen, seien nach Herausforderung der einen zu dem vim facere beide Theile mit Zeugen und nicht selten mit rechtsverständigen Freunden auf dem Schauplatze ihrer Streitigkeiten (in re praesenti) erschienen, um an Ort und Stelle ihre beiderseitigen Prätenfionen festzustellen. Denn jeder Theil habe im Hinblick auf die bevorstehende gefährliche Wette das dringendste Interesse, einerseits die vermeintlichen Uebergriffe des Gegners genau zu constatiren, namentlich auch nach der Richtung hin, ob dieselben überhaupt eine Besitzprätenfion in sich schließen; anderseits den Umfang und die Beschaffenheit seiner eignen Eingriffs- und Abwehrhandlungen nochmals zu überlegen und mit dem, sich ihm darstellenden und seiner Ansicht nach erweisbaren, status quo zur Zeit des interdictum redditum zu vergleichen. „Auf Grund solcher beiderseits sorgfältigen Vorbereitung wird dann in Gegenwart der Zeugen und advocati auf allen etwa streitigen

Puncten und in allen streitigen Richtungen die vis imaginär vollzogen, indem jeder Theil die Besitzhandlungen, die er in Anspruch nimmt, auszuüben sich gleichsam anschießt, und daran vom Gegentheil durch gleichsam gewaltthätiges Einschreiten gehindert wird.“ „— darin (ist) die geforderte feste Grundlage für die bevorstehenden Wetten gegeben. Und zwar in der praktisch brauchbarsten Gestalt.“

Wer möchte verkennen, daß diese geistreiche Ausführung der vis ex conventu eine überaus bedeutsame Function vorzeichnet? Und es würde selbst für denjenigen, der mit uns das Vorhandensein eines jeden anderweiten Beweises für jene imaginäre vis leugnet, nicht ganz leicht sein, ihrer Ueberzeugungskraft sich zu entziehen, — wenn nicht ihre wesentlichste Voraussetzung als unhaltbar erschiene. Wir meinen die Annahme, daß das interdictum primarium auch auf solche Besitzstreitigkeiten berechnet wäre, bei denen es sich nicht sowohl darum handelt, welche beider Parteien die corporis possessio am streitigen Grundstücke habe (uter possideat sc. fundum, aedes), als vielmehr darum, ob und in welchem Umfange die corporis possessio der einen durch eine Quasipossessio der andern beschränkt sei, wie Exner §. 180 das „*Uti possidetis, ita possideatis*“ versteht. Diese Annahme ist zunächst schon äußerlich unvereinbar mit der Darstellung, welche Gaius von der edicts-mäßigen Voraussetzung des Interdictes und von dem, dieser entsprechenden, Gegenstände der richterlichen Untersuchung und des Beweises giebt. ⁴⁹⁾ Abgesehen von der Modalität

49) Gai. IV, 166a: iudex — requirit, [*quod*] praetor interdicto complexus est, id est, uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. 167: Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem etc. 168: Ille autem qui fruc-

der iusta bezw. iniusta possessio läßt jene Darstellung schlechterdings keinen Raum für die Frage nach dem „Wie“ eines vorhandenen Besitzes; sie gestattet in strenger Ausschließlichkeit lediglich die Frage nach dem „Ob“ eines hinsichtlich seines Daseins bestrittenen Besitzes. Das läßt sich ohne schweren Vorwurf für den Schriftsteller nicht füglich aus seiner verständigen Rücksicht auf das Fassungsvermögen der Schüler erklären: oder würde es für solche vielleicht schwerer verständlich gewesen sein, wenn er, wie es nach Exners Meinung allein richtig wäre, etwa geschrieben hätte: iudex requirit, uter eorum eum fundum easve aedes — *ita, uti* affirmaverit, nec vi nec clam nec precario possederit? — si non probat (probaverit), ad se pertinere possessionem *ita, uti* affirmaverit? — Nun aber ist die von Gaius angegebene Fragstellung geboten durch die Duplicität des Uti possidetis primarium. Diese verlangt, völlig entsprechend dem quellenmäßigen Anlasse zur Aufstellung desselben, nämlich der Absicht, die Partierollen für einen etwa folgenden Eigenthumsstreit zu sondern,⁵⁰⁾ daß jede Partei das nämliche Object, eben die gegenwärtige fehlerfreie corporis possessio, für sich beanspruche.⁵¹⁾ Zwischen dem angeblichen corporis possessor und z. B. dem angeblichen Quasibesitzer eines ius in re aliena als solchem dagegen ist die Durchführung des Uti possidetis

tus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem etc.

50) Gai. IV, 148. l. 1 §§. 2 sq. D. uti poss. 43, 17. §. 4 J. de interd. 4, 15.

51) S. unten §. 1836 b Ziffer 47 zu N. 14. — Exner hat diese Voraussetzung des Uti possidetis primarium mit derjenigen des secundarium verwechselt, wonach durch den Eingriff, welcher mit dem Interdicte zurückgewiesen werden soll, das uti arbitrio suo, die libera possessio des Besitzers verletzt sein muß.

primarium ganz undenkbar. Soweit freilich beide Parteien ein *uti frui* oder ein *uti* des Streitgegenstandes behaupten können, ^{51a)} findet lediglich eine Vertauschung jenes *Interdictes* mit einem *interdictum utile* statt; ^{51b)} aber auch alsdann handelt es sich in der That um den beiderseitigen Anspruch auf das gleiche Object, nämlich auf die Nutzung des streitigen Grundstücks, nicht darum, wie weit die Nutzung der einen durch diejenige der andern beschränkt werde. In allen anderen Fällen jedoch muß der angebliche *iuris quasi-possessor* die *cetera ex interdicto* verweigern und dann gegenüber dem *secundarium* seinen Quasibesitz geltend machen. Gewährt ihm dieser, wie bei der *Superficies*, die Detention des streitigen Grundstücks, so erhält er zu jenem Zwecke eine *exceptio* gegen das *secundarium restitutorium*; ^{51c)} gewährt ihm der Quasibesitz die Detention nicht, so darf er durch Berufung auf denselben im Verfahren aus dem *secundarium prohibitorium* bestreiten, in der ihm zur Last gelegten Handlung eine *vis adversus edictum* begangen zu haben, sofern nur jener Quasibesitz gegenüber dem *Impetranten* fehlerfrei ist. ⁵²⁾ Mag also

51^{a)} Also da, wo dem angeblichen *corporis possessor*, welcher das streitige Grundstück thatsächlich im Genuße hat oder bis zu dem, von ihm für fehlerhaft erklärten, Erwerbe der gegnerischen *iuris quasi-possessio* gehabt hat, der angebliche *iuris quasi-possessor* eines Nießbrauches oder eines *usus* gegenüber steht.

51^{b)} S. unten §. 1836 b Ziffer 50.

51^{c)} S. unten §. 1836 c Ziffer 55 unter 2a und 2c. Ebenso erhält der *Impetrat* eine *exceptio* gegen das *secundarium restitutorium*, wenn er die Detention des streitigen Grundstücks vermöge eines Forderungsverhältnisses hat, das ihn angeblich zu den vom Gegner angeforderten Verfügungen berechtigt.

52) S. unten §. 1836 c Ziffer 56. — Ebenso ist m. E. das doppelseitige Verfahren aus dem *primarium* unter Mit-

im Einzelfalle die *corporis possessio* eines Grundstücks in noch so verwickelter Weise durch den Quasibesitz von *iura in re aliena* oder durch obligatorische Ansprüche des Gegners beschränkt sein, so bleibt das für die Frage, ob auf Grund dieser beschränkenden Verhältnisse hin das Verfahren *ex primario* eingeschlagen werden dürfe, gänzlich bedeutungslos: jene Frage ist rundum zu verneinen, auch wenn das Ob und das Wie der fraglichen Beschränkung noch so klar vor Augen steht. Somit würde es ganz zwecklos sein, mittels einer *vis ex conventu in re praesenti* behufs Vorbereitung der Doppelsponsionen⁵³⁾ in dieser Hinsicht noch etwas festzustellen: die praktische Bedeutung jener vis

besitzern da ausgeschlossen, wo jeder den andern als solchen zu der von diesem beanspruchten Quote anerkennt, es sich vielmehr lediglich um die Frage handelt, ob der eine, sei es kraft seines Mitbesitzes an sich, sei es kraft besonderer Vereinbarungen zwischen beiden, gewisse Handlungen vornehmen darf, welche in den Mitbesitz des andern eingreifen. Hier würde nur das *secundarium* das geeignete Rechtsmittel sein.

- 53) Und ebenso schon behufs Vorbereitung der *fructus licitatio*. Denn selbstverständlich zielt diese gemäß unsrer Ansicht auf interimistische Regulirung der *corporis possessio* als solcher ab, nicht aber, wie Exner S. 186 N. 29 meint, auf Ordnung der Besitzverhältnisse in dem Sinne, daß damit einstweilen auch festgestellt werde, welche Nutzungen, und wie weit sie dem Ersterher kraft seines Meistgebotes gebühren, und wofür er eventuell späterhin aufzukommen habe. Erhielte der Ersterher einstweilen den Besitz soweit, als er ihn *vim faciendo* in Anspruch genommen hat, so würde in jedem andern, als dem von uns für allein zulässig gehaltenen, Falle in Wahrheit jede Partei auf einen ganz andern Gegenstand bieten, als der Gegner, z. B. die eine auf die durch den Quasibesitz einer gewissen Servitut nicht beschränkte *corporis possessio*, die andere auf den Quasibesitz eben jener

würde über die Feststellung der Identität des Streitgegenstandes nicht hinausgehen können; und diese ist, wie ja gerade Exner betont, gewiß nicht ausreichend, um die Nothwendigkeit einer so umständlichen Parteihandlung für jeden Besitzproceß zu rechtfertigen.

So ist es also auch mißlungen, der vermeintlichen vis ex conventu im Uti possidetis mittels der Darlegung ihrer Function eine Daseinsberechtigung zu sichern.

45. Unter diesen Umständen bleibt dann nur übrig, wie einerseits das Verbot des vim facere, so andererseits dasjenige vim facere selbst, welches als das erste Stück der cetera ex interdicto das weitere Verfahren ex interdicto primario bebingt, für etwas durchaus Reales zu halten.

Doch ist es zum Glück durchaus nicht die Unmöglichkeit allein, eine vis ex conventu anzuerkennen, was zu dieser Annahme drängt: es gebührt für dieselbe keineswegs an guten positiven Beweisen.

Zuvörderst besitzen wir ein classisches Zeugniß wenigstens dafür, daß reale vis als Grundlage der sponsio ex interdicto: ni adversus edictum praetoris vis facta sit? genügte. Es ist dies die bereits oben ⁵⁴⁾ erörterte Stelle Cic. pro Caec. 16, 45, welche schon Bruns ⁵⁵⁾ in diesem Sinne benützt hat. Sind indessen unsre Ausführungen ⁵⁶⁾ gegen die Meinung desselben Gelehrten richtig, nach welcher eine reale vis allerdings zulässig, aber nicht unbedingt nothwendig wäre, so geht die Tragweite jenes Zeugnisses über das unmittelbar darin Befundete hinaus: es ist damit

Servitut. Ich zweifle, ob man hier von einer fructus licitatio reden könnte.

54) Biffer 39 S. 219.

55) Besitzklagen S. 39.

56) Biffer 44 S. 251 f.

die zu den cetera ex interdicto gehörige vis allgemein als eine reale bezeichnet.

In der That paßt nur hierzu, wie ebenfalls Bruns⁵⁷⁾ dargelegt hat, das Verfahren aus dem Uti possidetis. Nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Gaius⁵⁸⁾ waren die Sponsionen aus diesem Interdicte ebenso pönale, wie die Sponsionen aus Interdicten überhaupt, und beim Uti possidetis ebenso unumgänglich, wie bei allen übrigen prohibitorischen Interdicten.⁵⁹⁾ „War aber hiernach,“ so dürfen wir gewiß mit dem eben genannten Gelehrten folgern, „die Strafe gleichmäßig real gemeint, so muß man sich auch den Grund gleichmäßig real denken, d. h. dann war der Grund überall die reale Nichtbefolgung des prätorischen Befehles, dann aber war auch dieser selbst real gemeint,⁶⁰⁾ und dann konnten die Parteien auch in allen

57) Befißklagen §. 37 f.

58) IV, 167: Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere iubetur. 168: Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.

59) Gai. IV, 141: — et modo cum poena agitur — cum poena, veluti cum per sponsionem agitur — et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet etc.

59*) Dafür, daß es sich bei anderen prohibitorischen Interdicten in der That um ein ernsthaft gemeintes Verbot und um eine reale Uebertretung desselben handelt, führt Bruns §. 40 an l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 f. oben §. 1833 Ziffer 2 §. 14 und l. 1 §. 12 D. ne quid in flum. publ. 43, 13 (f. unten §. 1837 Ziffer 61 nach R. 58). Wach R. 873 a. G. zu v. Kellers röm.

Fällen des Verfahrens cum poena die Sponsionen durch reale Nichtbefolgung des Interdicts veranlassen.“ Ober noch richtiger: sie konnten dies nur durch reale Nichtbefolgung des Interdictes, beim Uti possidetis also nur durch eine reale vis adversus edictum.

Und vollends macht nur die Voraussetzung einer realen vis es verständlich, daß man sich nicht mit einfachen Sponsionen begnügte, sondern Doppelsponsionen verlangte: der unterliegende Theil hatte eben nicht bloß dem Gegner dessen begründeten Anspruch bestritten, sondern seinerseits eine an sich verbotene Handlung vorgenommen; für ein Verfahren dagegen, welches sachlich die Natur eines Präjudiciums gehabt hätte, würde die zweifache Proceßbuße mehr als unbillig gewesen sein.

Der Anerkennung der von uns für richtig gehaltenen Ansicht, daß die für den Verlauf des Verfahrens aus dem interdictum primarium beiderseits erforderliche vis eine reale gewesen sei, steht vielleicht nichts so hindernd entgegen, als die mehr oder minder bewußte oder unbewußte Vorstellung, es habe bei einer realen vis fast unvermeidlich zum Handgemenge, wo nicht gar zu schweren Thätlichkeiten kommen müssen. Lassen wir indessen diese Vorstellung fahren, welche, wie wir sofort sehen werden, einer unbefangenen Betrachtung nicht Stand hält, so wird eine Bethätigung des beiderseits erhobenen Besitzanspruchs schon

Civilpr. will diese Stellen mit der Bemerkung entkräften, sie „lassen Deutung auf purificirtes Interdict zu,“ bleibt jedoch seinerseits sogar den Versuch des Nachweises schuldig, 1) daß die interdicta secundaria, an welche er hier denkt, eben „purificirte“ Interdicte gewesen seien (s. dagegen unten §. 1836 c Ziffer 54), und 2) daß es bei den interdicta simplicia, zu denen die in unseren Stellen berührten gehören, überhaupt secundaria gegeben habe (s. dagegen §. 1836 c Ziffer 57).

deshalb, weil sie allein dessen vollen Ernst bezeugt, als Voraussetzung einer richterlichen Entscheidung über jenen Anspruch nicht nur überaus begreiflich erscheinen, sondern nahezu unabweislich.

Wir dürfen nämlich die Thatfache nicht außer Augen setzen, daß in allen Fällen eines beiderseitigen Anspruchs auf Schutz der beiderseits einander gegenüber behaupteten *iusta possessio* mindestens ein Theil actuelle Herrschaft über den Streitgegenstand zu haben behauptet.

Handelt es sich um einen solchen Besitz eines Grundstücks, welcher in einem dauernden Bewohnen desselben besteht, so muß laut ihrer eignen Angabe eine beider Parteien eben der Bewohner dieses Grundstücks sein. Es ist nun gewiß selbstverständlich, daß diese Partei, sofern sie *iuste ab adversario* zu besitzen behauptet und es demnach zum weitem Verfahren kommen lassen will, auch *post interdictum redditum* in diesem Zustande des Bewohnens verharret. Umgekehrt darf die actuell nicht besitzende Gegenpartei, welche behauptet, der Gegner habe ihr *iniuste* den Besitz entzogen, jedenfalls sofern sie von ihrer eignen Behauptung überzeugt ist, erwarten, daß infolge des *interdictum redditum* auf ihr erneutes Verlangen der Gegner den Besitz ihr, als demjenigen, welchem derselbe *iuste* zusteht, räumen werde. Da aber jenes Verlangen auf unmittelbare Räumung des Besitzes für die actuell nicht besitzende Partei geht, so wird es wirksam nur bekundet, indem die letztere in einer Weise dem streitigen Grundstücke sich nähert oder dasselbe betritt, daß sie, sobald der Gegner sie zuläßt, in der Lage ist, thatsächlich darüber zu verfügen.^{59b)} Weicht

59b) Ein Hinweis darauf, daß ein auf andere, wenngleich noch so entschiedene, Weise bekundetes Verlangen nach Herausgabe des Besitzes als *vis* im Sinne des *Interdictes* nicht gelte, liegt vielleicht in l. 155 §. 1 D. de R. J. 50, 17

der Gegner nunmehr nicht, so kann sie sich ohne weiteres zurückziehen; irgend eine Thätlichkeit ist durchaus nicht erforderlich, gerade so wenig, wie es derjenige, der seinen solo animo geübten Besitz von einem Dritten occupirt findet, bei dem Versuche, jenen Besitz festzuhalten, erst auf Thätlichkeiten ankommen zu lassen braucht, um bei der Zurückweisung dieses Versuches als vi deiectus zu gelten.⁶⁰⁾ Nunmehr ist das erste Stück der cetera ex interdicto vollzogen: das Beharren in dem actualen Besitze auf der einen Seite trotz der Anforderung der Räumung seitens des Gegners, die thatsächliche Anforderung der Räumung von der andern Seite ist die zum weiteren Verlaufe des Verfahrens erforderliche reale vis. Die Entscheidung des Geschwornen über die Sponsionen ex interdicto primario dahin: *uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit,*⁶¹⁾ besagt nothwendig zugleich, daß entweder die Abweisung des Räumungsverlangens durch den actualen Besitzer oder umgekehrt eben dieses, dem actualen Besitzer vom Gegner durch dessen Auftreten bei oder auf dem streitigen Grundstücke thatsächlich gestellte, Räumungsverlangen eine *vis adversus edictum facta sei*, während die von der andern Partei, als der *iuste possidens*, vor-

(Paul. lib. 65. ad ed.): *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experiretur.* Vgl. Genel ed. perp. S. 380 unter 1 a. C., welcher geneigt ist, diese Stelle auf die *vis ex conventu* zu deuten.

60) L. 6 §. 1 D. de a. v. a. p. 41, 2: *si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.* l. 1 §. 24 D. de vi 43, 16: *si — mox revertens prohibitus sit ingredi — vi deiectus videtur.* l. 3 §. 14. l. 12. l. 18 pr. eod. Vgl. Brunß a. a. D. S. 125 f.

61) Gai. IV, 166.

genommene reale vis durch das *interdictum redditum* nicht habe verboten werden sollen.

Wo möglich noch unerläßlicher stellt sich das Erforderniß einer beiderseitigen realen vis in dem Falle heraus, wo der streitige Besitz eines Grundstücks nicht in einem dauernden Zustande besteht, sondern in einzelnen thatsächlichen Verfügungen. Dem *iuste possidens* wird durch das *Interdict* die Vornahme solcher Handlungen nicht verboten: da nun jede Partei *iuste possidens* zu sein behauptet, so versteht es sich um so mehr von selbst, daß sie nach dem *interdictum redditum* noch derartige Handlungen vorzunehmen suchen wird, als ja andernfalls der Besitz des Grundstücks von beiden Parteien aufgegeben werden müßte. Die Vornahme aber einer Verfügung an dem Grundstücke, ja schon der an Ort und Stelle gemachte, jedoch durch den Gegner vereitelte, Versuch dazu ist eine reale vis; und die Entscheidung über die Sponsionen wird demnächst feststellen, von welcher Seite damit eine vis *adversus edictum* vorgenommen worden sei.

Haben wir mit diesen Erwägungen das Richtige getroffen, so wird sich daran eine weitere Bemerkung schließen dürfen. Der Verlauf des Verfahrens *ex interdicto primario* ist dadurch bedingt, daß eine jede Partei die *cetera ex interdicto diligenter peragit*; andernfalls hat die Gegenpartei, welche dies thut, den Anspruch auf das *interdictum secundarium*. Demnach hat jede Partei, welche ihrerseits zur Durchführung des *primarium* bereit ist, dringenden Anlaß, sich, soweit nöthig, den Beweis dafür zu sichern, daß sie die *cetera ex interdicto* gehörig vorgenommen habe. Nöthig nun ist dies nicht für diejenigen dieser *cetera*, welche wie die *fructus licitatio* und die folgenden Stücke in *iure* sich abspielen, zweifellos dagegen für das erste Stück, das außergerichtliche *vim facere*. Hatte jede Partei das größte Interesse daran, das *vim fecisse* des

Gegners zu bestreiten, um ihrerseits das *secundarium* zu erlangen, so erscheint es undenkbar, daß man sich gegenseitig eben dieses *vim fecisse* sogar im Widerspruche zur Wahrheit zugestanden habe. Vielmehr wird jede Partei die vom Gegner beantragte *fructus licitatio* mit Erfolg solange als ganz unzulässig verweigert haben, bis es festgestellt worden war, daß auch er *vim fecit*. Diese Feststellung mußte demnach vor dem Prätor geschehen. Es ist somit durchaus verfehlt, mit Rappeyne⁶²⁾ aus dem Umstande, daß vor dem *iudex sponsionum* nur danach gefragt wird, welche Partei im Augenblicke des *interdictum redditum iuste* besessen habe, die Schlussfolgerung zu ziehen, von dem Beweise einer bestimmten Handlung als einer *vis adversus edictum facta* sei überhaupt die Rede nicht gewesen. Irre ich nicht, so liegt in der öfter bereits erwähnten Stelle Cic. pro Caec. 16, 45⁶³⁾ eine Hindeutung auf diesen Beweis. Wenn hiernach nämlich diejenigen, welche *ad vim faciendam* zu einem Grundstücke gekommen sind, von dort aber sich zurückziehen, weil sie von fern Bewaffnete herandrücken sehen, *testificati* discedunt, so müssen ihnen Zeugen zu Gebote stehen. Darauf jedoch läßt sich mit Sicherheit bei einer solchen Dejection nur dann rechnen, falls man die Zeugen selbst mitbringt. Natürlich geschieht dies nicht zu dem Zwecke, eine doch immerhin nur zufällig in Aussicht stehende Dejection bekunden zu lassen, vielmehr zu dem Zwecke, für dasjenige einen Beweis zu haben, was man selbst vornehmen will, nämlich für die *vis faciunda*.

Entsprechend wird auch bei den übrigen *interdicta duplicia* der Verlauf des doppelseitigen Verfahrens durch beiderseitige *reale vis* bedingt gewesen sein.

Hinsichtlich des *interdictum de superficiebus* und des

62) Abhandlungen S. 119 ff.

63) Abgedruckt oben S. 219.

Uti possidetis utile für die iuris quasi-possessio von Nießbrauch und usus an Grundstücken ist die Vornahme jener vis ganz ähnlich zu denken, wie wir dieselbe beim Uti possidetis dargestellt haben. Auch beim interdictum duplex de aqua bietet die Vorstellung der realen vis keine Schwierigkeit: jede Partei mußte mindestens versuchen, das von ihr dem Gegner bestrittene Wasserquantum für sich zu beziehen.⁶⁴⁾

Nicht so einfach dagegen liegt das Verhältniß beim Utrubi. Der Besitz beweglicher Sachen nämlich setzt regelmäßig eine dauernde custodia über dieselben voraus; nur Sklaven sowie manche Hausthiere und gezähmte wilde Thiere pflegen nicht in solcher Obhut gehalten zu werden. Wie ist nun mit Sicherheit zu erwarten, daß der thatsächlich nicht besitzende Besitzprätendent überhaupt in die Lage gelange, an der in der custodia des Gegners befindlichen Sache eine Verfügung vorzunehmen, welche als reale vis adversus edictum facta zu gelten vermag? Eine befriedigende Antwort darauf finden wir nur in der Annahme, daß die thatsächlich besitzende Partei genöthigt wurde, die streitige Sache in denjenigen Termin mitzubringen, in welchem das Interdict, sei es vom Gegner, sei es von ihr selbst, impetrit werden sollte. Alsdann konnte jede Partei unmittelbar nach Erlaß des Interdictes den Versuch anstellen, die Sache mit sich zu nehmen, indem sie dieselbe, falls sie in ihrem Besitze war, gegen das gleiche Bestreben des Gegners vertheidigte, andernfalls aber dem besitzenden Gegner abspenstig zu machen suchte. Gegen gewaltthätige Ausschreitungen bei diesen gegenseitigen Bemühungen sicherte hier ohne Zweifel schon der Umstand, daß der ganze Hergang vor den Augen des interdicirenden Magistrates geschah. Eben deshalb bedurfte es zur Feststellung des beiderseitigen

64) S. unten §. 1836 b Biffer 51 zu N. 27.

vim facere keines besondern Beweises. Sofern auch beim Utrubi eine fructus licitatio oder etwas dem Ähnliches stattfand, ⁶⁵⁾ wird sich dieser Act sofort an jenes vim facere angeschlossen haben, also wie letzteres in dem nämlichen Termine erfolgt sein, in welchem das Interdict erlassen worden war. Unterließ jedoch eine Partei das vim facere oder die licitatio, so konnte die Gegenpartei nunmehr sofort das secundarium interdictum erwirken.

Freilich enthält die überaus dürftige Ueberlieferung über das Utrubi ein ausdrückliches Zeugniß hierfür nicht. Immerhin aber fehlen Spuren für unsre Annahme wohl nicht ganz. Zunächst glauben wir das Vorbild der vermuthlichen Einrichtung in der legis actio sacramento in rem erblicken zu dürfen, bei welcher eine bewegliche Streitsache in ius mitgebracht werden mußte. ⁶⁶⁾ Ist das Utrubi, wie wir meinen, ⁶⁷⁾ bereits zur Zeit des reinen Legisactionenprocesses entstanden, so scheint es fast selbstverständlich, daß jene Nothwendigkeit auf dasselbe übertragen wurde. Dazu stimmt sodann auf das Beste die Fassung des Interdicts auf *hic homo*, — im Gegensatz zu der Fassung des Uti possidetis auf *eas aedes, eum fundum*. ^{67a)} Und nicht minder endlich bekommt so das quo minus is eum *ducat* sein richtiges Verständniß. Ducere „bedeutet allgemein das „ius ductionis,“ ⁶⁸⁾ d. h. das Recht, jemanden mit sich zu

65) S. unten §. 1838 c Ziffer 98 a. C.

66) Gai. IV, 16.

67) S. unten §. 1839 Ziffer 112 zu N. 101 ff.

67a) So auch Rappayne Abhandlungen S. 165, der dazu noch anführt l. 13 Cod. de R. V. 3, 32 (Dioclet. et Maxim. a.º 293): Ordinarii iuris est, ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione iudicatur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.

68) L. 3 pr. §. 1 D. de lib. exh. item ducendis. 43, 30.

nehmen, von wo es auch sei, namentlich aber vom Gerichte fort, so bei Kindern, Ehefrauen, Schuldnern, Sklaven, wenn diese durch eine in ius vocatio, manus inectio, Exhibition oder sonstwie vor Gericht gekommen sind. Danach ist das ducac beim Utrubi auch dann möglich, wenn der gegenwärtige Besitzer selber den Sklaven ins Gericht bringt, um durch das Interdict einen Schutz gegen die Ansprüche und etwaigen Entziehungsversuche des Gegners zu erlangen.“⁶⁹⁾

46. Im Anschluß an die oben S. 195 mitgetheilten Worte der l. 1 §. 1 D. de interd. 43, 1 fährt gemäß der Lesart der Florentina Ulpian fort:

sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria.

Es fehlt uns aber an jedem Anhaltspuncte dafür, daß irgend ein prohibitorisches Interdict zugleich exhibitorisches wirke. Andererseits besitzen wir zwei Aeußerungen desselben Ulpian's, wonach gewisse Interdicte prohibitorisches und restitutorisches sind.

L. 3 §. 2 D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4. (lib. 68. ad ed.):

Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est.

L. 1 pr. D. de aq. cott. 43, 20. (lib. 70. ad ed.):
Ait praetor: „Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.“ §. 1. Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est etc.

Von dem interdictum de aqua wissen wir gemäß

XII Tab. 3, 2. 3. Gai. IV, 21. 25. Lex Rubrica c. XXII v. 45—53.

69) Bruns Besitzlagen S. 171.

dem Vorstehenden bestimmt, und von dem interdictum, Ne vis fiat ei, quae ventris nomine missa est, dürfen wir es mit größter Wahrscheinlichkeit annehmen, daß seine Fassung prohibitorisch war.⁷⁰⁾ Die restitutorische Natur dieser Interdicte aber liegt darin, daß das erstere nicht bloß zur Behauptung eines noch vorhandenen, das andere nicht bloß zur Erwerbung eines neuen Besitzes dient, sondern beide auch zur Wiedererlangung eines verlorenen geeignet sind.⁷¹⁾

Hiernach dürfte Smalenburg⁷²⁾ das Richtige getroffen haben, wenn er in l. 1 §. 1 D. de interd. 43, 1 statt: prohibitoria et exhibitoria zu lesen vorschlägt: prohibitoria et restitutoria.⁷³⁾

Zugleich aber zeigt sich, wie wenig geschickt Ulpian in der Aufstellung jener Classe der mixta interdicta ist: ihre prohibitorische Natur beruht auf ihrer Fassung, ihre restitutorische auf ihrer Wirkung.⁷⁴⁾

70) Hierfür zeugt die Rubrik des Titels 43, 4: Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, welche jetzt gemeinsam ist für die Interdicte des legatorum nomine missus, der ventris nomine missa und des damni infecti nomine missus. L. 1 §. 3 D. h. t. dagegen handelt von der allgemeinen actio in factum des missus (Venel ed. perp. §. 216 S. 341), l. 4 eod. von dem interdictum des damni infecti nomine missus (Venel §. 246 S. 377); beide Stellen sind daher nicht mit Schmidt Interdictenverf. S. 68 N. 52 für unser Interdict unmittelbar zu benutzen.

71) Vgl. l. 1 §. 20 D. de aq. cott. 43, 20 und l. 1 §. 1 D. ne vis fiat ei. 43, 4. und dazu Schmidt a. a. D. S. 67 ff. Vgl. unten §. 1837 Ziffer 62 zu N. 61.

72) Schulting notae ad digesta ad h. l.

73) S. Schmidt a. a. D. S. 74.

74) Schmidt a. a. D.

Mit Recht macht Schmidt⁷⁵⁾ darauf aufmerksam, daß die gleiche Bezeichnung auch auf andere Interdicte passe, z. B. auf das *interdictum de itinere actuque privato*,⁷⁶⁾ auf das *interdictum de loco publico fruendo*, welches letztere gleich gut zur ersten Erlangung, wie zur Wiedererlangung und endlich zur Behauptung des Pachtbesitzes an einem *locus publicus* geeignet ist; ferner auf das *Utrubi* des classischen Rechtes, welches denjenigen schützt, der während des letzten Jahres länger als der Gegner diesem gegenüber fehlerfrei besessen hat, gleichviel ob er bei Erlaß des Interdictes noch im Besitze ist oder nicht, — kurzum auf alle prohibitorischen Interdicte, welche die recuperatorische Wirkung mit einer andern vereinigen.⁷⁷⁾

§. 1836 b.

c. laut der Richtung gegen eine Partei oder gegen beide Parteien; *interdicta simplicia* und *interdicta duplicia*.¹⁾

47. Ueber diesen Gegensatz haben wir folgende Quellenberichte:

75) A. a. O. S. 69 N. 55.

76) Vgl. I. 1 §. 12. I. 2 D. de itin. actuque priv. 43, 19. Schmidt a. a. O. S. 80 N. 8.

77) Vgl. oben §. 1835 b. Ziffer 32 S. 182 ff.

1) S. Schmidt *Interdictenverfahren* S. 180—188. Ueß die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und des gemeinen Deutschen Rechts. Berlin 1870. S. 28—87. Krüger *kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts*. Berl. 1870. S. 88—112. Wendt *das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung in v. Stherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Bd. 21 S. 205—214.

Gai. IV, 156—160.

Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. §. 157. Simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria; namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat. §. 158. Prohibitoriorum autem interdictorum alia duplicia, alia simplicia sunt. §. 159. Simplicia sunt veluti quibus prohibet praetor in loco sacro aut in flumine publico ripave eius aliquid facere reum; nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat, reus is, qui aliquid facere conatur. §. 160. Duplicia sunt veluti *Uti possidetis interdictum et Utrubi*. ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur. nam summa conceptio eorum interdictorum haec est *Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*; item alterius *Utrubi hic homo, de quo agitur, [apud quem] maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*.

§. 7 J. de interd. 4, 15:

Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria: namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is, a quo desideratur, ut restituat aut exhibeat. prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. simplicia sunt veluti cum prohibet praetor in loco sacro vel in flumine publico ripave eius ali-

quid fieri (nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat, reus, qui aliquid facere conatur): duplicia sunt veluti Uti possidetis interdictum et Utrubi. ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partem sustinet.

Theophilus ad h. l. — λεγέσθω καὶ τρίτη διαίρεσις τῶν ἰντεροδίκτων· τὰ μὲν γάρ ἐστιν ἀπλᾶ, τὰ δὲ διπλᾶ. Ἀπλᾶ μὲν, ἐν οἷς ὁ ἄκτωρ διακρίεται τοῦ ῥέου, ὁποῖά ἐστιν ἅπαντα τὰ restitutoria καὶ τὰ exhibitoria· ἄκτωρ μὲν γάρ ἐστιν ὁ θέλων ἐαυτῷ τὴν νομὴν ἀποκαταστήναι, ἢ τὸ κρυπτόμενον πρόσωπον ἄγρεσθαι εἰς μέσον· ῥέος δὲ ὁ τὴν νομὴν ἀποκαθιστῶν, ἢ τὸ πρόσωπον εἰς μέσον ἄγειν ἀναγκαζόμενος.

Τῶν δὲ προῖβιτορίων ἰντεροδίκτων τὰ μὲν ἐστιν ἀπλᾶ, τὰ δὲ διπλᾶ. Καὶ ἀπλᾶ μὲν ἐστιν, ἥνικα κωλύει ὁ πρᾶτωρ τινὰ κτίσαι ἐν σάκρῳ τόπῳ, ἢ ἐν δημοσίῳ ποταμῷ ἢ ἐν τῇ ὄχθῃ αὐτοῦ κατασκευάσαι τι· καὶ γὰρ ὁ κωλύων ἄκτωρ ἐστίν, ὁ δὲ κωλυόμενος ῥέος. Διπλᾶ δὲ οἶον τὸ Uti possidetis καὶ τὸ Utrubi. Διὰ τοῦτο δὲ διπλᾶ λέγονται, ἐπειδὴ ἴση τῶν δικαζομένων ἐκατέρου ἐστίν ἡ αἴρεσις· καὶ οὐδεὶς κατεξαιρετον ῥέος ἢ ἄκτωρ ἐστίν ἐν αὐτοῖς, ἀλλ' ἕκαστος αὐτῶν καὶ ῥέου καὶ ἄκτωρος τάξιν ἐπέχει. Ἀμέλει καὶ ὁ πρᾶτωρ, ἥνικα ἐδίδον αὐτοῖς τὰ ἰντεροδικτα, μέση ἐκέχρητο ὁμίλια, οὐδὲ τοῦτον οὐδὲ ἐκείνον ἄκτωρα δεικνύς ἐκ τῶν οἰκείων ρημάτων· ἐπὶ γὰρ τοῦ Uti possidetis ἔλεγε ταῦτα τὰ ρήματα· uti possidetis, quominus possideatis, vim fieri veto. τουτέστιν, ὡς νέμεσθε, ὅπως ἔλαττον νέμησθε, βίαν γίνεσθαι κωλύω· καὶ οὐκ εἶπεν uti possides,

ἵνα μὴ δόξη πρὸς ἕνα ἀποτείνεσθαι. Ἐπὶ δὲ τοῦ Utrubi τούτοις κέχρηται τοῖς ῥήμασι: utrubi vestrum servus ille, quo de agitur, maiore parte huius anni fuerit, quominus is eum ducat, vim fieri veto: παρ' ὁποτέρῳ ὑμῶν ὁ δεῖνα ὁ οἰκέτης, περὶ οὗ γίνεται ἡ ἐναγωγὴ, ἐν τῷ μείζονι μέρει τοῦτον τοῦ ἐνιαυτοῦ ἦν, ὅπως οὗτος μὴ λάβῃ αὐτόν, βίαν γενέσθαι κωλύω· τουτέστιν, οὐ βούλομαι αὐτόν κωλυθῆναι, ὥστε λαβεῖν τοῦτον τὸν οἰκέτην, οὗ γέγονεν ἐν νομῇ ἐν πλειονί μέρει τοῦ ἐνιαυτοῦ. Σκόπησον πῶς καὶ ἐνταῦθα εἶπεν utrubi, τουτέστιν παρ' ὁποτέρῳ. οὐκ εἶπε, παρὰ σοί.

L. 2 pr. D. de interd. 43, 1. (Paul. lib. 63. ad. ed.):

Interdictorum quaedam duplicia sunt, quaedam simplicia. duplicia dicuntur, ut Uti possidetis, simplicia sunt ea ²⁾ veluti exhibitoria et restitutoria, item prohibitoria de arboribus caedendis et de itinere actuque. ³⁾

Die Eigenthümlichkeit der duplicia interdicta liegt hiernach darin: quod par utriusque litigatoris condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur. Was haben wir darunter zu verstehen?

Schmidt ⁴⁾ und Eck ⁵⁾ finden das Wesen der Dupli-

2) cetera scr. M.

3) Schmidt a. a. D. S. 186 N. 9 schlägt vor zu lesen: simplicia sunt omnia exhibitoria et restitutoria, item prohibitoria veluti de arboribus caedendis etc.

4) A. a. D. S. 180 ff.

5) A. a. D. S. 28 ff.

cität in der Form des Interdictes, welche sich gleichmäßig an beide Parteien wendet. Sachlich liege jedoch in dieser Form nichts Weiteres, als eine vereinfachende Zusammenfassung zweier *interdicta simplicia* mit entgegengesetzten Parteirollen; die Doppelstellung eines jeden Streittheiles sei lediglich die Folge jener Zusammenfassung. Bei dieser Auffassung erscheint es ganz folgerecht als mehr oder minder zufällig, welche einzelnen *interdicta simplicia* eine derartige Zusammenfassung gestatteten. Insbesondere könnte es nicht wohl in Abrede gestellt werden, daß auch restitutorische und exhibitorische Interdicte eine Doppelfassung zugelassen haben würden. So bildet Schmidt⁶⁾ als Beispiel eines exhibitorischen Interdicts solcher Fassung das *interdictum de tabulis exhibendis* für den Fall, in welchem der um Vorzeigung einer, nach Behauptung des Gegners bei ihm vorhandenen, Testamentsurkunde Angegangene umgekehrt von jenem die Vorzeigung der nämlichen Urkunde verlangt; und Ed⁷⁾ fügt als restitutorisches Interdict derart das *Unde vi* bei, sofern nach gegenseitiger Besitzentziehung der zeitige Besitzer noch Schadensersatz beansprucht.

Dem gegenüber muß es von vornherein Bedenken erregen, daß nach den mitgetheilten und durch das Fehlen jeder Spur eines abweichenden Sachverhaltes vollauf unterstützten Quellaussprüchen die restitutorischen und die exhibitorischen Interdicte sämtlich nur als *simplicia* vorgekommen sind: von jener Auffassung aus läßt sich das kaum begreifen.

6) A. a. D. S. 185 N. 8: Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes alterum utrum vestrum sunt, ita is eas alteri exhibeat.

7) A. a. D. S. 28 f. zu N. 98.

In der That wird dieselbe jenen Quellenansprüchen nicht gerecht. Wir finden vielmehr mit Krüger⁸⁾ in ihnen die Erklärung: *duplicia* heißen gewisse Interdicte, weil bei ihnen die rechtliche Lage beider Streittheile die gleiche ist,^{8a)} und keiner vorzugsweis als Beklagter oder als Kläger gilt, vielmehr ein jeder sowohl die Parteirolle des Beklagten als diejenige des Klägers führt. Wenn Gaius in der mit *quippe* eingeleiteten Schlußbemerkung hinzufügt, daß der Prätor beide mit gleicher Wortfassung anredet, „so giebt er damit nicht wiederum einen Grund für das Vorangehende, sondern weist darauf hin, daß sich die zweiseitige Natur ja auch in der Formel ausdrage.“⁹⁾ „So faßt es auch,“ wie Krüger^{8a)} treffend bemerkt „Theophilus, der *quippe* mit *ἀμέλει* übersetzt.“ Deshalb hat sich die in den sachlichen Voransetzungen der hierher gehörigen Interdicte begründete Duplicität behaupten können, als jenes prätorische *pari sermone cum utroque loqui* längst der Vergangenheit angehörte; und während Justinian jene auf dasselbe bezügliche Bemerkung des Gaius weglassen mußte, durfte er immer noch mit bestem Fug die Duplicität dieser Interdicte, d. h. der *ex causa* derselben

8) U. a. D. S. 89.

8^{a)}) Soweit ist übereinstimmend Wendt a. a. D. S. 211 ff.; allein er betrachtet dies lediglich als materielle Voraussetzung der Duplicität, zu welcher als zweiter, formell bestimmender, Punct die Eigenthümlichkeit des classischen Interdictenverfahrens hinzugekommen sei, vermöge deren der Prätor aus Zweckmäßigkeitsrücksichten beiden Theilen bedingungsweis die von beiden drohende Gewalt habe verbieten können. Damit wird m. E. gleichfalls zu viel Gewicht auf die Form gelegt, in welcher die Duplicität bei Interdicten geschichtlich aufgetreten ist.

9) Krüger a. a. D. S. 89 f.

9^{a)}) U. a. D. S. 90 N. 1.

gegebenen extraordinariae actiones, mit den nämlichen Worten darlegen, welche der alte Jurist gebraucht hatte.^{9b)}

Das Entscheidende also ist die *par utriusque litigatoris condicio*, welche in der Doppelstellung jedes Streittheils ihren sachlich nothwendigen Ausdruck findet, während bei der bloß äußern Zusammenfassung zweier Interdicte von entgegengesetzter Fassung allerdings ebenfalls jede Partei sowohl Kläger als Beklagter ist, aber das Eine aus dem einen, das Andere aus dem andern Interdicte, also rein zufällig, wie die Zusammenfassung selbst als rein zufällig erscheint. Wichtig verstanden sagt auch l. 3 §. 1 D. uti poss. 43, 17:

(*Ulpian.* lib. 69. ad ed.) Hoc interdictum duplex est, et hi, quibus competit, et actores et rei sunt — nichts Abweichendes, insofern diese Stelle in der Doppelstellung der Parteien keinesweges die Begriffsbestimmung des *interdictum duplex* sucht,¹⁰⁾ dessen Begriff vielmehr als bekannt voraussetzt,^{10a)} jene Doppelstellung aber als Folge daraus im ursprünglichen Zusammenhange vermuthlich nur deshalb hervorgehoben hat, um daran die weitere Darlegung anzuknüpfen, daß eine Partei, welche das gemäß der Doppelstellung ihr Obliegende nicht gehörig wahrnehme, mittels des *secundarium interdictum* in die einfache Be-

9b) S. unten §. 1840 Ziffer 127. Umgekehrt freilich behauptet Wendt a. a. O. S. 223 N. 1, es sei von Justinianen, welcher die auf das *pari sermone cum utroque loqui* bezügliche Bemerkung streichen mußte, unüberlegt und gedankenlos gewesen, die alte Bezeichnung der *Duplicität* noch zu wiederholen.

10) Vgl. Krüger a. a. O. S. 89 zu N. 2.

10a) Vgl. l. 37 §. 1 D. de O. et A.: (*Ulp.* lib. 4. ad ed. praet.) *Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividendo, interdictum Uti possidetis, Utrubi.*

Klagtenrolle verlegt werde: hierauf weist der §. 2 der l. 3 cit.¹¹⁾ hin, der in der Compilation mit dem Vorangehenden in einem innern Zusammenhange nicht mehr steht.

Ist vorstehende Auslegung des Begriffes der *duplicia interdicta* richtig, so werden wir gewiß zu der Annahme berechtigt, ja genöthigt sein, daß derartige Interdicte nur in solchen Verhältnissen stattfinden konnten, in welchen auch sachlich *par utriusque litigatoris condicio* wirklich vorlag oder doch nach der primären Absicht des interdicirenden Magistrates vorliegen sollte.^{11*)}

48. In der That finden wir diese Sachlage bei den *interdicta retinendae possessionis*. Wir können freilich die genauere Darlegung ihrer ursprünglichen Bedeutung erst im Commentare zu Titel 17 dieses Buches geben. In dessen wird es hier einstweilen genügen, daran zu erinnern, daß laut der übereinstimmenden Berichte der Quellen¹²⁾ der Anlaß ihrer Aufstellung darin lag, zugunsten des gegenwärtigen *iustus possessor*¹³⁾ die Partierollen für einen etwa nachfolgenden Eigenthumsstreit zu sondern. Eben deshalb aber, weil sie in diesem Streite die vortheilhaftere Stellung des Beklagten dem gegenwärtigen Besitzer verschaffen wollten, erheischten sie prohibitorische Fassung: der gegenwärtige Besitzstand sollte nicht eigenmächtig verändert werden. Damit jedoch war ihre Duplicität von

11) S. oben §. 1836 a Ziffer 37 S. 205.

11*) Vgl. Krüger a. a. D. S. 90 Abs. 3.

12) Gai. IV, 148. l. 1 §§. 2 sq. D. uti poss. 43, 17. §. 4 J. de interd. 4, 15.

13) Der Kürze halber ist unter dieser Bezeichnung hier auch derjenige verstanden, der den fehlerfreien Besitz einer *res mobilis maiore parte huius anni* gehabt hat, selbst wenn er im Augenblicke des *interdictum redditum* nicht mehr besitzt; und nicht minder derjenige, a quo *adversarius iniuste possidet*.

selbst gegeben, weil sie in erster Linie darauf berechnet waren, daß jede Partei den gegenwärtigen Besitz beanspruchte, man also von jeder eine Bethätigung ihres Anspruchs erwarten durfte, welche der Gegner als vis adversus edictum sibi facta betrachtete. Um übrigens eine Abwicklung des Verfahrens auch für den Fall zu ermöglichen, daß die Beanspruchung des Besitzes auf der einen oder andern Seite unterbleiben sollte, stellte der Prätor, sicherlich gleichzeitig mit dem interdictum *primarium*, das *secundarium* auf, ^{13*)} mittels dessen das interdictum *retinendae possessionis* auch zum Schutze gegen Störung ohne Besitzbeanspruchung seitens des Störenden zu dienen imstande ist.

Wir werden somit Krügeren ¹⁴⁾ durchaus beipflichten müssen, wenn er die Eigenthümlichkeit der *interdicta retinendae possessionis* (*primaria*) gegenüber einer Verbindung zweier einseitiger Interdicte darin erblickt, daß das Object, nämlich der gegenwärtige fehlerfreie Besitz, bei ihnen ein einheitliches ist; daß sie sich nicht in zwei *simplicia* auflösen lassen; daß der Streit sich nur darum bewegt, ob der eine oder der andere zum Besitze berechtigt ist.

49. Wie das *Uti possidetis* ist auch das ihm nachgebildete *interdictum de superficiebus* ein *duplex*.

L. 1 §. 2 D. de superf. 43, 18:

(*Ulpian*. lib. 70. ad ed.) Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti *Uti possidetis*. tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti *Uti possidetis* interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. omnia quoque, quae in *Uti possidetis* interdicto servantur, hic quoque servabuntur.

13*) Vgl. oben Ziffer 40 S. 227.

14) A. a. D. S. 90.

Der Anlaß zur Aufstellung dieses Interdicts hat schwerlich in der Sonderung der Parteirollen für die etwa nachfolgende actio in rem de superficie gelegen. Denn die letztere ist als prätorische actio in factum¹⁵⁾ höchst wahrscheinlich erst zu einer Zeit verheißen worden, als das Interdict längst bestand,^{15a)} wie ja auch das Edict selbst¹⁶⁾ diese, nur causa cognita stattfindende, actio lediglich anhangsweise erwähnt. Auch die bloße Thatsache erklärt nicht, daß das interdictum de superficiebus dem Uti possidetis nachgebildet worden ist.^{16a)} Hierbei bleibt nämlich gerade die entscheidende Frage unbeantwortet, wie der Prätor zu solcher Nachbildung gekommen sein mag; denn wenn dieselbe den Verhältnissen nicht angemessen gewesen sein sollte, so würde er ihr ohne Zweifel eine Neubildung vorgezogen haben. Nun ereignet es sich gewiß äußerst selten, daß zwei Prätendenten der nämlichen Superficies einander gegenüber stehen, es sei denn etwa, daß ein jeder der wahre Erbe des früheren Superficiars zu sein behauptet. In letzterm Falle

15) Arg. l. 1 §. 4 D. eod. Genet ed. perp. S. 383 zu N. 9.

15*) Vgl. l. 16 §. 2 D. de pign. act. 13, 7 (Paul. lib. 21. ad ed.): Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. Dazu Degenkolb a. a. D. S. 98 und S. 100.

16) L. 1 pr. D. eod. Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Vgl. Blassat Edict und Klageform S. 99 ff.

16*) Hierbei scheint sich Krüger a. a. D. S. 95 zu beruhigen: er erwähnt des interdictum de superficiebus so wenig, als der interdicta Uti possidetis utilia für die iuris quasi possessio von Ususfructus und Usus.

aber wird die hereditatis petitio das geeignete Mittel sein, den Streit zu schlichten. Noch seltener wird der Besitz der nämlichen Superficies zwischen zwei Prätendenten streitig sein. Für den desto häufigern Fall dagegen, daß Superficiar und dominus aedium über den Besitzstand in Streit gerathen, ist sowenig unser Interdict geeignet, als eine Combination desselben mit dem Uti possidetis.¹⁷⁾ Woher also die Duplicität?

Es darf hier als bekannt angenommen werden, daß das Superficiarrecht nicht blos an ganzen Gebäuden vorkommt, sondern auch an einzelnen Stockwerken.¹⁸⁾ So ist es denn auch möglich, daß an dem nämlichen Gebäude mehrere selbständige Superficiarrechte bestehen. Wenn nun bei dem Vorhandensein des Superficiarrechtes an einem einzelnen Stockwerke an die Ausübung dieses Rechtes „die gemeinschaftliche Benutzung der Haustreppe, der Hausthür und dergl.“ für Hausbesitzer und Stockwerksbesitzer „als nothwendige Vorbedingung sich knüpfen kann,“¹⁹⁾

17) Vgl. darüber einstweilen Degenkolb Platzrecht §. 13. Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht §. 6. 2. Ausg. S. 46 f.

18) L. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17. Wächter a. a. D. §. 7 unter I, 1. 2. Ausg. S. 50 f. Degenkolb a. a. D. S. 53 f. Mit Recht wird hier bemerkt, der viel besprochene Bericht Dionys. 10, 32 über die Ausführung der lex Icilia de Aventino publicando: *εἰσι δὲ οἱ σύνδυο καὶ σύντρεις καὶ ἔτι πλείονες συνιόντες οἰκίαν κατεσκευάζοντο μίαν, ἑτέρων μὲν τὰ κατάγεια λαγχάνοντων, ἑτέρων δὲ τὰ ὑπερῶα* — so vorsichtig derselbe als historisches Zeugniß zu gebrauchen sei, zeuge doch dafür, daß zur Zeit des Dionysius selbst der Aufbau von Stockwerken auf Unterbauten anderer Besitzer bezw. Eigenthümer nichts Unerhörtes war.

19) Degenkolb a. a. D. S. 54.

so ist dies natürlich um so mehr der Fall bei dem Vorhandensein einer Mehrheit von Superficiarrechten an dem nämlichen Hause. Und vorzugsweis in solchen Fällen wird „die Einfachheit und Liquidität des Verhältnisses Gefahr laufen.“²⁰⁾ Es wird sich also empfehlen, gerade für die Collision mehrerer Superficiare in Beziehung auf die mit den gesonderten Hauptgegenständen ihrer Berechtigungen verbundenen Nebengegenstände der gemeinschaftlichen Benutzung ein Rechtsmittel zu gewähren. Und eben in dieser Richtung eignete sich m. E. eine sinngemäße Verwendung des *Uti possidetis* ganz vortrefflich. Auch hier handelt es sich um ein einheitliches Object, nämlich um die in ihrem Umfange streitige gemeinschaftliche Benutzung einzelner Theile des Hauses; auch hier läßt sich das *duplex interdictum* nicht füglich in zwei *interdicta simplicia* mit entgegengesetzten Parteirollen auflösen; auch hier bewegt sich der Streit nur darum, ob die eine oder die andere Partei zu einer gewissen ausschließlichen Benutzung der im ganzen der gemeinsamen Benutzung unterliegenden Gebäudetheile berechtigt ist. Vielleicht deutet die, ohne Zweifel ursprüngliche, Rubrik des Edicts „*de superficiebus*“ darauf hin, daß das Interdict in erster Reihe gerade auf einen Streit zwischen zwei, im allgemeinen selbständig neben einander bestehenden, Superficiarrechten an demselben Hause berechnet war.

Andererseits steht die Duplicität des Interdicts auch hier der Verwerthung für alle übrigen denkbaren Störungen des superficiarischen Quasibesitzes durchaus nicht entgegen: alle diese übrigen Fälle wurden von einem *interdictum secundarium* getroffen, welches sich dem *interdictum primarium* anschloß, wenn aus letzterm nach Lage des Falles *res expediri non poterat*.

20) Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 53 f.

50. Wesentlich verschieden verhält es sich mit einer andern sinngemäßen Anwendung des Uti possidetis, nämlich mit derjenigen auf die quasi-possessio des Nießbrauchs.²¹⁾ Dieses utile interdictum wird zunächst deshalb aufgestellt worden sein, um den streitigen Quasibesitz zwischen zwei Prätendenten des ganzen Nießbrauchs an dem nämlichen Grundstücke zu regeln. Ein Streit derart kann namentlich leicht entstehen infolge eines legatum usufructus, sofern von mehreren Personen eine jede als angeblicher Legatar die Detention des betreffenden Grundstücks ergreift, oder etwa die eine von diesem, die andre von jenem Erben sich dieselbe überweisen läßt. Der im Interdicte unterliegende Theil ist damit zur endgültigen Verfolgung seines Anspruchs auf die Klägerrolle in der confessoria actio verwiesen. Nicht minder aber paßt unser duplex interdictum utile für den Streit zwischen dem angeblichen quasi-possessor des Nießbrauchs und einem solchen angeblichen corporis possessor, der eben jene quasi-possessio bestreitet oder als fehlerhafte ansieht, sofern er selbst das streitige Grundstück thatsächlich im Genusse hat oder bis zu dem, von ihm für fehlerhaft erklärten, Erwerbe der gegnerischen quasi-possessio gehabt hat. Denn die aller Wahrscheinlichkeit nach auf „uti utimini fruimini“ lautende Fassung des Interdictes konnte auch ein solcher corporis possessor für sich benutzen.²²⁾ Auch hier wurde der im Interdicte Unterliegende je nach seinem Rechtsanspruche auf

21) Vat. fragm. 90: — interdictum Uti possidetis utile hoc nomine (sc. usufructus) proponitur.

22) Degenkolb a. a. O. S. 75 ff. Krüger a. a. O. S. 105 und insbesondere Lenel ed. perp. §. 247 S. 381. — Ueber den Fall, wo der corporis possessor niemals zu einem uti frui gekommen war (Meißner'scher Besitz und Besitzschutz S. 38) s. unten §. 1836 c Ziffer 55 zu N. 19.

die Klägerrolle in der *confessoria* oder der *negatoria actio* gewiesen. Endlich gehört noch der dritte Fall hierher, in welchem sich die *quasipossessorischen* Ansprüche eines angeblichen Nießbrauchers und eines angeblichen Usuars des nämlichen Grundstücks entgegenstehen; nur wurde hier die Fassung vermuthlich einfach auf „*uti utimini*“ geändert, also das für den Ususprätendenten nicht passende Wort „*frui mini*“ weggelassen, welches in diesem Falle ja auch für den Gegner nicht erforderlich erschien.²³⁾

In entsprechender Weise fand das *Uti possidetis* als *utile* auch Anwendung auf die *quasi-possessio* eines angeblichen Usuars, und zwar sowohl gegenüber einem gleichartigen Prätendenten, also zwischen zwei den Usus desselben Grundstücks Beanspruchenden, als auch gegenüber dem die *quasi-possessio* des Ususprätendenten bestreitenden *corporis possessor*, auch in diesen beiden Fällen selbstverständlich in der Fassung auf „*uti utimini*.“^{23a)} Indessen ist nicht zu übersehen, daß das *Interdictum* namentlich im erstern Falle eine wesentlich andere Bedeutung haben kann, als das *interdictum utile* zwischen zwei Nießbrauchsprätendenten. Denn bekanntlich kann sehr wohl gleichzeitig zwei Personen je der Usus derselben Sache in *solidum* zustehen; und es kommt dann nur die Regelung der beiderseitigen Gebrauchsbefugniß in Frage. Gerade zu dieser Regelung in *possessorio* aber dient unser *interdictum utile* da, wo die Parteien einander nicht sowohl das Recht des Usus selbst bestreiten, als vielmehr lediglich die Art und den Umfang von dessen Ausübung. Ähnlich kann sich übrigens auch der Streitpunct zwischen Usuar und *corporis possessor*

23) Zweifelnd Degenkolb a. a. O. S. 77, wenn ich recht verstehe.

23a) Unbedenklich würde dasselbe von der *iuris quasi-possessio* der *habitatio* anzunehmen sein.

gestalten, sofern letzterer nicht das Ob, sondern nur das Wieder Ausübung des Usus bemängelt.

Diese verschiedenen Anwendungsfälle des Uti possidetis utile für die quasi-possessio von Ususfructus und Usus (nur mit Uebergehung des selbstverständlichen Anwendungsfalles zwischen angeblichem quasi-possessor des Usus und corporis possessor) sind zusammengestellt in l. 4 D. uti poss. 43, 17:

(*Ulpian.* lib. 70. ad ed.) In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum, et si usus fructus²⁴⁾ quis sibi

- 24) Dies fructus wird zwar bestätigt durch den f. g. *Titulatus* (*ἡ νομὴν χρήσεως καρπῶν*), ist aber doch wohl mit Mommsen zu streichen. Es ist mir nicht wahrscheinlich, daß, wie Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 344 Dritter Fall und Degenkolb a. a. O. S. 76 N. 1 meinen, unter der usus fructus possessio ein bloß prätorischer Ususfructus (l. 3 D. si usufr. 7, 6) im Gegensatz zu dem civilen zu verstehen sei. Denn in Beziehung auf die bei unserm Interdicte allein in Frage stehende iuris quasi-possessio kann jeder Gegensatz zwischen den in derselben ausgeübten Rechten ebenso wenig in Betracht kommen, als in Beziehung auf die corporis possessio der Gegensatz der in dieser ausgeübten Rechte des quiritarischen Eigenthums einerseits und des bonitarischen anderseits. Auch dürfte der Fall kaum vorgekommen sein, daß zwei Prätendenten desselben prätorischen Nießbrauchs sich dessen Quasibesitz streitig gemacht hätten. Der prätorische Nießbrauch nämlich setzt quasi traditio der iuris quasi-possessio voraus. Während aber das *legatum ususfructus* als dingliches stets und nothwendig in vollem Umfange in Kraft tritt, sobald auch nur Einer der eingefetzten Erben angetreten hat, und daher jeder einzelne von mehreren Eingefetzten in der Lage ist, nach seinem Antritt den Gegenstand des

defendat possessionem, et ita *Pomponius* scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Auch hier steht die Duplicität des Interdicts dessen Anwendung gegen Störung der quasi-possessio ohne Beanspruchung derselben bezw. einer sie ausschließenden corporis possessio seitens des Störenden selbstverständlich nicht entgegen: das an das duplex interdictum primarium sich anschließende simplex interdictum secundarium bewirkt hier den entsprechenden Schutz wie beim Uti possidetis directum.

51. Außer den interdicta retinendae possessionis und ihrer analogen Erstreckung auf Superficies und die in der Detention des Gegenstands geübten Personalservituten ist uns in den Quellen nur noch ein einziges Interdict als duplex bezeugt, nämlich das interdictum de aqua cottidiana inter rivales.

L. 1 §. 26 D. de aq. cott. 43, 20:

(*Ulpian.* lib. 70. ad ed.) Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.

Nießbrauchs dem Legatar zu voller Ausübung der dem letztern de iure bereits erworbenen Nießnutzung zu übergeben, verpflichtet das in l. 3 cit. erwähnte fideicommissum ususfructus als rein obligatorisches den einzelnen von mehreren Erben in Ermangelung besonderer Verfügung nur, gemäß seinem Erbtheile den Nießbrauch zu bestellen. In der Gebrauchsüberlassung des dem fideicommissarischen Nießbrauche zu unterwerfenden Nachlassgegenstandes seitens eines einzelnen Miterben liegt daher nur die Begründung der dessen Erbtheile entsprechenden Quote der iuris quasi-possessio. Vgl. oben S. 283.

Dieses Interdict faßt selbst Krüger ²⁵⁾ als zufällige Zusammenfassung zweier interdicta simplicia de aqua mit entgegengesetzten Partierollen auf, indem er die Bezeichnung duplex interdictum als eine auf bloßer Nachlässigkeit Ulpian's beruhende, nicht technische betrachtet. Es dürfte indessen nur dann statthaft sein, zu diesem, immerhin wenig befriedigenden, Auswege die Zuflucht zu nehmen, wenn es nicht gelingen sollte, solche thatsächliche Voraussetzungen für das duplex interdictum de aqua ausfindig zu machen, aus denen eine wahre Duplicität desselben sich ergibt.

Darin stimmen wir selbstverständlich Krüger'n bei, daß die Worte „utroque suum usum contendente“ schwerlich so aufzufassen sind, als ob jeder der rivales dem andern den Besitz der Leitung völlig abstreite, ²⁶⁾ also behaupte, er selbst habe im letzten Jahre das Wasser ausschließlich bezogen: ein solcher Streit kann in Wirklichkeit nicht vorkommen. Nicht minder halten wir mit dem genannten Gelehrten für kaum geeigneter die Ansicht, als ob es sich um einen Fall handle, in welchem innerhalb des letzten Jahres, aber zu verschiedenen Zeiten desselben, ein jeder Rivale einmal das ganze Wasser bezogen habe. In solchem Falle nämlich müßten mittels des interdictum duplex beide Theile Recht bekommen, und die Condemnationen würden sich gegenseitig aufheben, einen weitem Erfolg aber könnte das Interdict nicht haben; hier bleibt den Parteien, wenn sie sich über gemeinsame Benutzung nicht einigen, nur die actio confessoria oder das in l. 4 D. de aq. cott. 43, 17 erwähnte utile communi dividundo iudicium als Auskunftsmittel übrig. Krüger's eigne Auffassung dagegen ist ebenso wenig zutreffend. Er meint, unter Hinweis auf l. 1 §. 27 und l. 3 §. 5 eod., am nächsten liege noch

25) A. a. D. S. 95 f.

26) Dies ist Schmidt's Ansicht a. a. D. S. 188.

der Gedanke an Veränderungen, welche der eine an der Wasserleitung vornehmen wolle. In allen diesen Fällen, sagt er, stehen sich zwei selbständige Ansprüche gegenüber, die zwar in Collision gerathen, aber nicht sich nothwendig ausschließen und in derselben Weise auch durch zwei gleichzeitige *interdicta simplicia* ausgefochten werden könnten; die Lage der Parteien sei in nichts weiter eine gleiche, als daß wie bei einer Klage mit Widerklage jeder zugleich Kläger und Beklagter sei. Hierbei ist indessen zuwörderst nicht zu übersehen, daß unsere Stelle sagt: *duplex interdictum utrique competit*. Denn wennschon *competere* überaus gewöhnlich auch von nicht proponirten, sondern dem Einzelfalle angepaßten, Interdicten gebraucht wird,^{26*)} so geschieht dies doch wohl überall nur da, wo die Praxis einen festen Anspruch auf die Verleihung eines derartigen Interdictes gewährt hatte. Sicherlich dagegen wäre dieser Ausdruck in unserm Falle ungeeignet, wenn die Duplicität in einer mehr oder minder von der Willkür des interdicirenden Magistrates abhängigen Form bestände. Vor allem jedoch ist gerade diejenige Voraussetzung nicht beachtet worden, welche für das Verständniß unserer Stelle unerläßlich ist, nämlich der in ihr selbst bestimmte Begriff der *rivales*. Dies sind Personen, welche durch dasselbe Gerinne Wasser leiten, und zwar nicht etwa als Mitbesitzer des nämlichen Grundstücks, vielmehr ein jeder auf ein besonderes, in sei-

26*) C. l. 3 §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4. l. 2 §§. 6. 8. 39 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §§. 12. 17 D. de flum. 43, 12. l. un. §§. 7. 9 D. ut in flum. publ. 43, 14. l. 1 §. 9 D. de superfic. 43, 18. l. 14 D. de iniur. 47, 10. l. 2 §. 3 i. f. D. si serv. 8, 5. l. 3 §. 6 D. de itin. act. priv. 43, 19. l. 1 §. 35 D. de aq. cott. 43, 20. l. 3 §§. 6. 7 D. de riv. 43, 21. l. 1 §. 4 D. de arb. caed. 43, 27. l. 1 §. 3 D. de migr. 43, 30.

nem ausschließlichen 27) Besitze befindliches, Grundstück, für welches er damit eine *servitus aquaeductus* ausübt. Es steht also fest, daß jede Partei wirklich Wasser leitet. Weil demnach keine der andern den *aquaeductus* als solchen bestreiten kann, muß folglich jede der andern den Bezug einer gewissen Wassermenge zuerkennen. Wenn daher als Gegenstand des Streites der *aquae usus* bezeichnet wird, den jede Partei für sich beansprucht, so kann das nichts Anderes heißen, als der Bezug derjenigen Wassermenge, welche über die der Gegenpartei zugestandene Menge hinausgeht. Diese Wassermenge ist der einheitliche Gegenstand der beiderseitigen Ansprüche; indem der eine sie bezieht, entzieht er sie dem andern; der Streit bewegt sich, um Krügers Worte von den *interdicta retinendae possessionis* sinngemäß zu benutzen, nur darum, ob der eine oder der andre zum tatsächlichen Bezuge dieser Wassermenge, d. h. zum Besitze der *servitus aquaeductus* in dem von ihm beanspruchten Umfange, berechtigt ist. Es verhält sich also mit diesem Interdicte ganz ähnlich, wie wir es oben beim *interdictum de superficiebus* und bei dem *interdictum Uti possidetis utile* zwischen zwei neben einander stehenden Ufuaren gesehen haben. Eine Auflösung unseres *interdictum duplex* in zwei entgegengesetzte *interdicta simplicia* ist m. E. völlig undenkbar: die gesammte Stellung beider Parteien zu einander wird nothwendig mit einem einzigen Urtheile entschieden.

Somit bestätigt auch dieses *duplex interdictum* unsere Annahme, daß die Duplicität eines Interdictes die *par condicio utriusque litigatoris* sachlich voraussetzt.

Es ist gewiß unbedenklich, ein *duplex interdictum*

27) d. h. den übrigen *rivales* gegenüber; dagegen kann die eine Rivalenpartei recht gut aus mehreren Mitbesitzern eines *praedium dominans* bestehen.

auch auf aqua aestiva und überhaupt auf jede unter den Begriff der aqua cottidiana etwa nicht gehörige²⁸⁾ zeitlich beschränkte Wasserleitung zu erstrecken,²⁹⁾ welche zwecks Ausübung mehrerer Wasserleitungsservituten für verschiedene Grundstücke durch dasselbe Gerinne stattfindet.

52. Abgesehen hiervon aber dürfte es sehr fraglich bleiben, ob die bezeichnete Voraussetzung noch in irgend einem andern, durch Interdicte geschützten, Verhältnisse zutrefte.

Unmittelbar leuchtet es ein, daß dies nicht der Fall ist bei den von Schmidt und von Eck construirten exhibitorischen und restitutorischen interdicta duplicia:³⁰⁾ diese sind in der That nur zusammengefaßte interdicta simplicia von entgegengesetzten Parteirollen.

Ebenso ist es mit den von Eck³¹⁾ für möglich gehaltenen interdicta duplicia de fonte, de puteo u. s. w. Nicht blos bei Wasserleitungen, meint der genannte Schriftsteller, sondern auch bei der Benutzung von Viehtränken, Brunnen, Triftwegen, Weiden und dergleichen mehr, lasse sich sehr wohl ein Interesse des Berechtigten denken, andern die Ausübung der gleichen Befugniß zu verwehren; und wo im einzelnen Falle die Umstände dazu angethan gewesen seien, liege kein Grund vor, zu zweifeln, daß das betreffende Interdict als duplex habe erlassen werden können (uti hoc anno usi estis u. s. w.), um zu entscheiden, welche von beiden Parteien Veranlassung habe, gegen die andere mit der actio confessoria vorzugehen. Es handelt sich hier in

28) Bgl. l. 1 §. 3 D. eod.: ea quoque dicitur cottidiana, cuius servitus intermissione temporis divisa est. §. 22 eod.

29) Schmidt a. a. O. S. 188 zu N. 14. Eck a. a. O. S. 30 vor N. 104

30) S. oben zu N. 6 und 7 S. 275.

31) A. a. O. S. 30 zu N. 106. S. 34.

Wahrheit niemals in dem Sinne um dasselbe Object der entgegenstehenden Ansprüche, daß mit der Abweisung des einen nothwendig der andere von selbst anerkannt wäre. Und nur soweit hat der Impetrant in der That ein Interesse daran, dem Gegner die Ausübung einer gleichen Befugniß zu verwehren, als dieselbe seine eigne Ausübung beeinträchtigt: es bleibt durchaus Sache des Impetraten, die Ordnungsmäßigkeit der von ihm vorgenommenen Ausübung darzuthun; und dazu ist, wenn er sich mit der bloßen Freisprechung nicht begnügen mag, die Widerklage, d. h. hier die Impetration eines Interdictes mit entgegengesetzten Partierollen, der allein geeignete Weg.

Daß das *Salvianum* nicht einmal in dem Sinne einer formellen Verbindung von Klage und Widerklage ein *duplex interdictum* ist, hat schon auf dem Boden der frühern Auffassung der l. 1 §. 1 und l. 2 D. de Salv. interd. 43, 33 (C. 32) dargethan. In beiden Stellen wird der Fall vorausgesetzt, daß der eine von zwei Pfandberechtigten sich im Besitze der Pfandobjecte befindet: es leuchtet ein, daß dieser das *Salvianum*, ein *interdictum adipiscendae tantum possessionis*, nicht anzustellen vermag. Aber auch zwischen zwei nichtbesitzenden Pfandgläubigern ist ein *Salvianum duplex* undenkbar: die Verpfändung an den einen schließt die Verpfändung an den andern nicht aus; folglich würde das zweiseitige Verbot der *vis*, welches an das Dasein der zweiseitigen Verpfändung geknüpft ist, eine beiderseitige Verurtheilung bewirken können; und selbst eine auf das eigene Pfandrecht gestützte *exceptio* würde nur entweder beiderseitige Freisprechung zur Folge haben, oder umgekehrt gänzlich unbeachtet bleiben müssen. Gegenwärtig aber wird vollends die *Duplicität* des *Salvianum* als unmöglich

32) A. a. D. C. 34 ff.

erscheinen, seitdem Lenel³³⁾ nachgewiesen hat, daß die angeführte l. 1 §. 1 D. 43, 33 ursprünglich gar nicht vom *Salvianum* rebete, sondern von der *Serviana actio*; und daß l. 2 eod. auf einer plumpen Interpolation beruht.

53. Es bleibt übrig, festzustellen, wie weit die Duplicität eines *Interdictes* in dem Verfahren heraustrat.

Was die *Impetration* anbetrifft, so war es freilich möglich, daß beide *Betheiligte* gleichzeitig den *Prätor* um den Erlaß des *Interdictes* baten; und falls sie beide wirklich beabsichtigten, auf die *cetera ex interdicto primario* sich einzulassen, so wird das um so leichter geschehen sein, als ja zwecks *Empfangnahme* des, wenn auch zunächst nur von Einem begehrten, *Interdicts* ohnehin beide gleichzeitig in *iure* erscheinen mußten. Allein nothwendig war ein beiderseitiges *Bitten* um das *Interdict* durchaus nicht. Es ergiebt sich dies schon daraus, daß da, wo es sich in der That nur um das *Verbot* einer einseitigen *Störung* handelte, das ein solches *Verbot* enthaltende *simplex interdictum secundarium* nur ergehen konnte, nachdem zuvor das *duplex interdictum primarium* vorgegangen war, ohne daß sich daran die *cetera ex interdicto* anschlossen. Nun aber würde es geradezu widersinnig gewesen sein, den das bezweckte einseitige Verfahren bedingenden Erlaß des *interdictum primarium* davon abhängig zu machen, daß auch der *Gegner*, wider den jenes weitere Verfahren sich richten sollte, um diesen Erlaß bat. Within mußte es vollauf genügen, wenn nur Ein *Streittheil* denselben beantragte. So darf vom *Uti possidetis* geradezu gesagt werden: *sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur*³⁴⁾ und dergl. Es

33) *Ztschr. der Savigny-Stift.* Bd. 3 rom. Abth. S. 180 ff.

34) L. 3 §. 2 D. uti poss. 43, 17. (s. oben §. 1836 a Ziffer 37 S. 205) §. 3 eod. (s. unten §. 1836 c Ziffer 55 zu N. 22). §. 4 eod. (s. unten §. 1837 Ziffer 64 zu N. 83).

verhält sich also in dieser Beziehung mit der Duplicität der Interdicte geradese wie mit derjenigen der Theilungsklagen: auch bei den letzteren braucht der formelle Angriff, die Er= bittung der actio, nur von Einer Partei auszugehen, ³⁵⁾ wenn schon sehr häufig alle Betheiligte die Klage erheben. ³⁶⁾ Uebrigens fehlt es auch nicht an einem ausdrücklichen Zeug= nisse dafür, daß ein interdictum duplex einseitig beantragt werden konnte. Dieses Zeugniß liegt in den Schlußworten der oben mitgetheilten l. 1 §. 26 D. de aq. cott. 43, 20: duplex interdictum *utriusque* competit, d. h. ein jeder von beiden hat Anspruch auf das duplex interdictum.

Processualisch tritt die par condicio utriusque liti= gatoris erst mit Erlaß des Interdictes ein: für das wei= tere Verfahren ex interdicto reddito stehen beide Parteien völlig gleich. Es ist kein Widerspruch gegen die Duplicität dieses Verfahrens, daß dasselbe sich in eine Mehrzahl ein= seitiger Klagen auflöst. Denn nicht allein werden sachlich, wie Krüger ³⁷⁾ hervorhebt, alle diese Klagen zusammen= gehalten durch die Eine Frage, von deren Entscheidung ihr Ausgang abhängt; sondern es hat auch eine jede Partei, damit es zu dem Verfahren aus dem duplex interdictum überhaupt kommen könne, genau die gleiche Pflicht und das gleiche Recht wie die andere. Dies gilt unbezweifelt für die beiderseitigen Sponsionen und Restipulationen über die von jedem dem andern zur Last gelegte vis adversus edic= tum facta. Nicht minder aber gilt es da, wo, wie beim Uti possidetis, eine fructus licitatio stattfindet, hinsichtlich

35) L. 13 D. de iud. 5, 1 = l. 2 §. 1 D. comm. div. 10, 3. l. 43 D. fam. ercisc. 10, 2.

36) L. 14 D. de iud. 5, 1 und die Stellen bei Zimmer= mann Arch. für die Civil. Prag. Bd. 34 S. 196 N. 1. Ck a. a. D. S. 142.

37) A. a. D. S. 90.

deren: jeder darf und muß mitbieten. Auch das Ergebnis der licitatio, infolge dessen der Höchstbietende den Besitz des Streitobjectes bis zur Entscheidung über die Doppelsponsionen erhält, ändert an der processualischen Gleichstellung der Parteien hinsichtlich jener Sponsionen, also in Beziehung auf den eigentlichen Inhalt des Streites, nicht das Geringste. Namentlich wird damit nicht etwa die Beweislast zugunsten des Meistbieters dem Gegner allein aufgebürdet; ungeachtet seines Meistgebotes verliert der Meistbieter fogut wie der Gegner den Rechtsstreit, si non probat, ad se pertinere possessionem.³⁸⁾ Der Zweck der fructus licitatio liegt lediglich darin, für die Dauer des Rechtsstreites einen geregelten Zustand herbeizuführen, was eben am einfachsten durch die Thätigkeit der Parteien selbst geschieht, indem die eine kraft ihres Höchstgebotes die Bewahrung und Rußbarmachung des Streitgegenstandes für den künftigen Sieger übernimmt.³⁹⁾ Die Thatsache aber, deren Beweis allein in Frage kommen kann, ist der von jeder Partei behauptete, der andern gegenüber fehlerfreie, Besitz des Streitgegenstandes im Augenblicke des interdictum redditum, — eine Thatsache, welche durch das spätere Schicksal jenes Gegenstandes schlechterdings unbeeinflusst bleibt. Daß der Meistbieter im Falle seiner Niederlage jenen Besitz sammt den davon gezogenen Früchten herausgeben und die summa licitationis zahlen muß,⁴⁰⁾ berührt also die par condicio utriusque litigatoris im übrigen nicht.

Ganz besonders charakteristisch für die par condicio utrius litigatoris ist es, daß das Verfahren ex duplici interdicto seinen Verlauf nur solange behält, als beide Parteien in der geschilderten Weise dazu mitwirken. So-

38) Gai. IV, 167 sq. Vgl. Krüger S. 91 N. 1.

39) So mit Recht Krüger a. a. O. S. 91.

40) Gai. IV, 167.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 295

balb eine Partei damit aufhört, non potest res expediri; und es bleibt nunmehr der andern Partei nichts übrig, als das simplex interdictum secundarium zu beantragen: dieses bildet, wie wir schon mehrfach hervorgehoben haben, das unentbehrliche expediens. ⁴¹⁾

§. 1836 c.

d. je nachdem sie auf ersten Antrag erlassen werden, oder den Erlaß eines andern Interdicts voraussetzen; interdicta primaria und interdicta secundaria.

54. Dieser Gegensatz ist genauer erst bekannt seit der Studemund'schen Lesung der veroneser Handschrift der gajanischen Institutionen IV, 170, ¹⁾ deren Text bereits oben S. 215 soweit mitgetheilt worden ist, als derselbe im Zusammenhange sich hat ermitteln lassen.

Unter den abgerissenen Wörtern, die im weitem Verlauf von pag. 246 der veroneser Handschrift gelesen werden konnten, findet sich, wiewohl nicht mit voller Sicherheit, lin. 10: p. idictum secundarium und lin. 13: secundarium.

Der Ausdruck: interdictum *primarium* ist m. W. nirgends überliefert, dürfte aber als selbstverständliches Gegenstück zu dem Ausdruck: interdictum secundarium kein Bedenken gegen sich haben.

Bezeugt sind uns die interdicta secundaria nur beim Uti possidetis; schon hinsichtlich des Utrubi läßt uns die Handschrift des Gaius ohne Kunde. Desungeachtet werden wir nach den Ausführungen des vorigen Paragraphen

41) S. namentlich oben §. 1836 a Ziffer 40 S. 226 f.

1) Hinsichtlich des Verhältnisses selbst vgl. übrigens schon Rudorff Edict. perp. §. 247 unter 4.

kaum fehlgehen, wenn wir solche Interdicta für alle interdicta duplicia annehmen. Der Verlauf des doppelseitigen Verfahrens aus allen derartigen Interdicten setzt voraus, daß einerseits jede Partei eine Handlung vornimmt, welche, sofern gegen sie erkannt werden sollte, als vis adversus edictum facta gelten muß, und somit durch eben diese Handlung der Gegenpartei Anlaß bietet, jene zu einem weitem Verfahren, namentlich zu einer sponsio über das erlassene Interdict aufzufordern; und daß anderseits die Gegenpartei diese Aufforderung wirklich vornimmt. Das Unterbleiben solchen Anlasses und solcher Aufforderung seitens einer Partei kann zwar so wenig als Ungehorsam wider den obrigkeitlichen Befehl aufgefaßt werden, wie als Unterlassen der nothwendigen defensio: ist es doch nichts weiter als die thatfächliche Bekundung davon, daß die betreffende Partei von der kraft des interdictum redditum ihr eröffneten formellen Möglichkeit des Verfahrens nicht Gebrauch macht; — allein es versteht sich von selbst, daß mit der hierdurch gegebenen Unstatthaftigkeit eines weitem Verfahrens ex interdicto duplici die Sache nicht füglich beendigt ist, wenn nicht etwa der Gegner sich dabei beruhigt. Denn kraft des interdictum redditum hat auch dieser die Stellung des Klägers. Während bei einem interdictum simplex der Impetrat nichts dagegen machen kann, daß der Impetrant ungeachtet ausreichenden Anlasses zu einem agere ex interdicto die Aufforderung zur Sponsion oder was sonst zur Fortsetzung des Verfahrens gehört, unterläßt, muß bei einem interdictum duplex jede Partei, mag sie Impetrant des Interdicts sein oder Impetrat, eben in ihrer Klägereigenschaft das Recht haben, auf Grund des ergangenen Interdictes eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Und dazu dienen die interdicta secundaria. ^{1a)}

1a) S. oben §. 1836 a Biffer 40 S. 226 f.

Zwecklos jedoch wäre es gewesen, in der Fassung des *secundarium* darauf hinzuweisen, daß *Impetrat* die *cetera ex primario* nicht gehörig vorgenommen habe. Denn sicherlich schritt der Prätor nur dann, wenn dieses feststand, zur Ertheilung des *secundarium* vor. Waren ja doch selbst bei dem gewiß besonders verwickelten *Uti possidetis* mit Ausnahme des *vim facere* alle übrigen *cetera* Vorgänge in iure; das außergerichtliche *vim facere* ihrerseits aber mußte jede Partei darlegen, um zur *fructus licitatio* zu gelangen: ^{1b)} sonst galt es als nicht geschehen.

Die Wirkung der *interdicta secundaria* ist nicht bedingt durch diejenigen Thatsachen, von denen die Wirkung des *primarium* abhängt. Gleichwohl wäre nichts irriger, als sie für völlig unbedingte prätorische Befehle zu halten. ^{1c)}

Zweifellos ist es freilich, daß der *Impetrat* gegenüber dem *secundarium* beim *Uti possidetis* sowenig eignen Besitzanspruch erheben, als die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes geltend machen kann. ²⁾

^{1b)} S. oben §. 1836 a Ziffer 45 S. 266. — Verfehlt scheinen mir deshalb die Restitutionen von Rudorff ed. perp. S. 219 unter 4 und zu Buchta's Institutionen §. 169 N. 1. und die unter Berufung auf erstere hingestellte Behauptung von Demelius, die *Confessio* S. 171 N. 1, als Voraussetzung des *vim fieri veto* im *secundarium prohibitorium* erscheine nur das *cetera ex interdicto non fecisse*.

^{1c)} Wie es thun Krüger a. a. D. S. 99, Bekker Aktionen Bd. 2. S. 54 N. 5 unter 3, Weischeder Besitz und Besitzschutz S. 487, Demelius *Confessio* S. 170 ff., Wach zu v. Kellers römischem Civilproceß N. 873, der von „purificirtem“ *Interdicte* spricht.

²⁾ Gai. IV, 170: — itaque etsi alias potuerit interdicto *Uti possidetis* vincere, si *cetera ex interdicto* — per *interdictum secundarium*. — Richtig Rappagne Abhandlungen S. 166 f.

Allein damit ist der Impetrant noch nicht einmal schlechthin der Nothwendigkeit überhoben, sein eignes Besitzrecht darzuthun.

Gegenüber dem thatsächlichen Besitze des Impetraten ist dies allerdings oft der Fall. So bedarf es fraglos jenes Beweises dann nicht, wenn der Impetrat selbst angeht, Detentor des Gegners zu sein. Namentlich aber ist jener Beweis unnöthig, wo der thatsächlich besitzende Impetrat nicht sowohl bestreitet, daß er vom Gegner juristischen Besitz erworben habe, als vielmehr, daß dieser Erwerb vitio geschehen sei. Denn mit dem Unterlassen der *cetera ex interdicto* ist eben die Geltendmachung des eignen Besitzrechtes für den Impetraten ausgeschlossen: gegenüber dem Zugeständnisse seines Besizerwerbes vom Gegner bleibt also nichts übrig, als die Annahme der Fehlerhaftigkeit dieses Erwerbes. Indessen kann es auch vorkommen, daß der Impetrant den Dritten, von welchem der Impetrat den Besitz erworben hat, als seinen Detentor und den Besizerwerb des Impetraten von demselben als vitios bezeichnet, während der Impetrat wenigstens das Erstere leugnet.^{2a)} Der Umstand jedoch, daß der Impetrat durch Unterlassen der *cetera* die Geltendmachung des eignen Besitzrechtes verwirkt hat, vermag nicht, den Gegner von dem Nachweise des zu seiner eignen Legitimation unentbehrlichen Umstandes zu befreien, jener Dritte sei sein Detentor gewesen, der Impetrat besitze mithin von ihm, dem Impetranten, und zwar, wie sich alsdann von selbst ergibt, vitio. Weiter ist möglich, daß der Impetrat seinerseits Detentor eines Dritten zu sein behauptet;^{2aa)} und auch hier muß dem Impetranten der Nachweis obliegen, daß er selbst der juristische Besizer sei.^{2b)}

2a) S. unten Ziffer 55 unter 3.

2aa) S. unten Ziffer 55 unter 2 d und unter 4.

2b) Kappeyne a. a. D. S. 168 f. vgl. S. 176 meint, beim

Sowohl da, wo der Beweis des impetrantischen Besitzes unnötig, als da, wo er erbracht worden ist, muß der Impetrat, welcher die *facultas restituendi* wirklich hat, die streitige Sache dem Impetranten herausgeben, — und zwar ohne Zweifel auch dann, wenn er bloßer Detentor ist, sei es nun des Impetranten selbst, sei es eines Dritten. ³⁾

Nun aber ist auch jene *facultas restituendi* bei Erlaß des *secundarium restitutorium* durchaus nicht immer gewiß, insbesondere da nicht, wo es sich um den Besitz eines unbewohnten Grundstücks handelt, der nur in einzelnen Verfügungen besteht. Da sie jedoch eine unerläßliche Voraussetzung für die verbindliche Kraft unseres *secundarium* ausmacht, so trifft im Falle ihrer rechtlichen Ungewißheit den Impetranten ihr Beweis. ⁴⁾

restitutorium habe Impetrant zweierlei Thatfachen zu erweisen: zunächst, daß er selbst den Besitz nicht habe, zweitens, daß der Gegner ihn habe. Hinsichtlich des zweiten Punktes wird die folgende Ausführung unsere Zustimmung begründen; den ersten halten wir für falsch. Auch nach Rappenhaynes Ansicht würde der Nachweis dieser Thatfache nur dann Erfolg haben, wenn zugleich die zweite nachgewiesen ist: nun aber liegt offenbar in dem Nachweise, daß der Gegner besitzt, nothwendig der Beweis, daß Kläger selbst nicht besitzt; folglich ist ein besonderer Beweis hierfür durchaus überflüssig. Dagegen trifft, wie im Texte angegeben, unter Umständen den Impetranten der Nachweis, daß der Gegner nur sein Detentor ist, oder daß derselbe von seinem, des Impetranten, Detentor, somit von ihm selbst, den Besitz erworben habe.

- 3) Daß das „*possideat*“ bei *Gai. IV, 170 (N. 4)* in diesem Umfange zu verstehen ist, bemerkt, unter Berufung auf *l. 9 D. de R. V. 6, 1*, gewiß mit Recht Rappenhayne *Abhandlungen* S. 169 zu N. 1.
- 4) *Gai. IV, 170: — sive possideat, restituat adversario possessionem. Rappenhayne a. a. D. S. 168.*

Wie bei restitutorischen Interdicten überhaupt, ⁵⁾ so muß auch bei unserm Interdicte derjenige, qui dolo fecit, quo minus haberet, haften, ac si haberet. Nach dem Wesen des Verhältnisses macht ein Aufgeben der facultas restituendi hier nur verantwortlich, sofern es geschieht, nachdem die Voraussetzungen des secundarium restitutorium bereits vorliegen, also erst, sobald nach Erlaß des primarium der thatsächliche Besitzer mit Unterlassung der cetera ex interdicto begonnen hat. Begreiflicherweise aber wird die Thatfache des dolo malo desuisse habere meist bestritten werden; sicherlich hat der Impetrant dieselbe zu beweisen.

Umgekehrt wird der nicht besitzende Impetrat durch das bloße Unterlassen der cetera ex interdicto verpflichtet, den besitzenden Impetranten künftighin in dessen Besitze nicht zu behelligen. ⁶⁾ Besitzt dagegen auch Impetrant das streitige Grundstück nicht, so ist das secundarium prohibitorium für ihn gegenstandslos, folglich ungeeignet, den Impetranten zu verpflichten. Soweit nicht etwa der Besitz des Impetranten bereits feststeht, hängt daher die verbindliche Kraft des secundarium prohibitorium vom Beweise dieses Besitzes ab. ⁷⁾

Gerade auf diesem Punkte zeigt sich, wie verhängnißvoll es ist, das secundarium für einen unbedingten Befehl zu halten. Denn danach muß man für unser Verhältniß entweder ebenfalls ein solches purificirtes Interdict an-

5) L. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17. S. unten §. 1837 Ziffer 58 zu R. 19.

6) Gai. l. c.: sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat.

7) Rappelyne a. a. D. S. 175 und 178. Göppert kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XIV. S. 546.

nehmen, oder die Statthaftigkeit eines secundarium gänzlich ableugnen. Ersteres thut Demelius; ^{7a)} er behauptet, gegen den indefensus habe erreicht werden sollen, was siegreicher Proceß gebracht hätte; solches sei aber, daß Kläger als nec vi nec clam nec precario possidens hervorgehe und geschützt werde. Allein, selbst wenn das Unterlassen der cetera als mangelnde defensio gelten dürfte, so würde sich daraus jene Schlußfolgerung nimmer ergeben. Denn kein Urtheil ist imstande, denjenigen, der nicht besitzt, ohne weiteres zum Besitzer zu machen. ^{7b)} Den andern Weg

7^{a)} Die Confessio C. 171 N. 1.

7^{b)} Auch der von Krüger krit. Versuche C. 99 ff. unter Zustimmung Rudorffs zu Puchtas Institutionen §. 169 N. 1. herangezogene Vergleich des interdictum Quem fundum gegen den indefensus possessor bei der rei vindicatio würde höchstens beweisen, daß im Uti possidetis der indefensus seinerseits den Anspruch aus seinem Besitze verliere, — keinesweges aber, daß der nicht besitzende Impetrant auch dann, wenn der Impetrat nicht besitzt, diesem gegenüber als Besitzer gelte. Und wenn Demelius die Beweisraft von Gai. IV, 170 (N. 6) mit der Behauptung beseitigen will, hier sei nur gesagt, „daß Gewalt gegen den Besitzstand verboten sein soll,“ — so dürfte er übersehen haben, daß Gewalt gegen einen Besitzstand nur da denkbar ist, wo ein solcher vorliegt. Die von ihm angeführte l. 52 §. 2 D. de a. v. a. p. 41, 2 (Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri) spricht nur von einem Verbote der vis gegen einen Impetranten, welcher thatsächlich Besitz ergreifen will, m. a. W. von einem Verbote, dessen unerläßliche Voraussetzung eben jenes ingredi bildet, wie es in unserm Falle das possidere des Impetranten thut. Ganz irrig bezieht Denel ed. perp. C. 380 unter 1 a. E. (sachlich übereinstimmend mit Rudorff Zusatz Nr. 58 zu v. Savigny Recht des Besitzes C. 636: „zur Erzwingung der cetera ex

wählt Meißcheider ⁷⁰⁾ und, wie es scheint, Wach: ⁷⁴⁾

interdicto“) jene Stelle auf „die restitutorisch-prohibitorische Fassung“ der interdicta secundaria. Im Einzel-
 falle hatten vielmehr diese Interdicte sicherlich entweder
 restitutorische oder prohibitorische Fassung (s. unten zu
 N. 8 f.); und zu keiner von beiden paßt das in jener
 Stelle erwähnte Interdict. Dieselbe fähret nämlich fort:
 statim enim cedere adversarium et vacuum relinquere
 possessionem iubet, quod multo plus est quam resti-
 tuere; das fragliche prohibitorische Interdict schützt
 also den Nichtbesitzer, der gemäß magistratischer Er-
 mächtigung kraft einseitigen Vorgehens fremden Besitz
 ergreift, während das secundarium prohibitorium vor-
 aussetzt, daß Impetrant im Besitze ist, das secundarium
 restitutorium aber den dritten Besitzer zwar zur Heraus-
 gabe des Besitzes an den Impetranten nöthigt, nicht je-
 doch Letztem die eigenmächtige Wegnahme des Besitzes
 gestattet (vgl. unten §. 1838 e Ziffer 105 nach N. 79).
 Rudorff a. a. O. denkt beiläufig an ein prohibitorisches
 Interdict etwa zur Verstärkung des restitutorischen inter-
 dictum Quod legatorum. Allein der Umstand, daß
 Benuleius letzteres Interdict in demselben Buche be-
 handelt hat (fragm. Vat. 90), dem unsere l. 52 ent-
 nommen ist, macht das Dasein eines derartigen, im
 übrigen gänzlich unerfindlichen, Interdictes schwerlich
 auch nur glaubhaft. Mehr spricht für das Interdict,
 welches nach Erledigung einer missio gegen den nunmehr
 ohne Rechtsgrund in der Detention verharrenden missus
 gewährt wird (l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5. l. 11
 D. ut legat. 36, 3. l. 40 D. de solut. 46, 3). Doch
 ist in Beziehung auf dieses nicht nur stets die Rede von
 decedere oder discedere des Impetraten, sondern es
 paßt auch auf den Impetranten weder das induci in
 possessionem, noch das ingredi. So vermuten wir
 wohl besser zutreffend ein Interdict zum Schutze einer
 missio, welche dem Immittirten die vacua possessio ge-
 währt, also etwa zum Schutze der missio ex secundo
 decreto damni infecti nomine, oder vielleicht zum Schutze

bestreite der Beklagte den Besitz des Klägers, ohne selbst Besitz anzusprechen, so werde das *interdictum primum*, formell zweiseitig, materiell mit einseitiger Wirkung ertheilt. Diese Meinung bedarf einer ausdrücklichen Widerlegung schon deshalb nicht, weil sie unvereinbar ist mit der Darstellung des *Gaius* (IV, 170), wonach unterschiedslos ein *secundarium* stattfindet, sobald eine Partei die *cetera ex primario* unterläßt.⁷⁰⁾ Uebrigens leuchtet auch unmittelbar ein, daß eine einseitige *sponsio ex primario* für den besitzenden Inpetranten sachlich zwecklos gewesen sein würde. Das Urtheil über diese Sponsion würde davon abgehängt haben, ob der besitzende Kläger den Beweis geliefert, *possessionem ad se pertinere*. „Welch' Interesse hat aber der Inhaber des Gutes, zu diesem Beweise zugelassen zu werden, welches Interesse der Gegner, ihn zu fordern, sobald dieser anerkennt, keinen Anspruch auf den Besitz und demgemäß auf die *secutoria iudicia* zu haben? Ob es dem

der *missio* des nicht besitzenden *plus licitans* bei der *fructus licitatio*. S. unten §. 1838c Ziffer 94 N. 2c. Die erstere Beziehung giebt schon an *Gust. Lenz* das Recht des Besitzes und seine Grundlagen S. 174 ff. Ohne Grund erklärt *Rudorff* a. a. O. dieselbe für unzulässig wegen l. 18 §. 15 (nicht 25) D. de damn. inf. 39, 2 und l. 4 §§. 2—4 D. ne vis fiat. 43, 4. Vgl. *Burckhard* in diesem Commentar Ser. der Bücher 39 und 40. Thl. 2 S. 574 ff. — Vgl. über l. 52 §. 2 cit. im ganzen *Wendt* in *Jahrb. für Dogmatik* Bd. 21 (N. F. Bd. 9.) S. 308 ff. *Pininski* der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Bd. 1 S. 34 N. 1. —

70) Besitz und Besitzrecht S. 437.

71) Zusatz zu v. Kellers römischem Civilprozeß Anm. 1129.

72) Wie *Wach* a. a. O. die Beweiskraft dieser Stelle mit der Bemerkung beseitigen will, es lasse sich einseitige *vis ex conventu* denken, ist mir völlig unverständlich. Vgl. übrigens auch oben §. 1836a Ziffer 42 N. 11 S. 242 f.

Kläger glückt oder nicht, würde doch nichts in dem Verhältniſſe der Parteien zu einander ändern. Der Proceß über die einfache sponsio, falls dabei der (Besitzer) als Kläger auftritt, wäre ohne Gegenstand, ein Wetten zum Spiel und aus Haber gewesen.“ 74)

Gemäß vorstehenden Ausführungen möchte also die Fassung der *secundaria* etwa so zu vermuthen sein:

Quas aedes, q. d. a., ab illo possides dolo malo fecisti, quo minus possideas, eas illi restituas.

Uti eas aedes, q. d. a., ille possidet, quo minus ita possideat, vim fieri veto. 75)

Daß beim Unterlassen der *cetera ex interdicto primario* der Impetrat, welcher nicht besitzt, gleichviel, ob der Besitz des Gegners gewiß ist oder nicht, sich dem *secundarium prohibitorium* nicht zu entziehen vermag, leuchtet unmittelbar ein. Befremdlich dagegen könnte es auf den ersten Blick erscheinen, warum in gleichem Falle der Impetrat, welcher den Streitgegenstand besitzt, nicht freiwillig denselben herausgibt, sondern es erst zum *restitutorium* kommen läßt. Allein in der That liegt hierin nichts Befremdliches, wenigstens in allen den Fällen, in denen der Impetrant erst noch den Nachweis seines eignen frühern Besitzes zu erbringen hat; und nicht minder da, wo das *secundarium restitutorium* gegen den angeblichen *dolo desinens possidere* durch die Darlegung dieses *Dolus* noch zu begründen bleibt. Aber auch da, wo das Dasein der impetratischen Restitutionspflicht feststeht, kann eine Meinungsverschiedenheit der Parteien über den Inhalt und Umfang dieser Pflicht eine richterliche Entscheidung höchst wünschenswerth machen.

74) Rappeyne Abhandlungen S. 175 f.

75) Aehnlich Rappeyne a. a. D. S. 174.

Im gegebenen Falle erbittet der Impetrant aus dem Uti possidetis das secundarium entweder als prohibitorisches oder als restitutorisches, je nachdem er das streitige Grundstück besitzt oder nicht. Rappeyne⁸⁾ freilich nimmt an, daß man da, wo zunächst das restitutorium angezeigt erschien, beide secundaria neben einander erbeten habe. Das secundäre prohibitorium nämlich habe der Impetrant niemals entbehren können, weder in dem Falle, wo er den Besitz von Beginn an selbst gehabt hatte, noch da, wo er ihn sich erst durch den Gegner hatte zurückgeben lassen müssen. Allein so gewiß auch im letztern Falle der Impetrat niemals wieder die Thatsache geltend machen kann, daß beim Erlasse des interdictum primarium er selbst den Schutzanspruch des iustus possessor gehabt habe,⁹⁾ — so wenig bedarf der Impetrant des secundarium prohibitorium, um Eingriffe in seinen Besitz abzuwehren, welche mit der Ausschließung des Impetraten von der Geltendmachung jener Thatsache im Widerspruch stehen. Auch wenn das interdictum primarium als iudicium duplex durchgeführt worden ist, wird der unterliegende Theil durch die Rechtskraft der ergangenen Entscheidung verhindert, von neuem auf die ihm aberkannte iusta possessio zurückzukommen; er muß eben den Gegner als Besitzer ungestört lassen, sofern es ihm nicht etwa gelingt, mittels einer petitorischen Klage den Erfolg des Interdicts umzustossen: aber gegen künftige Störungen des dem Sieger zustehenden Besitzes dient zweifellos nicht etwa ein prohibitorium secundarium oder ein ähnliches Interdict, sondern eine abermalige Erwirkung des ganz gewöhnlichen Uti possidetis primarium. Versucht es nun der bei der erstmaligen Durchführung des gleichen Interdictes Unterlegene, mittels gehöriger Vornahme

8) Abhandlungen S. 173. S. auch S. 170.

9) Vgl. Krüger kritische Versuche S. 102 f.

der cetera eine wiederholte Entscheidung über die ihm ab-erkannte iusta possessio herbeizuführen, so steht ihm eben die Rechtskraft der ersten Entscheidung entgegen: er wird also von neuem der schweren Verurtheilung aus dem primarium unterliegen. Unterläßt er jedoch in Voraussicht dieses Mißerfolges die cetera, so setzt er sich jetzt, d. h. infolge der abermaligen Erwirkung des Uti possidetis primarium, dem secundarium prohibitorium aus. Obendrein würde ja ein auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung im primarium zugunsten des Siegers ertheiltes secundarium prohibitorium über die Wirkung der Rechtskraft hinaus auch den Anspruch des Unterlegenen aus einem neu erworbenen Besitze da ausschließen, wo es jenem Sieger gelingen sollte, sich, wenngleich iniuste, den Besitz wieder anzueignen. Ganz entsprechend aber ist es mit demjenigen Besitze, welcher kraft des secundarium restitutorium erworben ist. Gegen künftige Störung seitens des besiegten Gegners sichert den Sieger das gewöhnliche Uti possidetis primarium; versucht es der Besiegte in dem daraus entwickelten iudicium duplex diejenigen Besitzansprüche geltend zu machen, deren Geltendmachung durch Unterlassung der cetera aus dem früher ergangenen Uti possidetis ein für allemal ausgeschlossen ist, so steht ihm eine auf diesen Hergang gestützte Einrede nach dem Vorbilde der Einrede der Rechtskraft entgegen. In der That wird eine unbefangene Auffassung aus der Darstellung bei Gai. IV, 170 nur das herauslesen, daß entweder das restitutorium (*sive possideat, restituat adversario possessionem*) oder das prohibitorium secundarium (*sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat*) ertheilt wurde.

Rappayne^{9*)} wirft endlich noch die Frage auf, wie lange die Partei, gegen welche das secundäre Interdict

9*) A. a. O. S. 180.

verliehen war, des Rechtes beraubt geblieben sei, ihrerseits das primäre Interdict von neuem „anzufragen“ (ich verstehe: nachzufuchen)? und beantwortet diese Frage: „Wahrscheinlich solange, bis das secundäre durch Verjährung untergegangen war, es sei denn, daß besondere Umstände, *causa cognita*, eine Abweichung rechtfertigten.“ Wir glauben, dem beistimmen zu dürfen, insofern wir die Verjährung auf den Anspruch beziehen, *ex interdicto secundario reddito* die Sponsion zu verlangen und aus dieser Sponsion zu klagen.^{9b)} Dagegen sehen wir keinen Grund, weshalb der Anspruch, bei Unterlassung der *cetera ex primario* seitens des Gegners das *secundarium* zu impetrieren, verjähren sollte;^{9c)} und zwar gilt dies nicht nur hinsichtlich des *prohibitorium*, sondern auch hinsichtlich des *restitutorium*. Solange also ungeachtet des Unterlassens der *cetera* seitens einer Partei die andre das geeignete *secundarium* nicht impetriert hat, kann u. *Q.* die erstere ein abermaliges *primarium* nicht verlangen.

55. Nach Rappernes¹⁰⁾ Zusammenstellung findet beim *Uti possidetis* das *secundarium restitutorium* in drei Classen von Fällen statt:

1) der infolge seiner *plus licitatio* im Besitze befindliche Gegner unterläßt die ferneren *cetera ex interdicto*;

2) der juristische Besitzer hat das *Uti possidetis* gegen jemanden erwirkt, der nach dessen eigener Angabe das streitige Grundstück nur *detinirt*, und zwar wenigstens nach des Impetranten Behauptung für diesen;

3) der *iniuste* vom Gegner Besizende läßt sich auf das Verfahren *ex interdicto primario* nicht ein.

9b) Vgl. unten §. 1837 b Ziffer 77 nach N. 22.

9c) Vgl. das. Ziffer 81 zu N. 62.

10) Abhandlungen S. 168 ff.

Im einzelnen bleibt zu diesen Anwendungsfällen Folgendes zu bemerken.

Zu 1). Der plus licitans erhielt, wie wir später ¹¹⁾ sehen werden, den Besitz des Streitgegenstandes erst dann, wenn er dafür *satisfactio* geleistet hatte. Das nächste Stück der *cetera ex interdicto*, welches ihm nunmehr oblag, war die Abschließung der Sponsionen. Da diese erst im *rerum actus* stattfinden konnte, so hielt er bei deren, das *secundarium* begründenden, Unterlassung den Austrag der Sache bis dahin zurück. Es würde also bekannten Einrichtungen des römischen Rechtes durchaus entsprechen, wenn er für diese Verschleppung neben dem vollen Schadenserfasse, welcher mittels des *secundarium restitutorium* von ihm eingeklagt wird, noch eine besondere Strafleistung zu erbringen hätte; ¹²⁾ und ein geeignetes Mittel zu solcher würde die *fructuaria stipulatio* geboten haben. In der That nimmt Pappayne ¹³⁾ an, infolge des Unterbleibens der ferneren *cetera* sei jene Caution verwirkt worden. Indessen sagt Gai. IV, 166 von derselben:

cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat —;

und zwar ergeht gemäß der freilich lüdenhaften, hinsichtlich unsrer Frage aber doch hinreichend verständlichen weitem Ausführung diese *pronuntiatio* auf Grundlage eines Sponsionsverfahrens, in welchem der *iudex* requirit, *uter eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit*. Danach dürfte es immerhin zweifelhaft bleiben, ob Pappayne mit Recht in der Ertheilung des *secundarium restitutorium*

11) S. unten §. 1838 c Ziffer 94 zu N. 2c.

12) S. unten §. 1838 d Ziffer 99 zu N. 7.

13) A. a. D. S. 169.

ein gleichwerthiges de possessione pronuntiare erblickt. Nicht dafür jedenfalls spricht die Thatfache, daß wer sich auf andere Weise durch Unterlassen der cetera dem Verfahren ex interdicto primario entzieht, einen weitem Nachtheil nicht erleidet, als daß er sich dem secundarium aussetzt, und so namentlich auch der minus licitans nicht, welcher sich weigert, die Sponsionen zwecks Austrags des interdictum duplex einzugehen, obgleich er hiermit eine gleiche Verschleppung der Angelegenheit veranlaßt.

Zu 2). Das secundarium restitutorium des juristischen Besitzers gegen seinen Detentor kann in vierfacher Weise vorkommen.

a) Der Detentor, welcher nach der Behauptung des, von ihm als solchen anerkannten, juristischen Besitzers keinen Anspruch auf längeres Behalten der ihm anvertrauten Sache hat, z. B. der Miether oder Pächter nach angeblicher Beendigung des Mieth- oder Pachtverhältnisses, weigert gleichwohl die Rückgabe der Sache; statt der zuständigen Contractsklage bedient sich der juristische Besitzer des Uti possidetis als der Ermissionsklage. Der Detentor, welcher seine Weigerung der Rückgabe etwa mit der Behauptung begründet, das ihm die Innehabung der Sache gewährende Verhältniß sei noch gar nicht beendet, oder mit einem Retentionsanspruche, wird sich begreiflicherweise auf die cetera ex interdicto nicht einlassen. Der Erfolg des nunmehr gegen ihn erwirkten secundarium restitutorium hängt lediglich ab von der richterlichen Entscheidung über den Grund seiner Weigerung. Um eine solche Entscheidung herbeizuführen, bedurfte es ohne Zweifel der Einrückung einer entsprechenden exceptio in das Interdict ¹⁴⁾ oder, sofern der

14) Arg. l. 3 §. 3 D. uti poss. 43, 17 (s. unten unter c) vor N. 22). In dem Falle der l. 20 D. de a. v. a. p. 41, 2 und der l. 12 D. de vi 43, 16 dagegen bedarf es

einzelne Weigerungsgrund erst nach Erlaß des Interdictes entstanden war, in die sponsio ex interdicto oder in die actio aus dieser sponsio. ¹⁵⁾)

Uebrigens erheischt dieser, von Rappayne aufgeführte, Fall eine wesentliche Vervollständigung. Hinsichtlich des secundarium restitutorium ist nämlich demjenigen, welcher die Rückgabe der Detention wegen eines obligatorischen Anspruchs gegen den juristischen Besitzer weigert, derjenige völlig gleichzustellen, der in seiner Detention die quasi-possessio eines dinglichen Rechtes auszuüben behauptet, — es müßte denn wegen dieser iuris quasi-possessio ein Uti possidetis utile zwischen ihm und dem angeblichen corporis possessor als die geeignete Form des Verfahrens erscheinen. Letzteres ist, wie wir oben ¹⁶⁾) gesehen haben, der Fall hinsichtlich des Quasibesitzes der die Detention gewährenden Personalservituten, sofern der corporis possessor bis zu dem, von ihm für fehlerhaft erklärten, Erwerbe des gegnerischen Quasibesitzes thatsächlich den Genuß des streitigen Grundstücks gehabt hat. Der Weg der exceptio gegen das secundarium des corporis possessor würde also namentlich für den quasi-possessor einer Superficies ¹⁷⁾) der gewiesene gewesen sein. Und in der That finden wir ihn hier bezeichnet in

l. 3 §. 7 i. f. D. uti poss. 43, 17 (*Ulpian. lib. 69. ad ed.*):

dominus autem soli tam adversus alium quam ad-

einer exceptio gegen das interdictum Unde vi nicht: die iusta et rationabilis causa non reddendi schließt eben die vis des Detentors aus.

15) S. unten §. 1838 b Ziffer 91.

16) §. 1836 b Ziffer 50 S. 283 f.

17) Ebenso für den iuris quasi-possessor des ius in agro vectigali.

versus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebatur secundum legem locationis: et ita *Pomponius* quoque probat. ¹⁸⁾)

Das Gleiche muß auch für den Fall gelten, wo gegenüber der quasi-possessio einer die Detention gewährenden Personalservitut der, diese quasi-possessio für iniusta erklärende, corporis possessor sich auf ein eigenes uti frui des streitiges Grundstücks nicht zu berufen vermag, ¹⁹⁾) folglich der Besitzstreit zwischen ihm und dem iuris quasi-possessor nicht mittels eines Uti possidetis utile ausgetragen werden kann.

b) Derjenige, dem das streitige Grundstück als Detentor anvertraut worden ist, bestreitet die Gültigkeit des, die Detention begründenden, Rechtsverhältnisses mit der Behauptung, selbst Eigenthümer des Grundstücks zu sein. Sofern sich diese Behauptung beweisen läßt, erscheint freilich jenes Rechtsverhältnis als nichtig. Gleichwohl darf die Frage danach in den Besitzstreit nicht hineingezogen werden: es steht fest, daß die thatsächliche Lage des streitigen Grundstücks durch einen zweiseitigen Willensact begründet worden ist, welcher, mag er nun im übrigen Rechtsfolgen haben

18) Krüger krit. Versuche S. 104. 106. Meißner der Besitz und Besitzeschutz S. 437 ff. A. M. Degenkolb Platzrecht S. 67; er versteht das tueri superficiarium von der Gewährung des interdictum de superficie, welches der Superficiar auszuwirken genöthigt gewesen sei, um gegenüber der corporis possessio seinen Quasi-besitz zu behaupten. Vgl. dagegen auch unten unter c a. G. S. 314.

19) z. B. weil er die Sache vorher durch einen von ihm anerkannten Usfructuar hatte detiniren lassen, und nach dem Tode des Letztern ein Dritter als angeblicher Usfructuar sich der Detention bemächtigt hatte. Meißner der a. a. D. S. 438.

oder nicht, zweifellos den Willen des bisherigen juristischen Besitzers bekundet hat, dem Empfänger des Grundstücks an demselben nur die Detention zu geben, und nicht minder den entsprechenden Willen dieses Empfängers, daran nur die Detention, und zwar für die andre Partei, zu erwerben. Jene, wenngleich zwecks Begründung eines Schuldverhältnisses nichtige, Vereinbarung ist die *causa*, kraft deren der Empfänger des Grundstücks dessen *possessio*, oder vielmehr *detentio*, thatsächlich erlangt hat. *Nemo autem causam possessionis sibi ipse mutare potest.*²⁰⁾ Deshalb muß der Empfänger vorläufig den thatsächlichen Besitz herausgeben.²¹⁾ Läßt er sich auf das *primarium interdictum* ein, so wird er unterliegen; unterläßt er, in Voraussicht dieses Ausgangs, die *cetera ex interdicto* ohne den Impetranten durch Herausgabe des Grundstücks zu befriedigen, so erzwingt jener nunmehr dessen Herausgabe mit dem *secundarium restitutorium*.

Diesen beiden von Kappelyne angeführten Anwendungsfälle des *secundarium restitutorium* gegen den eignen Detentor haben wir zwei weitere anzureihen.

c) Die Meinungsverschiedenheit zwischen dem juristischen Besitzer und dessen, zu eigner Benutzung der Sache befugtem, Detentor bezieht sich lediglich auf die Abgrenzung der beiderseitigen Verfügungsbefugnisse. Auf das *primarium*

20) Krüger vermuthet in seiner Codexausgabe hiernach nicht ohne innere Berechtigung, daß der Schlußsatz der l. 23 Cod. de loc. 4, 65: „*nemo enim sibi iure possessionem mutare potest,*“ obwohl auch die Basiliken ihn bei l. 23 cit. anführen, ans Ende der l. 25 eod. (s. nächste Note) gehöre.

21) L. 25 Cod. de loc. 4, 65 (Dioclet. et Maxim. 293): *Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare.*

Uti possidetis läßt sich der Detentor selbstverständlich nicht ein; im secundarium restitutorium beruft er sich einrede-
weis auf seine Benutzungsbefugniß. Da der juristische
Besitzer dieselbe im ganzen durchaus nicht bestreitet, viel-
mehr nur behauptet, sie gehe nicht soweit, als der Detentor
sie geltendmachen will, so bedarf er einer darauf gerichteten
Replik. Lautet also die exceptio z. B. des Miethers etwa:
si non eae aedes Numerio Negidio locatae sunt —, so
würde die Replik des Vermiethers etwa lauten müssen:
aut si Aulus Agerius Numerium Negidium non pro-
hibet, ne secundum legem locationis habitet, sed ne
possideat. Dies ist der Fall der l. 3 §. 3 D. Uti poss.
43, 17 (*Ulp.* lib. 69. ad ed.):

Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem
prohiberet, aequae competere interdictum Uti possi-
detis placuit, testarique dominum, non prohibere in-
quilinum, ne habitaret, sed ne possideret.²²⁾

- 22) Es darf hier dahin gestellt bleiben, ob und in welchem
Umfange etwa diese Worte interpolirt sind. — Ripp
die Litidenuntiation als Proceßeinleitungsform im römi-
schen Civilproceß S. 62 f. N. 33 versteht das testari
unsrer Stelle wie das protestari der l. 1 §. 4 D. quod
legat. 43, 3 von einer „Erklärung in iure bei Anstel-
lung der Klage,“ im Sinne des justinianischen Rechtes
von einem Vorbehalte in der Klagschrift. Das Letztere
dürfte richtig sein; sachlich ist dieser Vorbehalt eine ante-
cipirte Replik. Dagegen müßte ich nicht zu sagen, wie
die von Ripp gemeinte Erklärung in iure für das Inter-
dictenverfahren des classischen Rechtes in dem uns hier
allein angehenden Falle der l. 3 §. 3 cit. anders Wir-
kung hätte finden können, als auf die im Texte angegebene
Weise: sie ließ sich m. E. in der Fassung des Uti possi-
detis primarium gar nicht berücksichtigen; in derjenigen
des secundarium aber nur, sofern der Impetrat durch
Aufstellung einer exceptio Gelegenheit bot, sie als Replik

Und ebenso ist sicherlich l. 3 cit. §. 7 i. f. (s. oben S. 310 f.) auch von einem ähnlichen Verhältnisse zu verstehen.

d) Bekanntlich erlischt auch der durch einen Detentor geübte Besitz mit dem Tode des juristischen Besitzers; der Erbe des Letztern muß denselben für seine Person neu erwerben.²³⁾ Dieser Besitzerwerb geschieht seitens des Erben dadurch, daß er sich dem Detentor als Erben des frühern juristischen Besitzers vorstellt und vom Detentor als solcher anerkannt wird: damit wird zwischen ihm und dem Detentor ein neues Stellvertretungsverhältnis in Beziehung auf die Fortsetzung des durch den Letztern geübten Besitzes begründet. Es kann nun ein solcher Vertretungsvertrag nicht nur unter der ausdrücklichen Bedingung eingegangen werden: „wenn der angebliche Erbe des frühern Besitzers sich wirklich als dessen Erbe ausweisen wird;“ sondern es muß eben diese Bedingung sogar als selbstverständlich gemachte gelten. M. a. W. der Erbe des frühern juristischen Besitzers kann ungeachtet jener Uebereinkunft mit dem Detentor nur dann Rückgabe des Besitzes verlangen, wenn er eben jene Erben-eigenschaft darlegt. Der Detentor, welcher dieselbe bestreitet, wird sich begreiflicherweise auf die cetera aus dem gegen ihn erwirkten Uti possidetis nicht einlassen; gegenüber dem secundarium restitutorium dagegen wird er den erwähnten Nachweis fordern. Denn durch Herausgabe des Grundstücks ohne die, auf Grund dieses Nachweises erfolgte, Verurteilung dazu würde er sich demjenigen haftbar machen, welcher sich hinterher als wahrer Erbe des frühern Besitzers ausweisen sollte: dieser würde ihn deswegen je nach den

zu benutzen. — Zur Sache vgl. Wendt das Faustrecht u. s. w. in v. Thering's Jahrb. Bd. 21. (N. F. Bd. 9.) §. 19 S. 231—248.

23) L. 30 §. 5 D. de a. v. a. p. 41, 2.

Umständen mit der Klage aus dem Schuldvertrage belangen, auf dessen Grundlage der Erblasser ihm die Detention überlassen hatte, oder aus der cautio usufructuaria, welche er dem Erblasser bestellt hat.

Es leuchtet ein, wie fehlsam es sein würde, dem Unterlassen der cetera ex interdicto hier die Wirkung einer vollständigen Anerkennung des gegnerischen Anspruchs beizulegen.²⁴⁾

Zu 3). Dieser Fall ist auch so denkbar, daß der iniuste vom Gegner Besitzende seinerseits das Uti possidetis primarium ausgewirkt hat, daselbe dann aber nicht verfolgt, — nicht bloß so, daß er sich auf das vom Gegner ausgewirkte primarium nicht einläßt.

Im übrigen erheischen die Voraussetzungen dieses Falles eine Erläuterung nicht. Er bildet die goldene Brücke, über welche der iniustus possessor straflos oder doch höchstens, sofern er es nämlich unterlassen sollte, einen arbiter zu erbitten, mit der Buße einer einfachen sponsio poenalis der magna alea des interdictum duplex entinnen darf.

Daß auch in diesem Falle für den Impetranten des secundarium der Nachweis seines frühern Besitzes erforderlich werden kann, haben wir bereits gesehen.²⁵⁾ Es geschieht da, wo der Impetrat bestreitet, daß der Dritte, von dem er den Besitz erworben hat, Detentor des Impetranten gewesen sei. Und gerade alsdann möchte es gelegentlich den Impetraten reizen, das auch für seinen Gegner gefährliche Verfahren cum sponsione einzuschlagen.

4) Als eine letzte, von Rappeyne unberührt gelassene, Classe von Fällen sind endlich noch diejenigen anzureihen, in welchen der Impetrat als Detentor eines Dritten auftritt, während der Impetrant weder ihn als seinen eignen

24) Vgl. oben Ziffer 54 S. 298.

25) S. oben Ziffer 54 S. 298.

Detentor (Fall 2 d), noch jenen Dritten als *iuste a se possidens* gelten lassen will.

Hierher gehört der Fall, wo der Impetrat den Besitz des von ihm detinirten Grundstückes als Stellvertreter eines Dritten für diesen erst erworben hat, und zwar auf eine Weise, welche der Impetrant als ihm gegenüber fehlerhafte ansieht. Sodann der Fall, wo der Dritte ein unbewohntes Grundstück der Detention des Impetranten überlassen hat, dessen Ausübungshandlungen nun der Impetrant als ihm gegenüber fehlerhafte angreift. Daß in diesen beiden Fällen das *interdictum retinendae possessionis* auch gegen den Detentor formell statthaft ist, dürfte kaum zweifelhaft sein. Wohl aber möchte es nicht fraglos erscheinen, ob ein solches Interdict dem frühern Besitzer auch gegen den Detentor eines bewohnten Grundstückes zustehet, dessen Detention der juristische Besitzer jenem erst nach seinem angeblich unrechtmäßigen Besitzerwerbe vom Impetranten übertragen hat. So gewiß nämlich es ist, daß dieser juristische Besitzer dem *Uti possidetis* dessen haftet, *a quo iniuste possidet*, ebenso gewiß ist es anderseits, daß der Dritte, welcher von ihm den juristischen Besitz weiter erwirbt, dem *interdictum retinendae possessionis* des frühern Besitzers nicht ausgesetzt ist, weil er jenem gegenüber nicht iniuste besitzt. Und in ähnlicher Stellung, möchte man annehmen, befinde sich auch der Detentor des *iniustus possessor* gegenüber demjenigen, von dem der Letztere *vitio* besitzt. Indessen darf nicht außeracht bleiben, daß jener *iniustus possessor* zwar durch Weiterbegebung des juristischen Besitzes dem *Uti possidetis* entgeht, nicht aber durch Ueberlassung der bloßen Detention an einen Dritten: dieser kommt eben nur in Betracht als sein Stellvertreter in Ausübung des Besitzes. Daraus jedoch dürfte sich zugleich ergeben, daß gegenüber dem frühern juristischen Besitzer die Detention des Stellvertreters dem gleichen Mangel unterliegen muß, welcher

dem Besitze des iniustus possessor selbst anhaftet. Diese Schlußfolgerung wird auch nicht etwa entkräftet durch die Thatsache, daß der Detentor des pro herede oder pro possessore possidens der gegen seinen Principal anstellbaren hereditatis petitio nicht haftet.²⁶⁾ Denn gegenüber dieser Klage kommt es an auf den Besitztitel des Beklagten, d. h. auf den thatsächlichen Grund, in Folge dessen er besitzt: und diesen bildet für den Detentor, ganz unabhängig vom Titel seines Principals, das die Detention veranlassende Verhältniß zwischen beiden. Das Uti possidetis dagegen des in Wirklichkeit nicht Besitzenden setzt nur voraus, daß der gegnerische Besitz ihm gegenüber vitios ist: dies aber ist auch beim Detentor des iniustus possessor der Fall, wenn anders jener nur den Besitz des Legtern ausübt. In Wirklichkeit wird allerdings der frühere Besitzer den Detentor des iniuste a se possidens mit dem Uti possidetis schwerlich angreifen, solange er darüber in Ungewißheit sich befindet, ob derselbe nicht etwa possessor suo nomine sei; weiß er jedoch, daß jener nur Detentor ist, so wird er das Interdict regelmäßig nicht gegen ihn richten, sondern gegen dessen Principal. Immerhin aber konnte im classischen Rechte die Abwesenheit des Legtern, welche jenen selbst der Belangbarkeit entzog, dringenden Grund bieten, dessen Detentor als solchen zu belangen; und dieser hatte damals noch nicht die Befugniß, mittels der laudatio auctoris sich der Defensionspflicht zu entziehen.

Wo nun immer das Uti possidetis gegen den Detentor eines Dritten erwirkt worden war, durfte ein solcher Impetrat sich auf die cetera ex interdicto nicht füglich einlassen. Sonach kam es alsdann zum secundarium resti-

26) L. 13 §. 12 D. de h. p. 5, 3. S. Francke, exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione S. 172 ff. und S. 341 f.

tutorium. In diesem aber lag, wie bereits bemerkt, ^{26a)} dem Impetranten der Nachweis ob, er selbst habe den juristischen Besitz des Streitgegenstandes solange gehabt, bis ihm derselbe durch den Gegner oder dessen Principal vitio entzogen worden sei.

56. Unterließ nach Ertheilung des Uti possidetis diejenige Partei die cetera ex interdicto, welche thatsächlich das streitige Grundstück nicht besaß, so stand dem Gegner das secundarium prohibitorium zu, sofern er seinerseits den Besitz jenes Grundstückes hatte.

Infolge der Aufstellung dieses Interdictes ist das Recht des Besitzes zu seiner Entfaltung gelangt. ²⁷⁾

Aufgestellt, um die als duplex iudicium eröffnete Erörterung, welche von beiden Parteien der andern gegenüber als rechtmäßiger Besitzer Schutz verdiene, auch für den Fall zum Abschlusse zu bringen, wenn die thatsächlich nicht besitzende Partei ihre, zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens unentbehrliche, Mitwirkung unterließ, — ist das secundarium prohibitorium vermöge einer durchaus natürlichen Entwicklung zum Schutzmittel des Besitzes gegen bloße Störungen geworden. ^{27a)}

Unzweifelhaft hätte es in der Hand des Prätors gelegen, zu solchem Zwecke ein selbständiges Interdict aufzustellen; und es ist gewiß keine zu kühne Vermuthung, daß er dies wirklich gethan haben würde, wenn er seine neue Erfindung des Besitzschutzes von Anfang an, wo nicht ausschließlich, so doch in gleicher Reihe mit der Entscheidung darüber, uter litigantium per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit, ²⁸⁾

26a) S. oben Ziffer 54 zu N. 2a S. 298.

27) Vgl. zum Folgenden Rappetne a. a. D. S. 173 ff.

27a) S. oben §. 1836 b Ziffer 48 S. 278 f.

28) Gai. IV, 166a.

auf die Abwehr bloßer Störung hätte richten wollen. Statt dessen hat er es vielmehr bei dem künstlichen Verfahren bewenden lassen, in welches das für jene Entscheidung berechnete *interdictum duplex* auslaufen konnte. Diese That-
sache dürfte somit den unwiderleglichen Beweis dafür erbringen, daß die Einführung der *interdicta retinendae possessionis* mindestens nicht vorwiegend die Zurückweisung bloßer Eingriffe in den klägerischen Besitz bezweckte.

Gleichwohl mußte es sich sehr bald, gewissermaßen unwillkürlich, zeigen, daß unsre *Interdicte* auch jenem Zwecke vollkommen entsprachen. Diese Einsicht bot sich ganz von selbst, sobald nur einmal ein thatsächlich nicht besitzender *Impetrat* sogleich nach Erlaß des *interdictum duplex* bestimmt erklärte, er erhebe seinerseits keinen Anspruch darauf, als Besitzer zu gelten, und es damit ohne weiteres gewiß geworden war, daß er die *cetera ex interdicto* nicht vornehmen werde: hier war jedes *quaerere uter possideat*, von vornherein ausgeschlossen; die gesammte Verhandlung drehte sich einfach um ein Verbot künftiger Störung des klägerischen Besitzes.

Die Beschränkung aber des Schutzes im Besitze gegen bloße Störung auf dieses scheinbar umständliche Verfahren war um so unbedenklicher, als dasselbe da wohl nur ausnahmsweis eine Verzögerung mit sich brachte, wo es in Wahrheit eben lediglich jenem Schutze diente. Allerdings konnte der *Impetrat* nicht angehalten werden, unmittelbar in dem nämlichen Termine, worin das *interdictum primum* ergangen war, darüber sich zu äußern, ob er mittels Vornahme der *cetera* seinerseits Besitzanspruch erheben wolle. Allein wo er gar nicht an einen solchen Anspruch dachte, setzte er sich bei Zurückhaltung einer unumwundenen Erklärung hierüber unnöthigerweise der, unter Umständen nicht geringen, Unbequemlichkeit aus, zwecks Empfangnahme des *interdictum secundarium* demnächst abermals in *ius*

vocirt zu werden. Sein eigener Vortheil mußte ihn also zu einer derartigen Erklärung veranlassen. Sobald jedoch diese Erklärung erfolgt war, stand der sofortigen Erwirkung des secundarium in dem nämlichen Termine schwerlich noch etwas entgegen.²⁹⁾

Behauptet demnächst auf Grund des ergangenen secundarium prohibitorium der Impetrant eine vis sibi possidenti adversus interdictum facta, so vermag wider die Klage aus der hierüber eingegangenen sponsio poenalis der Impetrat, wie wir wissen, auf die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besizes und einen mit Rücksicht auf diese ihm selbst zuständigen Anspruch auf den Besiz sich nicht zu berufen. Keineswegs dagegen, meint Rappayne,³⁰⁾ sei ihm die Vertheidigung: feci, sed iure feci, abgeschnitten, falls nur das Recht, worauf er sich berufe, nicht der bloße Besiz sei. Danach würde also, wenn ich recht verstehe, der Pächter oder Miether sich eigenmächtig die Verfügung über das verpachtete oder vermietete Grundstück aneignen dürfen; der in der iuris quasi-possessio nicht befindliche Servitutberechtigte würde befugt sein, auf Grund seiner Gerechtfame als solcher in den fremden Besiz straflos einzugreifen. Wäre dies richtig, so würde es unbegreiflich bleiben, warum nicht das Gleiche dem Eigenthümer kraft seines Eigenthums gestattet sein sollte. Es springt indessen in die Augen, daß Rappayne die Bedeutung des Besizschuzes wesentlich umgestaltet: nach ihm kommt dieser Schuz nicht mehr dem Besizer kraft seines Besizes zugute, sondern wegen der Nichtberechtigung des gegnerischen Eingriffs. Ist es aber fogar dem Eigenthümer unterfagt, den ihm nicht etwa iniuste

29) Dasselbe gilt natürlich für das secundarium restitutorium. Rappayne a. a. D. S. 179. S. unten §. 1838 c Ziffer 97 zu N. 67a f.

30) A. a. D. S. 180.

vorenthaltenen Besitz seiner Sache eigenmächtig zu ergreifen oder zu führen, — um wie viel weniger darf der Inhaber eines ius in re aliena oder gar der nur zu einer persönlichen Forderung Berechtigte eigenmächtige Verfügungen über fremden Besitz vornehmen! Nur soweit enthält die eigenmächtige Verfügung des Nichtbesizers eine vis zuwider dem secundarium prohibitorium nicht, als die corporis possessio des Gegners durch seine eigene iuris quasi-possessio beschränkt ist. So verfällt die sponsio aus diesem Interdicte nicht, wenn z. B. der iuris quasi-possessor einer Wegerechtigkeit innerhalb der Grenzen seiner geschützten Rechtsübung über das im Besitze des Klägers befindliche Grundstück geht, reitet oder fährt. Denn das Verbot der vis geht eben nur soweit, uti ille possidet. Und selbstverständlich liegt eine eigenmächtige Verfügung überhaupt nicht vor, sofern die einzelne Handlung, welche als solche angegriffen wird, unter Ermächtigung des Impetranten vorgenommen worden ist, — ganz einerlei übrigens, ob diese Ermächtigung auf Grund eines dem Gegner eingeräumten Rechtes erfolgt war, oder als völlig unverbindliche Erlaubniß.

57. Es ist nun die Meinung laut geworden, daß auch hinter den interdicta simplicia, wenigstens den prohibitoria, interdicta secundaria gestanden haben.³¹⁾ Sie beruht auf der Annahme, daß gegenüber dem interdictum redditum dem Impetraten eine eigenthümliche Defension obgelegen habe, bei deren Ausbleiben eben das interdictum

31) Bekker Aktionen Bd. 2. S. 53 f. Anm. 5 nimmt dies auch für die interdicta exhibitoria und restitutoria an. Demelius a. a. D. S. 169 ff., insbesondere S. 171 N. 2, beschränkt es auf die prohibitoria. Ebenso Wach zu v. Kellers röm. Civilpr. 6. Ausg. Anm. 873 und Rappeyne Abhandlungen S. 323 Anm. 3.

secundarium ergangen sei. Den Inhalt dieser Defension bezeichnet Demelius³²⁾ nur mit dem unbestimmten Ausdrucke „cetera ex interdicto facienda;“ Bekker³³⁾ scheint sie im Abschlusse von Sponsion und Restipulation zu erblicken, ohne jedoch deren Gegenstand anzugeben; Wach aber erklärt, es spreche nichts dagegen, alles dafür, daß die formale vis oder ein ihr gleichstehendes formales facere adversus edictum bei allen prohibitorischen Interdicten zur Defensionspflicht gehört habe; und etwas Ähnliches darf wohl auch als die mehr oder minder klar bewußte Annahme der beiden anderen Gelehrten gelten.³⁴⁾

Bereits nach den Ausführungen in Ziffer 39 ff. wird es nicht zweifelhaft sein, welche Stellung wir gegenüber dieser Meinung nehmen. Auch abgesehen indessen von der dort dargelegten Unerfindlichkeit jener vis ex conventu beim Uti possidetis glauben wir in geradem Gegensatze zu Wach erweisen zu können, daß für jene vermeintliche Defensionspflicht nichts, alles gegen sie spreche.

Vor der Uebertragung dessen, was Gaius IV, 170 von den cetera ex interdicto Uti possidetis berichtet, auf die prohibitorischen Interdicte überhaupt hätte schon die, von Bekker³⁵⁾ richtig wahrgenommene, Thatsache warnen sollen, daß Gaius der interdicta secundaria, welche beim Ausbleiben jener cetera ex interdicto primario stattfinden, erst bei der Erörterung des Uti possidetis erwähnt. Dies

32) A. a. D. S. 171.

33) A. a. D. S. 54.

34) S. namentlich Demelius a. a. D. S. 172 in der Mitte: „durch Erlaß des bedingten vim fieri veto vor die vis ex conventu, die sponsio und sonstigen cetera ex interdicto zu stellen.“

35) A. a. D. S. 54 Anm. 5: „Für die Einschränkung scheint zu sprechen die Stellung bei Gaius“ u. s. w. S. auch Lenel ed. perp. S. 360 N. 5.

erhellte aus der erst hier gegebenen Erläuterung: interdicta, quae secundaria appellantur, quod secundo loco redduntur: demnach ist bei der unlesbaren Besprechung des Verfahrens aus interdicta simplicia auf p. 242 sq. der veroneser Handschrift von interdicta secundaria keine Rede gewesen. Andererseits zeigt der Zusammenhang der Darstellung, daß das über sie Gesagte sich ausschließlich auf das *Uti possidetis* bezieht.

Ein weiteres Bedenken für die Einschränkung der interdicta secundaria auf die interdicta retinendae possessionis entnimmt Bekker³⁶⁾ dem Umstande, daß es bei diesen mehr durch die interdicta secundaria zu sichernde *cetera ex interdicto* gab, als bei den übrigen interdicta primaria. Dieses Bedenken ist ohne Einfluß geblieben, weil der Gegenstand der ihm zugrundeliegenden richtigen Wahrnehmung unter einem schiefen Gesichtswinkel betrachtet wird: nicht das Mehr der *cetera ex interdicto* als solches ist das Entscheidende, sondern ihre wesentlich andere Beschaffenheit. Dieselbe liegt, wie wir oben gesehen haben, darin, daß bei den interdicta retinendae possessionis, genauer: bei allen interdicta duplicia zum weiteren Verlaufe des Verfahrens jede Partei auch in der Klägereigenschaft, also provocatorisch, aggressiv, thätig werden muß. Wird sie das nicht, so bleibt das Verfahren *ex interdicto duplici* eben liegen. Aber weil damit der Rechtsstreit überhaupt nicht abgeschnitten sein darf, so tritt zwecks seiner Fortführung das *interdictum secundarium* ein, keinesweges als Zwangsmittel für die *cetera ex interdicto*.

Eben deshalb aber ist auch Bekkers Schlussfolgerung verfehlt: weil ausweislich der interdicta secundaria Zwang zum Abschlusse der Sponsion und Restipulation unentbehrlich geschienen sei, so haben die Römer, nachdem sie die

36) A. a. O. nach den in N. 35 mitgetheilten Worten.

Zwangsmittel für den einen Fall gefunden hatten, kaum auf halbem Wege stehen bleiben und andere Fälle bei gleichem Bedürfnisse schutzlos lassen können.

In der That liegt bei den *interdicta simplicia* ein Bedürfnis schlechterdings nicht vor, welches zu *interdicta secundaria* hätte führen mögen.

Für die restitutorischen und exhibitorischen Interdicte zeigt das m. E. die Darstellung bei Gai. IV, 165. ^{36a}) Hiernach folgt dem Erlasse eines gebietenden Interdicts das weitere Verfahren, sowohl dasjenige per formulam arbitriam, als dasjenige per sponsionem poenalem, ohne Dazwischentreten eines formalen Defensionsactes. In demjenigen Termine, in welchem der Prätor das Interdict erlassen hatte, brauchte der Impetrat durchaus nichts weiter zu thun, als dasselbe persönlich oder durch einen gehörig bevollmächtigten Vertreter in Empfang zu nehmen. Er hatte die Befugnis, durch Erbittung eines arbitri in jenem Termine das gefahrvolle Verfahren per sponsionem auszuschließen; machte er von dieser Befugnis keinen Gebrauch, stellte aber auch nicht etwa den Impetranten kluglos, so konnte er ruhig abwarten, daß dieser ihn über kurz oder lang zur sponsio poenalis über die Verbindlichkeit des erlassenen Interdictes und dessen Nichtbefolgung aufforderte. Erst mit solcher Aufforderung begann die Defensionspflicht des Impetraten; die seinerseits erforderliche Mitwirkung bestand in dem Eingehen auf die vom Impetranten ihm angeforderte Sponzion. Die von ihm an den Impetranten zu stellende Aufforderung, unter den entgegengesetzten Voraussetzungen sich dem Impetranten auf dessen Restipulation zu verpflichten, bildete ohne Zweifel nur ein untrennbares Stück von der Einlassung auf die Sponzion; es würde in der That widersinnig gewesen sein, wenn er sich zwar

36*) E. unten §. 1838 a Ziffer 89 zu N. 2.

bereit erklärt hätte, zu spondiren, nicht aber zu restipuliren: einer besondern Nöthigung zu dieser Restipulation bedurfte es sicher nicht. Das Nichtteingehen aber auf die ihm angetragene Sponsion setzte den Impetraten der *missio in bona* aus.³⁷⁾

Für ein *interdictum secundarium* ist hier ganz und gar kein Raum. Und doch ist, mindestens nach der Behauptung des Impetranten, unmittelbar mit Erlass eines gebietenden Interdicts nothwendig eine positive Rechtspflicht des Impetraten zu Restitution oder Exhibition vorhanden. Prohibitorische Interdicte dagegen bewirken nicht einmal mit Nothwendigkeit eine positive Rechtspflicht; dies ist nur dann der Fall, wenn ein solches Interdict ergeht auf Anlaß eines bereits vorher durch Handlung des Impetraten eingetretenen Zustandes, dessen Fortdauer als *vis adversus edictum* gilt, so daß er beseitigt, und der etwa *post interdictum redditum* erwachsene Schaden ersetzt werden muß. Begriffsmäßig bewirkt ein derartiges Interdict vielmehr zunächst und nothwendig nur die negative Pflicht des Impetraten, einer edictswidrigen *vis* sich zu enthalten; der Erlass des Interdictes hat für ihn dieselbe Wirkung, wie sie ein verbotender Rechtsatz von Beginn seiner Geltung hat.³⁸⁾ Man darf mithin erwarten, daß von einem weitem Verfahren aus einem *interdictum prohibitorium redditum*, ganz ebenso wie z. B. von einem Verfahren aus dem im Eigenthume des Einen für jeden Andern liegenden Verbote der Verletzung dieses Eigenthums, überhaupt die Rede nicht sein kann, bevor nicht der Gegner eine Verletzung des Verbotes behauptet. War es wirklich in erster Reihe die Absicht sowohl des Impetranten, als des interdicirenden Prätors, daß der Impetrat gemäß dem im

37) C. unten §. 1838 a Ziffer 90 zu N. 50.

38) Vgl. unten §. 1837 Ziffer 60 u. 61,

Interdicte ihm erteilten Verbote jedes verbotswidrige Handeln unterlasse, so, sollte man meinen, sei jedem Anspruche des Impetranten vollauf genügt, wenn das Verhalten des Impetraten zur Behauptung einer Verbotswidrigkeit keinen Anlaß gab.³⁹⁾ Erst dann, wenn nach

39) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 249. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. II §. 98 S. 346 zu R. 7. S. 370 f. — Vgl. indessen Wachs Note 879a zu v. Kellers Civilpr. und unten §. 1837 Ziffer 60 zu R. 45 ff. Pfersche Interdicte S. 19 meint: „Der Kläger ist nach Erlaß des Interdicts in der peinlichsten Lage, es ist weder der Rechtspunct erlebigt, noch weiß er, wie sich die factische Lage gestalten wird. Er muß sich noch einmal dem Widerstand des Beklagten, vielleicht dem gewaltsamen Conflict aussetzen, um nur den Proceß eigentlich beginnen zu können.“ Beklagenswerther Impetrant! „Ueberhaupt,“ fährt Pfersche fort, „ist der Schutz des Berechtigten bei den prohibitorischen Interdicten ein sehr mangelhafter, die Störung und gewaltsame Verletzung erscheint ja vor Erlaß des Interdicts geradezu erlaubt.“ Aber, abgesehen davon, daß häufig neben dem prohibitorischen Interdicte ein restitutorisches steht, was hindert den Betheiligten, sofort ein prohibitorisches Interdict zu erwirken? „Straflos darf der Beklagte an der Benützung des öffentlichen Weges oder Flusses jeden hindern“ (dazu R. 2: „Natürlich nur unter Vermeidung persönlicher Angriffe, die als iniuria erscheinen“), „wenn derselbe nicht ein Interdict erwirkt hat. Straflos darf er bei Missio wegen verweigerter cautio legatorum servandorum oder damni infecti dem prätorischen Befehle trohen“ (aber die missio ist kein Befehl an den Inhaber der Missionsobjecte, sondern eine Ermächtigung an den Immittirten) „und um so länger, je mehr er die Erwirkung des Interdicts hinauszieht.“ Aber braucht sich der Immittirte solches Hinausziehen gefallen zu lassen? „Schmidt meint zwar, dem Immittirten sei ja hier Gewalt erlaubt; allerdings, doch dem Beklagten wäre sie

Erlaß des Interdicts seitens des Impetraten etwas vorlag, was Impetrant als Verletzung des Verbotes zu verfolgen unternahm, war Anlaß zu einer Defension des Impetraten geboten. Denn jetzt sollte es vor einem Geschwornengerichte zur Untersuchung und Entscheidung darüber kommen, ob jenes Verbot wirklich verletzt worden sei. Hinsichtlich der Defensionspflicht als solcher aber mußte es ganz gleichgültig sein, ob Impetrat das ihm zur Last gelegte Handeln adversus edictum überhaupt leugnete, oder ob er lediglich die Interdictswidrigkeit des von ihm eingeräumten Handelns bestritt, und aus welchem Grunde etwa, z. B. weil er dem Gegner die Activlegitimation absprach, oder weil er für sich eine exceptio in Anspruch nahm, oder weil er sein Handeln für durchaus unverfänglich erklärte: auf alle Fälle bot die ihm als interdictswidrig zur Last gelegte Thatsache die erforderliche Grundlage für die zur Instruction des Schwurgerichts nothwendige Sponsion. Was könnte eine vis ex conventu hier bezwecken?

Oder hätte sie vielleicht in ganz entgegengesetzter Richtung verhüten sollen, „daß man jeden Beliebigen auf der Straße aufgreifen und zum Prätor schleppen konnte, um hier, ohne irgend einer poena temere litigandi ausgesetzt zu sein, den Erlaß eines“ prohibitorischen Interdictes „zu beantragen“? ⁴⁰⁾ Allein, wenn ohne einen vom Impetraten

nach herrschender (?) Ansicht nicht verboten.“ Allein vim vi repellere licet gilt nur vom Zurückweisen eigenmächtiger Angriffe; der Angriff des immisus aber geschieht kraft prätorischer Ermächtigung. „Dies wäre aber meines Wissens der einzige Fall, wo das Römische Recht in Privatverhältnissen beiden Theilen gleichzeitig die Selbsthilfe gestattet hätte.“ Dieser Versuch, die herrschende Ansicht ad absurdum zu führen, ist gemäß vorstehender Bemerkung selbst ad absurdum gelangt.

40) Vgl. Krüger krit. Verf. S. 107, wo die angeführten

gebotenen Anlaß jemand, dessen Actiblegitimation unzweifelhaft war, ein prohibitorisches Interdict erwirkt hätte, z. B. ein Bürger ein Popularinterdict, so würde der Impetrat sich schwerlich gedrungen gefühlt haben, eine vis ex conventu vorzunehmen: er hätte ja die gemäß der von uns bekämpften Meinung daran geknüpfte Sponfion rettungslos verlieren müssen. Und wenn nunmehr, d. h. beim Ausbleiben jener formalen vis, das Interdict „purificirt“ als secundarium wiederholt worden wäre, — welchen Schutz oder welche Genugthuung hinsichtlich der grundlosen Belangung mit dem primarium hätte das dem Impetraten gewährt? Ist etwa der Bann, unter welchen nach der von uns vertheidigten Ansicht das primarium den Impetraten stellt, auch nur in der geringsten Hinsicht unerträglich, als derjenige des secundarium sein könnte? Unleugbar wirkt doch ein gesetzlich ausgesprochenes Verbot, solange das Gesetz in Kraft steht, unverjährbar fort; weshalb wäre es unerhört, daß ein Verbot, welches erst mit dem mündlichen Erlasse des Prätors gegen eine bestimmte Person, und selbst dann nur bedingungsweise, in Kraft tritt, einmal erlassen in dieser Weise unverjährbar fortwirkt? — Lagen aber nicht einmal die für die Wirksamkeit des Interdictes in der Person des Impetranten erforderlichen Voraussetzungen vor, so hätte ja der Impetrat ganz ungescheut (impune) eine reale Handlung derart vornehmen können, welche beim Vorhandensein jener Voraussetzungen als vis adversus edictum facta unter das Interdict gefallen sein würde.⁴¹⁾ Allein, wenn er bisher einen Anlaß zu solcher

Worte auf das Uti possidetis bezogen werden, und Wach a. a. O. Anm. 873 S. 379 a. E. und f.

- 41) S. z. B. l. 1 §. 2 D. de via publ. et it. publ. ref. 43, 11. l. 3 §. 2. l. 4 §. 1. l. 5. §. 1 D. de it. actiq. priv. 43, 19. l. 1 §§. 15. 17. 18 D. de aq. cott. 43, 20. l. 1 §. 11. l. 3 pr. D. de riv. 43, 21.

Handlung nicht gehabt hatte, so würde er auch jetzt schwerlich ein Interesse daran gewinnen. Ohne Zweifel würde er sie deshalb in der Mehrzahl der Fälle unterlassen haben. Und da hätte ihm nun ein „purificirtes“ Interdict diese Handlung schlechthin untersagen sollen?! Weit eher wäre es zu begreifen, wenn umgekehrt ein interdictum secundarium hier dem Impetranten des primarium unbedingt untersagt hätte, dem Gegner die Handlung zu verbieten, welche Ersterer mittels des primarium jenem hatte verbieten wollen! Aber ein solches secundarium gegen den Impetranten ist gänzlich unerfindlich. Vollenks für diejenigen Fälle, in denen die Activlegitimation des Impetranten für das primarium vorlag, dürfte für den grundlos mit jenem angegriffenen Impetranten ein secundarium gegen den Impetranten des erstern sich schlechterdings nicht construiren lassen. Unter allen Umständen jedoch würde ein derartiges gegen den Impetranten eines simplex interdictum gerichtetes secundarium einer ganz anderen Art von Rechtsbehelfen angehören, als die aus Gaius uns bekannten secundaria beim Uti possidetis.

Uebrigens gewährte m. E. die actio iniuriarum den erforderlichen Schutz gegen grundlose in ius vocatio zwecks Erwirkung eines Interdicts, insbesondere eines prohibitorischen, sobald nur der Impetrat in Uebereinstimmung mit seinem thatsächlichen Verhalten erklärte, er denke nicht daran, die Handlung zu begehen, welche das Interdict ihm verbieten sollte. Denn wenn trotzdem der Gegner dabei verharrt, das Interdict zu erwirken, so kann das kaum auf einer andern Absicht beruhen, als auf derjenigen, Mißtrauen gegen die Person des Impetranten zu bekunden: der Beweis des animus iniuriandi ist also leicht erbracht. Die Thatsache aber, daß es für andere Fälle calumniöser Angriffe vor Gericht noch besondere poenae temere agentium

gab, ist kein Zeugniß dafür, daß hier die *actio iniuriarum* nicht ausreichte. ⁴²⁾

Endlich führt die Ansicht, es habe aus jedem Interdicte, oder doch aus jedem prohibitorischen Interdicte bei passivem Verhalten des Impetraten nur mittels eines *secundarium* weiter procedirt werden können, zu einem *circulus inextricabilis*, wie Bekker ⁴³⁾ sehr wohl gefühlt hat. Denn wie, wenn Impetrat auch gegenüber dem *secundarium* unthätig blieb? Hätte hier der aussichtslose Versuch mit einem *tertiarium* gemacht werden müssen? u. s. w. bis ins Unendliche? Bedurfte es aber beim *secundarium* eines neuen Interdictes nicht, woraus erklärt sich dann bei einem *interdictum simplex* die Nothwendigkeit des *secundarium* selbst?!

42) A. M. Krüger a. a. D. S. 107 N. 1. — Mit Fug weist Kappeyne a. a. D. S. 167 auch auf den Calumnieneid hin, welchen der Impetrat wenigstens unter Umständen vom Gegner verlangen konnte. S. Gai. IV, 176 und namentlich die auf ein prohibitorisches Interdict bezügliche l. 15 D. ad exhib. 10, 4. Vgl. unten §. 1838 Ziffer 87 zu N. 95. Pfersche Interdicte S. 20 hält den Calumnieneid trotz l. 15 cit. deshalb für unzulässig, weil derselbe nach Gai. IV, 181 ebenso wie das *iudicium calumniae* da nicht stattfindet, wo die *poena restipulationis* angewandt wird. Allein diese *poena* kann doch nur da eintreten, wo es zur *sponsio* kommt, also nur, wenn eine Nichtbefolgung des erlassenen Interdictes behauptet wird: gegenwärtig handelt es sich erst um dessen Erlaß.

43) A. a. D.

§. 1837.

Die allgemeinen Voraussetzungen in der Person
des Interdictenverklagten. ¹⁾

58. Bereits in einem andern Zusammenhange haben wir bemerkt, daß sämtliche restitutorische und exhibitorische Interdicte sowie manche prohibitorische den Impetraten in der zweiten Person anreden, ²⁾ während ihn andere prohibitorische Interdicte in der dritten Person, ³⁾ noch andere überhaupt nicht bezeichnen, vielmehr in Beziehung auf ihn ganz unpersönlich lauten. ⁴⁾ Wie indessen diese Verschiedenheit der Fassung ohne Einfluß bleibt auf die Nothwendigkeit, zwecks der gerichtlichen Geltendmachung das Interdict persönlich an den Impetraten oder dessen Stellvertreter zu

- 1) Schmidt Interdictenverf. S. 151—180. Die Person des Reus.
- 2) S. oben §. 1833 Ziffer 3 S. 21.
- 3) *§. B. die interdicta de itinere actuque privato* (Xenel ed. perp. §. 250 unter 1), *de itinere actuque privato reficiendo* (daf. unter 2), *de aqua cottidiana und aestiva* (daf. §. 251), *de fonte* (daf. §. 253), *Utrubi* (daf. §. 264).
- 4) Hierher gehören die *interdicta de loco sacra* (Xenel §. 235), *ne quid in via publica fiat* (daf. §. 237 unter 2), *ut via publica etc. ire agere liceat* (daf. §. 238), *de loco publico fruendo* (daf. §. 239), *de via publica etc. reficienda* (daf. §. 240), *ne quid in flumine publico etc. fiat* (daf. §. 242 unter 1), *ut in flumine publico navigare liceat* (daf. §. 243), *de aqua ex castello ducenda* (daf. §. 251 S. 385), *de remissionibus* (daf. §. 257 unter 1), *de liberis ducendis* (daf. §. 262). Vgl. Schmidt a. a. D. S. 151 f. N. 1 S. 210 f.

erlassen, ⁵⁾ so ist sie nicht minder unerheblich für den Inhalt der durch die Aufstellung des Interdicts im Edicte bewirkten Verpflichtung des Impetraten. ⁶⁾ Dieser Inhalt bestimmt sich nach dem Wortlaute der Interdictsformel im ganzen und nach dessen Auslegung.

Die gebietenden Interdicte begründen unter den im Edicte bezeichneten Voraussetzungen eine positive Rechtspflicht des Impetraten.

Bei den restitutorischen Interdicten sind jene Voraussetzungen sehr verschiedenartig bestimmt.

Eine in der Vergangenheit liegende eigene Handlung des Impetraten, bezw. eine derartige Handlung seiner familia, finden wir bezeichnet bei beiden interdicta de vi: ⁷⁾ Unde — tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit.

Eine mit Kenntniß des Impetraten von einem Dritten begangene Widerrechtlichkeit ist die Voraussetzung des

5) L. 1 §. 3 D. h. t.

6) Mit Recht bemerkt Schmidt a. a. D. S. 152 N. 1, daß interdictum de itinere privato würde seine Bedeutung in nichts verändern, wenn es, statt zu lauten: Quo itinere actuque privato hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto — lautete: Quo itinere etc. ille hoc anno nec vi nec clam nec precario a te usus est, quo minus ita utatur, vim fieri veto.

7) L. 1 pr. D. unde vi 43, 16. Cic. pro Caec. 19, 55. Venel §. 245. Daß interdictum Unde vi (non armata) enthielt in seiner ältern Fassung noch die Worte: aut procurator tuus (Cic. l. c.); diese fielen später fort, als man den Auftrag, die Ermächtigung, die Genehmigung zur Dejection der eigenen Dejections-handlung gleichgestellt hatte. l. 1 §§. 12 und 14. l. 3 §. 10 D. unde vi 43, 16. l. 152 §§. 1 sq. D. de R. J. 50, 17. Venel a. a. D. S. 371 unter 2. Vgl. unten §. 1838 Biffer 85 zu N. 60 ff.

interdictum fraudatorium: Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit etc. ⁸⁾

Auf Bereicherung des Impetraten oder auf das Vorhandensein eines gewissen Zustandes bei demselben kommt es gegenüber diesen Interdicten nicht an. ^{8a)}

Possidere des Impetraten oder dolo malo fecisse, daß dieses sein possidere aufgehört hat, wird gefordert bei den interdicta Quorum bonorum, ⁹⁾ Quod legatorum, ¹⁰⁾ Quem fundum ¹¹⁾ und sicherlich auch beim interdictum Quam hereditatem. ¹²⁾ Und zwar muß bei den beiden erstgenannten Interdicten sowie beim letzten der Besitz eine bestimmte Qualification haben, nämlich pro herede oder pro possessore, ^{12a)} bzw. legatorum nomine stattfinden. ^{12b)}

Etwas weiter ist die Passivlegitimation für das interdictum de precario gefaßt; sie lautet: Quod precario —

8) L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. Genel a. a. D. §. 268.

8a) L. 15 D. de vi. 43, 16. l. 10 §§. 19—21 D. quae in fraud. cred. 42, 8. A. M. hinsichtlich des interdictum fraudatorium v. Schey in Zeitschr. für Rechtsgefch. Bd. 13 S. 169, welcher dasselbe nur gegen den corporis possessor giebt, nicht einmal gegen den dolo desinens possidere, — m. E. in offenem Gegensatze zu dem Wortlaute des Interdicts.

9) L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2. Genel a. a. D. §. 227.

10) Das. §. 228. Vgl. l. 1 §§. 8—10 D. quod legat. 43, 3.

11) Genel §. 248. Vgl. Ulp. inst. fragm. Vindob. §. 4 (ed. Krueger).

12) Genel §. 229. Vgl. Ulp. l. c.

12a) L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2. Für das interdictum Quam hereditatem ergibt sich diese Qualification daraus, daß dasselbe gegen denjenigen geht, welcher der richtige Beklagte für die hereditatis petitio sein würde.

12b) Vgl. l. 1 §§. 4—6 D. quod legat. 43, 3.

habes.¹³⁾ Sie bezieht sich auch auf denjenigen Precaristen, welcher nicht juristischer Besitzer oder Quasibesitzer, sondern nur Detentor ist. Auch sie ist ausdrücklich erstreckt auf das *dolo malo fecisse, ut desineres habere*.

In anderen Fällen ist die Haftpflicht kraft des Interdicts abgestellt auf *factum immissum habes*. So bei den *interdicta de via publica*,¹⁴⁾ *de flumine publico* sowohl *ne peius navigetur*,¹⁵⁾ als *ne aliter aqua fluat*,¹⁶⁾ und *de cloaca publica*.¹⁷⁾ Hier haftet nicht derjenige, welcher die zu beseitigende Veränderung vorgenommen hat, sondern derjenige, welcher dieselbe innehat.

L. 2 §. 37 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.):

Hoc interdicto [sc. de via publica] non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit, sed is, qui factum habet: et est hoc utilius, quia is potest restituere, qui factum immissum habet.

L. 1 §. 22 D. de flumin. 43, 12. (*Ulp.* eod.):
Haec verba „factum habes“ vel „immissum habes“ ostendunt non eum teneri, qui fecit vel immisit, sed qui factum immissum habet. denique *Labeo* scribit, si auctor tuus aquam derivaverit, te teneri hoc interdicto, si ea tu utaris.

Die Bedeutung des *habere* aber erhellt aus

L. 2 cit. §. 38 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8:

13) L. 2 pr. D. de prec. 43, 26. *Genel a. a. D.* §. 258.

14) L. 2 §§. 37—42 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8. *Genel* §. 237 unter 3.

15) L. 1 §. 19 D. de flumin. 43, 12. *Genel* §. 241 unter 2.

16) L. un. §. 11 D. *ne quid in flum.* 43, 13. *Genel* §. 242 unter 2.

17) L. 1 §. 15 D. de cloac. 43, 23. *Genel* §. 254.

Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit.

Es bezeichnet also die thatsächliche Innehabung zu eigenem Genuß, mag dieselbe juristischer Besitz oder Quasibesitz sein, oder bloße Detention, oder endlich dasjenige rein thatsächliche Innehabungsverhältnis, welches an der Zubehör von flumina publica überhaupt nur möglich ist, weil diese dem Eigenthume und damit auch dem Besitzrechte unzugänglich sind. Nicht unter den hier maßgebenden Begriff des habere dürfte übrigens, um dies noch besonders herauszuheben, eine solche Detention fallen, welche lediglich ein alienae possessioni gewährtes ministerium ist, nicht aber zugleich dem Detentor eigenen Genuß verschafft, wie die Detention des Verwalters. Im Falle derartiger Detention haftet also nur derjenige, für welchen dieselbe ausgeübt wird. Eben die Ausschließung der Haftung eines Detentors, der von der Detention Genuß nicht hat, ist m. E. der Sinn der Worte: iure possessionis frui, welche nach dem Gesagten selbstverständlich nicht auf das rechtlich geschützte Verhältnis des juristischen Besitzes und Quasibesitzes beschränkt werden dürfen. Entsprechend fügt der §. 42 der l. 2 cit. bei der Erörterung der Passivlegitimation dem „qui possideat“ noch bei „vel habeat.“ Es ist wohl ziemlich einerlei, ob wir dieses „vel habeat“ als Bervollständigung des „possideat“ verstehen, also copulativ; oder ob wir dasselbe auffassen als eine genauere, den possidens mit einschließende, Bezeichnung aller Personen, gegen welche das Interdict gerichtet werden kann.

Obgleich aber diese Interdicte gegen den Inhaber als solchen gehen, so ist doch dessen Haftpflicht verschieden, je nachdem das factum immissum von ihm selbst, bezw. auf sein Geheiß oder mit seiner Genehmigung gemacht ist, oder

je nachdem er dasselbe blos innehat. Im erstern Falle haftet er auch für die Kosten der Begräbnung und vollen Schadenserfaß, im andern nur für patientia. ^{17a)})

Die Interdicte auf factum immissum habere erman-
geln des Zusages wegen des dolo malo desinere habere.
Gleichwohl läßt die römische Jurisprudenz nach Vorgang
Labeos ¹⁸⁾) auch denjenigen haften, welcher jenes habere
dolos aufgegeben hat.

L. un. §. 13 D. ne quid in flum. publ. 43, 13.
(Ulp. lib. 68. ad ed.):

In hoc interdicto restitutorio non est iniquum, ut
Labeo ait, venire etiam, quod dolo malo factum est,
quo minus haberes.

17*) L. 2 §. 43 D. ne quid in loco publ. 43, 8. S. oben
§. 1836a Ziffer 35 S. 198.

18) C. Aquilius Gallus scheint das dolo malo desinere
possidere als allgemeinen Haftgrund statt des possidere
noch nicht gekannt zu haben, sofern nämlich die in l. 18
§. 1 D. de acceptil. 46, 4 überlieferte Fassung der sti-
pulatio Aquiliana ohne den Zusatz: „dolo malo fecisti
quo minus possideas“ die ursprüngliche, und die Fassung
mit diesem Zusatz in §. 3 J. quib. mod. obl. toll. 3, 29
eine auf Grund der vorgegangenen Rechtsentwicklung
von der römischen Jurisprudenz vervollständigte ist.
Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 u. 38.
Thl. 1. S. 394 f. Schrader ad Inst. l. c. p. 575
adv. possedisti. Vgl. aber auch die Bemerkungen einer-
seits Mommsens zu l. 18 §. 1 cit., anderseits Krü-
gers zu §. 3 cit. — Ueber Labeos Ansicht hinsichtlich
des dolo malo desinere possidere s. ferner l. 15 D. ad
exhib. 10, 4. l. 7. §. 4 D. de trib. act. 14, 4. l. 24 D.
de nox. act. 9, 4. l. 1 §. 12 D. si quis om. c. test.
29, 4. Vgl. Leist a. a. O. S. 396 f. Demelius
Exhibitionspflicht S. 188 zu N. 1—3. Pernice Labeo
Bd. 2 S. 255 zu N. 3.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 337

L. 2 §. 42 D. ne quid in loco publ. 43, 8.
(Id. eod.):

Hoc interdictum locum habet etiam adversus eum, qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet: et mihi videtur vera *Labeonis* sententia.

Als es demgemäß die allgemeine Anschauung geworden war, daß bei Interdicten

semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet —, ¹⁹⁾

da erschien es nicht mehr erforderlich, die althergebrachte Formel der genannten Interdicte zu ändern, um jener von der Billigkeit verlangten Erweiterung ihrer Anwendung Raum zu verschaffen. — Ulpian ging sogar noch einen Schritt weiter, indem er denjenigen, qui opus fecit, wenigstens mit einem interdictum utile auch dann forthaften ließ, wenn derselbe sine dolo malo habere desiit, sofern nämlich nicht an seine Stelle ein Dritter als jetziger Inhaber des opus trat, also den Errichter des opus, der daselbe bona fide derelinquirte.

L. 2 §. 39 D. ne quid in loco publ. 43, 8.
(Ulp. lib. 68. ad ed.):

Unde *Ostius* putat, eum, qui pro derelicto reliquit id opus, quod fecit, si viam publicam corrumpit et reliquit, ^{19a)} non teneri hoc interdicto: non enim

19) L. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17. Daß diese Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange sich auf Interdicte bezog, zeigt ihre Inscription: „Ulp. lib. 71. (nicht 70) ad ed.“ in Verbindung mit dem principium, welches wir als lex geminata in l. 11 §. 7 D. quod vi 43, 24 haben. Schmidt Interdictenverf. S. 159 f.

19a) et reliquit. *del. M.* Schmidt Interdictenverf. S. 15 N. 6 will auch die Worte: si viam publicam corrumpit als überflüssig streichen, m. E. mit Recht, da es sich ja aus der Clausel des Interdicts: quo ea via idve iter

habet, quod fecit . sed an in eum actio debeat dari, videbimus . et puto, utile interdictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat. ^{19b)}

Bei einer letzten Classe restitutorischer Interdicte endlich wird die Voraussetzung in der Person des Impetraten neutral bezeichnet: quod factum est. So bei den interdicta de loco sacro, ²⁰⁾ Quod vi aut clam, ²¹⁾ demolitorium. ²²⁾ Es unterlag für die römische Jurisprudenz beim interdictum Quod vi aut clam keinem Zweifel, daß durch diese Fassung zunächst derjenige getroffen werde, welcher die fragliche Handlung vorgenommen hat, oder dessen Sklav sie für sich selbst oder für seinen Herrn vorgenommen hat, oder in dessen oder dessen Vertreters Vollmacht sie vorgenommen worden ist.

L. 5 §§. 8. 11. 12. 14 D. quod vi. 43, 24. (Ulp. lib. 71 ²³⁾ ad ed.):

§. 8. Haec verba „quod vi aut clam factum est“ ait *Mucius* ita esse „quod tu [fecisti *ins.* M.] aut tuorum quis [fecit *ins.*] aut tuo iussu factum est.“ —

§. 11. Si quid servus meus fecit, non ob id mecum

deterius sit fiat — von selbst ergibt, daß eine Haftung überhaupt nicht eintritt, wenn jemand einen öffentlichen Weg verbessert.

19^{b)} Vgl. Schmidt a. a. D. S. 158 N. 9 und Ztschr. für gesch. RW. Bd. 15 S. 63 f. VeneI ed perp. S. 367 N. 14.

20) L. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1. l. 2 §. 19 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1. VeneI a. a. D. §. 235.

21) L. 1 pr. D. quod. vi 43, 24. VeneI a. a. D. §. 256.

22) L. 20 pr. §. 3. D. de O. N. N. 39, 1. VeneI a. a. D. §. 257 unter 2.

23) Die Florentina liest irrig: libro septuagensimo. S. VeneI ed. perp. S. 387 N. 3.

actio est, sed si id meo nomine aut suo fecit: nam si tuum servum mercennarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine, ob id non tecum, sed mecum, cuius iussu aut ²⁴⁾ nomine id opus a servo tuo factum fuerit, agendum erit hoc interdicto.

§. 12. Similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed [cum eo *ins.*], cuius nomine iusserit, haec actio est. namsi procurator tutor curator duumvir municipii, quod eius nomine ageret[ur *ins. M.*], cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo, qui ita iusserit. et si tibi mandavero, ut opus fieri iuberet, et in ea re mihi parueris, mecum, inquit, non tecum erit actio.

§. 14. Et hoc iure utimur, ut, sive ego fecissem sive fieri iussi, interdicto Quod vi aut clam tenear. ²⁵⁾

L. 20 §. 7 D. de O. N. N. 39, 1. (*Ulp.* lib. 71. ad ed.):

Adversus ipsum quoque, ²⁶⁾ qui opus fecit vel factum ratum habuit, interdicto locus erit.

Und zwar erfolgt in diesen Fällen die Herstellung des frühern Zustandes auf Kosten des Impetraten. ²⁷⁾ Nicht minder aber verpflichtet die Fassung auf factum est den Inhaber des opus als solchen, wemgleich nur zur praestatio patientiae.

L. 15 pr. D. quod vi. 43, 24. (*Ulp.* lib. 71. ad ed.):

Semper adversus possessorem operis hoc interdictum

24) iussu aut *del. M.*

25) *C.* ferner l. 6. l. 13 §§. 6 sq. l. 14. l. 15 §. 2 eod.

26) quoque *del. M.*

27) L. 16 §. 2 D. quod vi. 43, 24. *C.* unten den Context nach *R.* 28.

competit, idcircoque, si quilibet inscio vel etiam invito me opus in fundo meo fecerit, interdicto locus erit.

L. 7 pr. eod. (Id. eod.):

Si alius fecerit me invito, tenebor ad hoc, ut patientiam praestem.

L. 13 §. 7 eod. (Id. eod.):

Julianus ait: si colonus arborem, de qua controversia erat, succiderit vel quid aliud opus fecerit, si quidem iussu domini id factum sit, ambo tenebuntur, non ut patientiam praestent, sed ut impensam quoque ad restituendum praebeant: si autem dominus non iusserit, colonus quidem tenebitur, ut patientiam et impensam praestet, dominus vero nihil amplius quam patientiam praestare cogendus erit.

L. 14 pr. eod. (*Julian.* lib. 68. digestorum):

Nam et si servus meus ignorante me opus fecerit, eumque vendidero vel manumisero, mecum in hoc solum agi poterit, ut patiar opus tolli etc.

Auch diese Ausdehnung der Passivlegitimation nahm nach dem Berichte Ulpian's bereits *Labeo* an.²⁸⁾

L. 5 §. 13 eod.: Et cum interdictum sit scriptum „quod vi aut clam factum est,“ non ita „quod vi aut clam fecisti“ latius porrigi quam ad has personas, quas supra (l. 5 cit. §§. 8. 11. 12. f. oben S. 338 f.) numeravimus, *Labeo* putat.

Und indem derjenige, cuius iussu vel nomine opus factum est, als einer, qui fecit, mitverstanden wird, läßt

28) So mit Recht die Glosse zu l. 5 §. 13 h. t. ad v. memoravimus (numeravimus)] id est ad omnem possessionem, saltem ad patientiam: ut infra eod. l. *competit* (16) §. fin. (2).

sich die Passivlegitimation beim interdictum Quod vi dahin zusammenfassen:

L. 16 §. 2 D. eod. (*Paul.* lib. 67. ad ed.):

In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet.

In ganz entsprechender Weise ist das factum est beim interdictum demolitorium verstanden. Der trotz dem Verbote bauende besitzende Nuntiat, also is, qui fecit et possidet, haftet für Wiederherstellung auf eigne Kosten;²⁹⁾ ebenso aber auch derjenige Nuntiat, welcher nach Fortsetzung des untersagten opus das Grundstück veräußert, also is, qui fecit nec possidet.³⁰⁾ Außerdem aber haftet der Erwerber des Grundstücks, auf welchem bereits verbotswidrig der Bau fortgesetzt worden war, für patientia destruendi.³¹⁾

29) S. Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40. Tbl. 1. S. 197 ff. Unter Nuntiaten verstehe ich hier auch den Erwerber eines Grundstücks, gegen welches die operis novi nuntiatio stattgehabt hat, gleich ob er von derselben Kunde hat oder nicht: er ist durch die nuntiatio gebunden. l. 8 §. 7. l. 23 D. de O. N. N. 39, 1. Burdhard a. a. D. S. 208 ff. Ziffer 38.

30) Das. S. 202 ff. L. 23 D. de O. N. N. 39, 1 vv.: — is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est — stellt keineswegs den Besitz als Voraussetzung der Haftpflicht mit dem interdictum demolitorium hin; sie will nur sagen, daß der Nuntiat, der ohne dem Verbote zuwider zu bauen, das Grundstück veräußert hat, für die spätere Fortsetzung des Baus durch den Erwerber nicht hafte.

31) Burdhard a. a. D. S. 204 ff. Irrig jedoch beruft sich Schmidt Interdictenverf. S. 160 N. 14 auf l. 23

Bei dem restitutorischen Interdicte de loco sacro läßt sich selbstverständlich die gleiche Auslegung nur auf ein immissum anwenden: wegen eines factum in loco sacro kann nur der Thäter als solcher haften; ein Besitz des locus sacer ist undenkbar.

59. Was die exhibitorischen Interdicte betrifft, so geht das einzige auf Exhibition von Sachen gerichtete, nämlich de tabulis exhibendis, gegen denjenigen, penes quem diese tabulae sunt; ³²⁾ von den auf Exhibition von Menschen gerichteten geht das interdictum de liberis exhibendis gegen denjenigen, apud quem das Hausfind est, ³³⁾ das interdictum de homine libero exhibendo gegen denjenigen, welcher diesen freien Menschen dolo malo retinet. ³⁴⁾ Ueber die Fassung des interdictum de liberto exhibendo sind wir nicht unterrichtet. ³⁵⁾

Das penes aliquem esse erläutert Ulpian bei der Erörterung des interdictum de tabulis exhibendis, also als formularmäßigen Ausdruck der alten Rechtsprache, ^{35a)} im Buch 68 seines Edictscommentares.

L. 3 §§. 2—4 D. de tab. exh. 43, 5:

Si tabulae testamenti apud aliquem depositae sunt

cit. de O. N. N. 39, 1. Beweistüchtig dagegen ist l. 22 eod., insofern nach derselben der Erbe des Runtiaten auf patientia destruendi haftet, nicht weil er Erbe des Thäters, sondern weil er Besitzer des verbotswidrigen Baus ist.

32) L. 1 pr. D. de tab. exh. 43, 5. Lenel ed. perp. §. 232.

33) L. 1 pr. D. de lib. exh. 43, 30. Lenel §. 262.

34) L. 1 pr. D. de hom. lib. exh. 43, 29. Lenel §. 261.

35) Vgl. Lenel §. 263.

35a) S. jetzt Gradenwig Zum Wörterbuche der klassischen Rechtswissenschaft s. v. Penes Rtschr. der Savigny-Stiftung roman. Abth. Bd. 8. S. 282 f. und S. 300 ff.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 343

a Titio, hoc interdicto agendum est et cum eo, qui eas detinet, et cum eo, qui deposuit. §. 3. Proinde et si custodiam tabularum aedituus vel tabularius suscepit, dicendum est, teneri eum interdicto. §. 4. Si penes servum tabulae fuerint, dominus interdicto tenebitur.

Bei der Besprechung des interdictum de liberis exhibendis in Buch 71 jenes Commentars bestimmt er das penes im Gegensatze zu dem apud aliquem esse des letztgenannten Interdicts.

L. 63 D. de V. S. 50, 16: „Penes te“ amplius est quam „apud te“: nam apud te est, quod qualiter qualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur.

Hiernach wird apud aliquem esse von einem jeden Verhältnisse gebraucht, vermöge dessen jemand eine Sache oder einen freien Menschen festzuhalten in der Lage ist; der intensivere (amplius) Begriff des penes aliquem esse bezeichnet dagegen ein Besitzverhältnis, kann also nur in Beziehung auf Sachen (einschließlich natürlich der Sklaven) angewandt werden. Gleichgültig ist es übrigens, ob zu diesem Verhältnisse der animus possidendi bezw. der Interdictenschutz sich gesellt, oder ob dasselbe ein bloßes Detentionsverhältnis ist, ja sogar nur ein solches, welches dem Detentor nicht einmal Gebrauch und Genuß der Sache gewährt: alle diese Fälle sind unter dem quodam modo possidere einbegriffen, ^{35b)} wie sich aus l. 3 §§. 2 sq. de

35b) Gradenwitz a. a. D. S. 301 meint, Ulpian's Ausspruch sei wohl einer derjenigen, welche auf einen Fall, für den sie berechnet sind, passen, aber in einer Allgemeinheit auftreten, die ihnen nicht zukomme. Denn der Depositar habe keinen Besitz im juristischen Sinne, wenn man aber hier possessio nicht gleich Besitz im juristischen

tab. exh. 43, 5 cit. unzweifelhaft ergibt, wenn wir nicht Ulpianen mit sich selbst in Widerspruch setzen wollen.³⁶⁾ Andererseits erhellt, daß das penes aliquem esse in zweifacher Hinsicht umfassender ist, als das factum immissum habere mancher restitutorischer Interdicte. Zunächst, wofern nämlich unsere Erklärung³⁷⁾ des letztern Begriffes das Richtige getroffen hat, darin, daß dieses habere von einem solchen Detentor nicht gilt, welchem die Befugniß zum Genusse oder zum Gebrauche der Sache nicht zusteht.³⁸⁾ Sodann darin, daß das penes auch auf einen solchen juristischen Besitzer geht, der durch einen Dritten detiniren läßt. Es genügt die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition.^{38a)}

Sinne nehme, so verflüchtige sich der Gedanke. Sicher dagegen dürfte nicht hierher gehören das zur Erfizung führende Verhältniß ohne Interdictenschutz und Detention des precario dans (und des Faustpfandgebers), welches anderswo auch mit penes bezeichnet wird. L. 15 D. de prec. 43, 26: (Pompon. lib. 29. ad Sabin.) — placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discessit animo possessione. Vgl. Rudorff zu v. Savigny's Besitz Zusatz Nr. 48.

36) So mit Recht Schmidt a. a. D. S. 156 f. Nr. 7 gegen die abweichende Ansicht von Cujacius ad l. 23 (Eum, qui aedes) §. 2 D. de usurp. 41, 3 und von Dirksen manuale s. v. penes u. possidere §. 2. (In den paratitla ad Cod. 8, 8 de lib. exh. dagegen sagt Cujacius nichts weiter, als daß penes aliquem esse nur von Sachen gebraucht werde, nicht auch wie apud aliquem von freien Menschen, erklärt aber nicht, daß penes apud aliquem esse den animus domini voraussetze.)

37) S. oben Ziffer 58 S. 334 f.

38) A. M. Schmidt a. a. D. S. 156 zu Nr. 7.

38a) Vgl. Demelius Exhibitionspflicht S. 171 f.

Die Bedeutung des *retinere* beim *interdictum de homine libero exhibendo* dürfte derjenigen des *apud aliquem esse* beim *interdictum de liberis exhibendis* gleichkommen.^{38b)} Nur wird bei jenem *Interdict* ein *dolo malo retinere*³⁹⁾ eines zweifellos freien Menschen erfordert.⁴⁰⁾ Deshalb ist unter der Voraussetzung, daß der freie Mensch, um welchen es sich handelt, *non sine calliditate neque bona ac probabili ratione circumventus vel seductus vel sollicitatus est*, das *Interdict* selbst dann zulässig, wenn jener *volens retinetur*.⁴¹⁾ Das *interdictum de liberis exhibendis* dagegen kann wider denjenigen, *apud quem* das Hauskind *sua sponte est*, nur dann gebraucht werden, wenn derselbe *eigene patria potestas* über das Kind behauptet.⁴²⁾ Sobald er nämlich ein eignes Recht auf Zurückhalten des Kindes nicht beansprucht, liegt im Verbleiben des Kindes bei ihm eine Verletzung des gegnerischen Rechtes von seiner Seite nur dann, wenn dieses Verbleiben wider den Willen des Kindes geschieht; bleibt das Kind aus freiem Entschlusse, ohne Nöthigung seitens dessen, bei dem es verweilt, bei diesem, so ist es lediglich das Kind, welches das Recht der väterlichen Gewalt

38b) Vgl. l. 1 §. 3 D. de lib. exh. 43, 30: *Si vero mater sit, quae retinet etc.* Ferner l. 3 §. 5 eod.

39) L. 3 §§. 2. 3. 4. 5. 6. l. 4 pr. §§. 1. 2 D. de hom. lib. exh. 43, 29.

40) L. 3 cit. §. 7.

41) L. 3 cit. §. 5.

42) L. 5 D. de lib. exh. 43, 30 (*Venuleius lib. 4. interdictorum*): *Si filius sua sponte apud aliquem est, inutile hoc interdictum erit, quia filius magis apud se, quam apud eum est, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi haberet: nisi si inter duos, qui se patres dicerent, controversia esset, et alter ab altero exhiberi eum desideraret. Demelius Exhibitionspflicht S. 247 f.*

verlezt. Beansprucht dagegen derjenige, bei welchem das Kind sich aufhält, selbst die väterliche Gewalt über dasselbe, so verlezt er damit das Recht des wirklichen Gewalthabers auch dann, wenn das Kind freiwillig bei ihm bleibt: er würde es ja auch im entgegengesetzten Falle nicht ziehen lassen; der Wille des Kindes ist hier ganz unerheblich: es hat eben nicht *liberam facultatem abeundi vel remanendi.* ^{42a)}

42^a) Pfersche Interdicte §. 152 sagt, das Interdict sei nicht inutile, „wenn beide Parteien die väterliche Gewalt in Anspruch nehmen und ihren Streit durch das gegenseitig (!) erwirkte Interdict *de liberis exhibendis* austragen wollen (wie so kommt es auf den Willen des Impetraten an? und auf welche andre Weise kann Impetrant jenen Streit austragen?), wobei natürlich (!) das Fehlen der Passivlegitimation auf beiden Seiten bekannt und anerkannt erscheint. (!).“ Wie ist ein Hinwegsetzen der Parteien über die Passivlegitimation zulässig? Zur Erläuterung fügt Pfersche a. a. O. N. 1 bei: „Der normale Vorgang wäre eigentlich so, daß das Hauskind von einer Partei durch *in ius vocatio* vor Gericht gebracht, und daß dort das Ductionsbeghren gestellt wird; über dasselbe kommt es entweder bloß zur *notio praetoris* (l. 3 §. 3 h. t.) oder aber, wenn ein dritter sich dem „*ducere*“ widersetzt, zum Interdict *de liberis ducendis*. Diese Prozedur mochte aber etwas anstößig erscheinen, daher der in l. 5 cit. besprochene Vorgang vorgezogen werden.“ Das bedarf einer Widerlegung ebenso wenig, als die auf den mitgetheilten Vorderatz gebaute weitere Behauptung: „Was die processuale Gestaltung betrifft, so mußte das *iudicium secutorium* in solchen Fällen immer wirkungslos bleiben, da eben die *facultas exhibendi* beiderseits fehlte (auch bei dem die väterliche Gewalt beanspruchenden Impetraten, bei dem das Kind sich aufhielt?); vielleicht blieb dasselbe deshalb ganz weg. Auch die Sponßion „*si contra edic-*

Bei den interdicta de tabulis exhibendis und de liberis exhibendis ist dem penes aliquem bezw. apud aliquem esse ausdrücklich gleichgestellt das dolo malo eius factum esse, ut desinerent esse, ⁴³⁾ bezw. quo minus apud eum esset. ⁴⁴⁾ Beim interdictum de homine libero exhibendo würde eine entsprechende Erstreckung der Haftpflicht dem Zwecke des Interdictes widersprechen.

60. Nach der herrschenden Ansicht ^{44a)} begründen die prohibitorischen Interdicte an sich lediglich eine negative Rechtspflicht des Impetraten, nämlich die Pflicht, eben dasjenige zu unterlassen, was das Edict verbietet. Es gehört durchaus nicht zu ihren edictsmäßigen Voraussetzungen,

tum non exhibuisti“ führte strenggenommen bei Mangel der facultas exhibendi nicht zu einer Verurtheilung. Wenn dies aber nach l. 5 cit. doch der Fall war, so mußte sich der Iudex wohl mit der Form der Sponsion zu Gunsten der präjudiciellen Bedeutung des concreten Processes abfinden.“ Dergleichen bildet in der That eine schlechte Stütze für die Behauptung, daß es prohibitorische Interdicte gebe, „bei welchen ihrer historischen Entwicklung nach der Streit sich nicht um eine factische Verletzung der Verbotsnorm dreht,“ nämlich einerseits die auf öffentliche Sachen bezüglichen, welche nicht auf vim fieri veto lauten, anderseits die zweiseitigen Interdicte (S. 153).

43) L. 1 pr. D. de tab. exh. 43, 5. Lenel ed. perp. § 232. In l. 1 §. 11 D. de tab. exh. ist die überlieferte Lesart verderbt; am einfachsten ist die Correctur Mommsens, welche statt et lieret nec. Haloander streicht das sine. Vgl. Schmidt das Interdictenverf. S. 158 N. 9.

44) L. 1 pr. D. de lib. exh. 43, 30. Lenel a. a. O. §. 262.

44^a) S. v. Keller Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 305 ff., röm. Civilpr. §. 76 6. Ausg. S. 382 f. nach N. 879. Schmidt Interdictenverf. S. 49 ff. S. 55 ff. unter C. S. 152 f. S. 196 ff. unter II. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 §. 98 S. 370 f.

daß seitens des Impetraten bereits etwas geschehen sei, was eine Verpflichtung positiven Inhaltes hervorrufen müßte. Grundsätzlich wirken diese Interdicte vielmehr nur für die Zukunft. ^{44b)})

Dieser Ansicht stellt Wach Folgendes entgegen: ⁴⁵⁾) „Jedenfalls aber liegt schon im Erbitten des Interdicts die Behauptung, daß die Handlungen des Gegners die Voraussetzungen des Verbots (interdictum prohibitorium) erfüllen, wie auch Zwang zur vis ex conventu (Bruns Besitzklagen S. 48) nur bezweckt, den Widerstreit solcher Handlungen gegen das interdictum redditum und demnach gegen das Edict nachzuweisen. Daher zahlreiche Stellen, welche von interdicto teneri, interdictum competere, interdicto conveniri posse, interdictum locum habere etc. reden; daher häufig die Frage, welche Arten von Handlungen unter das Verbot fallen, welche vis „impune“ geschehe.“

Verstehe ich den angeführten Satz richtig, so soll er sagen, daß gemäß der Behauptung des Impetranten bereits vor dem Erlasse des Interdicts eine Handlung des Impetraten geschehen sein müsse, welche als interdictswidrige erscheinen würde, wenn sie dem Erlasse des Interdictes folgte. Indessen bietet gegenüber dem uns überlieferten Wortlaute prohibitorischer Interdicte die Bezugnahme auf den Zwang zur vis ex conventu schwerlich eine geeignete Grundlage für die Wach'sche Vermuthung. Denn, selbst wenn jene vermeintliche vis ex conventu bei prohibitorischen Interdicten nachweisbar wäre, so würde ihre Nothwendigkeit m. E. gerade umgekehrt darthun, daß diese Interdicte nur solche Handlungen treffen, welche nach ihrem Erlasse geschehen, wengleich lediglich ex conventu; niemals würde

^{44b)}) Vgl. oben §. 1836 c Ziffer 57 S. 325.

⁴⁵⁾) Zu v. Keller a. a. O. S. 383 N. 879a. Ihm stimmt zu Pfersche Interdicte S. 10. S. 19 f. S. 125—139.

mittels der Aburtheilung einer vis ex conventu post interdictum redditum facta als einer Interdictswidrigkeit eine vor Erlaß des Interdictes begangene reale Handlung zur interdictswidrigen haben gestempelt werden können.

Raum größere Beweiskraft haben für Wach die angeführten Redewendungen der Quellen: dieselben erklären sich reichlich so gut, wie von seiner Meinung aus, vom Standpunkte der herrschenden Ansicht. Recht füglich nämlich kann unter vis impune facta und dergl. eine post interdictum redditum vorgenommene Handlung des Inpetraten verstanden werden, welche gegen das Interdict nicht verstößt.^{45a)} Entsprechend läßt sich das interdicto prohibitorio teneri davon verstehen, daß eine gewisse post interdictum redditum vorgenommene Handlung als interdictswidrige den Inpetraten haftbar mache;⁴⁶⁾ und diese

45^{a)} S. die oben §. 1836 c Ziffer 57 N. 41 S. 328 citirten Stellen.

46) S. z. B. l. 4 §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4 (Schmidt a. a. D. S. 111 zu N. 25). l. 1 §. 25 D. de aq. cott. 43, 20. l. 1 §§. 8. 10. D. de mort. inf. 11, 8. l. 1 §§. 3. 4. 5. 8. D. ne quid in flum. 43, 13. l. 2 §§. 13. 26. 27. 28. 33 D. ne quid in loco publ. 43, 8. Unnötigerweise will Schmidt a. a. D. S. 59 N. 42 l. 2 §§. 27. 28 cit. 43, 8 wegen der Worte immissum habere und factum habere nicht auf das prohibitorische Interdict in l. 2 cit. §. 20 beziehen, sondern auf das erst in §. 35 eod. mitgetheilte restitutorische. Freilich ist es keine Erklärung für die Anwendung jener Ausdrücke, wenn Pfersche a. a. D. S. 157 meint, es sei dabei „der Unterschied des immissio (§. 26) und des immissum habere (§. 27) vorläufig(?) beiseite gesetzt.“ Wohl dagegen erscheinen jene Ausdrücke wie das immissio des §. 26 als durchaus berechtigt, wenn sie eben auf Einwirkungen bezogen werden, welche nach Erlaß des Interdicts stattgefunden haben, mithin ein adversus edictum

Auffassung liegt um so näher, wo von jener Haftung als von einer erst zukünftigen geredet wird. ^{46a)} In gleichem Sinne darf das *interdictio conveniri posse* genommen werden; ⁴⁷⁾ nicht minder das *interdictum locum habet*, ⁴⁸⁾ *interdictio locus est* ⁴⁹⁾ und das *interdictum competit*. ⁵⁰⁾

fecisse enthalten. Vgl. unten Ziffer 63 S. 372 f. zu R. 81a ff. — Genau ebenso verhält es sich mit den Worten der l. 1 §. 3 D. *ne quid in flum. publ.* 43, 13: *non omnis ergo, qui immisit aut qui fecit, tenetur, sed qui faciendo vel immittendo effecit aliter, quam priore aestate fluxit, aquam fluere, und ita demum interdictio quem teneri, si mutetur aquae cursus per hoc, quod factum est.* §. 8: *Is autem hoc interdictio tenetur, qui aliter fecit fluere, quam priore aestate fluxit.* Vgl. l. 1 cit. §. 12: *superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. — si quid ne fiat prospicitur, superiore interdictio erit utendum [quo ins. M.] et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.*

46*) L. 1 §. 27 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8. l. 1 §. 8 D. *de mort. inf.* 11, 8. l. 1 §. 5 D. *ne quid in flum.* 43, 13 citt.

47) C. 3. B. l. 2 cit. §. 2 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8, sofern nicht der betreffende Passus ein Glossen ist.

48) C. 3. B. l. 8 §. 5 D. *si serv.* 8, 5. l. 1 §. 8 D. *de mort. inf.* 11, 8. l. 2 §§. 4. 28. 30 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8. l. 1 §. 2 D. *de fonte* 43, 22.

49) L. 2 §. 7 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8. l. 1 §. 15 D. *de flum.* 43, 12. l. 1 §§. 3. 6 D. *ne quid in flum.* 43, 13 und zu letzter Stelle Schmidt a. a. O. S. 111 R. 27. l. 1 §. 4 D. *de migr.* 43, 32.

50) C. 3. B. l. 1 §. 1 D. *ne quid in loco sacro* 43, 6. l. 2 §§. 6. 8. 14 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8. l. 3 §. 3 D. *uti poss.* 43, 17. l. 14 D. *de iniur.* 47, 10. l. 3 §. 5 D. *de it. actuq. priv.* 43, 19. l. 1 §. 25 *de aq. cott.* 43, 20. l. 1 §. 12 D. *de flum.* 43, 12. l. 3 §. 10 D. *de riv.* 43, 21. l. 1 §. 4 D. *de arb. caed.* 43, 27.

In der That bezeichnen viele der hierher gehörigen Quellaussprüche die vom Interdicte betroffenen Handlungen als zukünftige,⁵¹⁾ oder als solche, welche der Impetrat vor-

Nicht anders verhält es sich mit den in den vorstehenden Anmerkungen nicht aufgeführten der von Pfersche Interdicte §. 153 ff. citirten Stellen, welche nach dessen Meinung auf eine vergangene verbotswidrige Handlung des Beklagten hinweisen, nämlich mit l. 2 §§. 15. 29 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 7 D. de flum. 43, 13. l. 1 §. 1 D. ut in flum. publ. 43, 14. l. 3 §§. 2. 4. 9 D. uti poss. 43, 17. l. 9 D. de relig. 11, 7. l. 1 §. 3 D. de mort. inf. 11, 8. l. 2 §. 23 D. de aq. cott. 43, 20. Entweder beziehen sich diese Stellen auf eine post interdictum redditum vorgenommene Handlung oder auf eine zwar vor dem Erlasse des Interdictes eingetretene, jedoch eine solche, deren Fortwirkung als verbotswidrige gilt. Vgl. unten Ziffer 63. L. 18 D. si serv. 8, 5 dagegen gehört gar nicht hierher: sie bezieht sich nach ihrer Stellung in der Compilation, dem einzigen sichern Anhaltspuncte, welchen wir haben, um ihre Beziehung zu bestimmen, auf die negatoria in rem actio, nicht auf das interdictum de aqua ducenda, welches Reptere selbst Pfersche a. a. D. §. 158 f. doch nur für sehr wahrscheinlich hält.

- 51) §. 3. B. l. 1 §. 15 D. de aq. cott. 43, 20 (impune ei vis fiet). l. 4 §. 1 D. de it. actuq. priv. 43, 19 (impune ei vis fiet). l. 1 §. 2 D. de via publ. refic. 43, 11 (impune vim patietur). l. 1 §. 8 D. de mort. inf. 11, 8 (non tenebor hoc interdicto, si iure te non patiar). l. 1 §. 3 D. ne quid in flum. 43, 13 (et si quod aliud vitii accolae ex facto eius, qui convenitur, sentient, interdicto locus erit). §. 6 eod. (Sunt qui putant, excipiendum hoc interdicto „quod eius ripae muniendae causa non fiet“). — Daß auch hinsichtlich restitutorischer Interdicte von einem impune fieri gesprochen wird, welches hier selbstverständlich der Erwirkung des Interdictes vorangeht, vermag an jener Beziehung des impune fieri

nehmen will, ⁵²⁾ oder welche eine vom Impetranten beabsichtigte Handlung hindern sollen. ⁵³⁾

bei prohibitorischen Interdicten nichts zu ändern. A. M. Pfersche a. a. O. S. 130 zu N. 6 unter Bezugnahme auf Gai. IV, 154. Paul. V, 6, 7 und l. 21 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1. Der genannte Schriftsteller führt weiter an l. 3 §. 8 D. de riv. 43, 21 und l. 1 §. 23 D. de cloac. 43, 23. Hier ist gesagt, bei Ausbesserung einer Wasserleitung oder einer Cloake brauche man eine operis novi nuntiatio nicht zu beachten, denn da der Prätor durch Aufstellung eines Interdictes jede Störung in solcher Ausbesserung untersage, so wäre es abgeschmackt, wenn der Ausbessernde durch eine Nuntiation darin gehindert werden sollte. Pfersche meint nun, „es wäre doch nicht abzusehen, warum die Interpretation und Praxis die Hinderung durch Nuntiation in weiterem Umfange hätte verbieten sollen, als die factische Hinderung verboten war. Daß aber die Nuntiation bei Wasserleitungen und Cloaken nicht erst nach Erwirkung der Interdicte de rivis, de cloacis, sondern immer unzulässig und unwirksam war, ist der Sachlage nach fast selbstverständlich.“ Hierbei verwechselt Pfersche sichtlich die Unwirksamkeit der nuntiatio mit einem Verbote derselben, welches in der That nicht besteht. S. oben §. 1836 a Ziffer 38 S. 212 f. zu N. 56 ff.

- 52) S. 3. B. l. 2 §. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Si quis quod in publico loco positum habuit, reficere voluit, hoc interdicto locum esse, Aristo ait, ad prohibendum eum reficere). l. 1 §. 4 D. ne quid in flum. 43, 13 (Si quis ex rivo tecto per apertum ducere velit vel contra, qui ante aperto duxit, nunc operto velit, interdicto teneri placuit). Vgl. auch l. 1 §. 11 D. de riv. 43, 21. l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1. l. 4 §. 1 D. de it. actuq. priv. 43, 19.
- 53) S. 3. B. l. 1 §. 15 D. de aq. cott. 43, 20 (si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit

Schwierigkeit macht nur die, nach ihrer Stellung von dem prohibitorischen interdictum, Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit, redende l. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. 43, 13:

(Ulp. lib. 68. ad ed.) Hoc interdictum cuius ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum, qui deneget, ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet.

Die hier wiedergegebene Lesart der Florentina ist in dem Worte: deneget ohne Zweifel verderbt. Nun lesen zwei der besseren Vulgathandschriften, nämlich der Codex Parisinus nr. 4458 (Y) und der Codex Colladonianus, jetzt Th. Mommsen gehörig, (C) statt dessen: id egit. Diese Lesart trifft jedenfalls die Zeitform, welche das ut flueret, cum ius non haberet, voraussetzt. Indessen ist damit unsere Stelle noch keinesweges geheilt: der Gegensatz zu dem, qui id egit etc., läßt sich nicht füglich in dem ganz unbestimmten omnes erblicken.^{53a)} Ihre nähere Be-

ducere, impune ei vis fiet). l. 1 §. 8 D. de mort. inf. 11, 8 (si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor hoc interdicto, si iure te non patiar).

53^{a)} Dies ist bisher nicht beachtet. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 161, welcher unbedingt den §. 9 hinter §. 12 h. l. rückt und ihn somit auf das restitutorische Interdict bezieht, während Pfersche a. a. D. S. 158 es allerdings mit Grund für geradezu unrichtig erklärt, wenn §. 9 von dem restitutorischen Interdicte sagen würde, daß es nur stattfinde gegen den qui id egit, ut aliter aqua fluat, da daselbe doch unzweifelhaft ein factum sive immissum habere erheischt (l. 1 cit. §. 11), seinerseits aber nicht fühlt, wie gerade von seinem Standpuncte aus die Erwirkung des prohibitorischen Interdictes adversus omnes undenkbar ist.

stimmtheit jedoch können diese omnes kaum anderswie finden, als entweder durch: qui in flumine etc. faciunt aut in id flumen etc. immittunt, oder durch: qui in flumine etc. factum sive quid in id flumen immissum habent. Nehmen wir die erstere Ergänzung an, so geht das id egit auf eine Handlung, welche nach Erlaß des prohibitorischen Interdicts diesem zuwider begangen worden ist, das hoc interdictum competit also auch hier auf die Haftung aus interdictswidrigem Handeln. Nehmen wir die andre Ergänzung an, so spricht alsdann der §. 9 cit. vom restitutorischen Interdicte, hat mithin eine Verschiebung aus seiner ursprünglichen Stelle hinter §. 12 erlitten. Für diese Alternative spricht der Umstand, daß der §. 10 der Stelle ohne Zweifel die bezeichnete Verschiebung durchgemacht hat.^{53b)}

61. Die herrschende Ansicht kann sich zunächst auf die übereinstimmende Ausdrucksweise der Quellen berufen, welche als Zweck der prohibitorischen Interdicte ein Verboten angiebt.

Gai. IV, 140: Vocantur — interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat.

53b) S. unten Ziffer 67 zu N. 31. — Ueber diejenigen Stellen, welche anscheinend die Erwirkung gewisser prohibitorischer Interdicte für unverjährbar erklären und damit die Erwirkung andrer dieser Interdicte für verjährbar, mithin, da die Verjährung nicht vor dem Anlasse zur Erwirkung des Interdicts beginnen kann, eine vorgängige Verletzung des edictsmäßigen Verbotes erfordern (Pfersche Interdicte S. 140 zu N. 1), s. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 6 ff. und über l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17, welcher das Uti possidetis bezw. das secundarium prohibitorium daraus nur intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, zu gewähren scheint, s. das. zu N. 14 ff.

§. 1 J. de interd. 4, 15: — prohibitoria sunt, quibus vetat aliquid fieri, velut vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripave eius aliquid fieri, quo peius navigetur.

Theophilus ad h. l.: *Καὶ* prohibitoria μὲν ἐστίν, ἐν οἷς κωλύει τι γίνεσθαι οἶον, ἠπέλλει τις ἐπιέναι καὶ τὴν οὕσαν παρ' ἐμοὶ διαταρῆάττειν νομὴν προσῆλθον ἐγὼ τῷ πραιτωρι, τὴν τοῦ ἀντιδίκου διηρούμενος ἀπειλήν, εἶπον δὲ ἐμαντὸν ἀνεπιλήπλωσ νέμεσθαι καὶ ἀπεφῆνατο ὁ πραιτωρ οὕτως λέγων, Sine vitio possidenti vim fieri veto. τουτέστι, τῷ νεμομένῳ δίχα ἐλαττώματος βίαν γίνεσθαι κωλύω. Ἡ καὶ ἐσθ' ὅτε τις ἠβούλετο λείψανον, αὐτῷ διαφέρειν, εἰσαγαγεῖν καὶ ἀποθέσθαι ἐν τῷ τόπῳ, ἐνθα δίκαιον ἦν αὐτῷ ἀποτίθεσθαι δοθήσεται αὐτῷ προῖβιτόριον ἐντέρδικτον κατὰ τοῦ βουλομένου ἐπέχειν αὐτόν. Ἡ καὶ ἠβούλετό τις ἐν σάκρῳ τόπῳ οἰκοδομεῖν, ἢ καὶ ἐν δημοσίῳ ποταμῷ ἢ καὶ ἐν ὄχθῃ αὐτοῦ κατασκευάζειν τι, δι' οὗ κατασκευάσματος χεῖρονα ἐποίει τὸν τοῦ ποταμοῦ πλοῦν κῆν ταῦθα δοθήσεται προῖβιτόριον ἐντέρδικτον.

Dem entspricht die Fassung aller uns bekannten prohibitorischen Interdicte. Als Verbote wollen sie ihrem Wesen nach auf die Zukunft als solche wirken.

Allerdings vermag auch ein Verbot seine Wirkung auf die Gegenwart oder auf die Vergangenheit zu erstrecken, jedoch nur insofern, als dasselbe etwa die Fortdauer eines bestehenden Zustandes, einer eingetretenen Veränderung untersagt. Allein wir kennen kein einziges prohibitorisches Interdict, welches nur einmal dies ausdrücklich thäte. Ebenso wenig hat, soviel wir wissen, die römische Rechtswissenschaft derartigen Interdicten eine Auslegung gegeben, wonach die-

selben infolge einer der Vergangenheit oder der Gegenwart angehörigen Thatsache geradezu auf das Gebot einer positiven Handlung hinausliefen, also namentlich auf Wiederherstellung des frühern Zustandes und auf Ersatz des vor dem Erlasse des Interdictes erwachsenen Schadens.⁵⁴⁾

Besonders betont finden wir die ausschließliche Beziehung auf die Zukunft beim interdictum Ne quid in loco publico fiat. Während das Edict ausdrücklich jede Rechtshülfe wegen eines in loco publico ohne Einsprache^{54a)} bereits errichteten opus versagt, erklärt die Jurisprudenz jenes Interdict auch dann für zulässig, wenn sogar zur Zeit des Urtheils über die sponsio ex interdicto reddito ein opus noch gar nicht errichtet ist, das den Gegenstand jener sponsio bildende adversus edictum factum also nur in Vorbereitungshandlungen zu dem opus besteht.^{54b)}

L. 2 pr. §§. 17 sqq. D. ne quid in loco publ. 43, 8 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.):

Praetor ait: „Ne quid in loco publico facias in eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decretive principum tibi concessum est. *de eo, quod factum erit, interdictum non dabo.*“ — §. 17. Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non resti-

54) Schmidt a. a. D. S. 56 ff. Vgl. unten §. 1838 e Ziffer 104.

54^{a)} d. h. sowohl ohne ein das interdictum Quod vi aut clam begründendes Verbot und ohne operis novi nuntiatio, als ohne Erwirkung des prohibitorischen interdictum Ne quid in loco publico fiat. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. u. 40. Bd. 1. S. 227. S. 409. Pfersche a. a. D. S. 134.

54^{b)} S. unten §. 1838 e Ziffer 104 zu N. 48 ff.

tutorium. etc. §. 18. *Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri*: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda. §. 19. Locorum sacrorum diversa causa est: in loco enim sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur: hoc propter religionem. ⁵⁵⁾

L. 7. eod. (*Julian.* lib. 48. dig.):

Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverit, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.

Indem aber jene Entscheidung damit begründet wird: quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium, und obendrein an dem restitutorischen Interdicte de loco sacro ein Beispiel des Gegensatzes erhält, spricht sie den grundsätzlichen Unterschied zwischen den prohibitorischen Interdicten einerseits und den restitutorischen andererseits mit voller Deutlichkeit aus. Die l. 7 cit. bestätigt diesen Unterschied: was nach dem interdictum redditum geschieht, nicht was vor Erlaß des Interdictes geschehen ist, unterliegt der Wirkung des Verbotes.

Ganz ebenso bezeichnet wird der Gegensatz zwischen dem prohibitorischen Interdicte:

„In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto“ ⁵⁶⁾

55) Für loca sacra giebt es nämlich außer einem prohibitorischen noch ein restitutorisches Interdict. l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1. l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1. Genel ed. perp. §. 235.

56) L. 1 pr. D. ne quid in flum. 43, 13.

und dem restitutorischen Interdicte:

„Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in (id *ins.*)⁵⁷⁾ flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, restituas.“⁵⁸⁾

Es heißt nämlich vom letztern Interdicte in L 1 §. 12 D. ne quid in flum. 43, 13 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.): Hoc interdictum restitutorium proponitur: superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. si quid igitur iam factum est, per hoc interdictum restituetur: si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum, (quo *ins.* M.) et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.

Und fürwahr! höchst seltsam müßte es erscheinen, wenn sich der Prätor in den prohibitorischen Interdicten der Verbotsform bedient hätte nicht sowohl, um für die Zukunft etwas zu untersagen, als vielmehr, um durch die Verpflichtung des Impetraten zu einer positiven Leistung Wirkungen bereits gescheneer Handlungen rückgängig zu machen. Ein sachlicher Gegensatz zwischen dem Zwecke dieser Interdicte und demjenigen der restitutorischen würde damit unerfindlich bleiben; ob zum Schutze eines gewissen Thatbestandes die eine oder die andere Interdictsform gewählt werden sollte, hätte schließlich von der Laune des Edicenten abgehangen. Wie aber ließe es sich demgegenüber rechtfertigen, daß bei prohibitorischen Interdicten dem Impetraten schlechthin die Möglichkeit verschlossen blieb, mittels Erbitung eines arbitri der Gefahr der sponsio zu entgehen?^{58a)} Und weshalb wären alsdann wohl für manche

57) Schmidt a. a. D. S. 155 N. 6.

58) L. 1 cit. §. 11.

58^a) S. unten §. 1838d Biffer 99 zu N. 16 ff.

Verhältnisse beiderlei Interdicte neben einander aufgestellt worden? ⁵⁹⁾ Es muß sicherlich als reiner Zufall erscheinen, daß der Gegensatz beider Arten in den Quellen lediglich

- 59) So für loca sacra und religiosa (s. oben N. 55); für öffentliche Wege (l. 2 §. 20 D. ne quid in loco publ. 43, 8: In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto; — l. 2 §. 35 eod.: Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas. §. 36: Hoc interdictum ex eadem causa proficiscitur, ex qua et superius, et tantum interest, quod hoc restitutorium, illud prohibitorium est. — Venel ed. perp. §. 237 Nr. 2 und 3); für öffentliche Flüsse, und zwar sowohl zum Besten der Schifffahrt (l. 1 pr. D. de flum. 43, 12: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat. l. 1 §. 19 eod.: Quod in flumine publico ripave eius fiat [factum leg. Schmidt a. a. D. S. 155 N. 6] sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas. §. 20 eod.: Superius interdictum prohibitorium est, hoc restitutorium, ad eandem causam pertinens. — Venel a. a. D. §. 241), als zur Erhaltung des Wasserlaufes (s. oben zu N. 56 ff. Venel a. a. D. §. 242); öffentliche Cloaken, für die ein restitutorisches Interdict proponirt, ein prohibitorisches verheißen war (l. 1 §. 15 D. de cloac. 43, 23: Quod in cloaca publica factum sive (ea) immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. item ne quid fiat immittaturve, interdicam. Venel a. a. D. §. 254.) Ferner gehört hierher der Besitz, der sowohl durch prohibitorische als durch restitutorische Interdicte geschützt wird. Nicht dagegen die missio ventris, der Besitz einer Wasserleitung (l. 3 §. 2 D. ne vis fiat ei 43, 4. l. 1 §. 1 D. de aq. cott. 43, 20). S. darüber oben §. 1836 a Ziffer 46 S. 269 f. A. M. v. Keller röm. Civilproceß N. 867.

für die Interdicte zum Schutze eines öffentlichen Wasserlaufs ausgesprochen findet; ⁶⁰⁾ in der That besteht der nämliche Gegensatz nicht nur für alle in fraglicher Weise concurrirenden Interdicte, sondern ist eben als Wesensunterschied der prohibitorischen und restitutorischen Interdicte überhaupt zu betrachten.

Im geraden Widerspruche hiergegen sagt Pfersche S. 138: „Geht man davon aus, daß die citirten Stellen (nämlich l. 2 §§. 36 sq. D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §§. 20 sqq. D. de flum. 43, 12 und l. 1 §. 12 D. ne quid in flum. publ. 43, 13) den praktischen Unterschied der — selbständig angewendeten ^{60a)} — prohibitorischen und der restitutorischen Interdicte hervorzuheben haben, so wird man nicht geneigt sein, diesen Stellen eine weittragende Bedeutung zuzuschreiben und ihren Worten einen umfassenderen Sinn beizulegen, als es gerade nothwendig ist. Die ersten beiden Stellen sagen nur, daß die Anwendung der Interdicte in Bezug auf die Passivlegitimation verschieden ist, die dritte Stelle betont, daß das prohibitorische Interdict nicht wirksam sei gegen die vollzogenen Veränderungen, daß gegen diese vielmehr das restitutorische Interdict verwendet werde, während das prohibitorische passend sei, wenn noch nichts geschehen ist. Weitere An-

60) In l. 1 §. 12 cit. D. ne quid in flum. publ. 43, 13. s. oben nach N. 58 S. 358. Pfersche Interdicte S. 138 meint, Ulpian müsse in l. 2 §§. 36 sq. D. ne quid in loco publ. 43, 8 und in l. 1 §§. 20 sqq. D. de flum. 43, 12 (s. vor. Note) offenbar ursprünglich das Gleiche gesagt haben, was wir noch in l. 1 §. 12 lesen; das Fehlende sei von den Compilatoren gestrichen.

60^a) d. h. wenn ich recht verstehe, im Gegensatze zu ihrer Verwendung im Verlaufe des Remissionsverfahrens. Vgl. Pfersche S. 64 ff. Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1 S. 408 ff.

gaben sind dieser Stelle bei unbefangener Auffassung nicht zu entnehmen, namentlich gewährt sie keine Andeutung darüber, ob das prohibitorische Interdict eine Passivlegitimation vor seinem Erlasse voraussetzt oder nicht."

Ähnlich ergibt sich nach Pfersche §. 135 f. aus l. 2 pr. D. ne quid in loco publ. 43, 8^{60b}) „nur das eine, daß das ne quid in loco publico kein Interdict de eo quod factum est sein kann, und daß Gleiches auch für die übrigen prohibitorischen Interdicte gilt. Allein der Ausdruck de eo quod factum est kann doch nur den Zweck des versagten restitutorischen Interdicts bezeichnen, so wie man das prohibitorische Interdict ein solches de eo quod faciendum est nennen könnte, welches nämlich gegen künftige Verletzungen schützt. Aber über die entscheidende Frage, aus welchem Anlaß dieser rechtliche Schutz für die Zukunft gewährt wird, ergibt sich aus den erörterten Stellen (l. 2 cit. §. 17 und l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8) gar nichts.“ Leider sagt auch Pfersche nichts darüber; und so wissen wir keine andre Antwort, als die: der Anlaß zunächst des prohibitorischen Interdicts de loco publico liegt in der Besorgniß vor künftigen Handlungen, welche den Impetranten schädigen.

Eben die Besorgniß vor künftigen Handlungen der verbotenen Art haben wir nach l. 1 §. 12 D. ne quid in flum. publ. 43, 13 als Anlaß zunächst für das prohibitorische Interdict de flumine publico aufzufassen.

Ist aber solche Besorgniß gegenüber einer bestimmten Person ausreichend zu deren Passivlegitimation für diese beiden Interdicte, so ist nicht wohl zu verstehen, weshalb das bei anderen prohibitorischen Interdicten nicht ebenfalls ausreichen sollte. Es ist nichts, als ein Nothbehelf der äußersten Verlegenheit, wenn Pfersche (§. 138 f.) be-

60^b) §. oben §. 356.

hauptet, „die vorgeführten Stellen, auf welche sich die herrschende Ansicht hauptsächlich gestützt hat oder stützen könnte,“ „enthalten keine allgemeine Sätze, sondern müssen mit Rücksicht auf die concreten Fälle einschränkend interpretirt werden.“ Gerade umgekehrt weisen, wie erwähnt, sowohl l. 2 §. 17 D. 43, 8 als l. 1 §. 12 D. 43, 13 auf den grundsätzlichen Gegensatz zwischen prohibitorischen Interdicten überhaupt und restitutorischen Interdicten überhaupt.

62. Hiermit steht es durchaus nicht im Widerspruche, wenn uns von zwei prohibitorischen Interdicten gesagt wird, sie seien unter Umständen auch restitutorisch, nämlich vom interdictum, Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est, und vom interdictum de aqua cottidiana.⁶¹⁾

Es ist damit nichts Anderes gesagt, als daß das Verbot der vis gegenüber der ventris nomine missa und gegenüber demjenigen, der im letzten Jahre vor Ertheilung des interdictum de aqua cottidiana Einmal fehlerfrei das Wasser geleitet hat, auch dann wirke, wenn jener die von ihr bereits erlangte Innehabung einer Sache wieder entzogen worden, welche zu der, den Gegenstand der Inmiffion bildenden, Nachlaßmasse gehört, oder wenn diesem der fehlerfreie Quasibesitz der Wasserleitungsgerechtfame inzwischen verloren gegangen sei. Auch hier tritt keinesweges die Verpflichtung des Impetraten zu irgend einer positiven Leistung ein; es wird ihm lediglich untersagt, der ventris nomine missa die Besitzergreifung der fraglichen Sache, dem ehemaligen Quasibesitzer der Wasserleitungsgerechtfame die fernere Ausübung derselben zu wehren. Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung darüber, daß der Wortlaut der betreffenden Interdicte mit keiner Silbe auf den ein-

61) L. 3 §. 2 D. ne vis fiat ei. 43, 4. l. 1 §. 1 D. de aq. cott. 43, 20 f. oben §. 1836 a Ziffer 46 S. 269.

getretenen Verlust der Innehabung oder des Quasibefizes hinweist; nur deshalb kann dieser Verlustfall unter jene Interdicte gezogen werden, weil deren Fassung so allgemein gehalten ist, daß sie auch ihn umfaßt.

Das Gleiche gilt selbstverständlich von allen denjenigen prohibitorischen Interdicten, denen, wie wir oben ⁶²⁾ gesehen haben, recuperatorische Wirkung zukommen kann.

Auch l. 2 §. 6 D. ne quid in loco publ. 43, 8 enthält nur scheinbar eine Ausnahme von unserm Satze.

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.: Cum quidam velum in maeniano immissum haberet, qui ⁶³⁾ vicini luminibus officiebat, utile interdictum competit: „ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus Gaii Seii officias.“

Jemand hat an seinem Erker ein Sonnenzelt, eine s. g. Markise, angebracht, welches in den Luftraum über einem öffentlichen Plage oder einer öffentlichen Straße ⁶⁴⁾ niedergelassen werden muß, um seinen Dienst zu thun, niedergelassen aber dem Nachbarn das Licht nimmt. Das dem Letztern zur Abhülfe hiergegen besonders zurechtgemachte Interdict gebietet keineswegs, wie eine oberflächliche Betrachtung der mitgetheilten Stelle meinen möchte, das Sonnenzelt wegzunehmen: ob dieses emporgezogen an dem Erker des Impetraten sitzt oder nicht, kann dem Impetranten völlig gleichgültig sein; denn in solchem Zustande beeinträchtigt es sein Lichtbedürfniß durchaus nicht. Nicht minder unachtheilig würde es ihm in der fraglichen Hinsicht sein, daß etwa das Zelt zur Nachtzeit niedergelassen werden sollte. Was ihn benachtheiligt, ist die Verdunkelung seiner Wohnung infolge des Niederlassens des Zeltens zur

62) §. 1836 a Ziffer 46 S. 271.

63) quo *scr.* M.

64) *Bgl.* l. 2 cit. §. 3.

Tageszeit, welches selbstverständlich nicht ein für allemal erfolgt, sondern sich nach Bedarf wiederholt, wozwischen bei Nachtzeit und bei trübem Himmel das Zelt emporgezogen bleibt. Eben dieses Niederlassen der Markise bei Tageszeit wird durch jenes Interdict für die Zukunft untersagt.⁶⁵⁾ — Nur bei dieser Auffassung der l. 2 §. 6 cit. begreift es sich, weshalb statt des proponirten interdictum, Ne quid in loco publico fiat vel immittatur, ein interdictum utile ertheilt wird.^{65a)} Das durch dasselbe verbotene immittare ist seiner Natur nach ein nur vorübergehendes, etwa wie das Aushängen von Fahnen. Während jedoch wegen des Aushängens einer Fahne bei ortsüblichen Anlässen schwerlich ein Interdict ertheilt werden würde, obgleich auch eine ausgehängte Fahne dem Nachbarn das Licht recht empfindlich zu schmälern vermag, bietet die Einrichtung einer in den Luftraum über einem locus publicus sich öffnenden Markise, deren Benutzung eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Belästigung des Nachbarn mit sich bringt, genügenden Grund, zur Hülfe für Letztern einzu-

65) Aehnlich Schmidt a. a. D. S. 60. Pfersche a. a. D. S. 113 f. N. 3 hält diese Auffassung für „etwas kleinlich;“ er meint: „da das Zelt etwas Bewegliches ist, dürften die Römer — das Ausgespanntseinlassen desselben als immer erneuerten Act behandelt und dem Interdict sofort die indirecte Restitutionswirkung gewährt haben.“

65a) Aehnlich Schmidt a. a. D. S. 20. Die Glosse ad h. l. v. utile] findet den Grund für das interdictum utile darin, quia in suo, non publico facit, licet extendatur in publico: quia in suo usque ad coelum liberum esse debet. Hiernach würde also auch gegenüber der beabsichtigten Herstellung eines über einen öffentlichen Platz vorragenden festen Vorbaus nur ein interdictum utile statthaft sein, entschieden zuwider dem Edicte: neve in eum locum quid immittas.

schreiten. Anderseits darf vollends wegen der ausdrücklichen Erklärung des Edicts:

de eo, quod factum erit, interdictum non dabo ⁶⁶⁾ — nicht daran gedacht werden, daß unser utile interdictum auf Wegnahme des Zeltes gerichtet sei. Es geht nicht an, dem interdictum, Ne quid in loco publico fiat, die restitutorische Wirkung lediglich in denjenigen Fällen zu versagen, wo infolge der Wiederherstellung des frühern Zustandes *urbs ruinis deformatur*. ⁶⁷⁾ Freilich mag die Besorgniß vor Verunstaltung der Stadt durch erzwungenes Niederreißen von Baulichkeiten den Prätor dazu veranlaßt haben, de eo, quod factum erit, von vornherein ausdrücklich ein Interdict zu verweigern; nachdem dies aber einmal geschehen ist, kommt für den Einzelfall jene gesetzgeberische Erwägung nicht mehr in Betracht: sonst müßte man das Interdict auch dann ertheilen, wenn unbefugt Bauten auf öffentlichen Plätzen außerhalb einer Stadt ausgeführt worden sind. Vielmehr liegt der positivrechtliche Grund, weshalb das proponirte Interdict wegen einer bereits eingetretenen Aenderung unzulässig ist, allein in dem Umstande:

quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. ⁶⁸⁾

Noch weniger kann uns an der Richtigkeit unseres Satzes beirren l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5:

(*Alfenus* lib. 2. dig.) Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat,

66) L. 2 pr. D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben S. 356).

67) So thun es nach Schmidts Mittheilung a. a. D. S. 60 N. 43 die, mir nicht zugänglichen, Rechtsprüche der Juristenfakultät zu Rostock (Berlin 1846) S. 111.

68) L. 2 cit. §. 17 (oben S. 356 f.). Vgl. Schmidt a. a. D. S. 59 f.

consulebatur, ⁶⁹⁾ quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

Hier ist nämlich das Interdict gar nicht bezeichnet, mittels dessen jemand die Beseitigung einer in loco publico angelegten Düngrstelle begehren kann, wenn infolge dieser Anlage seine Mauer feucht wird. Es ist aber nach dem oben Ausgeführten durchaus unzulässig, darunter mit Glück ⁷⁰⁾ das interdictum Ne quid in loco publico fiat zu verstehen: eben dieses wird ja ausdrücklich wegen bereits gemachter Anlagen versagt. Kaum besser dürfte es angehen, mit der Glossen, ⁷¹⁾ an das restitutorische Interdict zu denken, welches in l. 2 §. 35 D. ne quid in loco publ. 43, 8 überliefert ist.

(Ulp. lib. 68. ad ed.:

Praetor ait: „Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.“

Denn es ist zunächst völlig willkürlich, den ganz allgemein gehaltenen Ausdruck der l. 17 §. 2 cit. „in loco publico“ auf einen öffentlichen Weg zu beschränken. Und wollte man sich gleichwohl diese Willkür erlauben, so würde doch das angeführte restitutorische Interdict nicht zutreffen:

69) consulebat *scr.* M.

70) In diesem Commentar Bd. 10 §. 673 N. 80.

71) ad h. l. v. per interdictum] Scilicet ne quid in loco publico fiat, ut infra, ne quid in loco publ. l. II. secundum quosdam. Imo per secundum: quod est, ut factum destruat, ut infra, ne quid in loco publ. l. II §. ait praetor, quod in via (§. 35).

es wird uns nicht mitgeteilt, daß der die Mauer des Anliegers anfeuchtende Düngr den Weg im Sinne des Interdicts, nämlich zum Gehen, ⁷²⁾ verschlechtere; von selbst aber versteht sich das gewiß nicht.

Daß endlich *Alfenus* nicht etwa das *Uti possidetis* im Sinne hat, erhellt aus der ausdrücklichen Beschränkung des von ihm wirklich gemeinten Interdicts auf den *locus publicus*. Bildete nämlich den Anlaß zu diesem Interdicte eine Störung im Besitze der Mauer, so müßte dasselbe gerade so gut auch dann anwendbar sein, wenn jene Düngrstelle auf einem benachbarten Privatgrundstücke, insbesondere auch auf dem eignen Grundstücke des Beklagten, angelegt wäre. Es liegt indessen in dem Fortbestehen der Düngrstelle überhaupt eine weitere Störung im Besitze der infolge von deren Anlegung durchfeuchteten Mauer nicht: deren Besitzer besitzt nun eben die feuchte Mauer. ⁷³⁾ — Eben jene Beschränkung des fraglichen Interdicts auf die

72) Vgl. l. 2 §§. 32 sq. D. de loco publ. 43, 8: *Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad comueandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut cum plana fuerit, clivosa fiat vel ex molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca.* §. 36: *Scio tractatum, an permittendum sit specus et pontem per viam publicam facere: et plerique probant interdicto eum teneri: non enim oportere eum deteriorem viam facere.* Es versteht sich ohne weiteres, daß diese vom prohibitorischen „interdictum „*Ne quid in via publica fiat*“ handelnden Aussprüche auch auf das restitutorische Interdict de via publica zu erstrecken sind.

73) Entsprechend giebt auch l. 19 pr. D. de S. Pr. U. 8, 2 wegen der Durchfeuchtung unsrer Mauer infolge der Benutzungsweise seines *tepidarium* gegen den Nachbarn nicht das *Uti possidetis*, sondern die *negatoria in rem actio* (*posse prohiberi = non iure habere*).

in loco publico angelegte Miststelle giebt die Erklärung für die Natur desselben: es kann nur das *interdictum Quod vi aut clam* sein. „Auf ein Handeln in suo“ nämlich „kann sich (gegenüber) dem *interdictum Quod vi aut clam* wegen eines *opus in publico* der Prohibirte oder derjenige, der heimlich verfahren hat, niemals berufen.“⁷⁴⁾ Wer dagegen auf einem in seinem Besitze befindlichen Privatgrundstücke eine Düngerstelle anlegt, braucht sich an das Verbot des Nachbarn nicht zu kehren, kann deshalb bei dieser Anlage auch nicht mit einer ihn dem Interdicte aussetzenden Heimlichkeit verfahren.⁷⁵⁾ — Folglich geschieht das *cogere vicinum, ut sterculinum tollat*, nicht kraft eines prohibitorischen, sondern kraft eines restitutorischen Interdicts.

63. Dagegen erkennen wir an, daß gewisse prohibitorische Interdicte allerdings zu einer positiven Leistung verpflichten können.

Kraft eines ganz eigenthümlichen Grundes ist dies zunächst der Fall beim Remissionsinterdicte. Die Remission nämlich erhält die Nuntiation ausdrücklich soweit aufrecht, als der Nuntiant sein *ius prohibendi* nachweisen werde. Indem sie also insoweit das in der Nuntiation ausgesprochene Privatverbot wiederholt, verpflichtet sie, damit auf den

74) Stölzel die Lehre von der *operis novi nunciatio* und dem *interdictum quod vi aut clam*. S. 472 unten. — Pfersche Interdicte S. 112 f. bezieht l. 17 §. 2 cit. auf das *Uti possidetis*, indem er annimmt, der Nachbar greife durch die ständige Anlage der Düngerstelle auch für die Zukunft, d. h. nach Erlaß des Interdicts, in den Besitz des andern ein.

75) Vgl. Stölzel a. a. O. S. 431: Drittens. — Die Durchsechtung der Mauer enthält, mindestens nach der Auffassung des Alfenuß, ein Hinübergreifen in die reellen Besitzesgrenzen des Nachbarn nicht.

Augenblick der Nuntiationsvornahme zurückgreifend, den Impetraten, alles zu beseitigen, was er zuwider dem Verbotungsrechte des Nuntianten zwischen Nuntiation und Erlaß des Interdictes etwa gebaut hat. ^{75a)}

Bei weitem wichtiger ist es, daß ferner bei einer großen Classe prohibitorischer Interdicte eine positive Verpflichtung des Impetraten dann eintritt, wenn derselbe vor Erlaß des Interdictes einen Zustand geschaffen hat, dessen Fortdauer nach diesem Erlasse als verbotswidrig erscheint. Denn da ihm durch das Interdict für die Zukunft eben diejenige Einwirkung untersagt wird, welche er kraft der Fortdauer jenes Zustandes vornimmt, so vermag er dem Verbote gar nicht anders zu gehorchen, als indem er jenen Zustand beseitigt.

L. 3 §. 9 D. uti poss. 43, 17:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) Si vicinus meus in parte *in pariete* meo tectoria habet et in parte sua, ⁷⁶⁾ Uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

Jemand hat eine Wandbekleidung zum Theil auf der Wand angelegt, welche der Nachbar besitzt. Der Letztere erwirkt gegen jenen das Uti possidetis, und da jener, wie wir ohne Zweifel annehmen dürfen, cetera ex interdicto facere non vult, demnächst das interdictum secundarium, und zwar, weil gegen einen Nichtbesitzer, in prohibitorischer Fassung. Impetrat muß jetzt, um dem Verbote zu genügen, die Bekleidung von der Wand des Impetranten entfernen, sonst fügt er demselben eine edictswidrige vis zu.

75*) S. darüber Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1. S. 305 f. S. 390 f.

76) Mommsen ad h. l. macht darauf aufmerksam, daß „sua“ nicht mit „parte“ zu verbinden ist, sondern als Apposition zu tectoria gehört, also tectoria auf des Nachbarn eigener Wand zu verstehen sind.

Selbstverständlich aber ist die Erstreckung eines prohibitorischen Interdictes auf einen vor dessen Erlaß bereits eingetretenen Zustand nur in denjenigen Fällen möglich, wo ein derartiges Interdict nicht eine Handlung als solche untersagt, sondern eine Störung oder Behinderung des Impetranten durch den Impetraten, welche eben in der Fortdauer jenes Zustandes liegen würde.

Dies aber thun, außer dem bereits erwähnten *Uti possidetis* und dem zu demselben gehörigen prohibitorischen *interdictum secundarium* sowie dem analogen *interdictum de superficiebus* namentlich die Interdicte: *ne vis fiat ei, qui legatorum, quae ventris, qui damni infecti nomine in possessionem missus missave est; de mortuo inferendo; de sepulchro aedificando; ut via publica itinereve publico ire agere liceat; de loco publico fruendo; de via publica et itinere publico reficiendo; ut in flumine navigare liceat; de ripa munienda; de itinere actuque privato; de itinere actuque privato reficiendo; de aqua cottidiana et aestiva; de aqua ex castello ducenda; de rivis; de fonte; de fonte reficiendo; de cloaca privata; de arboribus caedendis; de glande legenda; de liberis ducendis; Utrubi; de migrando; endlich wohl auch das *Salvianum*. Es sind dies alle auf *vim fieri veto* lautenden Interdicte, ⁷⁷⁾ m. a. W. eben diejenigen, welche eine gewisse Handlungsweise gerade insofern untersagen, als dieselbe eine vis gegenüber einer gewissen vom Impetranten beabsichtigten Handlung oder einer ihm zuständigen Verfügung enthält. ⁷⁸⁾*

77) Vgl. oben §. 1836 a Ziffer 37 N. 40 S. 202 f. Ohne Zweifel gehört hierher auch das dem Wortlaute nach uns nicht bekannte *interdictum, Ne vis fiat ei, qui missus est* in seinen verschiedenen Anwendungen. — S. auch Schmidt a. a. D. S. 63 N. 48.

78) Vgl. §. 1836 a Ziffer 37 S. 204.

In dem dargestellten Sinne einer interdictswidrigen Behinderung, welche durch die Fortbauer eines vom Im-
petraten bereits veranlagten Zustandes erfolgt, kann nun in
der That in manchen Stellen das prohibere recht füglich
verstanden werden. ⁷⁹⁾

L. 1 §§. 3. 8. 10 D. de mort. inf. 11, 8:

(Ulp. lib. 68. ad ed.) §. 3: Item si mihi in fundum
via debeat, in quem fundum inferre volo, et *via*
prohibear, hoc interdicto posse me experiri placuit,
quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor: idque
erit probandum, et si alia servitus debeat. §. 8:
Aedificare videtur prohibere, et qui *prohibet eam*
materiam convehi, quae aedificio necessaria sit. proinde
et si *operi necessarios prohibuit quis venire*, inter-
dictum locum habet, et si *machinam alligare quis*
prohibeat, si tamen eo loci prohibeat, qui servitutum
debeat: ceterum si in meo loco velis machinam po-
nere, non tenebor interdicto, si iure te non patiar.
§. 10: Is, qui id agit, ut *labatur sepulchrum*, hoc
interdicto tenetur.

Ohne Zweifel läßt sich das via prohibere des §. 3
sowie das prohibere materiam convehi, ⁸⁰⁾ das prohi-
buisse operi necessarios venire und das machinam alli-
gare prohibere des §. 8 auffassen als ein andauerndes
Sperrten, Unzugänglichmachen des Weges oder Platzes, etwa
durch aufgestellte Schlagbäume, aufgeworfene Gräben oder
dgl. ^{80a)} Ebenso ist sehr passend unter dem id agere, ut

79) Vgl. übrigens unten Ziffer 65 N. 98 S. 379.

80) Ebenso in l. 4 pr. §. 1. l. 5 pr. §. 1 D. de it. actuoq.
priv. 43, 19. l. 3 §. 10 D. de riv. 43, 21.

80a) Ebenso ist von einer fortbauenden Behinderung zu ver-
stehen das prohibitum esse, welches nach l. 8 §. 5 D.
de relig. 11, 7 bewirkt, daß das interdictum de

labatur sepulchrum, eine Handlung von anhaltender Wirkung zu denken, welche dem bereits begonnenen, oder selbst dem fertig gestellten Grabmale den Widerhalt entzieht, also z. B. das Graben einer Grube in der Nähe desselben, welche dessen Fundament bloßlegt oder dgl.⁸¹⁾

Auf gleicher Linie mit dem Verbote der vis kann aber auch das Verbot eines immittere stehen, sofern eine bereits gemachte Anlage auch für die Zukunft bewirkt, daß übler Geruch oder Feuchtigkeit in verbotener Weise eindringt. Hiervon sind zu verstehen

1. 2 §§. 26, 27, 28, 29 D. ne quid in loco publ. 43, 8:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) §. 26. Si quis cloacam in viam publicam immitteret, exque ea re minus habilis via per cloacam^{81a)} fiat, teneri eum *Labeo* scribit: immisisse eum videri. §. 27. Proinde et si fossam quis in fundo suo fecerit, ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur: immisum enim habere etiam tunc videri. §. 28. Idem *Labeo* scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: *Nerva* autem melius scribit, utrumque teneri. plane si fundus viam publicam contingat, et ex eo aqua derivata deteriores vias faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habeas, eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum: si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri: eum enim videri fac-

mortuo inferendo competit. C. unten §. 1838 Ziffer 82 R. 1b.

81) Vgl. *Brunns* Besitzklagen C. 75.

81^{a)} per cloacam *del.* M.

tum habere, qui usum ^{81b)} eius aquae habeat. idem *Neroa* scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius, qui tecum experitur, cum vicino experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris, neque per te stet, quo minus arbitrato actoris cum vicino experiaris. §. 29. Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re, de ea re interdicto uti. ^{81c)}

81b) qui ius *scr. M.*

81c) *Pfersche* a. a. D. S. 112 zu N. 3 meint, §. 29 lasse das interdictum, *Ne quid in via publico facias neve immittas*, nur ausnahmsweise zu. Daß jedoch die Form des Interdicts „für eine Verletzung durch einzelne Handlungen eigentlich nicht berechnet“ ist, scheint mir mit dem Begriffe von *facere* unvereinbar. Auch versagt l. 2 cit. §. 9 das interdictum, *Ne quid in loco publico facias*, keinesweges aus dem von *Pfersche* angenommenen Grunde, sondern deshalb, weil die dort erwähnten Handlungen sich nicht gegen den *locus publicus* selbst richten, kein *facere immittere in eo* sind. Ebenso wenig enthält l. 2 cit. §. 30 ausnahmsweis eine Zulassung des Interdicts. *Hoc interdictum etiam ad ea, quae pascuntur in via publica et deteriolem faciant viam, locum habet.* Es ist vielmehr eine nothwendige Folge aus dem edicts-mäßigen Inhalte des Interdictes, daß mittels desselben auch ein dem öffentlichen Wege nachtheiliger Weideauftrieb verboten werden kann. — Von der Pflicht des *Impetraten*, in derartigen Fällen die künftige Unterlassung solcher Einwirkung zu *caviren*, welche *Pfersche* a. a. D. als selbstverständlich annimmt, erblicke ich in den Quellen keine Spur. Vgl. unten §. 1838 e Ziffer 104 nach N. 60d. Völlends unklar ist es, wie *Pfersche* S. 113 nach N. 2 es sich vorstellt, daß gemäß l. 2 §. 7 D. 43, 8 die Ausbesserung der ersten Anlage „der aufzulegenden *Caution*“ widersprechen soll, da doch „Begräumung des

64. Immer aber kann ein bereits eingetretener Zustand unter ein prohibitorisches Interdict nur dann fallen, wenn derselbe vom Impetraten selbst durch positive Handlungen veranlaßt worden ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung vermag die in der Fortdauer jenes Zustandes liegende Hinderung des Impetranten an einem gewissen Handeln als eine vis adversus edictum ei facta zu gelten. Anders, wenn der fragliche Zustand schon von dem Rechtsvorgänger, etwa auch dem Erblasser,⁸²⁾ des Impetraten herrührt: hier bleibt das prohibitorische Interdict gegen letztern unanwendbar.

L. 3 §. 4 D. uti poss. 43, 17:

(Ulp. lib. 69. ad ed.) Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid iuris sit. et ait *Pomponius*, posse te ei denuntiare et vites praecidere, idque et *Labeo* scribit, aut uti eum debere⁸³⁾ interdicto Uti possidetis de de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit *Pomponius*.

vor dem Interdict gemachten — mit dem Prohibitorium hier nicht erzielt werden“ kann. Denn eben aus diesem Grunde würde der Impetrant, der nach Errichtung der ersten Anlage das Interdict erwirkt, mit der Klage aus seiner sponsio abgewiesen, in derjenigen des Impetraten aus dessen restipulatio dagegen verurtheilt werden; für ein iudicium secutorium aber, in welchem allein eine Caution des fraglichen Inhalts auferlegt werden könnte, bliebe schlechterdings kein Platz. S. §. 1838 e Ziffer 104 nach N. 47. .

82) S. unten Ziffer 67 zu N. 39 S. 391.

83) eum debere del. M., ähnlich Bohier. Schmidt Interdictenverf. S. 62 liefert: aut te uti in eum.

Sicherlich hindert mich derjenige, welcher meine Nebstücker an seine Bäume hinüberzieht, daran, *uti mea possessione arbitrio meo*; denn ungeachtet jenes Hinüberziehens bleiben die Nebstücker als Theile des von mir besessenen Grundstücks nach wie vor in meinem Besitze. Das gegen jenen erwirkte Verbot der Behinderung an meinem Besitztum wird ihn also verpflichten, die Nebstücker von seinen Bäumen zu lösen und somit meiner ungehinderten Verfügung zurückzustellen. Sein Rechtsnachfolger dagegen verletzt das Verbot, mich in der freien Verfügung über meinen Acker zu behindern, in keiner Weise schon dadurch, daß er meine Nebstücker an seinen Bäumen sitzen läßt. Erst dann begeht er eine *vis adversus edictum*, wenn er ungeachtet des gegen ihn erlassenen *interdictum Uti possidetis* bezw. *interdictum secundarium prohibitorium* mich daran verhindert, jene Nebstücker von seinen Bäumen abzulösen und auf mein Grundstück zurückzuführen.⁸⁴⁾

Hiernach dürfte sich von selbst die Entscheidung der viel besprochenen Frage ergeben, ob das *Uti possidetis* anwendbar sei, wenn die Nachbarmauer über einen halben Fuß in unsern Luftraum ausbaucht. Von vornherein nämlich erscheint das genannte prohibitorische *Interdictum* da als unzulässig, wo jene Ausbauchung nicht durch eine positive Handlung des Nachbarn veranlaßt worden ist; es leuchtet ja unmittelbar ein, daß er uns an dem *uti nostra possessione* durchaus nicht behindert. Zudem ist es keineswegs richtig, daß ein Nachbar an und für sich dem andern verpflichtet sei, seine Mauer in gutem baulichen Zustande zu erhalten; sonst würde es schwerlich erforderlich sein, zwecks der Sicherung gegen drohenden Schaden erst noch *cautio damni infecti* zu verlangen. Aber selbst wenn und

84) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 62. Bruns Besitzlagen S. 79.

wo eine Reparaturpflicht des einen Nachbarn gegenüber dem andern besteht, würde deren Nichterfüllung bei einem nicht durch des erstern eigne positive Handlung herbeigeführten Reparaturbedürfnisse nimmer als Behinderung des andern durch „Omiffivhandlung“⁸⁵⁾ unter das *Uti possidetis* fallen: das pflichtwidrige Nichtabwehren einer ohne unser Zuthun eintretenden Behinderung ist keine Behinderung durch uns. Eben diesen, dem Unterschiede zwischen culpa in non faciendo und culpa in faciendo analogen, Unterschied zwischen dem Nichtverhüten einer Behinderung, welche von dritter Seite kommt, und demjenigen einer solchen Behinderung, welche durch unsre eigene positive Handlung verursacht wird, wie durch Treiben von Vieh zur Weide, Aufhäufen von Sandmassen an unserer Grenze u. dgl., hat *Bruno* übersehen, wenn er⁸⁶⁾ Fällen der letztern Art das Ueberhangen der Mauer gleichstellt. — Auch da jedoch, wo die Ausbauchung unsrer Mauer durch unsere eigene positive Handlung veranlaßt worden ist, können wir nicht mit dem *Uti possidetis* zur Reparatur genöthigt werden. Denn indem die Mauer sich in den Luftraum des Nachbarn ausbaucht, bleibt sie in unserm Besitze; wir besitzen sie eben mit der Ausbauchung, während umgekehrt das Besizobject des Nachbarn dadurch geschmälert worden ist, gerade so, wie wenn wir widerrechtlich an unserm Hause einen in seinen Luftraum eingreifenden Vorbau bereits angebracht haben. Und wie im letztern Falle anerkanntermaßen das *Uti possidetis* versagt,⁸⁷⁾ so muß es dies auch

85) Wie *Bruno* Besitzklagen S. 73 und S. 80 meint.

86) *U. a. D.* S. 71 ff. S. 80.

87) *L. 3 §§. 5 sq. D. uti poss. 43, 17 (Ulp. lib. 69 ad ed.)*: Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum *Uti possidetis* sit utile alteri adversus alterum. et est apud *Cassium*

in jenem Falle thun, ⁸⁸⁾ wie in der That die Quellen hier nur die negatoria in rem actio als geeignete Klage nennen. ⁸⁹⁾

65. Wirken also die prohibitorischen Interdicte grundsätzlich nur für die Zukunft, so ist es begreiflich, daß ihre Voraussetzungen, soweit sie den Impetraten betreffen, sich nicht auf die Vergangenheit oder auf die Gegenwart zu beziehen brauchen.

In der That finden wir Voraussetzungen in der Person des Impetraten aus Vergangenheit oder Gegenwart laut der Lenel'schen Wiederherstellung nur bei folgenden prohibitorischen Interdicten:

de ripa munienda: ⁹⁰⁾

si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est, aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur —;

relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. §. 6. Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur, an, quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic „uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est“? Vgl. dazu Schmidt a. a. O. S. 63 f., der Anm. 49 vorschlägt, in §. 6 statt „an“ zu lesen „at“; Witte das interdictum Uti possidetis S. 103 ff. Bruns Besitzklagen S. 81 f. Auf keinen Fall darf in §. 5 das „inutile“ mit Ujazz und Mommsen in „id utile“ oder dergl. geändert werden.

88) Vgl. Randa der Besitz 3. Aufl. S. 183 N. 63.

89) L. 14 §. 1. l. 17 pr. D. si serv. 8, 5. Vgl. Bruns a. a. O. S. 73 zu N. 3.

90) Lenel ed. perp. §. 244.

de cloaca privata: ⁹¹⁾

— cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet —;
ne vis fiat aedificanti: ⁹²⁾

si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit,
aut per te stat, quo minus satisdetur —;

de arboribus caedendis: ⁹³⁾

Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet,
si per te stat, quo minus eam adimas —;

Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet,
si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra
eam altius coerceas —;

de glande legenda: ⁹⁴⁾

Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat —;

de migrando: ⁹⁵⁾

Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de
quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in
eam habitationem, qua de agitur, introducta impor-
tata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mer-
cede eius habitationis essent, sive ex his rebus est,
et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est,
aut per te stat, quo minus solvatur etc. —.

Nicht minder gehört hierher das *Salvianum*, ⁹⁶⁾ dessen
Wortlaut wir jedoch nicht kennen. Vermuthlich war in ihm
die Thatsache des Pfandvertrages zwischen Impetraten und
Impetranten und der erfolgten Illation ausgedrückt, sowie
der Umstand, daß die Befriedigung des Impetranten nicht
erfolgt, aber auch nicht durch ihn vereitelt worden sei.

91) Das. §. 254.

92) Das. §. 257 unter 3.

93) Das. §. 259 unter 1 und 2.

94) Das. §. 260.

95) Das. §. 265.

96) Das. §. 266.

Es wird durch die mitgetheilten Formeln augenscheinlich, daß auch jene der Vergangenheit oder der Gegenwart angehörige Voraussetzungen in der Person des Impetraten in nichts weniger bestehen, als in solchen Handlungen desselben, welche nunmehr als interdictswidrige in ihren Wirkungen angefochten werden.

Selbstverständlich aber wird im allgemeinen ein interdictum prohibitorium nur da impetrirt worden sein, wo das Verhalten des Impetraten den Eintritt gerade eines solchen Thatbestandes besorgen ließ, welcher durch das Interdict verboten werden sollte, also etwa da, wo störende Handlungen von ihm erwartet werden durften, oder wo er geradezu mit solchen Handlungen drohte. Daher wird nicht selten von einem prohibitorischen Interdicte gesagt, es finde statt, wenn jemand eine gewisse Handlung vornehmen wolle; ⁹⁷⁾ und es begreift sich, wenn Theophilus beispielsweise Drohungen des Gegners als Anlaß des *Uti possidetis* aufführt. ⁹⁸⁾ Es darf jedoch gegenüber dem vollständigen Schweigen der Interdictsformeln nicht bezweifelt werden, daß dergleichen eine rechtliche Voraussetzung für den Erlaß des Interdicts nicht gebildet hat. In der That würde es ein arger Mißgriff gewesen sein, eine vorgängige Drohung zu solcher Voraussetzung zu machen. Wie Schmidt ^{99a)} treffend bemerkt, würde derjenige, welcher klug genug ist, nicht vorher zu drohen, auf einem *locus publicus* durch Anlagen die Interessen Dritter haben ver-

97) S. oben Ziffer 60 S. 352 N. 52. Theophil. ad §. 1 J. de interd. 4, 15 i. f. (s. oben Ziffer 61 S. 355).

98) Ad §. 1 J. de interd. 4, 15. (s. oben Ziffer 61 S. 355). Gewiß kann ein als Anlaß eines prohibitorischen Interdictes bezeichnetes prohiberi recht oft von Drohungen verstanden werden. Vgl. oben Ziffer 63 S. 371 zu N. 79.

99a) U. a. D. S. 152 f.

legen können, ohne einer Klage ausgesetzt zu sein; denn ein restitutorisches Interdict wird hier bekanntlich nicht ertheilt. ⁹⁹⁾

Gegen die Gefahr aber einer grundlosen in ius vocatio zwecks Erwirkung eines prohibitorischen Interdictes sicherte, wie wir oben ¹⁰⁰⁾ gesehen haben, die actio iniuriarum.

66. Es bleibt zu untersuchen, ob und eventuell wie weit mit einem Interdicte der Rechtsnachfolger dessen haftet, welcher erfolgreich mit eben jenem Interdicte hätte belangt werden können.

Fassen wir zunächst den Universalnachfolger ins Auge.

Soweit ein restitutorisches Interdict laut seiner edictsmäßigen Fassung eine der Vergangenheit angehörige eigene Handlung des Impetraten zur Voraussetzung hat, wie das Unde vi, ¹⁾ oder die Kenntniß des Impetraten von der Widerrechtlichkeit eines Dritten, wie das interdictum fraudatorium, ²⁾ kann dasselbe gegen den Erben des Impetraten nicht nachgesucht werden. Aus dem erstern Grunde versagen namentlich auch diejenigen restitutorischen Interdicte, welche alternativ auf ein dolo malo fecisse, ut desineretur possideri oder dgl. ausdrücklich gehen ³⁾ oder doch so verstanden werden, als ob sie dies thäten, ^{3a)} soweit das Eine oder das Andere geltend gemacht werden soll. ⁴⁾

Ebenso vererben sie passiv nicht, soweit ihre andere

99) L. 2 pr. §§. 17 sqq. l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben Ziffer 61 S. 356 f.).

100) §. 1836 c. Ziffer 57 S. 329 f.

1) S. oben Ziffer 58 S. 332.

2) Das. S. 332 f.

3) Das. S. 333 f.

3a) Das. S. 336 f.

4) Schmidt a. a. D. S. 163 unter a. a. S.

Alternative einfach auf possidere lautet, wie beim interdictum Quem fundum, ⁵⁾ oder auf factum immissum habere, wie bei den Interdicten de via publica, de flumine publico und de cloaca publica. ^{5a)} Besitzt der Erbe, oder hat er das factum immissum inne, so haftet er alsdann, weil er besitzt oder inne hat, nicht weil er Erbe ist. ⁶⁾ Soweit dagegen die Passivlegitimation ein qualificirtes possidere erheischt, wie ein pro herede vel pro possessore possidere beim Quorum honorum und Quam hereditatem, ⁷⁾ ein legatorum nomine possidere beim Quod legatorum, ⁸⁾ gehen jene Interdicte zwar nicht ohne weiteres gegen die Erben des ursprünglich Legitimirten, wohl aber dann, wenn dieselben besitzen: denn jene Qualification des Besitzes als solche vererbt sich. ⁹⁾ — Ob auch die Quali-

5) *Uenel ed. perp.* §. 248 unter 1 a. C.

5a) *S.* oben Ziffer 58 *S.* 334.

6) *Bgl.* l. 42 §. 2 *D. de nox. act.* 9, 4: *Hae actiones (sc. noxales) — competent — adversus successores, sed non quasi in successores, sed iure dominii.* Schmidt a. a. *D.* *S.* 163 *N.* 16. — l. 2 §. 38 *D. ne quid in loco publ.* 43, 8 (oben *S.* 334 f.). v.: „vel hereditate.“ — In dieser Weise ist auch zu verstehen l. 1 §. 10 *D. ne quid in flum. publ.* 43, 13. s. unten Ziffer 67 zu Anf. Wie in dem vorangehenden §. (9) ohne Zweifel etwas ausgefallen ist (s. oben Ziffer 60 nach *N.* 53a *S.* 353 f.) so sind möglicherweise etwa die Worte: non quasi in successores, sed quia habent oder dergl. hier ausgefallen. *U. M. Pfersche* Interdicte *S.* 143 und 157, der die Stelle von dem prohibitorischen Interdicte versteht.

7) *S.* oben Ziffer 58 *S.* 333 *N.* 12a.

8) *Daf.* *N.* 12b.

9) *Sinsichtlich* der *possessio pro herede* und *pro possessore* l. 13 §. 3 *D. de H. P.* 5, 3 (*Neratius libro sexto membranarum scripsit, vel ab herede peti hereditatem*

fication des precario habere sich vererbe, und somit das interdictum de precario gegen den besitzenden Erben des Precaristen statthaft sei, war unter den römischen Juristen aufscheinend streitig. Nach Celsus tritt der Erbe des Precaristen in das Precarium nicht ein;¹⁰⁾ Papinian ließ jedenfalls das interdictum de precario nicht schlechtthin gegen den (besitzenden) Erben übergehen;¹¹⁾ und meist wird auch eine, sicherlich stark corrupt auf uns gekommene, Aeußerung des Paulus¹²⁾ dahin verstanden, daß jenes Interdict gegen den besitzenden Erben des Precaristen un-

posse, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro septimo ait, etiamsi putavit heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.) l. 13 cit. §. 11 eod. (zur letzteren Stelle Franke Commentar S. 163 ff.); hinsichtlich der possessio legatorum nomine l. 1 §. 10 D. quod legat. 43, 3 (Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores). Schmitz a. a. D. S. 164.

- 10) L. 12 §. 1 D. de prec. 43, 26: Precarii rogatio — ad heredem autem eius, qui precario rogavit, non transit. quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est.
- 11) L. 11 D. de div. temp. praescr. 44, 4: Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignorance sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum illum illo (clam ille *scr. M.*) vel precario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit etc.
- 12) R. S. V, 6, 12: Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri possidere: nullae enim preces eius videntur adhibitae. et ideo persecutio eius rei semper manebit, nec interdicto locus est.

statthaft sei.¹³⁾ Ulpian dagegen läßt das Interdict gegen ihn zu;¹⁴⁾ und die letztere Ansicht, von Diocletian offen gebilligt,¹⁵⁾ ist als die von Justinian anerkannte zu betrachten.

Bei den restitutorischen Interdicten mit der Fassung „quod factum est“¹⁶⁾ haben die Römer eine verschiedene Behandlung eintreten lassen. Das interdictum Quod vi aut clam giebt Ulpian nach Labeos Vorgang auch gegen die Erben des Thäters.¹⁷⁾ Umgekehrt tritt Ulpian der Ansicht bei, welche im Gegensatze zu Labeo gegen die Erben des zuwider der operis novi nuntiatio Bauenden nicht das interdictum demolitorium ertheilen wollte, sondern eine actio in factum.¹⁸⁾ Für das ebenfalls hierher ge-

- 13) Vgl. über alle diese Stellen Arch. für die Civil. Prag. Bd. 59 S. 239 ff.
- 14) L. 8 §. 8 D. de prec. 43, 26: Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut, sive habet, sive dolo fecit, quo minus haberet, vel ad se perveniret, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum perveniret.
- 15) L. 2 Cod. eod. 8, 9: Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifeste declaratur.
- 16) S. oben Biffer 58 S. 338 ff.
- 17) L. 5 §§. 8 sq. D. quod vi 43, 24 (Ulp. lib. 71. (nicht 70.) ad ed.): Haec verba „quod vi aut clam factum est“ ait Mucius ita esse „quod tu (fecisti *ins. M.*) aut tuorum quis aut tuo iussu factum est.“ §. 9. Labeo autem ait, plures personas contineri his verbis. nam ecce primum heredes eorum, quos enumerat Mucius, contineri, putat. l. 15 §. 3 eod. (Id. eod. lib.): Hoc interdictum in heredes ceterosque successores datur in id, quod ad eos pervenit.
- 18) L. 20 §. 8 D. de O. N. N. 39, 1: Plane si quaeratur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est, Labeonem existimasse in id,

hörige interdictum de loco sacro kann die Frage nur hinsichtlich eines immissum in Betracht kommen: die Haftung des Erben in den fraglichen Fällen beschränkt sich auf id, quod ad eum pervenit, ein pervenire aber ad heredem ist bei Anlagen in loco sacro undenkbar. ^{18a)}

Das Maß der Haftung bestimmt sich bei demjenigen Erben des ursprünglich dem Interdict Ausgesetzten, welcher haftet, weil er besitzt oder innehat, einfach nach der Ausdehnung dieses Besitzes oder Innehabens. ^{18b)} Und zwar gilt dies auch dann, wenn Besitz oder Innehabung nicht als solche ihn haftbar machen, sondern erst kraft einer vererblichen Qualification. Einer von mehreren Erben des

quod ad eum pervenit, dumtaxat dari oportere vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quo minus perveniret. nonnulli putant, in factum esse dandam, quam interdictum, quod verum est. Diese Lesart der Florentina statt „tam“ nach „putant“ bestätigt der f. g. Cipucitus ad Basil. 58, 10, 20 §. 8: *κατὰ δὲ κληρονόμων οὐχ ἡ παραγγελία δίδοται, ἀλλ' εἰς τὸ περιελθὸν ἢ περὶ τοῦ ἀποτελέσματος ἀγωγή καὶ εἰς τὸ κατὰ δόλον μὴ περιελθόν.* Hiernach sind zu berichtigen Schmidt a. a. D. S. 167 unten und Gießener Zeitschr. für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. 8 S. 36, Stölzel o. n. n. S. 211 und Burckhard in diesem Comment. Ser. der Bücher 39. u. 40. Thl. 1. S. 201 N. 64.

18^{a)} L. 38 D. de R. J. 50, 17: Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset. — S. auch oben Ziffer 58 a. G. S. 342.

18^{b)} L. 9 D. de vi 43, 16: Si plures heredes sunt, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenerit, tenetur. qua de causa interdum in solidum tenebitur is [qui ex parte tantum heres est: nempe in solidum tenebitur is *ins. M.*], ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit.

possessor pro herede oder pro possessore z. B. haftet demnach dem Quorum bonorum in solidum, wenn er den ideell ungetheilten Besitz von Nachlaßstücken erlangt hat.¹⁹⁾ Das Entsprechende muß gelten für einen von mehreren Erben dessen, der mit dem Quod legatorum hätte belangt werden können, sowie für einen von mehreren Erben des Precaristen.

Von selbst ergibt sich hiernach die Haftung des Erben, welcher dolo malo fecit, ut desineret possidere u. s. w. Beim Precarium ist uns bezeugt, daß der Erbe darüber hinaus auch haftet, wenn er dolos veranlaßt hat, quo minus ad eum perveniret;²⁰⁾ es steht gewiß nichts im Wege, diese Erstreckung der Haftung nicht nur für alle Fälle anzunehmen, in denen der Erbe für dolo malo fecisse, quo minus haberet einsteht, sondern nicht minder für alle, in denen er für dolo malo possidere vel habere desiisse einsteht. Ob es dafür in den letzteren Fällen eines Zusatzes zur formula interdicti bedurfte, wie Schmidt annimmt,²¹⁾ mag dahingestellt bleiben. Wie wir gesehen haben, verstand sich nach der Jurisprudenz bei den Interdicten auf factum immissum habere sogar die Haftung für dolo fecisse, quo minus haberetur ohne entsprechenden Zusatz zum Interdicte von selbst;²²⁾ um so mehr dürfte das hinsichtlich der Haftung für dolo malo fecisse, quo

19) Arg. l. 55 D. de R. V. 6, 1: Si possessor fundi ante iudicium acceptum duobus heredibus relictis decesserit, et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet. Francke Comment. über den Pandectentitel de Hereditatis Petitione zu l. 13 §. 3 D. de H. P. 5, 3 S. 151.

20) L. 8 §. 8 D. de prec. 43, 26 (s. oben N. 14).

21) Interdictenverf. S. 166.

22) S. oben Ziffer 58 S. 336 f.

minus perveniret auch da gegolten haben, wo die formula interdicti ausdrücklich nur des dolo fecisse, ut desineretur possideri vel haberi erwähnte: neben diesem bildet jenes nur ein Glied des dolo fecisse, quo minus haberetur.²³⁾

Die Haftung aus dem factum est eines Interdicts überträgt sich auf den Erben des Thäters gemäß dem Grundsätze der prätorischen Ansprüche ex maleficio auf Schadensersatz²⁴⁾ nur hinsichtlich dessen, quod ad eum pervenit. Gleichgestellt dem pervenisse ist auch hier das dolo malo fecisse, quo minus perveniret.²⁵⁾ Und zwar dient zur Geltendmachung dieser Haftung bei einem vi aut clam factum, wie wir bereits gesehen haben, das Interdict selbst, bei dem zuwider einer operis novi nuntiatio factum dagegen eine actio in factum. Ebenso haftet der Erbe des Dejicienten nicht mit dem Unde vi, sondern mit einer in factum actio;²⁶⁾ nicht minder der Erbe dessen, welcher als

23) Bgl. l. 25 §. 8 D. de H. P. 5, 3: „Perinde“ inquit (sc. senatus consultum ab anno 129 p. Chr. n.) „condemmandos, quasi possiderent.“ Merito, nam is, qui dolo fecit, quo minus possideret, ut possessor condemnatur; accipies sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere etc. l. 1 §. 12 D. si quis om. causa testam. 29, 4: Sane quaestionis fuit, utrum is demum dolo malo facere videatur, quo minus possideat, qui per dolum eam possessionem dimittat, quam aliquando habuit, an vero is quoque, qui hoc ipsum malitiose fecit, ne ab initio possidere inciperet. Labeo sibi videri ait, non minus delinquere eum, qui non incipiat possidere, quam eum, qui desinat: quae sententia optinet.

24) Francke Beiträge S. 34 ff. Schmidt a. a. D. S. 166.

25) Ausdrücklich ist dies bezeugt für das Unde vi in l. 2 D. unde vi 43, 26 (s. nächste Note); die Verallgemeinerung dieses Anwendungsfalles erscheint als selbstverständlich.

26) L. 1 §. 48 D. unde vi 43, 16 (Ulp. lib. 69. ad ed.):

consciis fraudis in creditores dem interdictum fraudatorium ausgefetzt gewesen sein würde.²⁷⁾ Wiederum haftet der Erbe des Precaristen für des Letztern Dolus in angegebenem Umfange mit dem interdictum de precario.²⁸⁾ Für die nicht bezeugten Fälle wird demnach ebenfalls entweder eine actio in factum ertheilt worden sein, oder eine den Umständen angepaßte Interdictsformel, n. a. W. ein interdictum utile.²⁹⁾

Soweit die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition die

Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit l. 2 eod. (Paul. lib. 65. ad ed.): dolove malo eorum factum est, quo minus perveniret. l. 3 eod. (Ulp. lib. 69. ad ed.) pr.: Quod est, et si quis armis deiectus est, quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur: sufficit enim non in lucro versari eum heredem, non etiam damnum subire. §. 18 (vom Erben dessen, der uti frui prohibuisse dicitur): Heres quoque simili modo debeat in factum actionem suscipere in id, quod ad se pervenit. Hiernach wird zu verstehen sein l. 35 pr. D. de O. et A. 44, 7 (Paul. lib. 1. ad ed. praet.): honorariae autem, quæ post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto Unde vi et similibus; die Worte: interdicto Unde vi bedeuten: ex causa interdicti U. V. A. M. Schmidt a. a. D. S. 167, welcher darin den Hinweis darauf erblickt, daß man im fraglichen Falle auch der Interdictenform sich bediente.

27) L. 10 §. 25 D. quæ in fraud. cred. 42, 8: Haec actio heredi ceterisque successoribus competit: sed et in heredes similesque personas datur. Venel ed. perp. §. 268 S. 399 N. 1.

28) L. 8 §. 8 i. f. D. de prec. 43, 26 f. oben N. 14.

29) Schmidt a. a. D. S. 167.

Voraussetzung für die Passivlegitimation zu einem exhibitorischen Interdicte bildet, gilt von der Vererbung dieser Legitimation sinngemäß, was wir hinsichtlich derjenigen restitutorischen Interdicte bemerkt haben, deren Passivlegitimation in einem einfachen possidere besteht.³⁰⁾ Ist der Erbe des ursprünglich einem exhibitorischen Interdicte Ausgesetzten in der Lage, exhibiren zu können, so haftet er freilich dem Interdicte, aber nicht als Erbe, sondern infolge jener Lage. Soweit der Erblasser sich *dolo malo* außer Stand gesetzt hat zu exhibiren, kann der Erbe nur haften in *id, quod ad eum pervenit*. Auch hier werden wir als Mittel der Haftbarmachung ein *interdictum utile* oder eine *actio in factum* annehmen dürfen.

67. Bei denjenigen prohibitorischen Interdicten, welche in Beziehung auf den Impetraten Voraussetzungen aus Vergangenheit oder Gegenwart überhaupt nicht haben, kann selbstverständlich von einer passiven Vererbung nicht die Rede sein: sie lassen sich gegen jedermann erwirken; daß man etwa unbemühten Anlaß gehabt hätte, sie bereits gegen den Erblasser des jetzigen Gegners zu erwirken, ist ganz gleichgültig. Es ist demnach auffallend, daß die Florentina anscheinend von einem hierher gehörigen prohibitorischen Interdicte, nämlich *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat etc.*, die passive Vererblichkeit ausfragt.

L. 1 §. 10 D. *ne quid in flum. publ.* 43, 13:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) *Hoc interdictum et in heredes competit.*

Wir werden indessen mit Mommsen annehmen dürfen, daß dieser Satz, wahrscheinlich durch ein Abschreibersehen, eine verkehrte Stelle erhalten hat, während er erst

30) S. oben S. 381 zu N. 6.

nach l. 1 cit. §. 12 gehört: er bezieht sich auf das restitutorische Interdict de flumine publico. Dies ist um so unbedenklicher, als es wahrscheinlich schon mit dem vorhergehenden Satz (l. 1 cit. §. 9) das gleiche Verwenden hat. ³¹⁾

Die der Vergangenheit oder der Gegenwart angehörigen positiven Voraussetzungen, welche einige prohibitorische Interdicte hinsichtlich des Impetraten aufstellen, ³²⁾ gehen, soviel wir zu sehen vermögen, sämmtlich auf die Erben dessen über, bei dem dieselben vorliegen. Es vererbt namentlich die Forderung aus empfangener Caution und ebenso die Wirkung der Mora in accipienda cautione, welche impetratischerseits alternativ die interdicta de ripa

31) S. oben Ziffer 60 a. E. S. 353 f. Mit Schmidt a. a. D. S. 161 eine „Umbildung der gegen diese Unterscheidung sich gleichgültig verhaltenden Compilatoren“ anzunehmen, sehe ich keinen Grund. Zeigt doch l. 1 §. 12 cit., daß die Compilatoren den fraglichen Unterschied recht wohl würdigten; aber, selbst wenn sie das nicht gethan hätten, was sollte sie zu einer mindestens zwecklosen Umbildung des Ulpianischen Excerpts veranlassen? — Witte das interdictum Uti possidetis S. 124 f. versteht l. 1 §. 10 cit. von dem Uebergehen der durch den Erlaß des Interdicts für den Impetraten hervorgerufenen Gebundenheit auf dessen Erben; „interdictum“ bedeute hier „die Klagen auf Grund des Interdictes.“ S. dagegen unten §. 1838 Ziffer 88 zu N. 17a. Pfersche Interdicte S. 143 sieht in der Stelle ein Zeugniß, daß wie im justinianischen, so auch im classischen Rechte mit einem prohibitorischen Interdicte eine Verurtheilung des Erben aus der verbotswidrigen Handlung des Erblassers zu erzielen war. Doch verkennt er nicht, daß „auf Grund dieses vereinzeltten Ausspruchs die schwierige Frage der passiven Vererbung nicht vollständig und befriedigend zu beantworten ist.“

32) S. oben Ziffer 65 S. 377 f.

municenda ³³⁾ und *Ne vis fiat aedificanti* ³⁴⁾ bedingen; es vererbt das Eigenthum an dem Hause, in welches eine Privatcloake aus dem Hause des Impetranten läuft, als Voraussetzung des *interdictum de cloaca privata*; ³⁵⁾ das Eigenthum an dem Grundstücke, worauf der überhangende Baum wurzelt, sammt der Wirkung des *stare per dominum, quo minus illa arbor adimatur vel coerceatur*, als Voraussetzung der *interdicta de arboribus caedendis*; ³⁶⁾ das Eigenthum des Grundstücks, worauf die Baumfrucht des Impetranten fällt, als Voraussetzung des *interdictum de glande legenda*; ³⁷⁾ und endlich vererben Pachtschuld und Hypothek auf dem Inventar, welche für das *Salvianum* die Passivlegitimation bilden. ³⁸⁾ Daraus folgt, daß die genannten Interdicte auch gegen den Erben dessen erwirkt werden können, gegen welchen sie sich zuerst hätten erwirken lassen. Nichtsdestoweniger ist auch hier nicht füglich von einer passiven Vererbung der Interdicte zu reden. Jedensfalls nicht, soweit die Passivlegitimation an das Eigenthum eines Grundstücks gebunden ist. Denn sobald der Erbe dieses Grundeigenthum veräußert oder auf andere Weise verliert, ist er dem Interdicte nicht mehr ausgesetzt: er haftet demselben mithin nicht sowohl in der Eigenschaft des Erben, als vielmehr in derjenigen des Grundeigenthümers, welche letztere er allerdings kraft des Erbwerdens zunächst überkömmt, sofern nicht etwa das Eigenthum des fraglichen Grundstücks kraft eines unbedingten und unbefristeten Vermächtnisses mit dem Erbantritte unmittelbar einem Dritten

33) Das. zu N. 90.

34) Das. zu N. 92.

35) Das. zu N. 91.

36) Das. zu N. 93.

37) Das. zu N. 94.

38) Das. zu N. 96.

zufällt. Aber auch da, wo die Passivlegitimation auf einem Forderungsverhältnisse beruht, in welches der Erbe so eintritt, daß er dasselbe erst mit dessen Untergange verlieren kann, wie bei den *interdicta de ripa munienda* und *Ne vis fiat aedificanti*, ist der Ausdruck „passive Vererbung des Interdicts“ ungeeignet, jenen Eintritt des Erben in die Passivlegitimation zu bezeichnen. Es ist ja für die Wirksamkeit des gegen den Erben erteilten Interdictes völlig gleichgültig, ob dasselbe bereits gegen den Erblasser hätte erteilt werden können oder nicht. Selbst wenn der Letztere durch eine dauernde Vorrichtung den Impetranten am Uferschuße oder am Weiterbauen verhindert hat, wird der Erbe in Folge des erst gegen ihn, den Erben, erlassenen Interdictes doch nur dann haftbar, wenn er den Impetranten an Beseitigung jener Vorrichtung verhindert, nicht *patientiam destruendi* prästirt.³⁹⁾ Es beruht dies durchaus auf dem Wesen der prohibitorischen Interdictes, deren Erlaß im Einzelfalle lediglich eine Verpflichtung zum Unterlassen für die Zukunft hervorruft.

Neben hier aber nicht gleichwohl die Quellen von einer passiven Vererbung des Interdictes?

Auf den ersten Anblick hin scheint dies allerdings l. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32 hinsichtlich des *interdictum de migrando* zu thun.

Ulp. lib. 73. ad ed.: Hoc interdictum perpetuum est et in successores et successoribus dabitur.

Einer schärfern Betrachtung jedoch hält dieser Schein nicht Stand. Wir werden später darlegen,⁴⁰⁾ daß die Unverjährbarkeit, welche jene Worte voranstellen, in Ulpian's Sinne nicht auf die Möglichkeit geht, das Interdict zu erwirken, sondern auf die Befugniß, wegen einer der Er-

39) S. oben Biffer 64 zu N. 82 S. 374.

40) S. unten §. 1837 b Biffer 77 zu N. 12.

theilung des Interdictes folgenden Verletzung desselben die sponsio poenalis zu verlangen. Und genau dem entsprechend haben die weiteren Worte unsrer Stelle ursprünglich gesagt, es sei nicht erforderlich, das gegen den Erblasser bereits erwirkte Interdict nochmals gegen dessen Erben zu erwirken, um diesen Erben wegen einer von ihm vorgenommenen Behinderung des Impetranten am Fortschaffen der dem Erben für die Miethschuld nicht oder nicht mehr haftbaren Inveeten und Illaten zur sponsio poenalis ex interdicto zwingen zu können; ⁴¹⁾ und umgekehrt: die Erben des Miethers, welcher gegen den Vermiether das Interdict bereits erwirkt hatte, können ohne ihrerseits dasselbe nochmals zu erwirken, den Vermiether wegen einer Verletzung des Interdicts zur Sponsion nöthigen. ⁴²⁾ M. a. B. Ulpian hat von der sponsio ex interdicto reddito geredet. Hierin liegt allerdings eine Ausnahme von dem regelmäßigen Sachverhalte, wonach der Erlaß eines prohibitorischen Interdictes bis zur Vornahme einer edictswidrigen Handlung nur dem Impetranten persönlich zugute kommt und nur den Impetranten persönlich bindet. Allein diese Ausnahme begreift sich unschwer. Die Rechtspflicht nämlich, dem Miether das Entfernen der pfandfreien Inveeten und Illaten zu gestatten, entspringt keineswegs erst aus dem ertheilten Interdict; sie beruht vielmehr auf dem Miethvertrage, nach welchem der Vermiether gehalten ist, über die ihm nicht verpfändeten Inventarstücke dem Miether freie Verfügung zu gewähren. ^{42a)} Die letzterm Ursprunge entsprechende Unver-

41) S. unten §. 1838 Ziffer 88 zu N. 18a.

42) S. unten §. 1838 Ziffer 88 zu N. 14. Vgl. oben §. 1835 Ziffer 12 N. 21 S. 87.

42a) L. 33 sq. D. de damn. inf. 39, 2. Dernburg das Pfandrecht Bd. 2 S. 337 zu N. 14; derselbe Pandekten Bd. 1 §. 268 zu N. 15.

jährbarkeit und beiderseitige Vererblichkeit kommt nun auch in der Form zur Geltung, welche jene Pflicht mittels des Interdicts erhalten hat. Von einer Vererbung der Passivlegitimation für das interdictum de migrando dagegen könnte höchstens die Rede sein in Beziehung auf die mora accipiendi hinsichtlich der Miethschuld (v.: aut per te stat, quo minus solvatur); aber selbst diese mora kommt hier nicht als Grund positiver Wirkungen in Betracht, sondern lediglich als Grund für die Entkräftung des Pfand- und Retentionsrechtes an den Invekten und Illaten. Jene Legitimation nämlich beruht darauf, entweder daß der Streitgegenstand nicht zu den zwecks Pfandgebung für die Miethschuld an den Impetraten eingebrachten Sachen gehöre, mithin Pfandrecht bezw. Retentionsrecht für Impetraten daran überhaupt nicht entstanden sei; oder daß andernfalls die Miethschuld getilgt oder sichergestellt sei, mithin Pfandrecht bezw. Retentionsrecht des Impetraten nicht mehr bestehe.⁴³⁾ So gewiß es ist, daß Miethforderung und Pfandrecht vererben, so wenig kommt dies hier in Betracht: es handelt sich vielmehr um die reinen Negativen, daß jene Rechte nicht vorhanden seien.^{43a)} Eine Vererbung nicht bestehender Rechtsverhältnisse aber ist undenkbar.

Noch weniger darf man die passive Vererbung des interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, aus l. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4 herleiten.⁴⁴⁾

Ulp. lib. 72. ad ed.: Hanc actionem, excepta lega-

43) S. oben Ziffer 65 zu N. 95 S. 378.

43a) Ebendies hat Schmidt a. a. D. S. 162 nicht auseinander gehalten.

44) Wie es Schmidt a. a. D. S. 162 thut; ebenso Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 2 S. 580 ff.

torum missione, intra annum competere et non postea, sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem similesque personas dabitur, nisi in id, quod ad eos pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur, nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata.

Zunächst nämlich hat die Ertheilung der missio legatorum servandorum nomine edictsmäßig überhaupt keine Voraussetzung aus der Person des mit dem Vermächtniß Belasteten. So hebt es Ulpian (lib. 52. ad ed.) ausdrücklich hervor in l. 1 §. 1 D. ut in poss. legat. 36, 4:

Non exigit praetor, ut per heredem stet, quo minus caveat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quo minus ei caveatur. quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, hoc est [abest *ins.* sec. Bas.] is, a quo legatum fideive commissum relictum est, omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est, per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur. non tamen et satisfactio debet offerri legatario, sed sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desideret.

Hiernach kann das, seiner Wortfassung nach uns freilich nicht überlieferte, dem immittirten Vermächtnißnehmer verheißene Interdict die Voraussetzung: si per heredem stat, quo minus legati nomine satisfactur oder dergl. nicht gehabt haben. Es geht somit unser Interdict keinesweges bloß gegen den mit dem Vermächtnisse Belasteten, sondern eben so gut gegen jeden Dritten, welcher den immittirten Vermächtnißnehmer sei es an der Befignahme der Nach-

lassachen, sei es an deren Innehabung hindert. Demnach versteht es sich freilich ganz von selbst, daß es auch gegen den Erben des Belasteten gerichtet werden kann, jedoch nicht, weil er den Testern beerbt hat, sondern weil auch er den Legatar an der Ausführung der *missio* nicht hindern darf.

Indessen bleibt der Nachweis, daß l. 1 §. 8 nicht von der passiven Vererbung des Interdictes reden könne, unbefriedigend, solange wir nicht darzuthun vermögen, was sie in Wahrheit sagen will.

Burckhard ⁴⁵⁾ giebt folgende Erklärung. „Die l. 1 §. 8 cit. geht davon aus, daß der Prohibirte — wie es l. 3 §. 2 eod. in Bezug auf die *missio ventris nomine* ausdrücklich hervorhebt — die Wahl zwischen der *actio in factum* ⁴⁶⁾ und dem Interdict hat. Die erstere Klage kann er, weil sie pönal ist, der Regel nach nicht nach einem Jahre und nicht gegen die Erben anstellen: er ist dann auf das Interdict beschränkt, welches, weil es nur die Beseitigung des Widerstandes gegen die Besitzergreifung bezweckt und das Nichthindern der Besitzergreifung anbefiehlt, jeder Zeit und gegen Jedermann, also auch gegen die Erben desjenigen, gegen den die *missio* verfügt war, impetrirt werden kann. Die trotzdem vorgenommene Verhinderung, welche die pönale *actio in factum* erzeugt, begründet hier die *actio ex interdicto*. Anders als in den übrigen Fällen gestaltet sich aber die Sache bei der *missio legatorum servandorum causa*, deren Zweck Erzwingung der geforderten Caution ist. Auch wenn der Erblasser oder der Erbe selbst der Besitzergreifung bereits Widerstand entgegengesetzt hat, so kann doch das

45) A. a. O.

46) Nämlich der in l. 1 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4 verheißenen und in den folgenden Paragraphen der Stelle besprochenen Klage.

wegen dieser Verhinderung zustehende Interdict und damit überhaupt das venire in possessionem vermieden werden dadurch, daß der Zweck, den die missio verfolgt, nämlich Leistung der cautio legatorum servandorum causa, erreicht wird: sobald also die Cautio offerirt wird, verliert die missio und das zu ihrer Durchführung dienende Interdict den Boden. Die durch die Verhinderung begründete actio in factum auf quanti res est wird jedoch damit nicht hinfällig. Wäre nun aber seit jener Hinderung ein Jahr verfloßen, oder der Hindernde gestorben, so würde, wenn hier der in andern Fällen geltende Satz, daß die actio in factum intra annum competit nec in heredes datur, aufrecht erhalten würde, der in jener Hinderung zu Tag getretene dolus ungestraft bleiben: der Gegner wäre dann der actio in factum nicht ausgesetzt, weil sie verjährt und gegen den Erben nicht zuständig ist, und das Interdict, welches neben der poena sponsionis das in possessione esse pati zur Folge haben würde, und welches jene Eigenschaften der Verjährbarkeit innerhalb kurzer Frist und des Nichtübergangs auf die Erben nicht hat, würde er beseitigen können, sobald er nur jetzt noch Cautionsleistung offerirt. Aus diesem Grunde — der bei den übrigen in l. 1 §. 2 eod. neben der missio legatorum servandorum causa genannten Missionen, der rei servandae causa und ventris nomine, nicht zutrifft — wird für die missio legatorum servandorum causa eine Ausnahme gemacht: tunc actio (scil. in factum) et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare *interdictum* satisfactione oblata.“

Allein bei dieser scharfsinnigen Erklärung hat Burdhard sich durch den Schein täuschen lassen, als ob das evitare interdictum satisfactione oblata eine Begünstigung des dem Interdicte oder dem agere ex interdicto Ausgesetzten wäre, und umgekehrt eine thatsächliche Benachtheiligung

des immittirten Legatars. Nichts aber kann schiefser sein! Mit der Cautionsleistung wird die *missio* hinfällig, ^{46a)} und das Interdict gegenstandslos: der Legatar hat alles, was ihm gebührt. Eben deshalb jedoch würde ihm auch die *actio in factum* ganz und gar nichts mehr nützen: sie ist ja eine reine Interessentklage; ⁴⁷⁾ der Legatar aber ist nach Empfang der Cautions schlechterdings nicht mehr dadurch geschädigt, daß er bisher an der Benutzung der, jetzt hinfälligen, *missio* verhindert gewesen war. Keinesfalls aber würde das Bestreben, den in der Hinderung des *missus* zu Tage getretenen *dolus* nicht ungestraft zu lassen, die unbedingte Haftung der Erben für den *dolus* des Erblassers rechtfertigen.

Wir werden uns also nach einer neuen Erklärung des l. 1 §. 8 cit. umsehen müssen.

Dazu gehen auch wir davon aus, daß zum Schutze der *missio legatorum servandorum causa* neben der für alle *missiones* in *bona* gemeinsam aufgestellten *actio in factum* der l. 1 pr. cit. ein besonderes prohibitorisches Interdict diene. War zuwider diesem Interdicte eine Behinderung des *missus* erfolgt, so konnte derselbe das Sponsionsverfahren einschlagen. Das daraus erwachsende *iudicium secutorium* deckt sich seinem Inhalte nach völlig ^{47a)} mit der concurrirenden edictalen *actio in factum*: beide gehen auf Schadensersatz wegen der erlittenen Behinderung in der Verwirklichung der *missio*. Die *actio in factum*

46^{a)} L. 11 D. ut legat. 36, 3. vgl. l. 40 D. de solut. 46, 3. S. auch l. 4 §. 1 D. ne vis fiat. 43, 4.

47) L. 1 cit. §. 5 D. ne vis fiat. 43, 4.

47^{a)} Abgesehen etwa von einer Cautionsleistung, zu welcher bei begründeter Besorgniß der Wiederholung einer *vis adversus edictum* der *Impetrat* im *iudicium secutorium* ausnahmsweis angehalten werden konnte. S. unten §. 1838 e Ziffer 104 zu R. 60a—60f.

aber als poenalis verjährt auch hier binnen Jahresfrist und vererbt passiv nicht über die Bereicherung hinaus. Anders die sponsio ex interdicto. Die missio legatorum nomine nämlich ist das ordentliche Mittel, den Anspruch auf die cautio legatorum geltend zu machen: die formell durch den Erlaß des zum Schutze dieser missio aufgestellten Interdicts hervorgerufene Rechtspflicht des Vermächtnisträgers, die Ausführung der missio nicht zu hindern, beruht sachlich auf seiner Cautionspflicht, wie sie ja mit deren Erfüllung ohne weiteres erlischt. Deshalb erscheint es zweckmäßig, gegenüber jener fortbestehenden Cautionspflicht den kraft einer Interdictswidrigkeit einmal begründeten Anspruch auf die sponsio ex interdicto nicht verjähren zu lassen; deshalb bindet unser Interdict den Erben des Impetraten in der Weise, daß er aus seiner eignen Handlung zur sponsio provocirt und demgemäß mit dem iudicium secutorium belangt werden kann: auch er, der Erbe, unterliegt ja der Cautionspflicht und hat es in der Hand, durch deren Erfüllung nicht nur die missio zu entkräften, sondern auch der Haftung wegen einer von ihm selbst begangenen Interdictswidrigkeit zu entgehen.

Mit dem Wegfallen des Interdictenverfahrens ist der Inhalt des iudicium secutorium in die actio extraordinaria übergegangen, welche ex causa interdicti stattfindet. Die über die Bereicherung hinausgehende Haftung des Erben aus einem Handeln des Erblassers adversus interdictum redditum ist damit im allgemeinen beseitigt, weil dasjenige Glied des Verfahrens verschwunden ist, welches allein die Kraft hatte, diese Haftung zu vermitteln, nämlich der Anspruch auf die sponsio wegen einer nach Erlaß des Interdictes vorgenommenen vis adversus edictum. Nur da, wo, wie bei der missio legatorum servandorum causa und beim interdictum de migrando, die Rechtspflicht des Impetraten sachlich nicht bloß auf dem Inter-

dichte beruht, sondern auf einem vererblichen Verhältnisse, wird man auch jetzt noch den Erben für ein Zuwiderhandeln des Erblassers unbedingt haften lassen. Soweit umgekehrt die Voraussetzungen für den Erlaß des Interdicts gegen den Erben selbst vorliegen, haftet der Letztere nunmehr unbedingt für jede eigene Handlung, welche ihn ehemals als vis adversus edictum facta erst dann haftbar gemacht haben würde, wenn sie post interdictum redditum stattfand. Die actio extraordinaria ex causa interdicti prohibitorii geht allerdings auch jetzt noch in erster Linie auf Verbot desjenigen, was früher interdicto reddito untersagt wurde, und darin besteht also ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen ihr und der actio in factum der l. 1 pr. cit. D. 43, 4, einer einfachen Ersatzklage, fort. Eben deshalb bemerkt auch l. 3 §. 2. D. ne vis fiat ei 43, 4 ausdrücklich, daß die ventris nomine missa nach ihrer Wahl statt des Interdicts auch die actio in factum benutzen könne; sie wird letztere wählen, wenn ihr an einem Verbote der Behinderung für die Zukunft nichts liegt.^{47**}) Soweit indessen die actio ex causa interdicti Schadensersatz verfolgt, hat die Unterscheidung zwischen ihr und jener actio in factum nur da praktische Bedeutung, wo ein Gegensatz des alten iudicium secutorium zu der actio in factum besteht, — also nicht hinsichtlich der missio ventris nomine, der gegenüber beide Ersatzansprüche völlig gleich sind, wohl aber hinsichtlich der missio legatorum nomine: weil hier das in der actio extraordinaria fortlebende iudicium secutorium perpetuum und vererblich ist, so ist die actio in factum für diesen Fall werthlos geworden.

Nun zeigt in der That die Zusammenstellung der von der actio in factum redenden l. 1 (Ulp. lib. 72. ad ed.)

47**) S. unten §. 1840 Ziffer 126 zu N. 31 f.

und l. 2 (Paul. lib. 59. ad ed.) ^{47ab}) mit der, von den interdicta Ne vis fiat des legatorum nomine missus und der ventris nomine missa handelnden, l. 3 (Ulp. lib. 68. ad ed.) ^{47b}) in dem nämlichen Titel der Digesten (43, 4), daß die Compilatoren beide Rechtsbehelfe, wie sie zu Justinians Zeit sich gestaltet hatten, im allgemeinen als verschmolzen betrachteten. Infolge davon mußten sie die Aeußerung Ulpians in l. 1 §. 8 cit. über den Unterschied zwischen jener actio in factum und dem eigenthümlichen Schuzmittel für den legatorum nomine missus erheblich umändern. Was in unsrer Stelle ursprünglich von der Unverjährbarkeit der sponsio ex interdicto reddito und des an dieselbe sich anschließenden Klageverfahrens gesagt worden war, ^{47c}) wurde jetzt einfach auf eine Klage des legatorum nomine missus bezogen. Eben die Worte „actio et perpetua“ enthalten eine Interpolation, welche durch die von Ulpian gebrauchte Erwähnung jener sponsio nöthig wurde. Denn dem genannten Juristen selbst dürfen wir es schwerlich zutrauen, daß er, wie es die jetzige Fassung seines Ausspruchs thut, „die in factum actio und das interdictum mit ziemlicher Gleichgültigkeit durcheinander“ geworfen habe. ^{47d}) Hätte jedoch Ulpian von „interdictum“ gesprochen, so würden die Compilatoren, welche unmittelbar darauf das nämliche Wort ruhig stehen ließen, keinen Anlaß zu einer Aenderung gehabt haben. Indem sie nun aber den von Ulpian erörterten Gegensatz jener allgemeinen in factum actio des missus in bona und des agere per sponsonem des legatorum servandorum causa missus durch den Gegensatz jener in factum actio und der

47ab) Vgl. Lenel ed. perp. S. 341 N. 8 f.

47b) Vgl. Lenel a. a. D. S. 364 N. 3.

47c) S. unten §. 1837 b Ziffer 77 vor N. 13.

47d) Schmidt a. a. D.

actio extraordinaria ex causa interdicti des immittirten Legatars ersetzt, welcher nicht, wie der erstere, zugleich ein formeller, sondern lediglich ein materieller ist, haben sie nicht ohne Geschick durch Einschaltung der Worte „excepta legatorum causa“ von vornherein darauf aufmerksam gemacht, daß die für sie noch praktische Besonderheit eben an dem genannten Sachverhältnisse als solchem hafte.

Als ursprünglicher Inhalt der l. 1 §. 8 cit., soweit derselbe uns hier angeht, erscheint demnach das Folgende. Die Erben des mit einem Legate Belasteten, wider welchen der Legatar nicht nur die missio legatorum nomine, sondern bereits das interdictum Ne vis fiat etc. ausgewirkt hat, sind durch jene Auswirkung des Interdicts gebunden. Hindern sie also den Legatar an der Besiznahme oder an der Innehabung der Nachlaststücke, so können sie ohne weiteres zur sponsio ex interdicto genöthigt werden.^{47aa)}

Soviel von der passiven Vererbung der Interdicte. Eine ganz andere Frage ist es, ob ein gegen den Erblasser erwirktes Interdict als solches auch den Erben binde. Diese, bereits wiederholt von uns im Vorhergehenden gestreifte, Frage werden wir am zweckmäßigsten im Zusammenhang mit der Betrachtung des Interdictenverfahrens eingehender Erörterung unterziehen.^{47o)}

68. Von dem Uebergange eines Interdictes gegen den Singularsuccessor kann selbstverständlich überall da nicht die Rede sein, wo dieses Interdict nicht einmal gegen den Erben übergeht.⁴⁸⁾ Insbesondere gilt dies also von allen

47aa) Pfersche Interdicte §. 146 zu N. 1 nimmt als Inhalt der Stelle an, daß das Interdict weder auf Jahresfrist noch auch den Erben des Erben gegenüber auf die Bereicherung beschränkt sei.

47o) §. unten §. 1838 Ziffer 88 zu N. 18 ff.

48) Schmidt a. a. D. §. 168.

prohibitorischen Interdicten. In der That ist auch nicht das Gegentheil für das interdictum de itinere reficiendo ausgesagt in l. 5 §. 2 D. de itin. actuq. priv. 43, 19: (Ulp. lib. 70. ad ed.) Hoc interdictum non solum ipsi, verum successoribus quoque esse dandum, non est ambigendum: emptori quoque dabitur et in emptorem.

Vielmehr ist der Inhalt der Stelle einfach der folgende. Wie der Käufer desjenigen Grundstücks, für welches der Quasibesitz einer Wegegerechtsame beansprucht wird, sich auf die innerhalb des letzten Jahres von seinem Verkäufer vorgenommenen Ausübungshandlungen stützen darf,^{48a)} so muß umgekehrt der Käufer des andern Grundstücks, an welchem innerhalb des letzten Jahres der Interdictenkläger oder dessen Rechtsvorgänger eine Wegegerechtsame ausgeübt hat, diese Ausübungshandlungen als Grundlage des gegen ihn gerichteten Interdicts soweit gelten lassen, als sein Verkäufer dies gemußt hätte. Eben deshalb aber kann er sich auch vertheidigen durch Berufung auf die gegenüber seinem Verkäufer vorgekommene Fehlerhaftigkeit der einzelnen Ausübungshandlung. Und so läuft jenes „et in emptorem dabitur interdictum“ dem Erfolge nach darauf hinaus, daß die exceptio vitiosae possessionis auch vom Rechtsnachfolger dessen gebraucht werden kann, welcher dieselbe zuerst erworben hatte.⁴⁹⁾ So führt es für das interdictum de itinere actuque privato aus l. 3 §. 2 eod.:

(Ulp. lib. 70. ad ed.) Si quis ab auctore meo vi aut clam aut precario usus est, recte a me via uti prohibetur, et interdictum ei inutile est, quia a me videtur vi vel clam vel precario possidere, qui ab auctore meo vitiose possidet. nam et *Pedius* scribit,

48a) S. oben §. 1835 Ziffer 11 S. 75.

49) Schmidt a. a. D. S. 170 f.

si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi, idem esse dicendum: cum enim successerit quis in locum eorum, ⁵⁰⁾ aequum non est, nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successimus. ⁵¹⁾

Wir werden dasselbe annehmen müssen für alle Interdicte zum Schutze des Quasibesitzes von Servituten. Sie alle setzen eine dem Gegner gegenüber fehlerfreie Ausübung während des letzten Jahres oder Sommers voraus; hat nun das impetratische Grundstück innerhalb dieser Frist infolge eines Rechtsgeschäftes den Besitzer gewechselt, so wird erfordert, daß dem Rechtsvorgänger des Impetraten gegenüber die impetrantische Ausübung fehlerfrei gewesen sei. Der Occupant des dienenden Grundstücks dagegen kann sich nicht darauf berufen, daß die Ausübung des Impetranten dem frühern Besitzer gegenüber fehlerhaft gewesen ist.

Wenn der Erbe wegen einer Widerrechtlichkeit des Erblassers, sei es mit dem gegen diesen möglichen Inter-

50) idem esse dicendum — locum eorum *del. M.*

51) Die Lesart der Florentina bietet in den Worten: idem esse dicendum — locum eorum unverkennbar Anstoß, insofern sie unter dem Scheine einer Begründung des Vorhergesagten in der That dieses lediglich wiederholt. Indessen wird die Abhilfe mit *Nonnullen* durch Streichen der bezeichneten Worte zu bringen, im übrigen aber der Text unverändert beizubehalten sein. *Rudorff* Zusatz Anm. 166 zu v. *Savigny* Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 716 will dadurch helfen, daß er völlig willkürlich unter der von *Pedius* erwähnten *emptio* die *emptio honorum* versteht. v. *Savigny* a. a. D. S. 487 f. will statt „ab auctore meo“ lesen „ab actore meo“, d. h. „von dem Sklaven, der über mein Landgut die Aufsicht hat.“ *Schmidt* a. a. D. S. 171 stimmt ihm zu.

dicte, sei es mit einer in factum actio, wenigstens auf dasjenige haftet, quod ad eum pervenit,⁵²⁾ so fehlt es an jedem Rechtsgrunde, den Singularsuccessor auch nur soweit haften zu lassen.⁵³⁾

Wo ein restitutorisches oder exhibitorisches Interdict beim Beklagten nichts weiter, als Besitz, Innehabung oder die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition, voraussetzt, haftet demselben zwar auch der Singularsuccessor, aber nicht als solcher, sondern weil jene Voraussetzung auch bei ihm vorhanden ist. Eben deshalb ist auch derjenige dem Interdicte ausgesetzt, der sich Besitz oder Innehabung durch Occupation verschafft hat.⁵⁴⁾

Wo die Passivlegitimation ein qualificirtes possidere oder habere erheischt, kommt es darauf an, ob diese Qualifikation auch bei dem Singularsuccessor vorliegt. Es ist also Interpretationsfrage. Ausdrückliches Zeugniß einer verneinenden Auslegung haben wir für das interdictum de precario; als maßgebend gelten hier die Worte: „Quod precario *ab illo* habes“, weil der Singularsuccessor des Precaristen eben nicht von demjenigen precario habet, welcher dem Letztern precario gegeben hat.

L. 8 pr. D. de prec. 43, 26:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) Quaesitum est, si Titius me rogaverit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero, ut concederet, et ille, dum mihi vult praestitum, concesserit. Titius a me habet pre-

52) S. oben Biffer 66 zu N. 24 ff. S. 386 f.

53) Bgl. l. 7 D. unde vi 43, 16: (Paul. lib. 24. ad ed.) Cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri.

54) L. 2 §. 38 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (f. oben S. 334 f.) v.: „vel quo alio modo.“

cario, et ego cum eo agam interdicto de precario: Sempronius autem non aget cum eo, quia haec verba: „ab illo precario habes“ ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cuius res est. etc.

Kein Zeugniß besitzen wir hinsichtlich der Qualification des pro herede vel pro possessore possidere als Voraussetzung der Haftung mit den interdicta Quorum honorum und Quam hereditatem. Wir werden hier jedoch die Zeugnisse hinsichtlich der gleichen Qualification für die hereditatis petitio unmittelbar verwerthen dürfen. Nach diesen Zeugnissen besitzt selbst derjenige, welcher wissentlich von einem dritten Besitzer pro herede oder pro possessore fremde Nachlaststücke kraft eines gültigen Rechtsgeschäftes erworben hat, diese Stücke nicht pro possessore, sondern auf den Singularartikel eben jenes Erwerbsgeschäftes.⁵⁵⁾ Umgekehrt besitzt, wer wissentlich auf Grund eines nichtigen Erwerbsgeschäftes, z. B. durch Kauf von einem ihm als geisteskrank bekannten Besitzer, selbst wenn dieser auf einen Singularartikel besaß, fremde Nachlaststücke erworben hat, dieselben pro possessore.⁵⁶⁾ Einen solchen Erwerber werden wir folglich auch mit dem Quorum honorum und dem Quam hereditatem haften lassen. Allein er ist in Wahrheit kein Rechtsnachfolger des frühern Besitzers. Ein Singularrechtsnachfolger des frühern Besitzers dagegen, selbst wenn er mala fide erworben hat, haftet diesen Interdicten ebenso wenig, als der hereditatis petitio. Zweifelhaft möchte nur das Verhältniß des Erbschaftskäufers erscheinen. An sich würde er auch mit der hereditatis petitio nicht belangt werden können, besitzt er doch pro emptore. Aus

55) L. 13 §. 8 D. de H. P. 5, 3. und dazu Francke Comm. S. 160 f.

56) L. 13 cit. §. 1.

Zweckmäßigkeit aber, ne singulis iudiciis vexaretur, ist eine utilis hereditatis petitio gegen ihn zugelassen.⁵⁷⁾ Mag man nun als Subject zu vexaretur laut der L. 13 §. 4 D. de H. P. 5, 3⁵⁸⁾ den Erbschaftskäufer betrachten, oder mit Schol. 7 ad Bas. 42, 1, 13⁵⁹⁾ den nicht besitzenden Erbschaftsprätendenten: die gleiche Zweckmäßigkeitserwägung dürfte in jedem Falle dafür sprechen, auch das Quorum honorum gegen den Erbschaftskäufer zu gewähren. Wie wir jedoch dieses Interdict überhaupt nur dann für zulässig halten, wenn der Beklagte nicht die Frage des bessern Erbrechts aufwirft,⁶⁰⁾ so können wir dasselbe auch gegen den emptor hereditatis nur dann zulassen, wenn er nicht behauptet, sein Verkäufer sei der bessere Erbe.

Haftete aber der Erbschaftskäufer einer utilis hereditatis petitio, so lag ihm auch die Pflicht gehöriger Defension ob, also im Formularproceffe namentlich die Bestellung der cautio iudicatum solvi. Genügte er dieser Pflicht nicht, so wird auch gegen ihn das interdictum Quam hereditatem statthast gewesen sein.⁶¹⁾

Ausdrücklich bejaht endlich finden wir den Uebergang

57) L. 13 cit. §§. 4. 5. 8 und dazu Franke Comm. S. 151 ff.

58) v.: Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur?

59) v.: ἀρα δὲ οὐτίλα νερεδιτάτις πετιτῶν δίδεται κατ' αὐτοῦ, ἵνα μὴ ὁ ἀληθὴς τῆς κληρονομίας κύριος ἀναγκάζομενος ἕκαστον ἐκδικεῖν τῶν πραγμάτων πολλοῖς σκύλληται ἢ περιπειρηται δικαστηροῖς;

60) S. oben §. 1835a Ziffer 23 a. G. S. 151.

61) Ulp. inst. fragm. Vindob. IV (Kr.): — qualia sunt interdicta — Quam hereditatem — nam si — hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem etc.

der Besitzqualifikation für den Singularnachfolger des dem Quod legatorum Ausgesetzten.

L. 1 §. 13 D. quod legat. 43, 3:

(Ulp. lib. 67. ad ed.) Illud tenendum, sive a te sive ab eo, in cuius locum successisti, possideri aliquid coeptum est, interdicto huic locum fore. in locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum.

Lautete freilich die edictsmäßige Fassung unseres Interdictes: Quod — *pro legato* — possides —, so würde die römische Jurisprudenz dasselbe schwerlich gegen den Singularsuccessor erstreckt haben. Denn dieser besitzt eben nicht *pro legato*, sondern auf den Singulartitel, kraft dessen er den Besitz erworben hat. Allein die Voraussetzung des Interdictes heißt: Quod — *legatorum nomine* — possides. Und das gestattet eine weitere Auslegung: es kommt lediglich darauf an, daß der Streitgegenstand als vermachte Sache aus der Nachlassmasse einmal in Besitz genommen worden ist, (*legatorum nomine*) possideri coeptum est.⁶²⁾ In der That erscheint diese weite Auslegung überaus zweckmäßig, wo nicht geradezu unentbehrlich: ohne sie würde der *honorum possessor* überhaupt kein Rechtsmittel haben, um den Besitz einer unbedingt und unbefristet zu Eigenthum vermachten Sache aus der dritten Hand wiederzuerlangen, an welche sie der Legatar nach eigenmächtiger Besitzergreifung weiter veräußert hat, während der Erfolg der Haftung des Legatars selbst als eines *dolo possidere* desinens von dessen Zahlungsfähigkeit abhängt. Wider denjenigen dagegen, welcher Nachlassstücke *titulo singulari* besitzt, hat

62) Demgemäß läßt sich auch verstehen l. 1 cit. §. 10: *Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores*, nämlich auch die Singularsuccessoren.

der bonorum possessor stets die erbchaftliche Singularerklage utiliter; er bedarf mithin gegen Legatern des Quorum bonorum nicht.⁶³⁾ Ist übrigens die hier aufgestellte Auslegung des legatorum nomine possidere die richtige, so ergiebt sich dann weiter, daß dem Quod legatorum auch derjenige haften muß, welcher den Besitz der vom Legatar eigenmächtig ergriffenen res legata diesem ohne vermittelndes Rechtsverhältniß abgenommen hat, sei es auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes, sei es durch Occupation. Wie zweckmäßig seine Haftung im Interesse des bonorum possessor ist, leuchtet ein, insbesondere, sofern diesem hier nicht einmal der Legatar als dolo desinens possidere haftet.

69. Soweit die Voraussetzung eines Interdicts auf beklaglicher Seite in Besitz, Innehabung, Möglichkeit der Exhibition besteht, ist es außer Zweifel, daß auch eine handlungsunfähige Person jenem Interdicte in vollem Umfange ausgesetzt sein kann.

Soweit dagegen diese Voraussetzung in einer Widerrechtlichkeit seitens des Impetraten beruht, kommt es darauf an, ob und wie weit die Widerrechtlichkeit, welche der

63) Diesen Unterschied hat Schmidt a. a. O. S. 168 f. übersehen, wie nicht minder den für die Auslegung maßgebenden des Besitzes pro legato und legatorum nomine. Vgl. dens. civilistische Abhandlungen Bd. 1 S. 29. Uebrigens erscheint der Inhalt der l. 1 §. 13 kritisch ganz unzweifelhaft; die Worte „sive per universitatem“ erheischen als Gegensatz die Erwähnung der Singularsuccession. Der Schreibfehler der Florentina: „in rem misit successum“ und dessen unzureichende Correctur „in rem misit successum“ kann keinen Anlaß zur kritischen Verdächtigkeit der Sachentscheidung bieten. Ganz grundlos ist hiernach die Annahme Persche's, privatrechtliche Abhandlungen S. 291 f., die Worte „in locum successisse — successum“ seien ein unrichtiges Glossen.

ordentliche Vertreter der handlungsunfähigen Person (Vormund, Vorstand einer juristischen Person) ^{63a)} vornimmt, als Widerrechtlichkeit dieser Person selbst gilt. Freilich ist die entscheidende Frage durchaus nicht auf das Gebiet der Interdicte beschränkt; allein das Quellenmaterial gerade der Interdictenlehre bietet für sie einen m. W. von der Wissenschaft bisher unbeachtet gelassenen Aufschluß: und somit darf es als zweckmäßig erscheinen, jene Frage im gegenwärtigen Zusammenhange zu erörtern.

Vielleicht ist der richtigen Beurtheilung unsrer Frage vor allem der Umstand hinderlich gewesen, daß sie ausschließlich in Beschränkung auf juristische Personen behandelt worden ist, während sie doch in genau der gleichen Weise hinsichtlich aller handlungsunfähigen, ja aller dispositionsunfähigen Personen beantwortet werden muß. Allerdings hat diese Wahrheit nicht ganz unbemerkt bleiben können. So sagt von Savigny ^{63b)}: „Wahnsinnige und Ummündige haben mit den juristischen Personen die Ähnlichkeit, daß sie rechtsfähig sind, daneben aber die natürliche Handlungsfähigkeit entbehren, weshalb ihnen in der Person von Vertretern ein künstlicher Wille verschafft wird. Bey diesen wie bey jenen ist völlig gleicher Grund vorhanden, einem solchen fingirten Willen unbegrenzte Ausdehnung zu geben, und also das Verbrechen des Vormundes an dem Pupillen zu bestrafen, wenn er es in seiner Eigenschaft als Vormund begeht, indem er etwa zum Vortheil des Pupillen stiehlt oder betrügt. In diesem Fall hat meines Wissens noch Niemand die Möglichkeit eines Verbrechens durch Vertretung behauptet; allein die Inconsequenz dieser verschiedenen Behandlung der juristischen Personen und der Ummündigen

63^{a)} Im spätern Rechte auch der Gewalthaber hinsichtlich der f. g. bona adventicia regularia.

63^{b)} System Bd. 2 S. 315 f. S. auch das. S. 317.

ist einleuchtend.“ Nichtsdestoweniger hat auch von Savigny es unterlassen, zwecks Feststellung der nothwendigen Ausnahmen des mit meisterhafter Sicherheit von ihm dargelegten Grundsatzes der Nichthaftung juristischer Personen für die Widerrechtlichkeit ihrer Vertreter diejenigen Quellenausprüche zu berücksichtigen, welche sich auf Bevormundete beziehen; und so hat er auch aus diesem Grunde jene Ausnahmen zu eng begrenzt.

Die ordentlichen Vertreter aller handlungs- oder dispositionsfähigen Personen erhalten ihre Vollmacht unmittelbar durch die Rechtsordnung bezw. durch die Verfassung der von ihnen vertretenen juristischen Person. Diese Vollmacht erstreckt sich demgemäß der Natur der Sache nach nicht weiter, als das anerkannte Bedürfniß der Vertretung. Jenes Bedürfniß jedoch erheischt ein rechtswidriges Handeln nicht. Grundsätzlich schließt daher auch die Vollmacht solches Handeln nicht in sich. ⁶⁴⁾ Eine rechtswidrige Handlung der Vertreter muß also ausschließlich als deren eigene gelten: sie handeln hier gar nicht in ihrer Eigenschaft als Vertreter, selbst dann nicht, wenn sie jene Handlung beschließen mit Rücksicht auf den Vortheil der vertretenen Person. ⁶⁵⁾ Selbstverständlich aber darf die letztere infolge einer Widerrechtlichkeit ihres Vertreters sich nicht auf fremde Kosten bereichern. Sie haftet deshalb dem durch jene Widerrechtlichkeit Beschädigten, soweit sie bereichert ist. ⁶⁶⁾

64) Vgl. v. Savigny a. a. D. S. 314.

65) L. 4 D. quando ex facto tut. 26, 9. l. 6 Cod. de adm. tut. 5, 37.

66) L. 15 pr. §. 1 D. de dol. m. 4, 3. l. 3 D. quando ex facto tut. 26, 9. l. 3 §. 1 D. de trib. act. 14, 4. l. 1 §. 6 D. ne vis fiat ei 43, 4. l. 21 §. 1 D. de pec. 15, 1. l. 10 §. 5 D. quae in fraud. cred. 42, 8. l. 9 §§. 1. 3 D. quod met. 4, 2.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 411

Beide Sätze finden wir ausdrücklich auch für Interdicte ausgesprochen.

L. 4 D. de tab. exh. 43, 5:

(*Paul.* lib. 69. ad ed.) Si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.

L. 11 §. 6 D. quod vi. 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Si tutoris iussu aut curatoris factum sit, cum placeat, quod *Cassius* probat, ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri, eveniet, ut in ipsum tutorem curatoremque aut utilis actio competat aut etiam utile interdictum. certe ad patientiam tollendi operis utique tenebuntur pupillus et furiosus et ad noxam.

L. 198 D. de R. J. 50, 17:

(*Javolenus* lib. 13. ex Cassio.) Neque in interdicto neque in ceteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est sive non est.

L. 10 §. 5 D. quae in fraud. cred. 42, 8:

(*Ulp.* lib. 73. ad ed.) Ait praetor „sciente te“, id est eo, qui convenietur hac actione (sc. interdicto fraudatorio). Quid ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? videamus, an actioni locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem est in curatore furiosi et adulescentis. et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.

L. 4 D. de vi 43, 16:

(*Ulp.* lib. 10. ad ed.) Si vi me deiecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum *Pomponius* scribit, si quid ad eos pervenit.

Das ist die einschneidende Regel.

Indessen läßt sich in manchen Fällen die Widerrecht-

lichkeit des Vertreters rechtlich gar nicht sondern von einer Handlung desselben, welche als Handlung der vertretenen Person selbst gilt. Hier muß diese auch für jene Widerrechtlichkeit in vollem Umfange aufkommen.

Die beiden ersten der hiernach gebotenen Ausnahmen erkennt auch von Savigny ⁶⁷⁾ an.

1) Der Vertreter schließt im Namen der vertretenen Person gültig einen Schuldvertrag; bei Eingehung desselben begeht er in Beziehung auf dessen Inhalt Dolus oder Culpa.

Nach römischem Rechte freilich haftete hier ursprünglich nur der Vertreter, ⁶⁸⁾ so namentlich auch der Vormund. Allerdings mußte der Vertretene ihm die eingegangene Verpflichtung abnehmen bezw. ihn deswegen schadlos halten, allein nur soweit als dieselbe eingegangen war in den Grenzen ordnungsmäßiger Geschäftsführung. Ihre Steigerung durch Widerrechtlichkeit des Vertreters traf grundsätzlich diesen allein; Deckung dafür konnte er nur verlangen, soweit der Vertretene infolge eben jener Widerrechtlichkeit bereichert war. Später erhielt der Contrahent des Vertreters, wenn der Letztere sein Amt niedergelegt hatte, auch eine utilis actio gegen den Vertretenen; ⁶⁹⁾ die bezeichnete

67) N. a. D. C. 317.

68) Auch bei der Vertretung handlungs- und dispositionsfähiger Personen trat eine Haftung des Principals regelmäßig nur kraft einer actio adiectitiae qualitatis ein. Einen Fall, wo schon nach ius civile unmittelbare Stellvertretung stattfand, s. unten Ziffer 71 zu N. 2.

69) L. 26 §. 3 Cod. de adm. tut. 5, 37 (Justinian.): Invenimus autem generaliter definitum, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. Bei juristischen Personen wurde vermuthlich jene utilis actio gegen den Amtsnachfolger des contrahirenden Vertreters gegeben. Vgl. I. 5 §. 1

Haftgrenze aber wurde dabei festgehalten. Selbst wenn ein Pupill tutore auctore persönlich contrahirt hatte, haftete er wegen des Dolus seines Tutors nicht weiter.⁷⁰⁾

Nach heutigem Rechte haftet der Stellvertreter, welcher als solcher einen innerhalb seiner Vollmacht liegenden Schulbvertrag abschließt, dem dritten Contrahenten daraus persönlich überhaupt nicht; dieser kann sich nur an den Principal halten. Letzterer aber haftet, als ob er selbst contrahirt hätte.

(l. 3 §. 2) D. de adm. rer. ad civ. pertin. 50, 8. l. 35 §. 1 D. de O. et A. 44, 7.

- 70) L. 13 §. 7 D. de A. E. 19, 1: (Ulp. lib. 32. ad ed.) Sed cum in facto proponeretur tutores hoc idem fecisse, qui rem pupillarem vendebant, (nämlich, sie haben die Abgabenlast eines Mündelgrundstücks bei dessen Verkauf wissentlich zu gering angegeben), quaestionis esse ait (Julianus), an tutorum dolum pupillus praestare debeat. et si quidem ipsi tutores vendiderunt, ex empto eos teneri nequaquam dubium est: sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est, tutoribus in residuum perpetuo (b. h. auch nach Niederlegung der Vormundschaft) condemnandis, quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est. Vgl. l. 4 §. 1 D. de evict. 21, 2: (Ulp. lib. 32. ad ed.) Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta Papinianus libro tertio responsorum ait dari in eum, cuius tutela gesta sit, utilem actionem, sed adiecit, in id demum, quod rationibus eius accepto latum est. sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus: quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus. Die Haftung für Eviction setzt Verschulden des Verkäufers nicht voraus. — Weiter noch geht die exceptio doli wegen Dolus des Tutors gegen den Mündel. l. 4 §. 23 D. de exc. dol. m. 44, 4.

2) Der Vertreter begeht ein Verschulden bei der Erfüllung einer dem Vertretenen obliegenden Verpflichtung.

Handlungs- und dispositionsfähige Schuldner haften für das Verschulden Dritter bei der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bekanntlich keinesweges unbedingt. ⁷¹⁾ Anders

71) Unbedingt haftet nur

1) ein *correus debendi* für das Verschulden des andern aus der gemeinsamen Vertragsobligacion (l. 18 D. de duob. reis 45, 2); der Bürge, der für den gesammten Obligacionsinhalt eingetreten ist, für das Verschulden des Hauptschuldners; der *nauta*, *caupo*, *stabularius ex recepto* für jeden Verlust und jede Beschädigung der übernommenen Sachen, die nicht nachweisbar durch *vis maior* oder durch das eigne Verschulden des Beschädigten herbeigeführt worden sind, somit auch für das Verschulden seiner Leute;

2) wer verbotswidrig Dritte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zuzieht, für deren Verschulden; ebenso, wer erlaubterweise Dritte hierzu gebraucht, wo erkennbar auf persönliche Ausführung der Leistung durch ihn selbst gerechnet wird (l. 2 §. 1 D. si mensor 11, 6. l. 19 bis l. 24 pr. l. 16 pr. D. pro soc. 17, 2. l. 3 Cod. de fundis rei priv. 11, 66. — l. 60. l. 64 Cod. de decur. 10, 32. l. 8 §. 4 D. mand. 17, 1. l. 5 §. 3. l. 55 pr. D. de adm. tut. 26, 7. l. 5 D. de magistr. conven. 27, 8. §. ult. J. de curat. 1, 23. l. 24 pr. D. de adm. tut. 26, 7. l. 13 §. 1 D. de tutor. 26, 1. l. 2 Cod. si mater. 5, 46. l. 30 §. 6 D. de N. G. 3, 5. l. 6 D. quando ex facto tut. 26, 9. l. 10 Cod. qui dare tut. 5, 34.);

3) nach römischem Rechte auch der mittelst einer *actio adiectitiae qualitatis* haftbare Principal für das Verschulden, das der Contrahent bei Erfüllung der von ihm eingegangenen Verbindlichkeit begeht. (l. 5 §§. 8. 10 D. de instit. act. 14, 3. l. 60 §. 7 init. D. loc. 19, 2. l. 91 §. 5. D. de V. O. 45, 1. l. 3 §. 5 D. commod. 13, 6. l. 1 §. 42 D. dep. 16, 3. l. 4 §. 17 D. de exc.

verhält sich dies bei handlungs- oder dispositionsunfähigen Schuldnern hinsichtlich ihrer ordnungsmäßigen Vertreter: soweit es sich um die Erbringung von Leistungen handelt, welche schuldnereischerseits Vermögensopfer erheischen, gilt der Wille des Vertreters als Wille der vertretenen Person. Besteht freilich die Verpflichtung in der Rückgewährung einer anvertrauten Sache, ^{71a)} so haftet der Vertretene bei Vereitelung der Rückgewährung durch Dolus des Vertreters, ebenso wie aus einem Delicte desselben, nur auf seine Vereicherung. ⁷²⁾

Außerdem bekunden die Quellen noch folgende hierher gehörige Ausnahmen:

3) Ein gegen die vertretene handlungs- oder dispositionsunfähige Person bereits klagbar gemachter, obligatorischer

dol. m. 44, 4. cf. l. 49 pr. D. de V. O. 45, 1. 1. 32 §. 3 D. de usur. 22, 1.)

Abgesehen von diesen Fällen haftet der handlungs- und dispositionsfähige Principal nur,

1) wenn ihn selbst bei Auswahl, Anweisung, Beaufsichtigung des Gehülfsen ein Verschulden (culpa in eligendo vel inspiciendo) trifft;

2) wenn er dafür ausdrücklich oder stillschweigend die Garantie übernommen hat.

Vgl. Goldschmidt Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. 16 S. 288 ff. — Ich darf diese Gelegenheit zu der Erklärung benutzen, daß Goldschmidts Ausführungen mich von der Irrigkeit meiner eigenen (das. Bd. 7 S. 199 ff. und Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 229 ff.) überzeugt haben.

71*) Es kann dies auch eine dem Schuldner selbst gehörige sein, wie bei der fiducia, bei der Dos, wenn deren Empfänger geisteskrank geworden ist.

72) L. 3 i. f. D. quando ex facto tut. 26, 9 v.: quod in depositi quoque actione dicendum est, — si modo, quod tutoris dolo desiit (desit scr. Schulting), pupilli rationibus illatum probetur.

oder nichtobligatorischer, Anspruch wird durch Dolus oder Culpa des Vertreters modificirt. ⁷³⁾

- 73) L. 1 D. quando ex facto tut. 26, 9: (Pompon. lib. 29. ad Sabin.) Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessorem condemnandum, sed non puto, quanti actor in litem iuraret: et tamen [etiam scr. M.] illud ita est, si rem a tutore pupillus servare potest. Dies geht auf Beschädigung oder Vernichtung des Streitobjectes nach der Ladung bei rei vindicatio, hereditatis petitio, actio ad exhibendum. Aus dergleichen Widerrechtlichkeit des Vertreters vor der Ladung haftet der handlungsunfähige Principal grundsätzlich nur wegen seiner Bereicherung, l. 3 D. eod. 26, 9; ist jedoch der Vertreter solvent, so haftet jener in solidum: dies ist lediglich eine dem Principal unnachtheilige Abkürzung des Verfahrens. l. 61 D. de adm. tut. tut. 26, 7. — L. 78 §. 2 D. de legat. II: (Papinian. lib. 9. resp.) Etiam res publica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur, sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarcendum erit, qui post dictam sententiam iudicatum solvere supersederunt. nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit: ignaviam etenim praetendentes audiri non oportere. quod in tutoribus quoque probatur. Das sarcendum erit ist mit der Glosse von der Pflicht der Verwalter zu verstehen, der Gemeinde den Schaden zu ersetzen, welcher ihr durch die Nichterfüllung der sie verurtheilenden Sentenz erwachsen ist. (Möglicherweise erwächst ihr übrigens gar kein Schaden, z. B. dann, wenn sie durch verzinsliches Ausleihen des Geldes soviel gewinnt, als die Verzugszinsen betragen.) Wenn Dernburg Pand. Bd. 1 §. 66 Aufl. 1 und 2 S. 153 zu N. 8 jene Worte so deutet, daß die Gemeinde wegen des Verzuges ihrer Administratoren, abgesehen von den Zinsen, nicht einstehe, so ist er dabei nicht allein jede Erklärung schuldig geblieben, weshalb hinsichtlich der Verzugszinsen eine andere Behandlung eintreten solle, als hinsichtlich

Auch bei dieser Ausnahme ist der Grund klar: die infolge der Widerrechtlichkeit des Vertreters bewirkte Steigerung des Anspruchs läßt sich von dem Anspruche selbst nicht füglich trennen; sie würde sonst überhaupt hinfällig werden. Andererseits würde der Vertreter wegen einer bloßen culpa dem Kläger nur ausnahmsweis haften.

4) Der Vertreter beschließt eine innerhalb seiner Zuständigkeit liegende, also an sich erlaubte, positive Handlung; infolge einer Nachlässigkeit, eines Verschehens in dem

der übrigen Folgen des Verzuges; sondern er hat auch übersehen, daß außer dem Falle des dolus der Administratoren eine Klage des Fideicommissars gegen diese gar nicht zu construiren ist. Demgemäß sagt auch der Schluß der Stelle nicht, wie *Dernburg* will, daß die Gemeinde wegen der durch Schuld ihrer Administratoren auflaufenden Proceßkosten nicht aufkomme, sondern das gerade Gegentheil. In der That würde auch hier außer der doli actio keine Klage gegen die Administratoren zu construiren sein. Cf. l. 6 Cod. de adm. tut. 5, 37: (Alexander) Non est ignotum, tutores vel curatores, si nomine pupillorum vel adutorum scientes calumniosas instituunt actiones, eo nomine condemnari oportere, ne sub praetextu nominis eorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment. l. 1 §. 1 Cod. de plus pet. 3, 10 (Zeno 486 oder 487): *Ἐὰν δὲ ἐπίτροποι ἢ κούρατοι ἐν χρόνῳ ἢ ποσότητι πλέον ἐπιχειρήσωσιν ἀπαιτῆσαι τοὺς τῶν κηθενομένων χρεώστας, οὐδὲν καταβλαπτέσθωσαν οἱ ἐπιτροπενόμενοι ἢ κούρατωρέμενοι, αὐτοὶ δὲ οἱ ἐπίτροποι ἢ κούρατοι ἐπιγινώσκέτωσαν αὐτοῖς τὴν ἐντεῦθεν συμβαινουσαν ζημίαν.* (Hier findet eine selbständige Klage der freigesprochenen Beklagten gegen die Vormünder statt, welche sich auf die in l. 6 cit. vorgeschriebene Verurtheilung der Letzteren in die Kosten und Proceßstrafen stützt. cf. l. 1 cit. §. 2 i. f. *Weyell* System des ordentlichen Civilprocesses §. 46 N. 63 a. C.).

Beschlüsse selbst erleidet bei dessen Ausführung ein Dritter außercontractlich einen Schaden, aus welchem ihm ein selbständiger Anspruch erwächst.

Jener Beschluß an sich muß als Beschluß der vertretenen Person gelten; deshalb muß sie auch für die damit verbundene Culpa ihres Vertreters haften. Im Gegensatz zum Dolus nämlich ist die culpa in faciendo nicht etwa ein für sich bestehender, besonderer Willensact, der als solcher dem Vertreter ausschließlich zugerechnet werden könnte, während der übrige Inhalt des Beschlusses als Wille der vertretenen Person zu gelten vermöchte: jene Culpa bildet vielmehr nur eine negative Eigenschaft eben desjenigen Willens selber, welcher als Wille der vertretenen Person gilt und gelten muß, wenn diese in der erforderlichen Weise am Vermögensverkehre theilnehmen soll; sie ist eben nichts als ein Mangel der erforderlichen Ueberlegung, Umsicht, Sorgfalt, wodurch ein an sich keineswegs rechtswidriger, sondern umgekehrt rechtlich statthafter Wille eine rechtliche Verantwortung nach sich zieht.

Soweit also bloße Culpa einen selbständigen Rechtsanspruch hervorruft, m. a. W. soweit ein culposes Delict möglich ist, soweit muß auch eine handlungsunfähige Person durch Culpa ihres ordentlichen Vertreters bei solchen Beschlüssen, welche innerhalb seiner Zuständigkeit liegen, ex delicto verpflichtet werden.⁷⁴⁾

Nun kennt das gemeine Recht nur wenige culpose Delicte. Und von diesen setzen das Delict des mensor, qui falsum modum agri dixit, und die Verletzung der richterlichen Amtspflicht schlechterdings. eigene Handlungsfähigkeit dessen voraus, der haftbar gemacht werden soll.

74) Um so mehr gilt dies für einen handlungs- und dispositionsfähigen Principal. C. l. 5 §. 12 D. quod vi 43, 24 (unten Context nach N. 75) v.: procurator.

Als culpose Delicte, aus welchen nach dem Gesagten auch Handlungsunfähige haften können, bleiben sonach namentlich übrig das *damnum iniuria datum* und das *clam factum*.⁷⁵⁾ Ueber das erstere schweigen in der fraglichen Hinsicht die Quellen; um so wichtiger ist es, daß dieselben über das letztere sich in einer unseren Ausführungen entsprechenden Weise äußern: dadurch erhalten jene Ausführungen die erwünschteste Befräftigung.

L. 5 §. 12 D. quod vi 43, 24:

(*Ulp.* lib. 70 (71 *scr.*). ad ed.) Similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed [cum eo *ins. M.*] cuius nomine iusserit, haec actio est. nam si procurator, tutor, curator, duumvir municipii, quod eius nomine ageret [ageretur *scr. M.*], cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo, qui ita iusserit etc.

- 75) L. 4 D. quod vi 43, 24: (Venuleius lib. 2. interdictorum) Servius etiam eum clam facere, qui existimare debeat sibi controversiam futuram, quia non opinionem cuius et resupinam existimationem esse (non opinionem cui et resupinam existimationem prodesse *scr. M.*) oporteat, ne melioris condicionis sint stulti quam periti. L. 43 i. f. D. ad leg. Aquil. 9, 2: (Pompon. lib. 19. ad Sabin.) — puto eadem dici posse etiam de hac actione (de interdicto *scr. M.*) Quod vi aut clam, si modo quis aut prohibitus fecerit, aut apparuerit eum intellegere debuisse ab eis, ad quos ea hereditas pertineret, si rescissent, prohibitum iri. Die Culpa liegt hier eben in dem Mangel der gehörigen Erwägung oder Berücksichtigung des fremden Interesse. Dagegen bezieht sich die in l. 15 §. 11 D. quod vi 43, 24 erwähnte Culpa beim Quod vi aut clam auf eine Fahrlässigkeit, durch welche die Restitution des vi aut clam factum vereitelt worden ist. S. unten §. 1838 e Biffer 103 nach N. 26.

Sicherlich will Ulpian mit diesem Ausspruche nicht in Gegensatz treten durch das, was er in l. 11 §. 6 eod.⁷⁶⁾ aus demselben Buche derselben Schrift ausführt. Nun aber erklärt er in letzterer Stelle, daß das *interdictum Quod vi aut clam* wegen dessen, was auf dolose Anordnung des Vormundes geschehen sei, abgesehen von der Bereicherung des Mündels nicht gegen diesen gehe, sondern gegen den Vormund selbst. Schon hiernach kann l. 5 §. 12 cit. unter der Anordnung eines *opus*, in Folge deren sie umgekehrt den Mündel haften läßt und nicht den Vormund,⁷⁷⁾ nur eine *culposa* meinen. Bestätigt wird dies durch die Worte „*quod eius nomine ageretur*“; ein doloses Delict des Vormundes geschieht in Wahrheit nie *pupilli nomine*.^{77a)} Daraus ergibt sich weiter, daß diese Stelle ein *clam factum* voraussetzt: nur ein solches vermag auch *culpos* zu geschehen; ein Handeln *vi*, d. h. gegen Verbot, ist nothwendig *dolos*.

Als irrig erscheint uns somit die Entscheidung des Obergerichtes Wolfenbüttel v. 16. Jan. 1874 (Seufferts Arch. Bd. 30 Nr. 249), welche unter Berufung auf von Savigny, System Bd. 2. §§. 94 und 95 das *interdictum Quod vi aut clam* als Delictsklage, abgesehen von

76) S. oben S. 411.

77) Dies übersieht die Glosse zu l. 5 §. 12 cit. *vv. eius nomine* und *cum eo*; sonst würde sie eine Vereinigung mit l. 11 §. 6 nicht darin suchen können, daß sie zu der erstern Stelle bemerkt: *In minore accipe, si locupletior est: non alias, nisi ad patientiam: sed tutor tenetur: ut infra eod. l. is qui (11) §. si tutoris (6). und Cum eo. subaudi tantum qui etc.* (ich verstehe: *locupletior factus est*). Die moderne Wissenschaft scheint überhaupt nicht beachtet zu haben, daß das Verhältniß beider Stellen eine Unterscheidung ihrer Voraussetzungen erheischt.

77a) S. den Text zur folgenden Note.

der Pflicht zur praestatio patientiae, aus dem Grunde gegen eine Gemeinde schlechthin für unzulässig erklärt, weil ein Delict von einer juristischen Person nicht begangen werden könne. Uebrigens hat sich dieses Erkenntniß auch nicht klar gemacht, was ein culposus clam facere sei. Eben darin besteht ein solches, daß man bei einem opus in solo an die Möglichkeit eines Einspruchs, welcher verständigerweise vorausgesehen werden sollte, gar nicht denkt. Damit ist natürlich die unbefangenste Offenheit des Handelns nicht allein vereinbar, sondern regelmäßig in der That verbunden.

Die Beschränkung der Haftung des Principals auf den Fall einer Culpa des Vertreters wird erst völlig einleuchtend, wenn wir umgekehrt auch den Dolus betrachten, welchen der Vertreter anlässlich eines an sich in seiner Vollmacht liegenden Beschlusses begeht. Jeder Dolus ist als solcher etwas Positives. Civilrechtlich ist er das Wollen einer Handlung, von welcher der Handelnde das Bewußtsein hat, sie werde einen gewissen Erfolg herbeiführen, — sofern nämlich dieser Erfolg einen Dritten widerrechtlich schädigt. 77b) Liegt nun auch an und für sich jene Handlung innerhalb der Vollmacht des Vertreters, so fällt sie doch nothwendig aus dieser Vollmacht heraus, indem er sich ihres nachtheiligen Erfolges bewußt ist: sein trotz diesem Bewußtsein gefaßter Entschluß ist gar nicht gefaßt worden als ein im Zwecke seiner Vollmacht gegebener Wille, vermag also auch nicht als Wille der vertretenen Person zu gelten. Und so sagt l. 15 §. 1 D. de dolo m. 4, 3 mit besonderer Beziehung auf eine juristische Person:

(Ulp. lib. 11. ad ed.) Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto, ex suo quidem dolo

77b) Vgl. v. Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. §. 39. 3. Aufl. §. 38.

non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit, ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandum. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.

Daß dagegen eine juristische Person, überhaupt eine handlungsunfähige Person, wegen Culpa ihres Vertreters nicht in solidum hafte, sagt jene Stelle durchaus nicht. 77°)

Aber auch eine zweite Beschränkung unserer Ausnahme darf nicht übersehen werden: wir meinen die Beschränkung auf eine Culpa im Beschlusse des Vertreters. Für die Culpa des Vertreters blos in der Ausführung einer innerhalb seiner Vollmacht liegenden, auf eine Schuldfällung nicht gerichteten, Handlung haftet der Vertretene nicht. Bei einem dispositionsfähigen Principal ist dies ohne weiteres klar. Er haftet für jede Culpa auch in der Auswahl, Unterweisung, Beaufsichtigung des Ausführenden: dies liegt noch im Bereiche seines Willens; insofern ist es noch Gegenstand seines Beschlusses. Darüber hinaus jedoch ist die Ausführung als solche ihm nicht zuzurechnen. Versehen und Nachlässigkeiten in diesem Theile der Ausführung treffen ausschließlich den Ausführenden als solchen. Genau ebenso verhält es sich mit einem handlungs- und dispositionsunfähigen Principal. Sein mangelnder oder unzureichender Wille wird ersetzt durch den Willen seines Vormundes oder sonstigen ordentlichen Vertreters: bei der Ausführung als solcher hat dieser Vertreterwille nicht mehr Platz, als der Wille eines dispositionsfähigen Principals. Zweifelso möchte man vielleicht, wo jener ordentliche Vertreter selbst die Ausführung vornimmt. Allein hier handelt er eben

77°) A. M. scheint Dernburg Lehrbuch des Preussischen Privatrechts Bd. 1. 3. Aufl. §. 53 S. 110 R. 13. Pandekten Bd. 1. §. 66 zu R. 1 u. a. C.

nicht mehr als Willensvertreter des Principals; er ist insoweit nichts als Ausführungsorgan, gerade so wie ein dritter Ausführer. Gewiß darf es deshalb nicht als Zufall gelten, daß unsere l. 5 §. 12 D. quod vi 43, 24 nur von einem fieri *iubere*, nicht aber von einem *facere* des Stellvertreters redet.

70. Die im Vorstehenden für das interdictum Quod clam quellenmäßig gerechtfertigte Lehre muß selbstverständlich auch auf die ungleich wichtigere actio legis Aquiliae Anwendung finden.⁷⁸⁾ Nun gehört zwar die Zergliederung jener Anwendung zu der unmittelbaren Aufgabe der vorliegenden Arbeit nicht. Allein eine kurze Betrachtung moderner Richtersprüche auf dem Gebiete des *damnum iniuria datum* wird uns am besten die praktische Bedeutung unserer Lehre zeigen, sofern es uns gelingen sollte, auf Grundlage eben dieser Lehre dem mehr oder minder unbewußten Ringen eines unbeirrbareren Rechtsgefühles gegen das unbeschränkte Dogma von der Delictsunfähigkeit juristischer Personen zum zielbewußten Siege zu verhelfen und dasselbe damit zugleich vor unberechtigten Ausschreitungen zu sichern.⁷⁹⁾

78) Es wird die Bemerkung gestattet sein, daß Verfasser, freilich ohne den, ihm damals noch unbekanntem, Beleg aus l. 5 §. 12 cit., bereits in der Besprechung von Koch's Deutschland Eisenbahnen Abth. 2 in den Göttingischen gelehrten Anzeigen 3. Stück 1861 S. 102 ff. dieselben Sätze hinsichtlich des *damnum iniuria datum* vorgetragen hat, welche er, zum Theil in fast wörtlicher Wiederholung, im Texte dieser und der vorigen Ziffer bringt.

79) Vgl. Bekker zu Lehre vom Rechtssubject in Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts. Bd. 12 (1873) S. 120 ff., insbesondere S. 122 f., wo die Vermuthungen ausgesprochen sind, es sei bei den,

Besonders lehrreich ist ein Erkenntniß des Obergerichts Wolfenbüttel v. 10. Jan. 1856.⁸⁰⁾ Nach der Dienst-anweisung der Bahnwärter an der herzoglich-braunschweigischen Eisenbahn durften die Bahnübergänge nicht nach der fahrplanmäßigen Ankunftszeit, sondern erst bei der wahrgenommenen Annäherung des Eisenbahnzuges geschlossen werden. Gemäß dieser Anweisung war nun ein Bahnübergang an einem nebligen und windigen Januarmorgen nicht gesperrt worden, weil der Bahnwärter das fahrplanmäßige Herankommen eines Zuges weder zu sehen noch zu hören imstande gewesen war. Einer von mehreren die Bahn kreuzenden Lastwagen wurde von dem heranschließenden Zuge zertrümmert. Das erste Urtheil bestätigend verurtheilte das Obergericht deswegen den herzoglichen Bahnfiscus ex lege Aquilia, weil die von ihm hinsichtlich des Schließens der Uebergänge gegebenen Vorschriften mit Rücksicht auf die keinesweges außergewöhnlichen Witterungsverhältnisse von Nebel und Wind dem Publicum nicht diejenige Sicherheit geboten haben, zu deren Herstellung der Fiscus bei seinem Betriebe verpflichtet gewesen wäre. Es ist aus der Mittheilung bei Seuffert nicht ersichtlich, ob in den der Ur-

freilich nichts weniger als leichtfertigen, Savigny'schen Ausführungen irgend eine Hauptsache übersehen worden; und weiter, es sei wohl ein Unterschied unter den verschiedenen Delictsklagen zu machen. Etwas Richtiges liegt auch in der Erstreckung solcher Delictsklagen gegen juristische Personen, bei welchen „die ursachliche Veranlassung zu der verletzenden Handlung mit dem gesetzten Zwecke selber gegeben ist.“ Es kommt in der That auf solche Handlungen der Vertreter an, welche ihres Zweckes wegen als Handlungen der juristischen Person gelten, eben deshalb aber wegen einer mit ihnen unscheidbar verbundenen Culpa der Vertreter als Delicte diese Person selbst verpflichten.

80) Seuffert Arch. Bd. 10 Nr. 165.

theilsfällung vorhergehenden Verhandlungen der Einwand überhaupt laut geworden ist, eine juristische Person könne, abgesehen von ihrer Bereicherung, ex delicto gar nicht haften. Jedenfalls setzt sich das letztinstanzliche Urtheil mit diesem Einwande nicht auseinander. Die Entscheidung selbst ist gewiß richtig. Die herzogliche Eisenbahndirection hatte als Vertreterin des Eisenbahnfiscus nicht nur die Vollmacht, sondern geradezu die Pflicht, eine Anweisung für die Bahnwärter zu erlassen und in dieser auch Vorschriften über das Sperren der Bahnübergänge zu geben. Jene Dienstweisung einschließlich dieser Vorschrift muß demnach gelten als vom Bahnfiscus selbst erlassen. Das ihr anhaftende Versehen in Beziehung auf neblige und windige Tage kommt rechtlich überhaupt nur als Mangel jener Anweisung in Betracht; ⁸¹⁾ ein von der Dienstweisung selbst trennbares Dasein vermag jenem Versehen schlechterdings nicht beigelegt zu werden. Folglich gilt dasselbe wie die Dienstweisung als Handlung des Bahnfiscus.

Auders, wenn, zuwider der Dienstweisung, ein Bahnwärter die Ueberfahrtsstelle nicht gesperrt hätte, und infolge davon jener Schade entstanden wäre. Hier würde der Geschäftsherr ja auch dann nicht unbedingt haften, wenn derselbe eine natürliche Person ist. Eine Haftung ex lege Aquilia für das Verschulden dritter Personen, deren man sich bei irgend einer, an sich statthaften, Vornahme bedient, geht niemals über die culpa in eligendo, instruendo, in-

81) Es wird kaum nöthig sein, darauf aufmerksam zu machen, daß dies gegenwärtig nur noch Bedeutung hat, sofern außercontractliche Beschädigung oder Vernichtung fremder Sachen in Frage steht, während über Verlust oder Beschädigung von Frachtgut Art. 395 ff. vbd. mit Art. 423 des Handelsgesetzbuches und über Körperverletzung und Tödtung von Menschen das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 (Haftpflichtgesetz) §. 1 entscheiden.

spiciendo hinaus.⁸²⁾ Mit Recht weist daher ein Urtheil des Oberappellationsgerichtes Celle v. 19. April 1861⁸³⁾ einen gegen den Eisenbahnfiscus erhobenen Erfaßanspruch zurück, der sich lediglich darauf stützte, daß ein Fuhrwerk beim Ueberfahren über einen nicht gesperrten Bahnübergang durch den nicht signalisirten Bahnzug beschädigt worden sei. Denn der Umstand allein, daß weder das Herannahen des Bahnzuges signalisirt, noch der Bahnübergang gesperrt gewesen sei, begründe der Vorwurf eines Verschuldens der Eisenbahndirection ebenso wenig hinsichtlich der Dienstanweisung, als hinsichtlich der Auswahl oder Beaufsichtigung des Bahnwärters, der das Aufstecken des Signales und die Schließung des Bahnüberganges unterlassen hatte. Dagegen hat der oberste Gerichtshof für Bayern am 11. Dec. 1877,⁸⁴⁾ von der irrigen Anschauung ausgehend, der Staat als Inhaber des Eisenbahnbetriebes hafte unbestrittenermaßen aus dem Versehen seiner Bediensteten, den Eisenbahnfiscus in einem ähnlichen Falle zum Schadensersatz verurtheilt, weil es dem betreffenden Bahndiener zum groben Verschulden anzurechnen sei, daß er es unterlassen hatte, den Bahnübergang zu sperren.

Denselben irrigen Grundsatz hat das nämliche Gericht

82) L. 27 §. 11 D. ad leg. Aquil. 9, 2: (Ulp. lib. 18. ad ed.) Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, alteri amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.

83) Seuffert Arch. Bd. 15 Nr. 26.

84) Seuffert Bd. 35 (N. F. Bd. 5) Nr. 25.

bereits am 11. Mai 1853⁸⁵⁾ befolgt, insofern es den Eisenbahnfiscus für einen durch Locomotiven-Funken verursachten Brand verantwortlich machte, falls erwiesen werde, die Bahnbediensteten haben die Maschine überheizt oder nur nicht Vorsorge dafür getroffen, daß der zur Abführung des überschüssigen Dampfes oder Rauches bestimmte Schornstein an Plätzen, an denen die Mittheilung und Verbreitung des Feuers nicht unwahrscheinlich oder doch möglich war, eine geminderte und ungefährlichere Menge von Funken oder gar keine aussprühte.⁸⁶⁾ — Die allgemeine Gestattung des immer feuergefährlichen Betriebes vonseiten des Staates schließt sowenig die Haftung des Betriebsinhabers einer Eisenbahn für einen durch den Betrieb verursachten Brand aus, als umgekehrt diese Haftung dafür schlechthin eintritt. Das Dasein einer Culpa in der Anordnung des Betriebes (einschließlich der Auswahl, Anweisung und Beaufsichtigung der zum Betriebe erforderlichen Leute) ist stets das Maßgebende. Ob eine solche im Einzelfalle vorliegt, ist Thatsache. Ist aber z. B. das Feuer dadurch herbeigeführt worden, daß auf Anordnung der Verwaltung entweder ein besonders gefährliches Brennmaterial, etwa ein funkensprühender Torf oder dergl., gebrannt ist, oder die erfahrungsmäßig schützenden Vorrichtungen an der Maschine fortge-

85) Das. Bd. 10 Nr. 164.

86) Noch weit verfehlter erscheint ein Erkenntniß desselben Gerichts v. 16. April 1861 (Seuffert Bd. 14 Nr. 208), wonach der Betrieb einer Eisenbahn durch Locomotiven nothwendig und unzertrennlich eine culpose Handlungsweise mit sich führt, und deshalb der Inhaber des Betriebes schlechthin für die durch Locomotiven-Funken verursachten Brandschäden haftbar wird. An dieser Stelle hat dieses Erkenntniß für uns nur insofern Bedeutung, als auch in ihm die Haftung einer juristischen Person aus einem culposen Delicte anerkannt wird.

lassen worden sind: so wird auch eine juristische Person als Betriebsinhaber haften müssen. — Nur nebenbei sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß eine Culpa der Verwaltung auch schon darin zu befinden ist, wenn dieselbe die, nach den bis dahin gemachten Erfahrungen, unter gewissen unvermeidlichen Umständen leicht der Entzündung ausgesetzten Grundstücke, namentlich Fichtenwaldungen, nicht, soweit die Expropriationsgesetze dies zulassen, expropriirt und durch Abholzen, Abmähen von Heide und Gestrüpp, Ziehen von Gräben und dergl. geschützt hat.

Besonders zahlreich sind die Erkenntnisse höchster Gerichtshöfe über aquilische Culpa bei Bauten.

Ein Urtheil des Ober-Appellationsgerichtes München v. 28. März 1851 ⁸⁷⁾ erklärt auch gegen den Fiskus die aquilische Klage für zulässig, weil dieselbe durch Vornahme einer an sich erlaubten positiven Handlung begründet erscheine, wenn jene Handlung die Veranlassung zur Beschädigung des Klägers geworden ist, und dem Beklagten die Hintansetzung der gewöhnlichen Vorsicht (hier ungenügende Bauführung, nämlich ein zu flach gegrabener oder ungenügend angebaumter Flußdurchstich) dabei zur Last fiel.

Nach Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes Darmstadt vom April 1846 ⁸⁸⁾ haftet eine Gemeinde für die außercontractlichen Beschädigungen Dritter durch die in ihrem Namen und Auftrage handelnden Personen, namentlich durch die Baubehörden, wenigstens insoweit sich dieselben unmittelbar in dem aufgetragenen Geschäfte bewegt haben.

M. E. sind beide Erkenntnisse nur unter der Voraussetzung richtig, daß entweder das, den Schaden veranlassende, Versehen schon in dem auf den Bau überhaupt bezw. dessen

87) Seuffert Bd. 4 Nr. 119.

88) Seuffert Bd. 7. N. 150.

Plan gerichteten Beschlusse der zuständigen Staats- oder Gemeindebehörde lag; oder daß die Baubehörde für diesen Beschluß eben die zuständige Behörde war. Versehen dagegen hinsichtlich der Ausführung eines culpafreien Baubeschlusses der ordnungsmäßigen Staats- oder Gemeindevertretung verpflichten Staat oder Gemeinde ebenso wenig, als ein privater Bauherr dadurch verpflichtet wird, daß der von ihm mit äußerster Vorsicht festgestellte Bauplan durch einen ebenso vorsichtig ausgewählten und angewiesenen Baumeister unvorsichtig ausgeführt wird.

Dagegen tritt sofort wieder ein Verschulden des Bauherrn, auch einer juristischen Person in solcher Eigenschaft, ein, wenn ein Fehler der bloßen Bauausführung, welcher kraft der erforderlichen Sorgfalt hätte erkannt werden müssen, bei der dem Bauherrn obliegenden Bauabnahme nicht erkannt wird oder ungeachtet seiner Wahrnehmung ohne Abhülfe bleibt.

Aus dem letzten Grunde dürften die Erkenntnisse des Oberhofgerichtes Mannheim ⁸⁹⁾ und des Obertribunals Berlin v. 27. Sept. 1859 ⁹⁰⁾ das Richtige getroffen haben, indem sie den Fiscus für bauliche Versehen haftbar machen.

Nicht so deutlich erkennbar ist die Richtigkeit des vom Ober-Appellationsgerichte zu Lübeck am 18. Febr. 1871 ergangenen Erkenntnisses. ⁹¹⁾ Im Hafen zu Bremerhaven war einer der zu den Staatsanstalten gehörigen Landungspfähle in Folge eines Constructionsfehlers durch heftigen Wind gebrochen, und das an jenem Pfahle befestigte Schiff, welches nunmehr auf ein anderes Schiff getrieben worden, hatte erheblichen Schaden gelitten. Das Erkenntniß geht

89) Seuffert Bd. 8 Nr. 53.

90) Das. Bd. 14 Nr. 36.

91) Seuffert Bd. 25 Nr. 128.

dabon aus, daß, wenn der Staat oder wer immer gegen eine Abgabe, wie solche im vorliegenden Falle vorkam, sich dem Publicum gegenüber zu Leistungen, welche dessen Wohlfahrt fördern sollen, verbunden und dem entsprechende Einrichtungen getroffen habe, er fortan nicht pflichtenlos sei. Zwar trete er, indem er die durch das öffentliche Recht gebotenen Verpflichtungen erfülle, mit dem Publicum nicht in ein Contractsverhältniß, wohl aber stelle sich sein fehlerhaftes Handeln, seine Uebertretung der öffentlichen Pflichten, dem Publicum gegenüber als imputabel, mithin als eine iniuria im Sinne des aquilischen Gesetzes dar. Aus diesem Grunde wurde der bremische Staat zu Schadenersatz verurtheilt. Wir stimmen mit der gegebenen Begründung insoweit überein, daß derjenige, sei es ein Private oder eine juristische Person, welcher dem Publicum außercontractlich eine Anstalt zur Benutzung bereitstellt, (und zwar einerlei, ob unentgeltlich oder für eine Abgabe,) bei dem in diesem Bereitstellen liegenden positiven Thun die äußerste Sorgfalt anwenden muß, welche erforderlich ist, die ordnungsmäßige Benutzung seiner Anstalt als solcher gegen Gefahren zu sichern, welche aus dem mangelhaften Zustande jener Anstalt hervorgehen können. Damit ist aber keinesweges gesagt, daß er für jeden in diesem Sinne gefährlichen Mangel seiner Anstalt verantwortlich sei. Vielmehr ist er dies nur dann, wenn ihn hinsichtlich jenes Mangels ein Verschulden trifft, also namentlich wenn er oder sein ordentlicher Vertreter ein Versehen begeht bei Feststellung des Planes der Anstalt; oder bei Auswahl, Anweisung, Beaufsichtigung der Leute, durch welche er diesen Plan ausführen läßt; oder bei der Abnahme der fertiggestellten Anstalt; oder endlich, sofern er dieselbe fortdauernd der öffentlichen Benutzung bereithält, nicht etwa nach ihrer Fertigstellung sie ein für allemal dem Publicum preisgibt,⁹²⁾ bei

92) In Beziehung auf diesen Unterschied kann es allerdings

der Instandhaltung der Anstalt, und in letzterer Hinsicht auch bei Auswahl, Unterweisung, Beaufsichtigung der Leute, welchen er die Sorge für die Instandhaltung übertragen hat. Sofern ihn jedoch in keiner der angeführten Beziehungen ein Verschulden trifft, steht er für das Verschulden der von ihm zur Ausführung oder Instandhaltung der Anstalt zugezogenen Leute nicht ein. Es ist nun im vorliegenden Falle möglich, daß der die Beschädigung des klägerischen Schiffes veranlassende Constructionsfehler des Landungspfahles, von vornherein im Plane liegend, den Plan selbst als einen unvorsichtigen erscheinen ließ; oder daß er verschuldet ist durch einen der bei der Ausführung zugezogenen Leute, während bei dessen Auswahl, Anweisung, Beaufsichtigung nachlässig verfahren worden; oder daß jener Fehler mit der gehörigen Sorgfalt bei der Abnahme oder bei der erforderlichen Beaufsichtigung der Anstalt hätte entdeckt werden müssen: und dann würde selbstverständlich der bremische Staat wegen der Culpa seiner Vertreter haftpflichtig gewesen sein: aus der Begründung des Urtheils jedoch geht dies nicht hervor. Vielmehr scheint es so, als ob dasselbe den Staat für jenen Mangel schlechthin verantwortlich mache. Auch dieses Urtheil erwähnt das Dogma der unbeschränkten Delictsunfähigkeit juristischer Personen ebenso wenig, als die vorhin angeführten; es scheint jenes Dogma nicht sowohl berichtigen, als umgehen zu wollen, indem es die Haftung des Staates nicht aus einer positiven Rechtsverletzung herleitet, sondern aus der Nichterfüllung einer ihm obliegenden Rechtspflicht. Und doch dürfte es unbestreitbar sein, daß diese außercontractliche Pflicht eine rein negative ist: nämlich die sorgfältige Vermeidung von Gefahren aus denjenigen positiven Handlungen, welche als

erheblich sein, daß er sich für die Benutzung im Einzelfalle eine Abgabe entrichten läßt.

eigene Handlungen des Staates gelten müssen. Auf keinen Fall aber rechtfertigt die Betonung der Nichterfüllung einer Rechtspflicht die Ansicht, daß der Staat unbedingt für seine Beamten und Gehülfen einstehen müsse. Ganz im Gegentheil hätte die Vergleichung der Nichterfüllung jener Pflicht mit der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit darauf hinweisen sollen, daß wie bei letzterer so auch bei ersterer der Schuldner keineswegs ohne weiteres für das Verschulden seiner Gehülfen aufzukommen brauche.

Ganz ausdrücklich wird die, in Wahrheit *ex lege Aquilia* erwachsene, Haftung des Staates in einem Erkenntnisse des berliner Obertribunals v. 6. April 1869⁹³⁾ auf den Satz gegründet,

„daß Fiscus, wo es sich um die Erfüllung von Privatverbindlichkeiten handelt, welche ihre Quelle nicht in dem öffentlichen, sondern in dem Privatrecht haben, gleich Privatpersonen haftet und im Falle pflichtwidriger Amtshandlungen die in ihren Rechten gekränkten Privatpersonen nicht an die Beamten verweisen kann.“

Diesem Satz befolgt auch ein Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichtes v. 10. Dec. 1872.⁹⁴⁾ Auf dem Bahnhofe der niederschlesisch-märkischen Eisenbahn in Breslau war ein Graben aufgeworfen behufs einer Wasserleitung, welche die Direction der genannten Bahn angeordnet, und mit deren Ausführung und Beaufsichtigung sie ihren Bahnmeister Hausmann beauftragt hatte. Der Maschinenputzer Seidel war nun durch Hineinstürzen in den Graben ums Leben gekommen; und das angeführte Erkenntniß erklärte den Eisenbahnfiscus als Grundeigenthümer bezw. Bauherrn

93) Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals Bd. 61 (Sechste Folge Bd. 1) S. 10.

94) Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes. Bd. 8 S. 201 ff. und Seuffert Arch. Bd. 28 Nr. 5.

den Erben des Seidel für ersatzpflichtig, weil zur Zeit von dessen Verunglückung der Graben nicht gehörig verwahrt gewesen sei, während doch das nämliche Erkenntniß es nicht als erwiesen betrachtete, daß der Bahnmeister Hausmann die ihm übertragene Pflicht, jenen Graben zu beaufsichtigen, vernachlässigt habe. Die Verurtheilung stützt sich auf §. 345 Nr. 9 (11) des preussischen Strafgesetzbuchs, wonach mit Geldbuße bis zu 50 Thln. oder Gefängniß bis zu 6 Wochen bestraft wird „wer — an Orten, wo Menschen hinkommen, Brunnen, Keller, Gruben, Oeffnungen u. s. w. dergestalt unverdeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann.“ Hiernach sei der Fiscus zwar nicht strafrechtlich, wohl aber civilrechtlich verantwortlich. Denn jener Strafandrohung liege als nothwendige Voraussetzung das Gebot zu Grunde, einen Graben an einer so gefährlichen Stelle gehörig zu verwahren, welches dem Fiscus als dem Grundeigenthümer die entsprechende gesetzliche, also dem Privatrechte entfließende, Pflicht auflege. Gemäß dem aus dem Erkenntniße des berliner Ober-Tribunals v. 6. April 1869 mitgetheilten Satze habe also der Fiscus für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit. Stehe nämlich eine juristische Person unbestrittenermaßen für das Verhalten ihrer Vertreter in Contractsverhältnissen ein wie für eigene Willensacte, so fehle der Grund, ihre Verantwortlichkeit dann zu leugnen, wenn es sich um die Nicht-Erfüllung — nicht einer freiwillig übernommenen, sondern ihr vom Gesetz selber auferlegten Verbindlichkeit handele. Im Gegentheil: werde der Wille der juristischen Person nur deshalb fingirt, damit sie vermögensrechtlich an dem bürgerlichen Verkehr theilnehmen könne, und werden ihr deshalb beim Erwerb der Rechte die Handlungen der Vertreter als eigene Handlungen angerechnet, so spreche der nothwendige Schutz dieses Verkehrs dafür, dieselbe Unrechnung festzuhalten, wenn es auf Ersatz

von Beschädigungen ankomme, welche dadurch entstanden, daß bestimmte, im Interesse jenes Schutzes auferlegte Verbindlichkeiten unerfüllt geblieben seien. — Ähnlich ein Urtheil des Appellationsgerichtes Celle v. 15. Nov. 1878.^{94a)} Es bedarf wohl keiner langen Ausführung darüber, daß diese Gleichsetzung einer Contractspflicht mit der hier angenommenen gesetzlichen Pflicht schon aus dem Grunde völlig verfehlt ist, weil der letztern ein berechtigtes Subject schlechterdings nicht gegenüber stehen kann. Jene vermeintliche gesetzliche Pflicht ist ganz und gar keine andere, als die rein negative, bei eignen positiven Handlungen alles für Dritte Gefährliche zu vermeiden, d. h. die durch die *lex Aquilia* begründete Pflicht: die Klage wegen ihrer Nichterfüllung ist die *Delictsklage* wegen *damnum iniuria datum*.

L. 28 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 (*Paul.* lib. 10. ad Sabin.):

Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus (= an Orten, wo Menschen hinkommen) fecerunt, eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.

Es erscheint deshalb sicherlich als übereilt, wenn ein Erkenntniß des Ober-Handelsgerichtes v. 17. Dec. 1873,⁹⁵⁾ gestützt auf das letztbesprochene und einige andere, größtentheils im Vorstehenden ebenfalls angeführte, Erkenntnisse der Neuzeit, die Behauptung aufstellt, daß im Gegensatz zum reinen römischen Rechte nach einem gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte die Unternehmer großer Transportanstalten, namentlich die Eisenbahnen, nicht nur für Verletzung des Transportvertrages durch ihre Leute hafteten, sondern

94a) Seuffert Arch. Bd. 34 (N. F. Bd. 4) Nr. 88.

95) Entscheidungen Bd. 12 S. 78 ff.

auch für den durch Verschuldung derselben außerhalb des Transportvertrages in der Ausübung ihrer Functionen im Dienste des Transportunternehmers angerichteten Schaden, m. a. W. nicht nur für Contractsculpa, sondern auch für f. g. aquilische Culpa, welche in Ausübung jener Functionen begangen wird. Auf eine in ihrer Begründung so durchaus unklare und in sich keineswegs übereinstimmende Rechtsprechung, wie die mitgetheilten Urtheile sie enthalten, vermag m. E. ein Gewohnheitsrecht überhaupt nicht gestützt zu werden.

Die gerügte Unklarheit ist auch nicht aufgeheilt in einem Erkenntnisse des Reichsgerichts v. 12. Dec. 1882, ⁹⁶⁾ wo unter Bezugnahme auf die drei letzten hier erörterten Urtheilssprüche es heißt:

„Die in Betreff der Verantwortlichkeit des Staates und der Korporationen für Versehen ihrer Beamten und Beauftragten schwankend gewesene Judikatur der höchsten Gerichtshöfe hat in der neueren Zeit jedenfalls den Grundsatz festgehalten, daß für die Erfüllung der aus Contractsverhältnissen hervorgehenden und der durch spezielle Gesetze auferlegten positiven Verpflichtungen juristische Personen gleich den Privatpersonen haften, und im Falle der Nichterfüllung solcher Verbindlichkeiten die Beschädigten nicht an ihre Vertreter oder Beamten verweisen dürfen.“

Hiermit wird die Verurtheilung der berliner Stadteisenbahn, bezw. des an deren Stelle getretenen Fiscus auf den Ersatz des Schadens begründet, den die, nach §. 367 Nr. 14 des deutschen Strafgesetzbuches strafbare, Unterlassung der, bei Ausführung der zur Fundamentirung des Eisenbahnbaues dienenden Raumarbeiten in der Spree,

96) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 8 Nr. 60 S. 236 f.

zur Sicherstellung des Klägerischen Fabrikgebäudes erforderlichen Maßregeln verursacht hatte. Auch hier stand m. E. ein *damnum iniuria datum* in Frage, und die Verurtheilung erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn jene Unterlassung der Eisenbahngesellschaft bezw. dem Fiskus als dem Bauherrn zur culpa angerechnet werden konnte, weil die zur Willensvertretung dieser Person berufenen Menschen entweder bei der Aufstellung des Bauplanes selbst die erforderlichen Sicherungsmaßregeln außer Acht gelassen, oder bei der Auswahl, Unterweisung, Beaufsichtigung der zur Ausführung des mit der nöthigen Vorsicht entworfenen Planes zugezogenen Personen es an der auch hierfür erforderlichen Sorgfalt hatten fehlen lassen. Schwerlich würde das Gericht ungeachtet der entgegenstehenden Erklärung des Urtheils „gleich den Privatpersonen“ einen privaten Bauherrn in weiterem, als dem bezeichneten Umfange haftbar gemacht haben.

Diese richtige Entscheidung trifft das Appellationsgericht Celle am 14. Febr. 1879.⁹⁷⁾ Aber auch dieses Urtheil spricht sich über sein Verhältniß zu dem Dogma der unbedingten Delictsunfähigkeit juristischer Personen nicht aus; es behauptet ihre Haftung *ex lege Aquilia* nach den angegebenen Gesichtspuncten einfach als geltendes Recht.

71. Neuerdings hat Dernburg⁹⁸⁾ versucht, die Haftung juristischer Personen wegen außercontractlichen Verschuldens ihrer ordnungsmäßigen Vertreter als Ausfluß der vermeintlichen Thatsache zu erklären, daß nach heutigem Rechte eine Corporation durch ihre Repräsentanten in deren Amtskreise vollständig vertreten werde, während die Römer den Beamten einer juristischen Person grundsätzlich ein

97) Seuffert Arch. Bd. 35 (N. F. Bd. 5) Nr. 287.

98) Pandekten Bd. 1 §. 66.

Recht, dieselbe zu repräsentiren, nicht zugestanden hätten. Den Beweis für diese Anschauung der Römer findet er in l. 27 D. de R. Cr. 12, 1:

(*Ulp.* lib. 10. ad ed.) Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Aus jenem Grundsätze, sagt Dernburg, ergab sich den Römern unter anderem, daß die Verwalter des Stadtvermögens bei Aufnahme von Darlehen für die Stadtgemeinde den Darlehensgläubigern persönlich hafteten, die Stadtgemeinde aber aus dem Darlehen nur insoweit in Anspruch genommen werden konnte, als es in ihren Nutzen verwendet war.

Allein die Entscheidung der l. 27 cit. beruht ganz und gar nicht auf einer eigenthümlichen Behandlung juristischer Personen im römischen Rechte. Vielmehr hängt sie damit zusammen, daß das *ius civile* grundsätzlich so wenig für natürliche wie für juristische Personen eine unmittelbare Stellvertretung bei Eingehung von Schulbverträgen kannte, sondern Forderung wie Verpflichtung ausschließlich für den Stellvertreter entstehen ließ.

Von diesem Grundsätze nämlich mußte schon das alte Civilrecht eine Ausnahme zulassen für Realcontracte, welche zur Rückgabe der empfangenen Leistung verpflichten. So wurde Darlehensgläubiger nicht derjenige, welcher die Zahlung der Darlehenssumme vornahm, als solcher, sondern derjenige, aus dessen Vermögen oder, nach der später⁹⁹⁾ gebilligten Ansicht, auf dessen Rechnung jene Summe gezahlt wurde;¹⁰⁰⁾ so erwarb die *actio depositi directa*

99) S. Windscheid Band. Bb. 2 §. 370 N. 10.

100) L. 126 §. 2 D. de V. O. 45, 1 (Paul. lib. 3. quaest.)
v.: — si liber homo nostro nomine pecuniam daret

unmittelbar derjenige, auf dessen Namen ein Dritter, gleichviel ob als bloßer Vote oder als Stellvertreter, die Sache deponirt hatte. ¹⁾ Umgekehrt aber wurde der Principal dem dritten Contrahenten seines Stellvertreters auch unmittelbar dadurch verpflichtet, daß der Letzte auf Rechnung des Principals vom Andern Sachen als Depositum, Commodat oder Darlehen übernahm. ²⁾

vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur. l. 2 §. 4. l. 9 §. 8 D. de R. Cr. 12, 1. l. 4 Cod. si cert. pet. 4, 2. l. 3 (2) init. Cod. per quas pers. nob. adq. 4, 27. v. Thering in seinen Jahrbüchern Bd. 2 S. 100 ff. Windscheid Band. Bd. 2 §. 313 N. 3 und N. 6.

- 1) L. 1 §. 11 D. dep. 16, 3 (Ulp. lib. 30. ad ed.): Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus. cf. l. 6 Cod. de donat. i. v. et u. 5, 16 und dazu Hellmann die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 58 f. unter 9. und v. Thering a. a. D. S. 109. — Darüber, daß l. 11 §. 7 und l. 12 D. de pign. act. 13, 7 der Behauptung im Texte nicht widersprechen, s. Hellmann a. a. D. S. 77, wo es jedoch §. 9, §. 8 und §. 6 v. unten heißen muß: a° pig. directa st. contraria, ebenso wie S. 75 §. 19 v. oben.
- 2) L. 1 §. 14 D. dep. 16, 3 (Ulp. lib. 30. ad ed.): Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo

Die durch einen Stellvertreter begründete Verpflichtung ex deposito oder ex commodato ist für den Principal genau die gleiche, wie die durch ihn selbst übernommene: für eine lediglich durch den Stellvertreter verschuldete Vereitelung der Rückgabe haftet er nur, soweit er daraus etwa bereichert ist.³⁾ Dagegen würde es eine Verschiebung des wahren Verpflichtungsgrundes sein, wollte man den Principal aus einem durch den Stellvertreter für ihn aufgenommenen Darlehen in dem gleichem Umfange haften lassen, wie aus einem persönlich aufgenommenen, d. h. bis zu dem vollen Betrage, der einmal in sein Eigenthum gelangt ist. Denn in der That rechtfertigt sich die unmittelbare Verpflichtung des Principals aus dem durch den Stellvertreter aufgenommenen Darlehen nicht sowohl kraft des rein formellen Grundes des Eigenthumserwerbsactes, als

depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi etc. S. auch l. 6 §. 1 D. de prec. 43, 26 (Ulp. lib. 71. ad ed.): Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprio dicor. und dazu Hellmann a. a. O. S. 55 unter 5. — Der Pfandcontract konnte vor Justinian auf fremde Rechnung nicht eingegangen werden, weil es unmöglich war, dem Principal ein Pfandrechtf zu erwerben. l. 11 §. 6 D. de pign. act. 13, 7, wo die Worte „plurumque“ und „semper“ wegen l. 2 (3) Cod. per quas pers. 2, 47 interpolirt sind. L. 21 pr. D. de pign. 20, 1 (Ulp. lib. 73. ad ed.) ist von einem Nuntius zu verstehen. Zimmermann die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio S. 310 ff. — Zur Fiducia konnte ein Stellvertreter für den Principal schon wegen der dazu nöthigen Form der in iure cessio oder mancipatio nicht erwerben, folglich auch den Principal nicht fiduciae obligiren.

3) L. 3 i. f. D. quando ex facto tut. 26, 9 (s. oben Ziffer 69 N. 72 S. 415).

vielmehr nur kraft des ganz materiellen der Vermögensverbesserung auf fremde Kosten. So läßt denn das *ius civile* den Principal aus solchem Darlehen auch nur zu dem Betrage haften, der wirklich seinem Vermögen zugute gekommen ist, und zwar ohne Unterschied, ob der Principal eine juristische oder eine natürliche, eine handlungsfähige oder eine handlungsunfähige Person ist. Gegen den handlungsfähigen Principal gab man seit Papinian statt der *actio directa* auf die *in rem versio* die wirksamere *actio quasi institoria*; ⁴⁾ gegen handlungsunfähige Principale, so auch gegen juristische Personen, blieb jene *actio directa* selbstverständlich die allein zulässige. ⁵⁾

4) L. 30 pr. D. de N. G. 3, 5. l. 19 pr. De de inst. act. 14, 3. l. 10 §. 5 D. mand. 17, 1. und dazu Mandry das gemeine Familiengüterrecht Bd. 2 S. 336 f. — Hat jemand dem unbevollmächtigten Vertreter eines Dritten *domini contemplatione* zur Bestreitung einer nothwendigen Ausgabe für den Letztern Geld geliehen, welches demgemäß verwendet worden ist, so hat er ganz folgerecht gegen jenen procurator eine Klage überhaupt nicht, obgleich derselbe Eigenthümer der empfangenen Geldstücke geworden ist: denn er wollte diesen gar nicht verpflichten. Wohl dagegen hat er eine Klage gegen den Principal, jedoch selbstverständlich nicht die Darlehnsklage, da mangels der Vollmacht der procurator dem Principal nicht einmal das Eigenthum der Geldstücke erwerben, geschweige denselben verpflichten konnte, vielmehr die *actio negotiorum gestorum*. l. 5 §. 2 D. de N. G. 3, 5. (Ulp.)

5) L. 3 Cod. quando ex facto tut. 5, 39 (Gordian. 239): Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius nomine mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est. L. 2 Cod. de cur. fur. 5, 70 (Id. 238): Orationis divi Severi beneficium, quo possessiones rusticas sine decreto praesidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non iniuria etiam ad agnatum

Das, was sich hier gegenüber dem reinen römischen Rechte geändert hat, ist die Anerkennung unmittelbarer Stellvertretung in der Begründung von Vertragsobligationen überhaupt. Infolge davon fällt die, gegenüber dem römischen Grundsatz der Unzulässigkeit dieser Stellvertretung, für Realcontracte auf Rückgabe zugelassene Ausnahme jetzt einfach unter den umgekehrten Grundsatz. Fraglich könnte nur das sein, ob die Verpflichtung handlungsunfähiger Principale aus einem Darlehen auf deren Bereicherung beschränkt bleibe. Es ist jedoch wohl kaum zu bestreiten, daß gegenüber der allgemeinen Zulassung unmittelbarer Stellvertretung in der Begründung von Vertragsschulden jene Beschränkung als eine völlig positive, wenngleich vielleicht durch Zweckmäßigkeit entschuldigete, Ausnahme erscheinen mußte. Dazu kommt, daß nach reinem römischen Rechte der Stellvertreter auch da, wo er den Principal unmittelbar zur Rückgabe verpflichtete, für seine eigene Person daneben haftbar blieb, und natürlich auf den vollen Betrag des Empfangenen, während nach heutigem Rechte der innerhalb

furiosi porrigitur. Si igitur citra decretum praesidis fundus mente capti etiam ab agnato eius tibi pignori nexus est, vinculum pignoris in eo non consistit, utilem (= wirksam) tamen adversus eum personalem actionem, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere. S. Mandry a. a. D. S. 333 f. Ganz folgerecht ist m. E. demnach die Entscheidung in l. 2 pr. D. quod iussu 15, 4 (Paul. lib. 30. ad ed.): Si tutoris iussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem „quod iussit tutor.“ Wenn nämlich der Tutor nicht einmal durch eigenes Aufnehmen des Darlehens den Bündel unmittelbar auf mehr als den Betrag der in rem versio verpflichten kann, dann versteht es sich von selbst, daß er dies auch nicht mittels seines iussus durch eine actio adiectitiae qualitatis zu thun vermag.

seiner Vollmacht als Stellvertreter Contrahirende persönlich gar nicht verpflichtet wird, folgeweis, wenn der Principal nur bis zur in rem versio haftete, die Forderung um den Unterschied zwischen dem dargeliehenen und dem in das Vermögen des Principals verwendeten Betrage dem Gläubiger einfach verloren ginge, jedenfalls dann, wenn dieser Unterschied ohne Dolus des Stellvertreters veranlaßt ist. Unter allen Umständen aber würde es Willkür sein, juristische Personen hierbei anders zu behandeln, als die übrigen handlungsunfähigen. *)

Nicht minder verfehlt ist die unterstützende Beweisführung Dernburgs für seine Behauptung aus l. 78 §. 2 D. de legat. II., einer von ihm völlig mißverstandenen Stelle, hinsichtlich deren die Verweisung auf Ziffer 69 N. 73 S. 416 f. genügt.

Uebrigens zeigt ja l. 5 §. 12 D. quod vi 43, 24 S. 419 unbestreitbar, wie wenig es die Römer für selbstverständlich hielten, „daß (eine juristische Person) wegen außercontractlicher Delicte ihrer Administratoren nicht haftet.“ 7)

- 6) S. das Erkenntniß des Appellationsgerichts Celle v. 20. Sept. 1871 in Seuffert Arch. Bd. 28 Nr. 213 unter II. — Vgl. einerseits Dernburg a. a. O. §. 66 N. 6, andererseits Windscheid Pand. Bd. 2 §. 370 zu Anm. 16.
- 7) Gestattet sei schließlich noch die Bemerkung, daß Dernburgs Ausdruck für das heutige Recht mir nicht ganz klar erscheint. Es heißt nämlich §. 66 a. E.: „Die juristischen Personen haften aus schuldhaften Unterlassungen ihrer Organe und nicht weniger für deren schuldhafte, ihrem Amtskreise zugehörige Handlungen, in demselben Maß, wie natürliche Personen für eigene Unterlassungen und Handlungen.“ Abgesehen von den Fällen der Ziffer 69 unter 3 (s. oben S. 415 ff.) können m. E. außercontractliche dolose Handlungen, eben weil sie dolos

72. Wenn eine, impetratischerseits die Voraussetzung eines Interdicts bildende, Widerrechtlichkeit von einem gewaltunterthänigen Menschen begangen wurde, so kamen auch im Interdictenverfahren die nämlichen Grundsätze zur An-

sind, niemals dem Amtskreise des Organs einer juristischen Person zugehörig sein. Demnach beschränkt sich die hier behauptete Haftpflicht für außercontractliche Handlungen (mit der erwähnten unerheblichen Ausnahme) auf culpoſe Handlungen. Haftbar aber machen diese nicht sowohl wegen ihres positiven Inhalts, als vielmehr wegen der unterlaufenden Unterlassung der erforderlichen Vorsicht. Andererseits begründet eine Unterlassung eine außercontractliche Verbindlichkeit nur, wo sie ein positives Thun zu einem schuldhaften, einem Delicte, macht. Daß Dernburg schuldhafte Unterlassungen und schuldhafte Handlungen einander gegenüber stellt, giebt der Auffassung Raum, es stehe in der That Verschiedenartiges in Rede. Sollte jedoch diese Auffassung Dernburgs Meinung wirklich entsprechen, so ist die letztere irrig: für dolose Delicte ihrer Vertreter haftet auch heute eine juristische Person niemals über ihre Bereicherung hinaus. Wenn Windscheid Pand. Bd. 1 §. 59 N. 9. Bd. 2 §. 470 N. 4 für die entgegengesetzte Ansicht auf Amtsvergehen von Richtern und anderen Staatsbeamten hinweist, welche nach seiner Meinung einen Schadensersatzanspruch auch gegen den Staat begründen, so läßt er dabei, abgesehen von der großen Bestrittenheit der Haftpflicht des Staates, gerade den entscheidenden Umstand außer Acht, daß sich die von ihm angenommene Haftpflicht des Staates nur bezieht auf pflichtwidrige Handlungen von Beamten in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, nicht aber, worauf es hier ankäme, auf Rechtswidrigkeiten derselben in Ausübung rein privatrechtlicher Angelegenheiten, die eine Classe von Handlungen aber einen Schluß auf die andere nicht zuläßt. Vgl. über diese Frage G. Meyer Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes 2. Aufl. §. 149 unter 2 C. 431 f.

wendung, nach welchen mittels gewöhnlicher Actionen der Gewalthaber für Delicte der Gewaltunterthänigen haftete.⁸⁾ Demgemäß hätte der Inhaber der patria potestas, der dominica potestas und des mancipium^{8a)} auch hier die Befugniß, durch noxae datio des schuldigen Gewaltunterthänigen der Haftung sich soweit zu entziehen, als dieselbe nicht auf einem fortbauernben thatsächlichen Zustande beruht. In solcher Anwendung heißen die Interdicte noxalia.

L. 5 D. de interd. 43, 1:

(*Paul.* lib. 13. ad Sabin.) Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur, veluti cum vi deiecerunt aut vi aut clam opus fecerunt. sed officio iudicis continetur, ut dominum sua impensa opus restituentem absolvat: patientiam tollendo operi praestantem noxae dedere iubeat et (si dedat *ins.* M.) absolvat, si non dedat, quantum impensae in tollendo opere erogatum sit, tanti condemnet: si neque patientiam praestet neque ipse tollat, cum possit, in tantum condemnet, in quantum index aestimaverit, atque si ipse fecisset.^{8b)}

L. 7 §. 1 D. quod vi. 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) *Neratius* quoque scribit, eum, cuius servus vi aut clam fecit, aut sua impensa ex interdicto opus restituere debere aut patientiam restituendi praestare et servum noxae dedere: plane si mortuo alienatove servo interdiceretur, patientiam

8) Schmidt Interdictenverf. S. 171—180.

8a) Schmidt das Hauskind in mancipio S. 19 f.

8b) Vgl. auch l. 40 §. 4 D. de H. P. 5, 3: (*Paul.* lib. 20. ad ed.) Ad officium iudicis pertinebunt et noxales actiones, ut, si paratus sit possessor noxae dedere servum, qui damnum dederit in re hereditaria vel furtum fecerit, absolvatur, sicut fit in interdicto Quod vi aut clam. Dazu Francke Commentar ad h. l. S. 365.

De interd. s. extraord. act., quae pro his compet. 445

dumtaxat praestare debere ait, ita, ut et emptor ex interdicto possit conveniri, ut impensam praestet aut noxam det: dominoque operis sua impensa restituente aut damnato, quia non restitueret, emptorem liberari. eadem et si contra dominus servi vel opus restituisset vel litis aestimatione damnatus esset: quod si tantum noxae dedisset, adversus dominum operis utiliter interdicti.

L. 14 eod.:

(*Julianus* lib. 68. digest.) Nam et si servus meus ignorante me opus fecerit, eumque vendidero vel manumisero, mecum in hoc solum agi poterit, ut patiar opus tolli, cum emptore autem servi, ut aut noxae dedat aut impensam, quae in restitutione facta fuerit, praestet: sed et cum ipso manumisso recte agi poterit.

L. 1 D. de vi 43, 16:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) §. 15: Quod igitur additur „aut familia tua deiecit,“ merito scriptum est in eum casum, in quem familia mea vi deiecit. ceterum si iussit, ipse deiecit.⁹⁾ nec gravari debet dominus, qui non iussit,¹⁰⁾ si servorum suorum factum praestaret, et si non iussu eius deiecerunt: nam non gravabitur hoc nomine,¹¹⁾ quippe cum aut pervenit ad eum aliquid et restitueret,¹²⁾ aut non pervenit, et ipsos servos maleficii causa noxae dedendo indemnis erit: quod enim noxae dedere compellitur, in damno non debet reputare, cum servus hoc possit domini deteriorem condicionem facere. — §. 19: Si quis tamen

9) ceterum — deiecit *del. M.*

10) qui non iussit *del. M.*

11) nam — nomine *del. M.*

12) restituet *leg. Haloander.*

neget se servum vel familiam ¹³⁾ defendere, ¹⁴⁾ cogendus est pati hoc interdictum, ad hoc scilicet, ut quod ad eum pervenit, restituat.

Außer den beiden in den eben mitgetheilten Stellen besprochenen interdicta Quod vi aut clam und Unde vi sind uns andere interdicta noxalia nicht bezeugt. Es bleibt mithin zu untersuchen, ob es deren nicht noch mehrere gegeben habe.

Unmittelbar leuchtet das ein, daß kein prohibitorisches Interdict als noxale gedacht werden kann. Denn zunächst muß das Delict, welches die Voraussetzung eines noxalen Interdicts bildet, bei Erlaß des letztern bereits geschehen sein: kein prohibitorisches Interdict aber entnimmt seine Voraussetzungen aus Rechtswidrigkeiten, welche impetratischerseits bereits begangen sind. ¹⁵⁾ Sodann würde es, wie Schmidt überzeugend bemerkt, ¹⁶⁾ sinnlos sein, dem Herrn zu verbieten, daß sich sein Slav eines Delicts wider seinen, des Herrn, Willen künftighin schuldig mache.

Nicht minder klar ist es, daß kein gebietendes Interdict noxal sein kann, soweit seine Voraussetzungen in possidere, habere oder in der thatfächlichen Möglichkeit zu exhibiren bestehen, sollten gleich diese Voraussetzungen durch

13) Schmidt Interdictenverf. S. 175 f. N. 7 macht die feine Bemerkung, Ulpian habe gewiß geschrieben: servum vel filium familias; die Compilatoren hätten dies nach Beseitigung der Noxalklagen wegen der Delicte von Hauskindern (§. 7 J. de nox. act. 4, 8) streichen müssen; statt dessen haben sie es nach der von Ulpian in §. 17 gegebenen Erklärung, wonach unter familia beim Unde vi auch ein einzelner Slave begriffen wird, ganz unangemessen geändert.

14) Si quis noget — defendere, tamen scr. M.

15) S. oben Ziffer 65 S. 379.

16) A. a. D. S. 176.

Deficit des Gewaltunterthänigen begründet worden sein. Jedenfalls dasjenige, was Sklav oder Haussohn besitzen, haben, zu exhibiren vermögen, besitzt, hat, kann der Gewalthaber exhibiren. ^{16a)} Und wenn schon es nach dem Berichte des Gaius ¹⁷⁾ zu dessen Zeit fraglich war, ob das Gleiche auch für den Besitz des in mancipio Befindlichen gelte, so werden wir doch annehmen dürfen, daß die Praxis diese Frage bejaht hat. ¹⁸⁾

16^a) Schmidt Interdictenverf. S. 176 f.

17) Inst. II, 90: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis sicut per eos, qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

18) Schmidt das Hauskind in mancipio S. 18 N. 68 unter f. Der von Gaius angeführte Zweifelsgrund: quia ipsas non possidemus — wurde beim Hauskinde nicht geltend gemacht; er kann deshalb nicht als durchschlagend betrachtet worden sein. Der wahre Zweifelsgrund ist wohl anderswo zu suchen. Ohne Wissen und Willen des Gewalthabers erwirbt der Gewaltunterthänige diesem den Besitz nur ex causa peculiari. Zu der Zeit aber, als sich in der fraglichen Beziehung die Besitzlehre entwickelte, erhielt eine Person in mancipio schwerlich oft ein Peculium. Denn ein solches hat nur bei dauerndem Gewaltverhältnisse Zweck; dauernd aber war das mancipium jetzt nur noch infolge der noxae datio; in diesem Falle wird jedoch ein Peculium kaum vorgekommen sein. Vgl. Mandry das gemeine Familiengüterrecht Bd. 2 S. 39 ff. Schmidt a. a. O. S. 18 f. So wird die Frage in der That so gemeint gewesen sein: erwirbt der Gewalthaber durch eine in mancipio befindliche Person den Besitz ohne sein Wissen und Wollen? Auch wer dies verneinte, durfte doch kaum den Besitzerwerb für den Gewalthaber mit dessen Wissen und Wollen verneinen: sonst würde auch der von Gaius ausdrücklich

Damit ist jedoch noch keinesweges gesagt, daß diese Interdicte auch insoweit nicht noxal sein konnten, als sie sich auf ein, ausgedrücktes oder stillschweigend verstandenes, *dolo fecisse, quo minus possideretur, haberetur u. s. w.* stützten. Diese Voraussetzung nämlich wird von den Römern ausdrücklich als *Delict* bezeichnet.

L. 4 D. de tab. exh. 43, 5:

(*Paul.* lib. 69. ad ed.) Si sint tabulae apud pupillum, et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.

So gut aber gemäß vorstehender Stelle der Vormund, welcher *dolo* die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition vereitelt hatte, mit dem *interdictum de tabulis exhibendis utile* haftete, obwohl die erste Voraussetzung des Interdicts, eben die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition gar nicht bei ihm, sondern bei dem Pupillen gewesen war: so gut konnte und mußte auch wegen eines Slaven, welcher jene bei seinem Herrn vorhandene Möglichkeit *dolos* vernichtet hatte, ein *interdictum noxale* stattfinden. Es war dies um so mehr geboten, als in einem *dolo facere, quo minus habeatur u. dgl.* durchaus nicht immer ein anderes *Delict*, etwa *furtum, damnum iniuria datum u. s. w.*, liegt,

betonte Eigenthumserwerb hinsichtlich der Erwerbsgeschäfte unter Lebenden auf die Mancipation beschränkt geblieben sein, da die *in iure cessio* nothwendig ausgeschlossen war. *Gai.* II, 96. Wenn aber der Gewalthaber wegen des von der Person in *mancipio* gemachten Besitzerwerbes belangt wurde, so erlangte er spätestens jetzt Kunde von diesem Erwerbe. Wollte er ihn nunmehr für sich haben, so besaß er; lehnte er jedoch denselben ab, ohne die Herausgabe des Besitzes an den Kläger zu veranlassen, so haftete er, *quia dolo fecit, quo minus ad se perveniret.*

folglich das widerrechtliche Betragen des Slaven oft straflos geblieben sein würde, wenn dasselbe nicht als ein eigenthümliches Delict bestraft worden wäre.¹⁹⁾

Außerdem tragen Delictsnatur die, gleich dem Quod vi aut clam, auf factum est lautenden interdicta de loco sacro und demolitorium,²⁰⁾ soweit sie gegen den Thäter als solchen gerichtet sind. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie nicht als noxale gegeben worden sein sollten, wenn der Thäter gewaltunterthänig war.²¹⁾

Endlich setzt auch das interdictum fraudatorium ein Delict voraus, nämlich die conscientia fraudis bei demjenigen, an welchen der fraudator eine körperliche Sache veräußert. Beging ein Gewaltunterthäniger dieses Delict, so stand gegen den Gewalthaber bis zu dessen Bereicherung eine actio in factum statt.²²⁾ Soweit eine Bereicherung des Gewalthabers nicht vorlag, konnten die verkürzten Gläubiger Ersatz nur erlangen mittels einer noxalen Anwendung der actio Pauliana oder des interdictum fraudatorium. Schwerlich stand dieser Anwendung des Interdicts ein Bedenken entgegen.²³⁾

Es versteht sich von selbst, daß die Formel eines Noxalinterdictes das mit ihr verfolgte Delict des Gewaltunterthänigen bezeichnen mußte. Hinsichtlich der interdicta Unde vi und Quod vi aut clam bedurfte es dazu einer Abänderung der proponirten Formel nicht.

19) Dies hat Schmidt Interdictenverf. übersehen.

20) S. oben Ziffer 58 zu N. 20 und 22 S. 338.

21) Schmidt a. a. D. S. 177 erwähnt das interdictum de loco sacro nicht.

22) L. 10 pr. i. f. D. quae in fraud. cred. 42, 8. Vgl. l. 6 §. 10 eod. — v. Schey Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 181 ff.

23) Schmidt a. a. D. erwähnt sie nicht.

Das *interdictum Unde vi* hatte in seinen beiden Formen einen ausdrücklichen Bestandtheil, welcher sich auf die Dejection seitens der Gewaltunterthänigen des *Impetraten* bezog, nämlich die Worte „*aut familia tua deiecit.*“

L. 1 D. de vi 43, 16:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) §. 11: Ait praetor: „*deiecisti aut familia (tua ins. Haloander) deiecit.*“ merito familiae mentio habita: nam cum „*deiecisti*“ **verbum** refertur ad personam eius, qui deiecit, **nec pertineat** ad eum, cuius familia deiecit (**nec enim ego videor deiecisse, si familia mea deiecerit**), consequens fuit addere „*aut familia tua deiecit.*“ §. 12: Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisse.

Der Ausdruck *familia* aber umfaßt zunächst die eignen *Schlaven* des *Impetraten*.

L. 1 cit. §. 16: *Familiae autem appellatio servos continet.*

Und zwar fällt nach der Ansicht *Ulpian's* schon ein einziger *Schlav* unter den Begriff *familia*.

L. 1 cit. §. 17: *Sed quaeritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium an vero et duum vel trium. sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi deiecerit, familiam videri deiecisse.*²⁴⁾

24) Falls die *lex Romana Visigothorum* den Text des *Paulus rec. sent. V, 6, 3* unverändert, namentlich unverfälscht, überliefert, so hat *Paulus* mindestens zwei *Schlaven* erfordert. *Non tantum si ipse dominus possessione deiciat, utile interdictum est, sed etiam si*

Sodann sind in der familia auch die fremden Sklaven begriffen, welche jemand besitzt.

L. 1 cit. §. 18: Familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est.

Demn auch für deren Delicte haftet der Besitzer.²⁵⁾

Weiter aber gehört zur familia in dem hier maßgebenden Sinne auch der Haussohn.

L. 195 §. 3 i. f. D. de V. S. 50, 16:

(Ulp. lib. 46. ad ed.) — interdicto Unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. sed et filii continentur.

Nach Beseitigung der Moralklagen aus Delicten von Hauskindern ist in der Compilation jede weitere Erwähnung des filius familias als des Dejicienten gestrichen.²⁶⁾

Ohne Zweifel wurde auch eine in mancipio befindliche Person zur familia in diesem Sinne gerechnet.

Das interdictum Quod vi aut clam hatte die neutrale Fassung auf factum est. Diese aber wurde schon früh in so weitem Sinne verstanden, daß sie auch das vi aut clam factum eines Gewaltunterthänigen des Impetraten einbegriff.

familia eius . familiae autem nomine etiam duo servi continentur. Das handschriftliche deiciatur ist sichtlich sinnlos; Cujacius liest deiciat; Schmidt a. a. D. S. 174 f. vermuthet, der Text habe ursprünglich gelautet deiciat v. v. (= unde vi) utile interdictum est. Vgl. übrigens auch Cic. pro Caec. 19, 55 (s. unten §. 1838 Ziffer 85 zu N. 68), wonach Ulpian's Auffassung schon zu Cicero's Zeit außer Zweifel gestanden zu haben scheint.

25) L. 11. l. 13. l. 27 §. 1. l. 28 D. de nox. act. 9, 4.

26) S. oben N. 13 S. 446.

L. 5 §. 8 D. quod vi 43, 24:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) Haec verba „Quod vi aut clam factum est“ ait *Mucius* ita esse „quod tu (fecisti *ins.* M.) aut tuorum quis (fecit *ins.* Schmidt a. a. D. §. 176 N. 8) aut tuo iussu factum est.

Entsprechend wird es auch für die noxale Anwendung der *interdicta de loco sacro* und *demolitorium* einer Abänderung der proponirten Formeln nicht bedurft haben.

Auders dagegen bei denjenigen *Interdicten*, welche ein *dolo fecisse* des Gewaltunterthänigen, *quo minus possideretur etc.* verfolgten: hier wird, geradeso wie bei der Anwendung gegen den der gleichen Handlung bezüchtigten Vormund,²⁷⁾ die Formel einer Abänderung unterlegen haben, mithin das *Interdict* als *utile* ertheilt worden sein. Das Gleiche ist für das *fraudatorium* anzunehmen.

Die Befugniß des *Impetraten*, sich durch *noxae datio* soweit zu befreien, als seine Haftung auf dem Gewaltverhältnisse beruht, war jedenfalls bei den *interdicta Quod vi* und *Unde vi* in der Fassung nicht ausgedrückt, wurde vielmehr aus dem *officium iudicis* für die *actiones ex interdicto* entwickelt.^{27a)} Das Gleiche ist aber auch für die übrigen *interdicta noxalia* anzunehmen.

War der *Delinquent* aus der fremden Gewalt befreiet worden, bevor das *interdictum noxale* gegen seinen Gewalthaber erwirkt worden war, so ging nunmehr das *Interdict* als *directum* gegen ihn selbst.²⁸⁾

Auch auf diesem Gebiete bringt uns die Darstellung

27) cf. l. 4 D. de tab. exh. 43, 5. s. oben §. 448.

27a) §. l. 5 D. de interd. 43, 1. (oben §. 444) l. 40 §. 4 D. de H. P. 5, 3 (oben §. 444 N. 8b). *Lenel* ed. perp. §. 388 zu N. 3 u. §. 374 zu N. 7.

28) L. 14 i. f. D. quod vi 43, 24 s. oben §. 445.

des interdictum Quod vi aut clam in den Pandekten eine besondere Belehrung.

L. 5 §. 11 D. quod vi 43, 24:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) Si quid servus meus fecit, non ob id mecum actio est, sed si id meo nomine aut suo fecit: nam si tuum servum mercennarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine, ob id non tecum, sed mecum, cuius iussu aut ²⁹⁾ nomine id opus a servo tuo factum fuerit, agendum erit hoc interdicto.

Wenn ein fremder Sklav als Lohnarbeiter bei mir meo nomine ein opus in solo vornimmt, so hafte ich deswegen, sein Herr aber nicht. Es ist sicherlich unstatthaft, mit der Glosse ³⁰⁾ die Worte „non tecum,“ welche die Haftung des Herrn als solchen ganz allgemein verneinen, so zu verstehen, als ob sie nur die Haftung des Herrn in eigenem Namen verneinen wollten, dagegen die Noxalklage offen ließen. Dem Arbeitgeber aber, der den Sklaven nur gebunden hat, steht selbstverständlich die Befugniß der noxae datio nicht zu. Somit findet in dem fraglichen Falle eine Noxalklage überhaupt nicht statt: ein Delict des Sklaven wird ungeachtet der Widerrechtlichkeit des opus nicht angenommen. Das Gleiche werden wir auch für die in unsrer Stelle zuerst besprochenen Fälle annehmen müssen, wo der Herr für das opus des Sklaven nur dann hafte, wenn dieser dasselbe eius nomine aut suo nomine gemacht hat. Der Grund aber, weshalb ein Delict des Sklaven in allen drei Fällen nicht angenommen wird, kann nur in dem Umstande liegen, daß er das opus alicuius nomine gemacht hat. Wann ist nun ein opus vi aut clam factum als

29) iussu aut *del. M.*

30) ad v. *non tecum*] directo. sed noxali. Joan. ut infra eod. l. *si alius* (7) in princ. (§. 1).

alicuius nomine gemacht anzusehen? Zunächst unzweifelhaft, wenn es iussu alicuius gemacht worden ist, dem der Sklav Gehorsam zu leisten hatte. In der That steht es fest, daß der Sklav ein Delict nicht begeht, wenn er auf Geheiß des Herrn oder eines Dritten, welchem er gehorchen muß, etwas thut, was eine atrocitas facinoris nicht enthält.³¹⁾ War übrigens der Auftraggeber seinerseits frei von Verschulden, so liegt ein opus clam factum überhaupt nicht vor, sollte gleich der beauftragte Sklav mit Grund Widerspruch eines Dritten besorgt und deshalb die Ausführung des opus vor demselben verheimlicht haben.³²⁾ —

31) L. 11 §. 7 D. quod vi 43, 24 = l. 157 pr. D. de R. J. 50, 17; (Ulp. lib. 71. ad ed.) An ignoscitur servo, qui obtemperavit tutori aut curatori? nam (An — nam om. l. gem.) ad quaedam (ea l. gem.), quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his qui vice dominorum sunt (velut tutoribus et curatoribus ins. l. gem.), obtemperaverint. quod et in hoc casu admittendum est (quod — est om. l. gem.) l. 2 §. 1 D. de nox. act. 9, 4: (Ulp. lib. 18. ad ed.) — nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. l. 169 pr. D. de R. J. 50, 17: (Paul. lib. 2. ad Plautium) Is damnum dat, qui iubet dare: eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. Vgl. A. Schmidt von der Delictsfähigkeit der Sklaven nach römischem Recht 1. Abth. Leipz. 1873 (Progr.) S. 11 f. unter IV.

32) L. 21 §. 1 D. quod vi. 43, 24: (Pompon. lib. 29. ad Sabin.) Si iussero servum meum opus facere, cum, quantum ad me pertinet, in clandestini suspicionem non veniret, servus autem meus putaverit, si rescisset adversarius, prohibitorium eum, an teneat? et non puto, cum mea persona sit intuenda. Auch hier will die Glosse ad v. intuenda die Worte „non puto“ nur als Verneinung der actio directa verstehen, dagegen eine Nothallage geben. L. 14 D. eod., auf welche sie sich

Alicuius nomine macht der Slav ein opus aber auch dann, wenn er ohne ausdrückliches Geheiß dasselbe in Wahrnehmung der Fürsorge für ein Grundstück macht, welche jener ihm übertragen hat. Damit haben wir zugleich das richtige Verständniß gewonnen für das vom Slaven gebrauchte „suo nomine“ im Gegensatz zu dem nomine domini.³³⁾ Es heißt „für ein zu seinem Peculium gehöriges Grundstück,“ also kraft der ihm vom Herrn eingeräumten Verwaltung des Peculium. Nun würde es freilich in hohem Maße verwunderlich sein, wenn der Slav imstande wäre, mittels des Vorwandes, das opus sei in dem angegebenen Sinne nomine domini oder nomine peculii gemacht worden, auch ein mit bewußter Widerrechtlichkeit vorgenommenes Handeln vor den Rechtsfolgen eines von ihm begangenen Delictes zu sichern. Allein dem ist in Wahrheit gar nicht so. Macht der Slav das opus zuwider dem ihm bekannnten Einspruche eines Dritten oder mit absichtlicher Heimlichkeit gegenüber demjenigen, von welchem er Einspruch befürchtet, m. a. W. geht er bei Vornahme des opus dolos vor, so handelt er gar nicht mehr kraft der ihm anvertrauten Fürsorge für das Grundstück

dafür beruft, beweiset dies schlechterdings nicht: in ihrem Falle hat ja servus meus ignorante me das opus gemacht. Vgl. l. 2 D. de litig. 44, 6: (Ulp. lib. 6. fideicomm.) Si servus cum emerit, scit, ignoravit autem dominus vel contra, videndum est, cuius potius spectanda sit scientia. et magis est, ut scientia inspicienda sit eius, qui comparavit, non eius, cui acquiretur, et ideo poena litigiosi competit, sic tamen, si non mandatu domini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet: et ita Julianus in re litigiosa scribit.

33) Richtig schon die Glosse ad v. suo] id est peculiari. Joann.

oder kraft der ihm eingeräumten Verwaltung des Peculium, ebenso wenig, wie der generelle Stellvertreter innerhalb seiner Vollmacht handelt, wenn er dergleichen thut.³⁴⁾ Als *nomine domini* oder *nomine peculii* kann also ein widerrechtlich vom Sklaven ohne ausdrücklichen Auftrag gemachtes *opus* lediglich dann gelten, wenn dasselbe *culpos* gemacht ist, d. h. wenn bei der gehörigen Erwägung des fremden Interesse der Sklav sich hätte sagen müssen, es werde von dritter Seite Einspruch gegen das *opus* eintreten. — Fraglich endlich kann es scheinen, ob als *nomine domini* gemacht auch ein solches *opus* gelte, welches der Sklav sowohl ohne ausdrücklichen Auftrag als auch ohne Beziehung auf die ihm überlassene Fürsorge für ein Grundstück des Herrn, allerdings aber zum vermeintlichen Vortheile des Herrn, m. a. W. als dessen *negotiorum gestor* gemacht hat, sofern nämlich der Herr dieses *opus* gutheißt. Ohne Zweifel eignet sich kraft der Genehmigung der Herr jenes *opus* mit der Wirkung an, daß er deswegen in gleicher Weise dem *interdictum Quod vi aut clam* haftet, als ob er selbst das *opus* gemacht hätte. Der Sklav dagegen wird hierdurch des von ihm begangenen *Delictes* ebenso wenig entlastet, als dies im entsprechenden Falle ein freier *negotiorum gestor* werden würde.³⁵⁾ — Demnach gilt im Sinne

34) S. oben Ziffer 69 zu R. 77b S. 421 f.

35) L. 13 D. *quod vi* 43, 24 (Ulp. lib. 71. ad ed.) §. 6: *Si colonus meus opus fecerit, si quidem me volente vel ratum habente, perinde est, atque si procurator meus (= derjenige, welcher im Einzelfalle für mich handeln will) fecisset, in quo placet, sive ex voluntate mea fecerit, teneri me, sive ratum habuero, quod procurator fecit. §. 7: Julianus ait: si colonus arborem, de qua controversia erat, succiderat vel quid aliud opus fecerit, si quidem iussu domini id factum sit, ambo tenebuntur, non ut patientiam praestent, sed ut*

der l. 5 §. 11 cit. als ein opus nomine domini factum, infolge dessen eine Nothhaftung nicht eintritt, nur ein solches opus des Slaven, welches entweder auf besonderes Geheiß (iussu) des Herrn gemacht ist, oder in Wahrnehmung der dem Slaven anvertrauten Fürsorge für ein Grundstück, während der Slav einen Einspruch von dritter Seite, welcher verständigerweise vorauszusehen war, nicht erwartete. Muß nämlich im letztern Falle das opus selbst als opus des Herrn gelten, so hat dieser auch die dabei unterlaufende culpa sich allein anzurechnen, weil diese davon als besonderer, dem Slaven zuzurechnender, Theilbestand sich gar nicht abtrennen läßt.

So bestätigt l. 5 §. 11 cit. unsere Ausführungen in Ziffer 69 über die Möglichkeit, culpose Delicta durch Vertretung zu begehen.

§. 1837 a.

Exceptiones. ¹⁾

73. Solche Vertheidigungsgründe des Beklagten, welche die Wahrheit der klägerischen intentio nicht ausschlossen, bewirkten bei den actiones des Formularverfahrens

impensam quoque ad restituendum praebeant: si autem dominus non iusserit, colonus quidem tenebitur, ut patientiam et impensam praestet, dominus vero nihil amplius quam patientiam praestare cogendus erit. Befreit nicht einmal der vorgängige iussus des Verpächters den Pächter von der vollen eignen Haftung für das von ihm vi aut clam gemachte opus, so kann ihn natürlich auch die nachfolgende Genehmigung davon nicht befreien. Der colonus aber wird nicht anders beurtheilt, als ein anderer Vertreter für den Einzelfall.

1) Schmidt a. a. D. S. 95—115.

bekanntlich eine Ausnahme von der, für den Fall der Wahrheit der intentio an sich anbefohlenen, Verurtheilung des Beklagten kraft eines Formelzusatzes, als *exceptiones*. Unter der gleichen Bezeichnung nahmen im Interdictenverfahren Vertheidigungsgründe des Impetraten dem gegen ihn erwirkten Interdicte die verbindliche Kraft, obgleich die zu deren Begründung erforderlichen Voraussetzungen vorhanden waren.

Nun bestand das Interdictenverfahren schon zur Zeit der ausschließlichen Herrschaft des *Legisactionen-Processes*; ²⁾ dieser aber kannte *exceptiones* nicht. ^{2a)} Es ist demnach vielleicht nicht zu kühn, den Anfang des *Exceptionswesens* im Interdictenverfahren zu vermuthen. ^{2b)} Jedenfalls ist es wenig wahrscheinlich, daß der Prätor etwa im Sinne des Gedankens: Ein Proceß — Eine Frage, jemals z. B. mittels des *interdictum Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*, demjenigen, welcher eine Veränderung des Wasserlaufes des Uferschutzes halber vornehmen wollte, dies zunächst schlechtthin untersagt, ihm hinterher aber, ungeachtet der Verurtheilung aus diesem Interdicte, mittels eines zweiten Interdictes dabei Schutz gewährt habe. Kaum glaubhafter dürfte es sein, der Prätor habe den Bescheid auf die Bitte um das erstgenannte Interdict solange hinaus-

2) S. unten §. 1839 Ziffer 110.

2a) Gai. IV, 108: *Alia causa fuit olim legis actionum: — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

2b) Das Bedenken, welches Venel über Ursprung und Wirkung der *Exceptionen* S. 43 f. der Ansicht Karlowas der röm. Civilproceß S. 101, wonach *exceptiones* zuerst in den *sponsiones* vorgekommen seien, aus der Fassung der *condemnatio formulae* entgegenstellt, (vgl. unten N. 4) trifft unsere Vermuthung nicht.

geschoben, also, wenn auch gegen cautio restitutum iri, die Aenderung des Wasserlaufes geschehen lassen, bis zuvor, sei es durch seine eigne Cognition, sei es mittels eines Sponsionsverfahrens, über die Einrede wegen des Uferschutzes befunden worden wäre. Wie natürlich dagegen erscheint es, daß das Verbot, den Wasserlauf zu ändern, von vornherein unter der Maßgabe erging, „sofern die Aenderung nicht des Uferschutzes halber geschehe,“ m. a. W. daß das Interdict die exceptio erhielt: quod eius ripae muniendae causa non fiet! 3) Die Uebertragung der exceptiones von den Interdicten auf die actiones mußte sich ganz von selbst machen, nachdem die lex Aebutia die Formulirung der letzteren dem Prätor zugewiesen hatte. 4)

Fassen wir hiernach den Begriff der exceptio allgemein als denjenigen eines Zusatzes zu einem prätorischen Befehle, welcher eine Ausnahme von dessen verbindlicher Kraft bewirkt, 4a) so hat es in der That nichts Auffallendes mehr, die Bezeichnung „exceptio“ auch auf solche Zusätze von den in Interdictsform ertheilten Befehlen des Prätors angewandt zu finden, welche ohne Antrag des Impetraten,

3) L. un. §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43, 13.

4) Doch soll hiermit keinesweges gesagt sein, daß der Gebrauch der exceptiones in den formulae actionum in unmittelbarem Zeitan schlusse an die lex Aebutia angekommen sei. Dagegen spricht mit vieler Wahrscheinlichkeit die Fassung der absolutio formularum, welche mit den Worten „si non paret, absolve“ streng genommen eine Freisprechung infolge einer exceptio ungeachtet der Wahrheit der intentio nicht zuläßt. Senel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 43 f.

4a) Vgl. Eisele die materielle Grundlage der Exceptio S. 37: „exceptio ist derjenige zu Gunsten des Beklagten in die formula eingefügte Zusatz, wodurch eine nach ius civile unerhebliche Thatsache zur negativen Condemnationsbedingung gemacht wird.“

also selbstverständlich und ständig in die Interdictsformel eingefügt wurden, während gegenüber einer actio eine exceptio lediglich auf Antrag des Beklagten im Einzelfalle, mithin als außerordentlicher oder zufälliger Bestandtheil der formula actionis, auftrat.

L. 1 §. 11 D. de itin. actuq. priv. 43, 19:

(Ulp. lib. 70. ad ed.) Si tibi fundum precario concessero, cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris: an noceat tibi *exceptio*, si adversus eum velis interdicere, a quo precario viam rogasti? et magis est, ut noceat etc., nämlich die in der proponirten Formel des interdictum de itinere actuque privato enthaltene exceptio „nec vi nec clam nec precario ab illo.“

L. 15 §. 5 D. quod vi. 43, 24:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) — causa cognita *annuam exceptionem* remittendam, nämlich die in der proponirten Formel des interdictum Quod vi enthaltene exceptio „si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est.“⁵⁾

Mit diesem innern Gegensatz der ständigen und der unständigen Exceptionen hängt ein äußerer eng zusammen. Die Fassung der nur im Einzelfalle beigelegten exceptio weist deren Wesen entsprechend darauf hin, daß dieselbe eine Ausnahme von dem Befehle bewirken soll, welchem sie beigelegt worden ist: diese Fassung ist m. a. W. gegenüber der feststehenden Fassung des Befehles selbst stets eine negative. Dagegen ist es wohl nicht minder begreiflich, daß jene ständigen Exceptionen, eben als nothwendige Stücke des gesammten Erlasses, bei dessen von vornherein auf sie miterstreckter Formulirung im Edicte vielfach eine Fassung erhalten haben, welche sie als Ausnahmen von dem gebe-

5) Schmidt a. a. D. S. 101 ff.

nen Befehle nicht heranstreten läßt, vielmehr dem oberflächlichen Blicke zu Voraussetzungen der bindenden Kraft dieses Befehles zu machen scheint. Hier werden sie nur aus ihrem innern Wesen als Exceptionen erkennbar.

Ständige exceptiones finden wir in vielen Interdicten.

Das interdictum *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est*, hat die ständige exceptio „si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est, et per te stat, quo minus ita promittatur satisve detur.“⁶⁾

Im interdictum *Ne quid in loco publico fiat* erscheint die ständige exceptio „praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est.“⁷⁾

Das interdictum *de vi non armata* enthält die ständige exceptio „quod nec vi nec clam nec precario a te possideret.“⁸⁾ Die interdicta *Uti posside-*

6) L. 4 §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4. *Uenel ed. perp.* S. 377 N. 3. Schmidt bestreitet die ständige Natur jener exceptio, da er irrig annimmt, das Interdict habe sich auch auf die sonstigen Fälle der missio bezogen, wo dann freilich die exceptio nicht angebracht gewesen wäre.

7) L. 2 pr. D. ne quid in loco publ. 43, 8. *Uenel a. a. D.* S. 367 zu N. 8.

8) *Uenel a. a. D.* S. 373. Vgl. das. S. 376 vor N. 9 und unten N. 23. Nach Cic. pro Caec. 32, 92: In illa vi cotidiana non satis est posse docere se deiectum, nisi ostendere potest, cum possideret, tum deiectum. Ne id quidem satis est, nisi docet, ita se possedissee, ut nec vi nec clam nec precario possederit —, könnte es scheinen, als ob Kläger die Fehlerlosigkeit seines Besitzes zu erweisen habe. Dies widerlegt sich aber durch die unmittelbar folgenden Worte: Itaque is, qui se

tis, ⁹⁾ de superficiebus, ¹⁰⁾ Utrubi, ¹¹⁾ de itinere actuque privato, ¹²⁾ de itinere actuque privato reficiendo, ¹³⁾ de aqua cottidiana et aestiva, ¹⁴⁾ de rivis, ¹⁵⁾ de fonte, ¹⁶⁾ de fonte reficiendo ¹⁷⁾ haben statt dessen die kürzere Fassung „nec vi nec clam nec precario ab illo“ — „a te“ — „alter ab altero“ — oder ähnlich. Daß diese Fassung in der That keine andere Bedeutung hat, als die vollere des Unde vi, erhellt am Uti possidetis: nach dem Berichte des Festus s. v. possessio M. p. 233 hieß es ursprünglich auch bei jenem: quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis. ¹⁸⁾

Zur Geltendmachung der Verjährung dient bei den interdicta Quod vi aut clam und fraudatorium die stän-

restituisse dixit, magna voce saepe confiteri solet se vi deiecisse, verum illud addit: „Non possidebat“ vel etiam, cum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsionem, si planum facit ab se illum aut vi aut clam aut precario possedissee.

- 9) Lenel a. a. D. S. 377 zu N. 12 f. hier heißt es „nec vi nec clam nec precario alter ab altero.“
- 10) Lenel a. a. D. S. 383 vor N. 6. Hier heißt es ebenso.
- 11) Das. S. 392 zu N. 4. Hier heißt es „nec vi etc. ab altero.“
- 12) Das. S. 383 f. zu N. 1. Hier heißt es „nec vi etc. ab illo.“ S. oben S. 460.
- 13) Das. S. 384 zu N. 9. Hier heißt es „non v. non cl. non pr. ab illo.“
- 14) Das. S. 384 vor N. 16 und S. 385 nach N. 1. „nec v. nec cl. n. prec. ab illo.“
- 15) Das. S. 386 zu N. 19. „non vi etc. a te.“
- 16) Das. S. 385 vor N. 23. „nec vi etc. ab illo.“
- 17) Das. S. 386 vor N. 1. „non vi etc. ab illo.“
- 18) Schmidt a. a. D. S. 110 f.

dige exceptio „si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est.“¹⁹⁾

Diese ständige exceptio enthält augenscheinlich nicht „ein vom Prätor als Bedingung der Gültigkeit des Interdicts aufgenommenes Erforderniß“²⁰⁾ sondern „eine Beschränkung des Grundgedankens des Interdicts, also die gedankenmäßige Ausnahme vom Befehl.“²¹⁾ Demgemäß trifft, durchaus der Fassung entsprechend, den Impetraten der Beweis der Verjährung. Jene ständige exceptio wird also in dieser Hinsicht genau so behandelt, wie die auf Antrag des Beklagten einer actio pura im Einzelfalle beigefügte exceptio.

Ganz die gleiche Bedeutung jedoch kommt ohne Frage der Clausel des Unde vi (non armata): „in hoc anno“²²⁾ zu. Eine klagbegründende Thatsache hierin ist ganz undenkbar; unleugbar ist vielmehr der Anspruch auf Wiederherstellung des durch die vis geänderten Zustandes schon mit dem Dasein der vis begründet. Allein er besteht laut jener Clausel nur für die Dauer eines Jahres. Demnach ist der Ablauf dieses Jahres eine rechtsvernichtende Thatsache, deren Beweis dem Impetraten obliegt. Sachlich ist also unsere Clausel nichts Anderes als eine ständige exceptio;

19) Das. C. 387 zu N. 12 und C. 398 zu N. 15. Beim fraudatorium werden hinter „cum“ die Worte eingeschoben „de ea re qua de agitur.“ L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8 (s. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 2). In l. 1 pr. D. quod vi 43, 24 sind die Worte „si non plus quam annus est“ durch Abschreibersehen ausgefallen. cf. l. 15 §§. 4 sq. eod.

20) Wie Huschke Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13. C. 322 N. 63 meint.

21) So Schmidt a. a. D. C. 105 vor N. 15.

22) Cic. pro Tull. 19, 44. l. 1 §. 39 D. de vi 43, 16. Senel a. a. D. C. 371 unten und C. 373.

und ebenfogut wie die Clausel des *interdictum de itinere actusque privato* „*nec vi nec clam nec precario ab illo*“ als *exceptio* bezeichnet wird, ^{22a)} darf die gleiche Bezeichnung auch für unsre Clausel gebraucht werden. ²³⁾

Nicht anders verhält es sich mit der Verjährungsclausel ²⁴⁾ in den *Interdicten* zum Schutze der Ausübung

22a) L. 1 §. 11 D. de itin. actusq. priv. 43, 19. (s. oben S. 460).

23) Schmidt a. a. O. S. 106 und S. 118 N. 7 will die Bezeichnung *exceptio* nur da zulassen, wo die *exceptivische*, d. i. die Form der Ausnahme einhaltende, Fassung gebraucht wird oder wenigstens ursprünglich gebraucht worden ist. Schwerlich aber ist diese Fassung beim *interdictum de itinere* jemals angewandt worden; jener Ausdruck würde sich bei ihm also nur etwa durch Uebertragung vom *Uti possidetis* rechtfertigen (s. oben zu N. 18). Weshalb sollte dann nicht auch das „*in hoc anno*“ als gleichbedeutend mit dem „*si non plus quam annus est*“ wie dieses selbst *exceptio* heißen? Uebrigens sehe ich nicht, weshalb Cic. pro Caec. 8, 23 und 22, 69, wo es im Gegenjage zum *interdictum de vi non armata* vom *interdictum de vi armata* heißt, dasselbe werde herkömmlich „*sine ulla exceptione*“ gegeben, nicht auch auf das Fehlen der Clausel „*in hoc anno*“ bezogen werden dürfte (cf. Cic. ad div. 15, 16, 3 f. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 5.), vielmehr auf das Fehlen der Worte „*quod nec vi nec clam nec precario a te possideret*“ beschränkt bleiben müßte. Der, wie wir oben N. 8 gesehen haben, ohnehin nicht eben besonders präcis gefasste, Satz derselben Rede 32, 92 beweiset in dieser Hinsicht gar nichts, da im Falle Caecinas von Verjährung zu reden schlechterdings kein Anlaß vorlag. Zur Sache vgl. Keller *semestria* I. p. 326 sqq. Lenel ed. perp. S. 375 zu N. 9 f.

24) Darüber, daß es sich auch bei diesen *Interdicten* um eine Verjährung handelt, freilich nicht um eine Verjährung des *Interdictes* als solchen, sondern um eine Verjährung

von servitutes discontinuae, sowie beim interdictum de itinere privato reficiendo. Hier heißt es:

Quo itinere — hoc anno — usus es — ²⁵⁾

Uti hoc anno (priore aestate) aquam — duxisti — ²⁶⁾

Uti de eo fonte — hoc anno aqua — usus es. ²⁷⁾

Es würde widersinnig sein, den Umstand, daß die fragliche Ausübung innerhalb des letzten Jahres (Sommers u. s. w.) stattgehabt hat, als rechtsbegründende Thatsache zu behandeln: das aus jener Ausübung entsprungene Recht auf Schutz in weiterer Ausübung erlischt, sobald seit der letzten Ausübungshandlung der im Interdicte bezeichnete Zeitraum verflossen ist. Die Geltendmachung dieses Rechtstilgungsgrundes durch Nachweis des dazu erforderlichen Zeitablaufes ist demnach an sich Sache des Impetranten. Doch wird freilich hier begreiflicherweise der auf die Thatsache der Ausübung gerichtete Beweis des Impetranten noch häufiger zugleich die Verjährung darlegen, als der auf die Thatsachen der Dejection, des vi aut clam factum, der fraudulosen Veräußerung gerichtete Beweis des Impetranten bei den interdicta Unde vi, Quod vi aut clam, fraudatorium dies thut. Denn bei den ersteren Interdicten wird die Verjährung continue berechnet: ^{27a)} ihr Ablauf ergibt sich also ohne weiteres, sobald beim Beweise der Ausübung deren Zeitpunkt genau festgestellt worden ist. Bei den letzteren Interdicten dagegen wird die Verjährung utiliter berechnet: ^{27b)} ihr Ablauf ist erst dann erwiesen, wenn es feststeht, daß nach der ihren Eintritt

des durch das Interdict geschützten Rechtes selbst, — s. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu N. 23.

25) Lenel a. a. D. S. 383 N. 18. S. 384 §. 250 unter 2.

26) Das. S. 384 vor N. 15. S. 385 zu N. 1.

27) L. 1 pr. D. de fonte 43, 22.

27a) S. unten §. 1837 b Ziffer 78 a. G. zu N. 32 ff.

27b) S. das. zu Anf. zu N. 26 ff.

bedingenden Thatsache ein Jahr verstrichen ist, seitdem *experiundi potestas erat*.

Exceptivisch ist ihrem Wesen nach nicht minder die Clausel „*maiore parte huiusce anni*“ des *Utrubi*. Auch sie macht eine Verjährung des Rechtes auf Besizschutz geltend, und zwar eine Verjährung, welche in ganz eigenthümlicher Art durch Vergleichung der Besitzzeiten beider Parteien innerhalb des letzten Jahres vor Erwirkung des *Interdictes* berechnet wird. ²⁷⁰⁾

Ebenfalls exceptivische Bedeutung haben die ständigen Clauseln der *interdicta de via publica reficienda, de ripa munienda, de rivis, de fonte reficiendo*:

dum ne ea via idve iter deterius fiat — ²⁷⁴⁾

dum ne ob id navigatio deterior fiat — ²⁸⁾

dum ne aliter aquam ducat, quam uti hoc anno (hac aestate) — *a te duxit* — ²⁹⁾

dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno — *usus es.* — ³⁰⁾

Allerdings findet kraft dieser Formelglieder die Befugniß zur Ausbesserung eines Weges, einer Wasserleitung, eines Brunnens oder zum Uferschutze ein für allemal ihre Begrenzung; allein es gehört keinesweges zu den diese Befugniß begründenden Thatsachen, daß die im Einzelfalle beabsichtigte Ausbesserungs- oder Schutz-Maßnahme jene Grenze nicht überschreite: vielmehr bildet jene Grenze einen diese Befugniß hindernden Umstand und insofern für den vorliegenden Fall eine Ausnahme von deren allgemeiner

270) Das Nähere s. unten §. 1837 b Ziffer 77 zu R. 25c.

274) L. 1 pr. D. de via publ. et it. refic. 43, 11.

28) L. un. pr. D. de ripa num. 43, 15.

29) L. 1 pr. D. de riv. 43, 21.

30) L. 1 §. 6 D. de fonte 43, 22.

Statthaftigkeit.³¹⁾ Den Impetraten trifft also der Beweis jener Thatfachen. Daß unsere dürftige Quellenüberlieferung die fraglichen Clauseln nicht exceptiones nennt, ist doch wohl unerheblicher Zufall.

Umgekehrt dagegen verhält es sich bei den interdicta Quod legatorum, de ripa munienda und Ne vis fiat aedificanti mit den Clauseln, welche auf die Prüfung des Umstandes hinweisen, ob die erforderliche Caution seitens des Impetranten geleistet oder doch nicht widerrechtlich verzögert, bezw. daß ihre Bestellung seitens des Impetraten vereitelt worden sei. Jene Clauseln lauten:

si eo nomine satisdatum est, sive per illum non stat, ut satisdetur — ³²⁾

si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est, aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur — ³³⁾

und

si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quo minus satisdetur.³⁴⁾

Das Klagrecht aus dem Interdicte ist gar nicht eher vorhanden und besteht nur solange,^{34a)} als der Impetrant

31) A. M. Schmidt a. a. D. S. 106.

32) Venel ed. perp. S. 363 zu N. 6 f.

33) Das. S. 370 zu N. 5.

34) Das. S. 389 zu N. 6 f. — Eine ähnliche ständige Clausel hatte wahrscheinlich auch das interdictum Quem fundum (Venel a. a. D. S. 382 unter 1.), sowie das bei besondrer Veranlassung aufgestellte Interdict in l. 9 §. 1 D. de damno inf. 39, 2 (s. unter §. 1839 Ziffer 115 nach N. 70) und l. 15 D. ad exhib. 10, 4 (das. nach N. 71). S. über die Fassung dieser beiden Interdicte Schmidt a. a. D. S. 24 f. unter A und B.

34^a) Letztern Umstand übersieht Pfersche Interdicte S. 146 f.,

hinsichtlich der Cautionsleistung alles ihm Obliegende gethan hat. Jene Clauseln sind daher nicht einmal der Sache nach Exceptionen; in Wahrheit enthalten sie eine die Rechtsverbindlichkeit des Interdictes begründende Voraussetzung, und zwar eine schlechthin unerlässliche, deren Vorhandensein eben deshalb der Prüfung des Geschwornen zugewiesen werden konnte.

Anders war Letzteres beim *interdictum de cloaca privata*. Hier hielt es der Prätor weder für nöthig, die *cautio damni infecti* allgemein zur Vorbedingung des Klagerrechtes zu machen, noch für billig, in jedem Falle dem Impetranten die Hemmung des Interdictes durch die Einrede der mangelnden Caution zu gestatten; ^{34b)} vielmehr erachtete er eine Caution nur unter Umständen für sachlich geboten. Deshalb behielt er sich vor, für den Fall des Cautionsverlangens über die Cautionsleistung selbst zu entscheiden. ³⁵⁾

indem er annimmt, die Activlegitimation werde, auch soweit sie auf der Cautionsleistung beruht, nur nach dem Augenblicke des Interdictenerlasses beurtheilt. Von dieser Auffassung bekämpft nun Persche die herrschende Ansicht, welche zur Passivlegitimation für ein prohibitorisches Interdict eine vorangehende Verletzung nicht erfordert, mit der Behauptung, nach ihr sei die praktische Bedeutung der in l. 20 §§. 14 sq. D. de O. N. N. 39, 1 getroffenen Entscheidungen über die Erfolglosigkeit des *interdictum Ne vis fiat aedificanti* bei mangelnder Caution des Impetranten unerfindlich. Mit der richtigen Auffassung der Bedeutung, welche dem *satisdatum est* etc. zukommt, fällt dieser Angriff auf jene Ansicht hin.

34b) Vgl. unten Ziffer 74 zu N. 62a ff.

35) L. 1 pr. §. 14 D. de cloac. 43, 23.

Dagegen wird die Berufung auf vitiöse Ausübung, etwa mittels der *exceptio „quod non vi non clam non*

Wir sehen: nicht aus dem Grunde gehört in den erwähnten Interdicten die Bezugnahme auf Cautionsleistung nicht zu den exceptiones, weil ihr zufällig nicht die dazu erforderliche negative Fassung erteilt worden wäre; vielmehr ließe sich weit eher sagen, daß für sie umgekehrt diese Fassung absichtlich nicht gewählt worden sei, weil ihr legislatorischer Gedanke mittels derselben nicht die geeignete Verwirklichung gefunden hätte.³⁶⁾

Ähnlich ist es mit der Clausel des interdictum demolitorium:

antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet.³⁷⁾

Kraft der Remission wird der durch die Nuntiatio begründete Bann für die Zukunft aufgehoben; eine nach der Remission erfolgte Fortsetzung der Bauhätigkeit kann mit dem interdictum demolitorium nicht angefochten werden. Selbstverständlich ist es Sache des Impetraten, sich auf die geschehene Remission zu berufen. Geschieht dies in iure vor Ertheilung des Interdicts, so wird der Prätor, der ja die von ihm selbst oder von seinem Amtsvorgänger verfügte Remission kennt, dasselbe verweigern, falls nicht etwa der Impetrant behauptet, daß er eine vor der Remission vorgenommene Bauhätigkeit verfolge. Hier gehört es unzweifelhaft zu den die Wirksamkeit des Interdicts begründenden Thatsachen, daß vor der Remission fortgebaut worden ist; und selbstverständlich trifft den Impetranten die Beweislast deswegen.³⁸⁾ Es kann aber die Remission

precario ab illo usus es,“ beim interdictum de cloaca privata auch für den Einzelfall verworfen. l. 1 cit. §. 7.

36) A. M. Schmidt a. a. O. S. 107 vbb. mit S. 105 nach N. 15.

37) Benel ed. perp. S. 388 f. §. 257 unter 2 zu N. 1 f.

38) Vgl. hierzu Durckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. u. 40. Thl. 1 Ziffer 42 f.

auch noch nach Ertheilung des Interdicts eintreten; und unter allen Umständen darf sich der Impetrat nach Ertheilung des Interdicts auf eine sei es vorher, sei es nachher erfolgte Remission berufen. Wird diese Remission zugestanden oder erwiesen, so liegt es auch jetzt dem Impetranten ob, darzuthun, daß diejenigen Bauten, welche er beseitigt haben will, vor derselben aufgeführt worden sind. Deshalb wird jene Clausel auf alle Fälle dem *interdictum demolitorium* eingefügt: den Charakter einer *exceptio* hat sie nie; stets präcisirt sie die Klagebegründung.

Man hat freilich die *exceptivische* Bedeutung unsrer Clausel gefolgert aus der Nachricht, welche uns das 19. Capitel der *lex Rubria* über eine *exceptio remissionis* im Verfahren über das *interdictum demolitorium* giebt. 39)

— quodque quisque quamq(ue) d(e) e(a) r(e) decernet interdicetve seive sponsonem fieri iudicareive iubebit iudiciumve quod d(e) e(a) r(e) dabit, is in id decretum interdictum sponsonem iudicium exceptionem addito addive iubeto: „Q(ua) d(e) r(e) operis novi nuntiationem II vir III vir praefectusve eius municipi non remeisserit.“

Allein die *exceptio* der *lex Rubria* enthält nichts Weiteres, als die Vorschrift, die vom Impetranten in *iure* behauptete Remission zu berücksichtigen, während die *edictsmäßige* Clausel des *interdictum demolitorium* es einerseits durchaus dahingestellt sein läßt, ob der Impetrat Remission in *iure* behauptet hat, bezw. in *iudicio* behaupten werde oder nicht, andererseits aber für den Fall wirksamer Behauptung der Remission dem Impetranten den Beweis offen hält, das, was er beseitigt haben wolle, sei vor der Remis-

39) Schmidt a. a. O. S. 99. Rudorff über das Nuntiationsverfahren in Bekker und Muther Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 4 S. 133.

fion geschehen. Decken sich hiernach jene exceptio und diese Clausel durchaus nicht, ⁴⁰⁾ so ist auch aus dem Wesen der erstern eine Schlussfolgerung auf das Wesen der andern unstatthaft. ⁴¹⁾ Wie mit dem Hinweise auf die Remission verhält es sich mit demjenigen auf ea causa, ut remitti deberet, d. h. auf erfolgte oder doch gehörig angebotene Leistung der cautio ex operis novi nuntiatione. ⁴²⁾ Auch dieser Hinweis bildet keine exceptio, präcisirt vielmehr nur das impetrantische Demeisthema für den Fall, daß Leistung oder Anerbieten der Caution festgestellt werden sollte.

74. Außer den ständigen exceptiones finden wir, ganz wie bei den eigentlichen actiones, auch im Interdictenverfahren exceptiones, welche nur auf Antrag des Gegners, mithin nur im Einzelfalle ertheilt werden. Und zwar können solche an drei verschiedenen Stellen eingefügt werden: 1) im Interdicte selbst, 2) in der sponsio ex interdicto und 3) im iudicium ex sponsione. ^{42a)}

40) Wenn Burdhard a. a. D. S. 265 f. jagt: „Materiell aber hat die exc. legis Rubriae den gleichen Character wie das gewöhnliche Formelglied ‚antequam nuntiatio missa fieret,‘— so meint er damit wohl nur, daß jene exceptio und die hervorgehobenen Worte der Clausel gleichmäßig auf die Umwandlung der nuntiatio durch die remissio hinweisen.

41) Ueber den rein formellen Grund der exceptio legis Rubriae s. Burdhard a. a. D. S. 265. Dieser Grund liegt darin, daß die ständige Clausel „antequam nuntiatio missa fieret“ vom iudex ausschließlich auf eine vom Prätor ertheilte remissio hätte bezogen werden müssen, mithin die Berücksichtigung einer vom Municipalmagistrate ertheilten remissio im Einzelfalle ausdrücklich anzubefehlen war.

42) L. 20 §§. 4 sq. l. 21 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1.

42a) Nicht aber auch in der actio arbitraria aus gebietenden

In der That bezeichnet das oben ⁴³⁾ mitgetheilte Cap. 19 der lex Rubria alle diese drei Stellen als zur Aufnahme der von ihm vorgeschriebenen exceptio geeignet. ⁴⁴⁾

In den Quellen finden wir je Ein Beispiel für eine exceptio, welche im Einzelfalle in das Interdict, und für eine solche, welche in die sponsio ex interdicto oder in die Klageformel aus letzterer eingerückt ist.

Interdicten, wie Schmidt a. a. D. S. 103 unter II annimmt. S. unten §. 1838 Ziffer 87 nach N. 97. §. 1838 b Ziffer 91 zu N. 4 f. und §. 1838 d Ziffer 99.

43) S. 470.

44) Zweifelhaft bleibt, was unter dem dort zuerst genannten decretum zu verstehen sei. Schmidt a. a. D. S. 103 unter II meint, dasselbe gehöre gar nicht hierher, d. h., wie ich diesen Ausdruck auffasse, nicht in das Interdictenverfahren. Sollte aber nicht vielleicht „decretum“ auf das restitutorische interdictum demolitorium, decretum i. d. S., gehen, und das „interdictum“ nur eine andere Bezeichnung für die nämliche Verfügung sein? Ähnlich ist doch wohl auch in den Worten „iudicare iubebit iudiciumve quod de ea re dabit“ und „exceptionem addito addive iubeto“ eine sachlich unnöthige Häufung gleichbedeutender Ausdrücke enthalten. Scharfsinnig erblickt allerdings Schmidt a. a. D. S. 243 in dem „ad-dive iubeto“ den Hinweis auf die sponsio, in welche der Magistrat selbst die exceptio nicht habe einfügen können, weil dieselbe nicht unmittelbar von ihm erlassen werde. Immerhin aber war er es doch, der die Fassung der sponsio den Parteien vorschrieb; so hätte es auch von der exceptio in der sponsio genügt zu sagen: „ad-dito.“ Vgl. l. 52 D. de V. O. 45, 1. l. 1 §. 10 D. de stip. praet. 46, 5 (s. unten §. 1838 a Ziffer 90 N. 42a), wobei freilich der Gegensatz zwischen den sponsiones praeiudiciales (wozu auch die poenales bei den Interdicten gehören) und den stipulationes praetoriae nicht übersehen werden darf. Schirmer über die prätorischen Subcistipulationen S. 14 ff.

Dem Interdicte selbst eingerückt zu denken ist die exceptio in l. 1 §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43, 13:

Ulp. lib. 68. ad ed. Sunt, qui putent excipiendum hoc interdicto⁴⁵⁾ „quod eius ripae muniendae causa non fiet,“ scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim (publica *ins.* M.) utilitas suadet exceptionem istam dari.

Die Fassung im Futurum „quod — fiet“ paßt nur in das prohibitorische Interdict, nicht in das weitere Verfahren.⁴⁶⁾

Umgekehrt passen nur in die sponsio ex interdicto oder in die Klageformel aus dieser sponsio die in der l. 1 §. 16 D. de flum. 43, 12 besprochenen exceptiones.

Ulp. l. c. *Labeo* scribit, non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: „aut nisi ripae tuendae causa factum sit,“ sed ita excipiendum ait: „extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit.“

Die Fassung „factum sit,“ also auf die Vergangenheit, läßt sich in dem prohibitorischen, also lediglich auf die

45) Ebenso gebraucht Ulpian diesen Ablativ statt des Dativs in l. 2 §. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 und l. 1 §. 7 D. de vi 43, 16. Schmidt a. a. O. S. 105 N. 15. In l. 1 §. 13 D. quod leg. 43, 3 las F*, b. h die ursprüngliche Niederschrift der Florentina, ebenso.

46) Dies ist zuerst bemerkt worden von Huschke Btschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. 13 S. 322 N. 64. Schmidt a. a. O. S. 104 zu N. 10. Genel ed. perp. S. 369 N. 9.

Zukunft gerichteten, *interdictum Ne quid in flumine publico fiat etc.*, quo statio iterve navigio deterior sit fiat nicht wohl anbringen, recht wohl dagegen in der *sponsio* aus jenem Interdict, oder in der Klageformel aus jener *sponsio*.⁴⁷⁾

Alle sonst in den Quellen erwähnten unständigen Exceptionen lassen sich an sämtlichen bezeichneten Stellen des Verfahrens eingerückt denken.

Soweit sich außer den bereits besprochenen aus den Quellen solche Exceptionen ergeben, mögen dieselben hier zusammengestellt werden:

a) für restitutorische Interdicte.

1) Die *exceptio, quod tu prior vi hominibus armatis non veneris*, war statthaft gegenüber dem *interdictum de vi armata* nach Cic. ad div. 7, 13, 2:

neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris.

Man darf jene *exceptio* nicht etwa deshalb auf das

47) Hierher stellt sie schon Huschke a. a. D. S. 321 f., wenngleich ohne zwingende Begründung. Diese hat Schmidt a. a. D. S. 104 gegeben. Lenel ed. perp. S. 369 N. 1 beschränkt die *exceptio m. C.* unnötigerweise auf die Formel aus der *Sponsio*; weshalb könnte sie nicht auch in der *Sponsio* selbst Platz finden? S. unten §. 1838 b Ziffer 91 vor N. 6. Mit der von Schmidt a. a. D. N. 11 für möglich erklärten Annahme, der §. 16 cit. sei in der *Compilation* infolge einer Verschiebung aus seiner ursprünglichen Beziehung auf das in l. 1 cit. §. 19 angeführte restitutorische Interdict gekommen, scheint mir nichts gewonnen: ohne Zweifel kann doch auch dem prohibitorischen Interdicte gegenüber eine *exceptio* des fraglichen Inhalts gedacht werden. Vgl. auch Schmidt S. 108 N. 20.

interdictum de vi non armata beziehen, weil Cicero pro Caec. 8, 23 und 22, 63 von dem interdictum de vi armata sagt, dasselbe werde sine ulla exceptione gegeben. Dem dieser Ausspruch verneint nur, daß letzteres Interdict eine ständige exceptio habe, namentlich die ständigen exceptiones des interdictum de vi non armata: „quod nec vi nec clam nec precario a te possideret“ und wohl auch „in hoc anno.“⁴⁸⁾ In der That würde es sehr zweckwidrig gewesen sein, wenn der Impetrat bei dem interdictum de vi non armata statt jener ständigen exceptio, zu deren Erfolg der Nachweis irgend eines vitium possessionis genügte, insbesondere der Nachweis einer vis non armata, sich die ganz specielle exceptio de vi armata hätte erbitten wollen. Und andererseits zeigt das Wort „prior“ in der exceptio de vi armata, daß das Interdict, wogegen sie gerichtet wurde, dem Impetraten eine vis armata zur Last legte.⁴⁹⁾

2) Gegenüber dem interdictum demolitorium konnte nach Labeos gebilligter Ansicht⁵⁰⁾ der Impetrat die, in der edictsmäßigen Fassung des Interdicts nicht enthaltene, exceptio conventionis gebrauchen, d. h. mittels einer exceptio geltend machen, ihm sei nach der operis novi nuntiatio, aber vor einer Verletzung dieses Verbotes, durch Vereinbarung mit dem Nuntianten das Fortbauen gestattet worden.⁵¹⁾

48) S. oben Ziffer 73 N. 23 S. 464. Vgl. Benel ed. perp. S. 375 zu N. 10.

49) Vgl. hierüber Keller semestria ad Ciceronem tom. I p. 330 sqq., welchem Schmidt a. a. D. S. 99 und Benel a. a. D. S. 375 N. 10 beistimmen.

50) L. 7 §. 14 D. de pact. 2, 14.

51) Vgl. darüber Durcharb a. a. D. S. 253 N. 19 und S. 255 ff.

L. 1 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1:
 (*Ulp.* lib. 52. ad ed.) Inde quaeritur apud *Celsum* libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait *Celsus* dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debet id ratum habere.

Dagegen läßt sich aus l. 5 §§. 11—13 D. de O. N. N. 39, 1^{51a}) nicht füglich gegen das interdictum demolitorium eine exceptio des Inhalts begründen, daß das öffentliche Wohl die Fortsetzung des opus erheische, oder daß die Behinderung desselben dem Nuntiaten Gefahr

51^a) L. 5 cit. §. 11: Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, cum publicae salutis et securitatis intersit, et cloacas et rivos purgari. §. 12: Praeterea generaliter praetor cetera quoque opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est: nam in his quoque contemnendam putavit operis novi nuntiationem. quis enim dubitat, multo melius esse omitti operis novi nuntiationem, quam impediri operis necessarii urgentem extractionem? totiens autem haec pars locum habet, quotiens dilatio periculum allatura est. §. 13: Proinde si quis, cum opus hoc mora periculum allaturum esset, nuntiaverit opus novum vel si in cloacis vel ripa (rivi *scr.* Haloander) reficiendis aliquid fieret (aliquid fieret *del. M.*), dicemus apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet: nam si apparuerit vel in cloaca rivo (opus fieri *ins. M.*) eove, cuius mora periculum allatura esset, dicendum est, non esse verendum, ne haec nuntiatio noceret.

bringe. Vielmehr zeigt l. 5 §§. 11 und 12 cit., daß das Edict der operis novi nuntiatio kraft ausdrücklicher Clauseln gegenüber der Ausbesserung und Reinigung von Wasserleitungen und Cloaken die Wirkung versagte, und nicht minder gegenüber jedem opus, dessen Verzögerung Gefahr drohe.^{51b)} So verstand sich beim interdictum demolitorium die Befugniß des iudex von selbst, die trotzdem geschehene Nuntiatio für wirkungslos, und somit die erste Voraussetzung des Interdicts für nicht vorhanden zu erklären.^{51c)}

3) Das interdictum Quod vi aut clam hat in seiner edictsmäßigen Fassung nur die exceptio annua.⁵²⁾ Im Einzelfalle konnten dagegen sehr verschiedenartige Exceptionen stattfinden.

Exceptio der spätern Erlaubniß.

L. 3 D. quod vi 43, 24:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) §. 2. Sed si permiserit, adversus eum, qui utatur interdicto, exceptio erit necessaria.⁵³⁾ §. 3. Non tantum autem si ego permisero, sed et si procurator meus vel tutor, qui tutelam administrat vel curator pupilli⁵⁴⁾ furiosi sive adulescentis, dicendum erit exceptioni locum fore. §. 4. Plane si praeses vel curator rei publicae permiserit in publico facere, *Nero* scribit exceptionem

51b) Vgl. Benel ed. perp. C. 298 zwischen N. 6 u. 7. C. auch l. 3 §. 8 D. de riv. 43, 21. l. 1 §. 13 D. de cloac. 43, 23. Vgl. oben C. 212 f. zu N. 56 ff. und C. 352 N. 51.

51c) C. darüber Schmidt in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 8 C. 38 N. 34 und Burdhard a. a. O. C. 254 f.

52) C. oben Ziffer 73 zu N. 19 C. 463.

53) Vgl. l. 3 cit. §. 1. l. 20 §. 2 eod.

54) pupilli vel curator *scr. M.*

locum non habere, quia etsi ei locorum, inquit, publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est. hoc ita verum est, si non lex municipalis curator rei publicae amplius concedat. sed et si a principe vel ab eo, cui princeps hoc ius concedendi dederit (permissum erit *ins. M.*), idem erit probandum.

Exceptio „quod non tu vi aut clam feceris.“

L. 7. eod.:

(*Ulp.* eod.) §. 3. Bellissime apud *Julianum* quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto „quod non tu vi aut clam fecisti?“ et ait *Julianus* aequissimum esse, hanc exceptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam, et utaris adversus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.

L. 22 §. 2 eod.:

(*Venuleius* lib. 2. interd.) Si ad ianuam meam tabulas fixeris, et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, reflexero, deinde invicem interdicto Quod vi aut clam egerimus: nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut certe exceptionem mihi profuturam „si non vi nec clam nec precario ⁵⁵⁾ feceris.“

Exceptio „quod incendii defendendi causa factum non sit.“

L. 7 cit. §. 4:

Est et alia exceptio, de qua *Celsus* ⁵⁶⁾ dubitat, an

55) non vi aut clam *scr. M.* Bgl. Schmidt a. a. O. S. 111 R. 27.

56) Gallus *scr. M.*

sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et Quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. *Gallus* enim dubitat, ⁵⁷⁾ an excipi oporteret: „quod incendii defendendi causa factum non sit?“ *Servius* autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum etc. ⁵⁸⁾

Für unzulässig erklärt wird dagegen ausdrücklich eine exceptio, welche sich auf das Recht des Impetraten stützt, das ungeachtet des gegnerischen Verbotes oder mit absichtlicher Verheimlichung vor dem Gegner gemachte opus vorzunehmen.

L. 1 §. 3 D. eod.:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: „quod non iure meo receperim (fecerim *scr. M.*)“ et magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla iusta exceptione se tueri potest. ^{58a)}

b) für exhibitorische Interdicte.

1) Beim interdictum de liberis exhibendis werden ebenfalls mehrere exceptiones für zulässig erklärt.

57) *Gallus* enim dubitat *del. M.*

58) *S.* unter §. 1838 b Ziffer 93 zu *N.* 38b ff.

58a) Ebenso wird für unzulässig erklärt gegenüber dem restitutorischen interdictum de precario die exceptio wegen vereinbarter Befristung. L. 12 pr. D. de prec. 43, 26 (*Celsus* lib. 25. dig.): Cum [cui *scr. M.*] precario aliquid datur, si convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. — Ueber die exceptio praeterquam quod tibi ius est oder dergl. beim restitutorischen interdictum de flumine publico s. unten zu *N.* 61.

L. 1 D. de lib. exhib. 43, 30:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) §. 3. Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa), et divus *Pius* decrevit, et a *Marco* et a *Severo* rescriptum est, aequè subveniendum ei erit per exceptionem. §. 4. Pari modo si iudicatum fuerit, non esse eum in potestate, etsi per iniuriam iudicatum sit, agenti hoc interdicto obicienda erit exceptio rei iudicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum.

2) Beim interdictum de homine libero exhibendo finden wir die exceptio, daß bereits einmal über dieselbe Sache interdicirt worden sei. ^{58b)}

3) Einen Hinweis ferner auf zwei exceptiones beim interdictum de tabulis exhibendis enthält l. 5 D. de tab. exh. 43, 5:

(*Javolenus* lib. 13. ex Cassio.) De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet, aut si ad publicam quaestionem pertinet [pertinent *scr.*]: itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum. ^{58c)}

c) für prohibitorische Interdicte.

Für solche ist uns m. W. mit ausdrücklichen Worten eine exceptio im Einzelfalle nicht bezeugt.

Schmidt ⁵⁹⁾ vermuthet den Hinweis auf eine solche in l. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. 43, 13.

58b) L. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29. (s. unten §. 1838 Ziffer 88 nach R. 37).

58c) C. Schmidt a. a. D. C. 223.

59) A. a. D. C. 97 f.

Ulpian. lib. 68. ad ed.: Hoc interdictum cuius ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum, qui deneget (id egit *scr.*), ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet.

Hiernach könne dem prohibitorischen Interdicte Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit, eine exceptio entgegengesetzt werden nach Analogie der in l. 2 pr. D. ne quid in loco publ. 43, 8 erwähnten edictmäßigen exceptio: „praeter quam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est.“ Indessen hat an späterer Stelle (Schmidt⁶⁰) selbst mit gutem Grunde hervorgehoben, daß die Voraussetzung, das Wasser sei bereits anders geleitet worden, für dieses prohibitorische Interdict durchaus ungeeignet sei, sich vielmehr, jedenfalls bei Ulpian⁶¹), nur auf das in l. 1 cit. §. 11 angeführte restitutorische Interdict beziehen könne. Somit darf in l. 1 §. 9 wenigstens nicht unmittelbar ein Zeugniß für die fragliche exceptio in dem prohibitorischen Interdicte gefunden werden. Sachlich freilich hat diese exceptio auch bei ihm keinerlei Bedenken gegen sich.⁶²)

Wahrscheinlich fand gegenüber dem interdictum de itinere privato reficiendo im Einzelfalle eine exceptio statt, wenn der Impetrant nicht auf Verlangen des Impetraten cautio damni infecti machte. Das Edict nämlich

60) A. a. D. S. 161. Vgl. oben §. 1837 Ziffer 60 S. 353 f. und Ziffer 67 zu N. 31 S. 389.

61) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 67 N. 31 S. 389.

62) Die Annahme einer exceptio beim interdictum de aqua cottidiana nach l. 1 §. 28 D. de aq. cott. 43, 20 in *Denel* ed. perp. S. 385 N. 18 der S. 384 beruht auf einem Versehen, wie der genannte Gelehrte selbst mir mittheilt.

fügt dem proponirten Interdicte, welches dieser Caution nicht erwähnt, den Zusatz bei: ^{62a)})

Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius [operis *ins.* M.] ^{62b)}) vitium datum sit, caveat.

Hiernach gehört die Cautionsleistung bezw. das Cautionserbieten nicht, wie bei den interdicta Quod legatorum, de ripa munienda, Ne vis fiat aedificanti zu den klagebegründenden Thatsachen; ^{62c)}) anderseits aber erscheint das Cautionsverlangen in jedem Falle gerechtfertigt, so daß der Prätor deswegen nicht erst eine causae cognitio der Ertheilung des Interdictes voranzuschicken braucht, wie beim interdictum de cloaca privata. ^{62d)}) Somit scheint zur Erledigung der Cautionsfrage kein anderer Weg offen gelassen zu sein, als derjenige der unständigen exceptio.

Wenn dies richtig ist, so hat also der Prätor bei denjenigen Interdicten, bei welchen eine Cautionsleistung des Impetranten in Frage kommt, mit Rücksicht auf den Grad der Nothwendigkeit dieser Cautionsleistung drei Mittel von entsprechend verschiedener Strenge vorgezeichnet: Cautionsleistung bezw. Erbieten zu derselben als edicts-mäßige Voraussetzung des Interdictes selbst; unständige, aber auf Verlangen des Impetranten selbstverständliche, exceptio mangelnder Caution, und endlich auf Erfordern des Impetranten causae cognitio über das Erforderniß der Caution vor Ertheilung des Interdicts. Gewiß dürfen wir hierin einen redenden Beweis für die feinfühligte Umsicht erkennen, womit das Edict, als viva vox iuris civilis, den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden verstanden hat.

62^{a)}) L. 3 §. 11 D. de it. actuq. priv. 43, 19.

62^{b)}) L. 5 i. f. eod. Lenel ed. perp. S. 384 N. 12.

62^{c)}) Vgl. oben Ziffer 73 S. 467.

62^{d)}) Vgl. das. S. 469 f.

75. Sofern die exceptiones im Interdictenverfahren überhaupt die spezifische Fassung der exceptiones, d. h. die Fassung einer Negation der verbindlichen Kraft des principalen Befehles, tragen, ⁶²⁾ ist diese Fassung im ganzen die gleiche, wie sie uns für exceptiones bei formulae actionum überliefert worden ist.

Besonders häufig erscheint die Form „quod non“ oder sofern es sich um eine Mehrheit von Umständen handelt „quod nec — nec.“ ⁶³⁾ So haben wir „quod non“ gefunden gegenüber den interdicta de vi armata, ⁶⁴⁾ Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat etc., ⁶⁵⁾ Quod vi aut clam, und zwar beim letzten mehrfach; ⁶⁶⁾ hier überall bei exceptiones für den Einzelfall; „quod nec — nec“ in ständigen exceptiones beim interdictum

62*) S. oben Ziffer 73 S. 460. Es wird wohl kein Bedenken haben, daß die Bezeichnung „Negation der verbindlichen Kraft des principalen Befehles“ hier auch für die der sponsio ex interdicto (quod aliquid adversus praetoris edictum factum sit und quod contra edictum praetoris restitutum vel exhibitum non sit) beigefügte exceptio gebraucht wird.

63) In formulae actionum wird diese Fassung erwähnt z. B. l. 13. l. 16. l. 18 D. de exc. 44, 1. l. 25 §. 17 D. de H. P. 5, 3. Ohne das non, m. a. W. im Munde des Beklagten gedacht, erscheint sie z. B. l. 14 D. de exc. 44, 1. l. 11 §. 3 D. de exc. rei iud. 44, 2. l. 5 §. 2 D. de exc. dol. m. 44, 4. Cic. de orat. 1, 37, 168. Vgl. Rudorff römische Rechtsgeschichte Bd. 2 §. 31 N. 14.

64) Cic. ad div. 7, 13, 2. S. oben Ziffer 74 S. 474.

65) L. 1 §. 6 D. ne quid in flum. 43, 13. S. oben Ziffer 74 S. 473.

66) L. 7 §§. 3 sq. D. quod vi 43, 24. S. oben Ziffer 74 S. 478 cf. l. 1 §. 3 eod. S. das. S. 479.

de vi non armata; ⁶⁷⁾ und bei der ältern Form des Uti possidetis. ⁶⁸⁾

„Si non“ ⁶⁹⁾ ist uns begegnet in den ständigen exceptiones bei den interdicta Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est, ⁷⁰⁾ Quod vi aut clam und fraudatorium; ⁷¹⁾ und abwechselnd mit der Fassung „quod non“ in einer für den Einzelfall ertheilten exceptio beim Quod vi aut clam. ⁷²⁾

„Extraquam“ ⁷³⁾ erscheint in der exceptio bei der sponsio (bezw. der Klageformel daraus) ex interdicto Ne quid in flumine publico quid fiat, quo peius navigetur. ⁷⁴⁾

Indessen kommen bei den Interdicten auch solche

- 67) Cic. pro Tull. 19, 44. S. oben Ziffer 73 S. 461 zu N. 8.
- 68) Festus s. v. possessio. S. oben Ziffer 73 S. 462 zu N. 18.
- 69) In formulae actionum wird diese Fassung erwähnt z. B. l. 48 D. de proc. 3, 3. l. 14 i. f. D. de Publ. in rem 6, 2. l. 17 §. 4 D. de inst. act. 14, 3. l. 25 D. de A. E. 19, 1. l. 10 D. de pign. 20, 1. l. 15 D. de O. et A. 44, 7. l. 28 D. de fideiuss. 46, 1. Rudorff a. a. D. N. 11.
- 70) L. 4 §. 1 D. ne vis fiat ei. 43, 4. S. oben Ziffer 73 S. 416 zu N. 6.
- 71) L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. S. oben das. S. 463 zu N. 19.
- 72) L. 22 §. 2 D. quod vi. 43, 24. S. oben Ziffer 74 S. 478.
- 73) In formulae actionum z. B. Cic. de inv. 2, 20, 59. ad Att. 6, 1, 15. Extra ober praeter quam wird einzuschalten sein in der exceptio „si tutor non est“ der l. 2 Cod. de eo qui pro tut. 5, 45. Rudorff a. a. D. N. 11 a. C.
- 74) L. 1 §. 16 D. de flum. 43, 12. S. oben Ziffer 74 S. 473.

Formen der exceptio vor, welche wir bei formulae actionum nicht kennen.

Mit Ausnahme des interdictum de itinere privato, bei welchem der Impetrant seine Begegerrechte nachweisen muß, und des interdictum de cloaca privata, welches in dieser Hinsicht ganz voraussetzungslos und unbeschränkt ist, haben die Interdicte zum Schutze einer beabsichtigten Ausbesserung eine ständige exceptio, welche dieser Ausbesserung in der Innehaltung des bisherigen Normalzustandes eine Schranke ziehen soll; die Form jener exceptio lautet dementsprechend: „dum ne.“⁷⁵⁾

Das interdictum Ne quid in loco publico fiat hat eine ständige exceptio, welche statt auf „extra quam“ auf „praeter quam“ lautet.⁷⁶⁾

Einiges Bedenken erregt die Fassung einer, ihres Inhalts wegen von Labeo allerdings für unzulässig erklärten, exceptio in Beziehung auf das Interdict Ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur, auf „aut nisi.“⁷⁷⁾ „Nisi“ statt „si non“ ist bei einer exceptio sonst nur noch bezeugt in §. 4 J. de replic. 4, 14, wo dasselbe aber vielleicht erst von den Compilatoren herrührt. Deshalb meint Huschke,⁷⁸⁾ die erwähnte exceptio werde uns nicht in directer Fassung mitgetheilt, worin dieselbe auf „si“ lauten müsse, sondern in der Form eines nur

75) L. 1 pr. D. de via publ. et itin. ref. 43, 11. l. un. pr. D. de ripa mun. 43, 15. l. 1 pr. D. de riv. 43, 21. l. 1 §. 6 D. de fonte 43, 22. S. oben Ziffer 73 S. 466 zu N. 27d ff.

76) L. 2 pr. D. ne quid in loco publ. 43, 8. S. oben Ziffer 73 S. 461 zu N. 7.

77) L. 1 §. 16 D. de flum. 43, 12. S. oben Ziffer 74 S. 473.

78) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 321 ff.

ihren Sinn wiedergebenden Referates, worin jenes „sich regelrecht in „nisi“ umwandelte.“⁷⁹⁾ Der Inhalt der danach sich ergebenden Fassung auf „aut si“ aber stelle sich dar als gehörig zur Restipulation des Impetraten: si in flumine publico etc. nihil feci vel immisi, *aut si* id, quod feci, ripae muniendae causa factum est, tot nummos mihi dare spondes? Dem gegenüber würde es jedoch in hohem Grade sonderbar sein, daß Labeo statt jener von ihm mißbilligten Fassung der Clausel einer restipulatio umgekehrt die Fassung einer exceptio der sponsio oder der Klageformel aus dieser sponsio empfiehlt. Ueberdies nennt er jene mißbilligte Clausel ausdrücklich „exceptio“; diese Bezeichnung aber würde auf das, was Fuchske unter der fraglichen Clausel versteht, gar nicht passen: dies würde vielmehr die eine Alternative einer alternativ bedingten Stipulation sein, welche zum Vortheil des Impetraten in der Eigenschaft des Klägers gereicht. Wir werden gemäß dieser scharfsinnigen Bemerkung Schmidts⁸⁰⁾ das „nisi“ als eine zwar seltene, aber immerhin zulässige Fassung einer exceptio beibehalten. Das anstößige „aut“ aber kann entweder als eine beim Abschreiben entstandene Entstellung aus *ac*⁸¹⁾ oder *at*⁸²⁾ gelten; oder man mag mit Schmidt annehmen, daß Ulpian von zwei mit jenem „aut“ eventuell neben einander gestellten exceptiones gesprochen hat, deren erste die Compilatoren gestrichen haben, ohne zugleich das nunmehr in der Luft stehende „aut“ zu streichen.

79) Vgl. Fuchske Studien des Römischen Rechtes S. 13.

80) U. a. D. S. 109 f.

81) cf. L. 2 D. de exc. rei iud. 44, 2. l. 22 D. de part. dol. 23, 4.

82) cf. l. 9 §. 2 D. de exc. rei iud. 44, 2. Vgl. C. Fuchs kritische Studien zum Pandektentexte S. 12. S. l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1. l. 10 §. 7 D. de in rem verso 15, 3. l. 10 §. 2 l. 22 §. 7 D. mand. 17, 1.

Völlig sicher und durchaus verständlich ist die Fassung der unständigen exceptio in der lex Rubria c. 19 auf „qua de re non.“⁸³⁾

76. Die Wirkung einer als wahr geltenden exceptio auf das Interdict haben wir bereits zu Eingang dieses Paragraphen⁸⁴⁾ dahin angegeben, daß sie dem Interdicte die verbindliche Kraft nehme, obgleich deren positive Voraussetzungen vorliegen. Demgemäß gebrauchen die Quellen die nämlichen Ausdrücke, um einerseits zu bezeichnen, daß einem Interdicte jene Kraft fehle, weil es an einer seiner positiven Voraussetzungen gebricht, und um anderseits den Erfolg einer exceptio zu veranschaulichen, z. B. *impune prohiberi*,⁸⁵⁾ *non teneri interdicto* bezw. *non tenere interdictum*,⁸⁶⁾ *locum non habet interdictum* oder *interdicto locus non est*,⁸⁷⁾ *interdictum inutile est*.⁸⁸⁾ Die

83) S. oben Ziffer 73 S. 470.

84) Ziffer 73 zu Anf. S. 457 f.

85) In Beziehung auf eine mangelnde Voraussetzung des Interdicts z. B. in l. 1 §. 15 D. de aq. cott. 43, 20. l. 4 §. 1. l. 5 §. 1 D. de it. actuq. priv. 43, 19; in Beziehung auf eine wirksame exceptio z. B. in l. 1. §. 2 D. de via publ. ref. 43, 11. l. 1 §. 11 D. de riv. 43, 21. Paul. V, 6, 7.

86) In Beziehung auf eine mangelnde Voraussetzung* des Interdicts z. B. in l. 1 §. 8 D. de mort. inf. 11, 8. l. 2 §§. 13. 28 D. ne quid in loco publ. 43, 8; in Beziehung auf eine wirksame exceptio heißt es activisch: *non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo, qui experitur*, in l. 4 §. 1 De ne vis fiat ei. 43, 4.

87) *Locum non habet* in Beziehung auf eine mangelnde Voraussetzung des Interdicts: l. 2 §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8; *interdicto locus non est* in Beziehung auf eine wirksame exceptio: l. 1 §. 6 D. ne quid in flum. 43, 13.

88) In Beziehung auf eine mangelnde Voraussetzung des

Klage aus dem ungeachtet einer wirksamen *exceptio* erbetenen *Interdicte* wird also abgewiesen, und zwar ohne Unterschied, ob diese *exceptio*, vielleicht als ständige, schon im *interdictum redditum* selbst erscheint, oder erst in der *sponsio* oder gar erst in der *actio* aus dieser *sponsio*.

Dagegen kann auch bei einem *Interdicte* die *exceptio*, ein bloßes Vertheidigungsmittel, niemals die Wirkung haben, daß der *Impetrant* dem *Impetraten* verurtheilt wird. Indessen läßt sich mit dieser unleugbaren Wahrheit die s. g. recuperatorische Wirkung des *Uti possidetis* nicht bestreiten, wie es Schmidt⁸⁹⁾ versucht. Jene recuperatorische Wirkung des genannten *Interdictes* beruht in der That gar nicht auf der *exceptio vitiosae possessionis*, wie es allerdings nach v. Savignys⁹⁰⁾ Auffassung jener Wirkung der Fall sein würde, nach welcher nur der nicht besitzende Beklagte, nicht aber umgekehrt der nicht besitzende Kläger die Verurtheilung des iniuste von ihm besitzenden Gegners zu erwirken vermag; sie beruht vielmehr auf der Duplicität dieses *Interdictes*, deren Wesen Schmidt, wie wir gesehen haben,⁹¹⁾ eben verkennt.

Interdicta z. B. l. 3 §. 5 D. uti poss. 43, 17; in Beziehung auf eine wirksame *exceptio* z. B. l. 1 §. 11 de it. actuo. priv. 43, 19.

89) A. a. D. S. 112 ff. und Heidelberger Jahrbücher der Literatur 56. Jahrg. S. 692 f.

90) Das Recht des Besitzes §. 37. 7. Aufl. S. 404 f.

91) S. oben §. 1836 b Ziffer 47 S. 274 f. Die nähere Erörterung über die Duplicität des *Uti possidetis* kann erst zu Titel 17 dieses Buches gegeben werden. S. einstweilen über die im Texte berührte Frage Witte das *interdictum Uti possidetis* S. 60 ff.

§. 1837 b.

Die Verjährung.¹⁾

77. Eine actio verjährt, sofern sie, abgesehen von gewissen ihre Dauer hinausrückenden Umständen, mit Erfolg sich nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes von dem Augenblicke an erheben läßt, in welchem sie zuerst hätte angestellt werden können. Entsprechend ist unter Verjährung eines Interdicts ein solcher Einfluß des Zeitablaufes zu verstehen, welcher die erfolgreiche Erwirkung dieses Interdicts ausschließt, sobald seit dem Augenblicke, wo dasselbe zuerst hätte erwirkt werden können, ein bestimmter Zeitraum verflossen ist.

In diesem Sinne kannte in der That das alte Interdictenverfahren die Verjährung.

L. 1 §. 4 D. h. t. 43, 1:

(Ulp. lib. 67. ad ed.) Interdictorum quaedam annalia sunt, quaedam perpetua.

Die hier annalia genannten Interdicte heißen auch annua^{1a)} und temporaria.^{1b)}

Als einzelne Fälle verjährender Interdicte i. d. S. ergeben die Quellen drei, nämlich die interdicta de vi non armata, Quod vi aut clam und fraudatorium.

Beim letzten wird die Verjährung geltend gemacht kraft einer ständigen exceptio, die uns als solche auch überliefert ist.

L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8:

1) Schmidt a. a. D. S. 116—125.

1^{a)} L. 4 eod. (Paul. lib. 67. ad ed. s. unten Ziffer 80 zu Anf.).

1^{b)} L. 2 §. 44 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulp. lib. 68. ad ed. s. oben S. 45).

(*Ulp.* lib. 73. ad ed.) Ait praetor: „Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illi, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, et *si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.*“²⁾

Ganz ähnlich muß eine, wohl durch Abschreiberversehen uns in ihrer Fassung nicht überlieferte, ständige *exceptio* im *interdictum Quod vi aut clam* gelautet haben.³⁾

Beim *interdictum de vi non armata* lag der Hinweis auf die Verjährung in dem ständig eingefügten „in hoc anno.“⁴⁾

Im Gegensatze zu den angeführten verjährbaren *Interdicten* erwähnen die Quellen bei mehreren anderen deren Unverjährbarkeit. So die oben S. 45 abgedruckte l. 2 §. 44 D. *ne quid in loco publ.* 43, 8 bei dem *restitutorischen interdictum de via publica*. Ferner l. 8 §. 7 D. *de prec.* 43, 26:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) *Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit, eoque iure utimur: cum enim nonnunquam in longum tempus precarium con-*

2) *Benel ed. perp.* S. 398.

3) L. 15 §§. 4—6 D. *Quod vi* 43, 24. S. *Benel a. a. D.* S. 387 und oben §. 1837 a *Ziffer* 73 *N.* 19 S. 463.

4) S. oben das. S. 463 zu *N.* 22. S. auch l. 2 *Cod. unde vi* 8, 4: (*Dioclet. et Maxim.*) *Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum annus excessit, certissimi iuris est etc.* (a° 293). *Vat. fragm.* §. 312 (*Jid. eod. anno.*) s. unten *Ziffer* 80 vor *N.* 45.) l. 1 *Cod. si per vim* 8, 5: (*Constantin. a°* 326) — *spatia recuperandae possessionis legibus praestituta — tempus —, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est.*

cedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum —

vom interdictum de precario; l. 20 §. 6 D. de O. N. N. 39, 1:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) Hoc interdictum perpetuo datur etc. —

vom interdictum demolitorium; l. 3 §. 16 D. de tab. exh. 43, 5 (Ulp. lib. 68. ad ed. f. unten vor N. 18)
vom interdictum de tabulis exhibendis; und l. 3 §. 15 D. de hom. lib. exh. 43, 29:

(Ulp. lib. 71. ad ed.) Hoc interdictum perpetuum est —

vom interdictum de homine libero exhibendo.

Aus Cicero ferner wissen wir, daß das interdictum de vi armata die Einrede der Verjährung nicht zuließ.

Cic. ad div. 15; 16, 3: — postulabimus —, ex qua ἀπέσει vi hominibus armatis deiectus sis, in eam restituare. In hoc interdicto non solet addi „in hoc anno.“⁵⁾

Ähnlich scheint auch von einer Reihe prohibitorischer Interdicte die Unverjährbarkeit ausdrücklich ausgesprochen zu sein.⁶⁾

L. 2 §. 34 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulp. lib. 68. ad ed. f. oben S. 45).

5) Vgl. oben §. 1837 a Ziffer 73 N. 23 S. 464.

6) So versteht die im Texte angeführten Stellen Schmidt a. a. O. S. 122 zu N. 19—23. Ebenso Pfersche Interdicte S. 140 zu N. 1, der daraus folgert, daß die Möglichkeit der Verjährung auch bei prohibitorischen Interdicten stattfindet, und darin dann einen Grund für die Behauptung erblickt, daß zur Passivlegitimation bei diesen eine Verletzung vor dem Erlasse des Interdictes gehöre.

L. 1 §. 3 D. de via publ. refic. 43, 11 (Id. eod. f. das.).

L. 20 §. 16 D. de O. N. N. 39, 1:
(Ulp. lib. 71. ad ed.) Hoc interdictum etiam post annum et heredi ceterisque successoribus competit.

L. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32:
(Ulp. lib. 73. ad ed.) Hoc interdictum perpetuum est et in successores et successoribus dabitur.

L. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4:
(Ulp. lib. 72. ad ed.) Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem similesque personas dabitur, nisi in id, quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata.

Sicherlich aber hat Ulpian in keiner dieser Stellen von der Unverjährbarkeit der dort behandelten Interdicte gesprochen.

Ganz undenkbar ist eine Verjährung bei dem prohibitorischen interdictum de via publica (l. 2 §. 34 cit.): von welchem Augenblicke sollte sie laufen? Insbesondere kann sie nicht etwa beginnen mit demjenigen Augenblicke, in welchem ein den öffentlichen Weg beeinträchtigendes factum oder immissum eingetreten ist. Denn der Eintritt eines solchen factum oder immissum gehört so wenig zu den Voraussetzungen dieses Interdictes, daß vielmehr für den Fall desselben ein besonderes restitutorisches Interdict aufgestellt worden ist. 7) Es würde deshalb unerklärlich

7) L. 2 cit. §§. 35 sq.

bleiben, was Ulpianen veranlaßt haben sollte, sich über die selbstverständliche Unverjährbarkeit des prohibitorischen Interdictes zu äußern. Andererseits dagegen zeigen die Schlußworte unsrer Stelle: *condemnatio — ex eo facienda est, quanti actoris intersit —*, daß wenigstens in ihnen nicht von dem Interdicte die Rede war, sondern von dem *iudicium secutorium*.⁸⁾ Danach drängt die Vermuthung sich auf, es habe die ganze Stelle ursprünglich vom *agere ex interdicto* einschließlich des Sponsionsverfahrens geredet. Hierzu stimmt auch, wie wir später sehen werden,⁹⁾ die, auf den ersten Blick in diesem Zusammenhange befremdende, Erwähnung der popularen Natur des Interdictes auf das Beste.

Das Gleiche gilt hinsichtlich der zweiten Stelle (l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11).¹⁰⁾ Hier giebt es nicht einmal den Schein eines Umstandes, mit welchem der Lauf einer Verjährung beginnen könnte; ihre ausdrückliche Ablehnung wäre mindestens überflüssig.

Beim *interdictum Ne vis fiat aedificanti* hätte freilich eine stattfindende Verjährung füglich beginnen können mit der Leistung oder mit dem Anerbieten der *cautio ex operis novi nuntiatione*. Allein der Gedanke an eine selbständige Verjährung dieses Interdicts liegt um so ferner, als ja die Befugniß zur Fortsetzung des untersagten Bauens ohnehin durch den Fortbestand der nur für eine bestimmte Zeit bestellten Caution bedingt ist^{10a)} und mit dem Siege des Nuntianten in der Klage aus dieser Caution von selbst

8) S. Lenel ed. perp. S. 367 §. 237 unter 2.

9) Vgl. unten Ziffer 81 zu N. 60 f.

10) Vgl. das. zu N. 61a, und über die Beziehung der Schlußworte auf das *iudicium secutorium* s. Lenel a. a. D. S. 368 §. 240 a. E.

10a) L. 13 §. 1 l. 20 §. 14 D. de O. N. N. 39, 1.

erlischt.^{10b)} Es ist deshalb selbst unter der Voraussetzung, eine Verjährung habe bei prohibitorischen Interdicten überhaupt stattfinden können, mindestens nicht wahrscheinlich, daß die römischen Juristen die Frage nach ihrer Statthaftigkeit gerade bei diesem Interdicte aufgeworfen haben sollten.^{10c)} Ganz anders verhält sich das hinsichtlich der Verjährung der sponsio ex interdicto reddito. Bildete solche die Regel,^{10d)} so war es recht eigentlich geboten, zu prüfen, ob nicht gerade hier einer Ausnahme stattzugeben sei. Denn unleugbar würde die Verjährung der sponsio bei der Fortdauer der Caution einen inneren Widerspruch in die Sachlage gebracht haben: welche Befugniß hätte nach Ablauf jener Verjährung die Caution dem Nuntiaten noch gewährt? Und selbst wenn wir annehmen wollten, daß im Gegense zu der Regel, wonach der Erlaß auch eines prohibitorischen Interdictes zwischen denselben Personen in Beziehung auf das nämliche Verhältniß nicht wiederholt werden durfte,¹¹⁾ bei unserm Interdicte eine solche consumirende Wirkung des interdictum redditum sich hätte umgehen lassen —: wozu die Weitläufigkeit einer neuen Erwirkung desselben, da man doch weit einfacher die Verjährung der sponsio ausschließen konnte? — Die Schlussworte der l. 20 §. 16 cit. 39, 1 mögen immerhin schon in ihrem ursprünglichen Sinne von der activen Vererbung des Interdictes selbst geredet haben;^{11a)} indessen steht schwerlich etwas ent-

10^{b)} Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1. Ziffer 70.

10^{c)} Wie Schmidt a. a. D. S. 122 N. 22 versteht auch Burdhard a. a. D. S. 426 vor N. 69 die l. 20 §. 16 cit. von der Unverjährbarkeit des Interdicts.

10^{d)} S. unten Ziffer 80 zu N. 62a.

11) S. unten §. 1838 Ziffer 88 a. E.

11^{a)} So haben wir sie oben §. 1835 Ziffer 12 N. 17a S. 86 bezogen; und jedenfalls ist der Schluß von der Vererb-

gegen, sie im Munde Ulpian's auf die nämliche Befugniß zu deuten, deren Unverjährbarkeit der Eingang der Stelle wahrscheinlich ausgesprochen hat, d. h. auf die Befugniß, die sponsio ex interdicto reddito zu erzwingen.

Beim interdictum de migrando sodann liegt der Gedanke an eine Verjährung ebenso fern, als die Bestimmung des Beginns einer solchen schwierig sein würde. Sollte dieser etwa für die nicht pfandsshalber eingebrachten Streitgegenstände mit deren Einbringen eintreten? für die zwecks der Pfandgebung eingebrachten aber mit der Tilgung der Miethschuld bezw. mit der mora accipiendi des Vermiethers? Wozu also die ausdrückliche Erklärung, das Interdict verjähre nicht? Haben jedoch, wie früher bereits gezeigt worden ist,¹²⁾ die Schlußworte der l. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32 ursprünglich von der activen und passiven Bererblichkeit des Zwangs zur sponsio ex interdicto geredet, so wird eben hiervon auch die Unverjährbarkeit zu verstehen sein. In der That würde die Verjährung der sponsio nicht gut stimmen zu der Fortdauer des Anspruchs aus dem Miethvertrage, kraft dessen der Miether die ungehinderte Verfügung über die nicht pfandsshalber eingebrachten oder pfandfrei gewordenen Mobilien fordern darf.

Ähnlich verhält es sich mit l. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei 43, 4 betreffs des interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est. Eine bereits geschehene Behinderung des immissus an der Besiznahme der Nachlaststücke, eine Störung in deren Besizze oder eine Entziehung desselben gehört durchaus nicht zu den Voraussetzungen des Interdicts; folglich ist nicht daran zu denken, daß von einem solchen, hinsichtlich der

lichkeit der sponsio ex interdicto reddito auf die Bererblichkeit des Interdicts selbst kaum abzuweisen.

12) C. oben §. 1837 Ziffer 67 zu N. 40 ff. C. 391 ff.

Zuständigkeit des Interdicts ganz gleichgültigen, Umstände eine Verjährung des Interdictes laufen könne. Dagegen haben wir schon oben¹³⁾ auf erkennbare Spuren einer Interpolation hingewiesen, welche es auch äußerlich glaubwürdig machen, daß diese Stelle ursprünglich von der sponsio ex interdicto reddito gehandelt hat. Was würde auch dem Legatar die Fortdauer seines Anspruchs auf die cautio legatorum nützen, wenn die sponsio aus dem zu dessen Schutze erlassenen Interdicte verjährt wäre?

Als erwiesen aber wird es jetzt gelten dürfen, daß in l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17 eine Interpolation ganz ähnlicher Art steckt, wie wir eine solche für die besprochenen Stellen annehmen. Unmöglich hat Ulpian geschrieben: neque pluris, quam quanti ea res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Schon Keller¹⁴⁾ hatte es für unzweifelhaft erklärt, daß hier gar nicht von dem reddere interdictum die Rede sei, sondern einzig von dem agere ex interdicto reddito. Verstand aber Keller unter diesem agere ex interdicto ausdrücklich auch die Anordnung der bekannten Sponsionen und Restipulationen, so hat Rudorff¹⁵⁾ die Kellersche Wahrnehmung nicht verbessert, indem er jene Worte auf das iudicium Cascellianum bezog.¹⁶⁾ Denn wo der

13) Das. zu N. 45 ff. S. 395 ff.

14) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 308.

15) Das. S. 359 ff. Note Num. 142 zu v. Savigny's das Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 700. De iurisdictione edictum §. 247 unter IV.

16) Ihm stimmt zu Schmidt Interdictenverf. S. 257 vgl. S. 254, Mommsen in seiner Digestenausgabe ad h. l., Bruns Besitzklagen S. 44 und 56 und besonders energisch Krüger kritische Versuche S. 106 ff., welcher die Be-

Prätor es nicht ausdrücklich ausspricht, daß eine Klage über den einfachen Betrag des quanti ea res est oder erit hinausgehen soll, da versteht sich die Beschränkung auf diesen Betrag von selbst: eine actio auf „neque pluris, quam quanti ea res erit“ — wäre völlig unerhört. Hiernach vermuthet nunmehr Venel¹⁷⁾ sicherlich richtig, jene Worte haben sich ursprünglich auf eine sponsio bezogen. Auch läßt sich kaum etwas dagegen einwenden, wenn der genannte Gelehrte dabei an jede einzelne der beiden Sponsionen denkt, welche zur Fortführung des doppelseitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis erforderlich waren.¹⁸⁾ Doch

ziehung der Verjährungsklausel auf das Sponsionsverfahren gemäß seiner Auffassung des Uti possidetis (s. oben §. 1836 a Ziffer 39 N. 69 S. 217 f.) für ganz unmöglich hält. Witte das interdictum Uti possidetis S. 149 f. versteht zwar das intra annum vom Sponsionsverfahren, möchte aber das neque pluris, quam quanti ea res erit, auf das iudicium secutorium bei einseitiger Besitzstörung, also ex interdicto secundario, beziehen.

- 17) Ed. perp. S. 379 unter 2. S. oben §. 1836 a Ziffer 39 S. 218. Bestimmend Exner Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abth. Bd. 8. S. 177 N. 16.
- 18) Pfersche Interdicte S. 89 f. findet dies auffallend, sofern man dabei an das zweiseitige Verfahren denke, „da doch die Provocation sich an die Licitation anschließen konnte und ein „ab interdicto reddito“ genügte.“ Wegen diese Annahme s. unten §. 1838 c Ziffer 94 nach N. 2c vbb. mit §. 1838 a Ziffer 90 zu N. 47. Ganz irrig ist unter allen Umständen die Beziehung, welche Pfersche unsrer l. 1 pr. auf das prohibitorische Secundarium giebt, indem er meint, sie statuirt, daß von der Besitzstörung an innerhalb eines Jahres sowohl das Interdictum erwirkt, als auch der Sponsionsstreit eingeleitet werden müsse, und gebe somit die für jede Besitzstörungsklage unerläßliche Zeitbeschränkung. Das prohibitorische Se-

könnte der interpolirte Satz auch von der sponsio aus einem der interdicta secundaria oder auf beide sich bezogen haben, wie es mindestens wahrscheinlich ist, daß sowohl jene Doppelsponzion, als diese Einzelsponzionen innerhalb eines annus utilis verjährten.^{18a)} Jedenfalls aber, und darauf kommt es an dieser Stelle an, bezieht sich auch das „intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit,“ wie jenes „neque pluris etc.“ in seinem ursprünglichen Sinne auf eine Sponzion aus dem Uti possidetis.

Und nach diesem Vorgange dürfte unfre Vermuthung über die ursprüngliche Bedeutung der vorhin besprochenen Stellen um so vollständiger gerechtfertigt erscheinen, als wir für die selbständige Verjährbarkeit des agere ex interdicto reddito in einer durchaus unverdächtigen Stelle ein ausdrückliches Zeugniß besitzen.

Paulus rec. sent. IV, 7, 6: Edicto perpetuo caveatur, ut, si tabulae testamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit, quo ad exhibendum compellitur, qui supprimit etc.

Im Gegensatze dazu heißt es vom interdictum de tabulis

cundarium setzt so wenig wie ein andres prohibitorisches Interdict eine vorangegangene Störung voraus (Gai. IV, 170); die Sponzion über dasselbe dagegen thut dies: die Verjährung der Befugniß, sie zu erwirken, kann daher erst beginnen, wenn nach Ertheilung des Interdictes eine Verletzung vorgekommen ist. S. unten §. 1838 c Ziffer 97 nach N. 71c. Das secundarium prohibitorium selbst, d. h. die Befugniß, dasselbe zu erwirken, wenn der Gegner die cetera ex interdicto unterlassen hat, kann m. E. überhaupt nicht verjährten; die Verjährung des secundarium restitutorium anzunehmen, ist kein Grund vorhanden. S. oben §. 1836 c Ziffer 54 a. E. S. 307 und unten Ziffer 81 zu N. 62.

18a) S. unten Ziffer 81 zu N. 62a ff.

exhibendis selbst in der schon angeführten l. 3 §. 16 D. de tab. exhib. 43, 5:

(Ulp. lib. 68. ad ed.) Interdictum hoc et post annum competere constat etc.

Hinsichtlich der actio arbitraria aber aus jenem Interdicte kann selbstverständlich von einer Verjährung nicht die Rede sein: diese Klage findet überhaupt nur statt, wenn die Bitte darum sich unmittelbar an den Erlaß des Interdictes anschließt.¹⁹⁾ Somit muß das interdictio reddito intra annum agi, quo ad exhibendum compellitur, qui supprimit, von der Verjährung des iudicium secutorium ex sponsione verstanden werden. Daraus jedoch ergiebt sich weiter, daß mit dem agere ex sponsione auch die Befugniß verjährt ist, die sponsio zu fordern.²⁰⁾ Müßte freilich diese Befugniß unmittelbar nach Erlaß des Interdictes geltend gemacht werden, so würde ihre Verjährung ebenso undenkbar sein, wie diejenige der actio arbitraria ex interdicto. Wie wir jedoch demnächst²¹⁾ sehen werden, durfte bei allen gebietenden Interdicten die Sponsion erst nach Ablauf desjenigen Termines gefordert werden, in welchem das Interdict erlassen worden war. Somit steht auch bei ihnen der Möglichkeit einer Verjährung des Anspruchs auf die Sponsion ein sachliches Bedenken nicht entgegen. Nun setzt die Verjährung des agere ex sponsione nothwendig den Verlust jenes Anspruchs voraus. Dieser aber kann da, wo die Verjährung des agere ex sponsione in Frage steht, auf keine andere Weise erfolgt sein, als entweder durch Eingehung der Sponsion oder ebenfalls durch Verjährung. Ließe die Verjährung des agere ex sponsione von Eingehung der Sponsion an, so würde natürlich nur

19) Gai. IV, 162 sq.

20) Uenel ed. perp. C. 365 zu R. 1.

21) C. unten §. 1838a Ziffer 90 zu R. 38 f.

die erstere Alternative in Betracht kommen. In der That dagegen läuft sie aber laut unsrer Stelle *ex interdicto reddito*: deshalb muß mindestens neben jener die zweite Alternative als wirklich zutreffende gelten. Gewiß aber erscheint es als selbstverständlich, daß die Befugniß, die *sponsio* aus dem *interdictum de tabulis exhibendis*, einem gebietenden Interdicte, zu fordern, zu verjähren beginnt *ex interdicto reddito*; also zugleich mit der Verjährung des *agere ex sponsione*. Verjährt sie jedoch in kürzerer Frist, als letzteres, so wäre es jedenfalls ungenau, schlechthin zu sagen, wie unsere Stelle es doch thut: man könne nach Erlaß des Interdicts *intra annum agere*; denn mit einer frühern Verjährung des Anspruchs auf die *sponsio* würde nothwendig auch das *agere ex sponsione* abgeschnitten sein. Diese Stelle für verstümmelt zu halten, liegt aber schwerlich ein Grund vor. So beweiset sie, daß auch die Befugniß, die *sponsio* zu verlangen, erst in einem Jahre nach Erlaß des Interdictes verjährt.

Das gewonnene Ergebnis, wonach Beginn und Ende der Verjährungszeit für die *sponsio* mit derjenigen für das *iudicium secutorium* zusammenfällt, wird uns demnächst weiter den Platz im Interdictenverfahren bezeichnen, welchen die *sponsiones ex interdicto* einnehmen.²²⁾

Die vorstehende Untersuchung hat uns also gezeigt, daß im classischen Interdictenverfahren die Verjährung der Befugniß, ein Interdict zu erwirken (Verjährung des Interdictes selbst), wohl zu unterscheiden ist von der Verjährung der Befugniß, *ex interdicto reddito* eine *Sponsion* zu provociren bezw. aus dieser *Sponsion* zu klagen (Verjährung der *Sponsion* und des *agere ex interdicto reddito*). Beide Verjährungen finden durchaus nicht nothwendig in Beziehung auf das nämliche Interdict statt;

22) S. unten §. 1838 a Biffer 90 zu N. 46d.

insbesondere kann, wie das *interdictum de tabulis exhibendis*, und nicht minder das *Uti possidetis* zeigt, aus einem unverjährbaren Interdicte ein kurz verjährendes weiteres Verfahren sich entwickeln, während in anderen Fällen auch dieses weitere Verfahren der Verjährung nicht unterliegt.

Mit dem Untergange des Interdictenverfahrens hat dieser Unterschied den Boden verloren. Demgemäß ist in Justinians Compilation das ursprünglich auf die *Provocatio* zur *Sponsio* bezw. auf das *agere ex interdicto reddito* Bezügliche gestrichen, wie hinsichtlich des *interdictum de tabulis exhibendis*, oder auf das *Interdict* bezw. die an dessen Stelle getretene *actio extraordinaria interpolita* worden, wie bei den prohibitorischen *interdicta de via publica, de via publica reficienda, Ne vis fiat aedificanti, de migrando, Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est*, und beim *Uti possidetis*. Welche einschneidende Veränderung des materiellen Rechtes hierdurch bei diesem letzten Interdicte hervorgerufen worden ist, werden wir alsbald wahrnehmen. ^{22a)}

Zu erwähnen bleibt an dieser Stelle, daß die theodosische Klageverjährung selbstverständlich auch Anwendung findet auf die *actiones ex causa unverjährbarer gebietender Interdicte*. Denn diese sind ja mit dem Dasein ihrer Voraussetzungen im Einzelfalle *infrallemal natae*. Dagegen unterliegen die *actiones ex causa prohibitorischer Interdicte*, abgesehen von der oben berührten Ausnahme des *Uti possidetis*, auch jetzt der Verjährung nicht: sie entstehen, weil sie auf ein allgemeines Verbot des Zuwiderhandelns abzielen, in jedem Augenblicke neu, solange ihre Voraussetzungen fortbauern.

22*) S. unten Biffer 79 zu N. 43a ff.

Während auf die geschilderte Weise die Verjährung der Sponsion und des *agere ex interdicto reddito* in der Compilation verschwunden ist, hat sich in derselben eine dritte Art der Verjährung bei den Interdicten behauptet, nämlich die Verjährung des Rechtes selbst, welches durch das Interdict geschützt werden soll. Diese Verjährung tritt ein bei den prohibitorischen Interdicten zum Schutze des Quasibesitzes von *servitutes discontinuae* sowie beim *interdictum de itinere actuque privato reficiendo*,²³⁾ — und in höchst eigenthümlicher Weise beim *interdictum Utrubi*. Gemäß den Worten:

Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto —

siegt mit diesem Interdict bekanntlich derjenige, welcher im letzten Jahre von der Ertheilung des Interdicts rückwärts gerechnet länger als der Gegner diesem gegenüber fehlerfrei besessen hat. Gegenüber einem fehlerhaften Besitze verjährt also das Recht auf Besitztshutz für den frühern rechtmäßigen Besitzer mit Ablauf eines Jahres vom letzten Tage seines Besizes.²⁴⁾ Erwirbt aber der Gegner fehlerfreien Besitz, so läuft die Verjährung längstens in sechs Monaten seit diesem Besitzerverbe ab, sofern der Gegner oder ein Rechts-

23) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 116, wo wohl nicht ganz glücklich gesagt wird: „Von einer wahren Verjährung ist hier überall keine Rede,“ während doch nur die Rede von der „Klagverjährung ausgeschlossen ist. Vgl. oben §. 1837a Biffer 73 S. 465 zu N. 25 ff. und unten Biffer 78 N. 33.“

24) Vgl. l. 156 D. de V. S. 50, 16: (*Licinnius Rufinus lib. 10. regularum*) „*Maiore parte anni*“ *possedissee quis intellegitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit.*

nachfolger desselben den erworbenen Besitz ununterbrochen fortsetzt.²⁵⁾ Beträgt jedoch die dem frühern Besitzer zugute kommende Besitzzeit nicht einmal vermöge der accessio possessionis sechs volle Monate, so ist die Verjährung schon in dem Augenblicke abgelaufen, in welchem der gegenwärtige Besitzer persönlich oder kraft der Accession eine nur etwas längere Besitzzeit für sich geltend machen kann.

Eine der Verjährung des durch ein Interdict geschützten Rechtes selbst entsprechende Verjährung finden wir endlich bei den beiden Popularinterdicten zum Schutze des Wasserlaufes öffentlicher Flüsse.^{25a)} Das öffentliche Recht auf Bewahrung des Wasserlaufes, soweit es durch diese Interdicte von Privaten geltendgemacht werden kann, ist verjährt, sobald eine unbefugte Aenderung des Wasserlaufes den Sommer des Vorjahres hindurch bestanden hat.^{25b)} —

25) Gai. IV, 152: Annus autem retrorsus numeratur . itaque si tu verbi gratia VIII mensibus possederis prioribus, et ego VII posterioribus, ego potior ero, quod trium priorum mensium possessio nihil tibi in hoc interdicto prodest, quod alterius anni possessio est.

25^{a)} Hinsichtlich des prohibitorischen Interdicts §. 1. 1 pr. D. ne quid in flum. publ. 43, 13 (Ulp. lib. 68. ad ed.): Ait praetor: In flumine publico inve ripa eius facere aut in flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto; — hinsichtlich des restitutorischen das. §. 11: Deinde ait praetor: Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in [id *ins.* M.] flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, restituas.

25^{b)} L. 1 cit. §. 8: Is autem hoc interdicto [dem prohibitorischen] tenetur, qui aliter fecit fluere, quam priore aestate fluxit. et idcirco aiunt praetorem priorem aestatem comprehendisse, quia semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius [potius *del.* Hal.] quam hieme . nec ad instantem aestatem, sed ad

Doch besteht ein wesentlicher Unterschied dieses Falles von den Fällen des Interdictenschutzes für die iuris quasi-possessio unständiger Servituten darin, daß bei ihm dem Kläger Behauptung und Nachweis obliegt, es sei durch den Impetraten der Wasserlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres geändert worden, während bei letzteren Interdicten umgekehrt der Impetrat zu behaupten und nöthigenfalls zu erweisen hat, die Ausübung der fraglichen Servitut liege weiter zurück, als zwecks des gegenwärtigen Schutzes zulässig ist. ²⁵⁰⁾

78. Die einjährige Verjährungsfrist für die Erwirkung des Interdicts ist *tempus utile* beim *interdictum de vi non armata*.

L. 1 §. 39 D. de vi:

(*Ulp.* lib. 69 ad ed.) *Annus in hoc interdicto utilis est.* ²⁶⁾

Dasselbe ergiebt sich hinsichtlich der Verjährungsfrist für

priorem interdictum refertur, quia illius aestatis fluxus indubitator est. aestas ad aequinoctium autumnale [autumnale del. M.] refertur. et si forte aestate interdicetur, proxima superior aestas erit intuenda: si vero hieme, tunc non proxima [a ins. M.] hieme aestas, sed superior erit inspicienda.

²⁵⁰⁾ S. oben §. 1837 a Biffer 73 S. 465.

²⁶⁾ Nach nota 24 zu l. 2 Cod. unde vi 8, 4 in der Herrmannschen (Kriegelschen) Ausgabe liest der Cod. Veronensis in der von Herrmann benutzten Abschrift Bluhmes (Vorrede S. XV) in jener Stelle: „si necdum utilis annus excessit.“ Krügers Codicis Justiniani fragmenta Veronensia p. 56 col. 1 v. 24 dagegen haben: „si necdum annus excessit,“ wie es auch Krügers Ausgabe giebt. Hiernach wird ein Versehen Bluhmes oder Herrmanns anzunehmen sein, und jene Stelle als weiterer Beleg für die *utilis computatio* der Interdictsverjährung nicht gelten dürfen.

die *interdicta fraudatorium* und *Quod vi* gemäß der bei ersterem überlieferten,²⁷⁾ bei letzterem mit Sicherheit ergänzbaren,²⁸⁾ Clausel der edictsmäßigen Formel:

si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est.²⁹⁾

Und zwar läuft die Frist beim *fraudatorium* vom Tage der erfolgten *venditio bonorum*.

L. 10 §. 18 D. quae in fraud. cred. 42, 8:

(*Ulp.* lib. 73. ad ed.) Annus huius in factum actionis (ursprünglich: huius interdicti) computabitur ex die venditionis bonorum.³⁰⁾

Beim *interdictum Quod vi* aut *clam* beginnt die Verjährung mit der Fertigstellung des opus oder mit dem Aufhören der Arbeit daran.

L. 15 §. 4 D. quod vi 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Et post annum non competit. annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est aut fieri desuit, licet perfectum non sit: alioquin si a principio operis coepti annum quis

27) L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8 (s. oben Ziffer 77 zu R. 2 S. 490).

28) L. 1 pr. D. quod vi 43, 24 vbb. mit l. 15 §§. 4—6 eod. Vgl. Ziffer 77 R. 3 S. 490.

29) Vgl. l. 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

30) Vgl. l. 6 §. 14 eod. (*Ulp.* lib. 66. ad ed.) von der *Pauliana*: Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis (sc. bonorum) und dazu v. Schey Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 154 ff. — A. W. Schmidt a. a. O. S. 120, der wohl von einer grundsätzlich verschiedenen Auffassung des *interdictum fraudatorium* ausgehend, l. 10 §. 18 cit. nicht auf dieses *Interdict* bezieht: er läßt dessen Verjährung mit dem betrügerischen Acte beginnen.

numeret, necesse est, cum his, qui opus tardissime facerent, saepius agi.

Beim Unde vi wird uns der Anfangstag der Verjährung nicht genannt; es kann jedoch einem Zweifel nicht unterliegen, daß dies der Tag ist, an welchem die Dejection vollzogen worden ist.

Utiliter wurde auch die einjährige Frist für die Eingehung der Sponsionen aus dem Uti possidetis berechnet.

L. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit.³¹⁾

Sicher trat diese Berechnung in allen Fällen ein, in denen das Sponsionsverfahren überhaupt jener kurzen Verjährung unterlag, z. B. beim interdictum de tabulis exhibendis.

Bei gebietenden Interdicten beginnt der Lauf der Sponsionsverjährung unmittelbar mit Erlaß des Interdictes: die Voraussetzungen der Sponsion sind in diesem Augenblicke vollständig vorhanden. Anders bei prohibitorischen Interdicten; hier begründet erst der Eintritt einer verbotswidrigen Handlung die Möglichkeit zur Sponsion, an aliquid adversus edictum praetoris factum sit; erst von einer Verletzung des Verbotes an also kann die Verjährung der Sponsion beginnen. Etwas Eigenthümliches aber gilt in dieser Hinsicht bei den interdicta duplicia, welche ja alle prohibitorisch sind. Die zur Fortführung des doppelseitigen Verfahrens nothwendige Doppelsponsion setzt voraus, daß von beiden Seiten etwas geschehen ist, was der Gegner als vis adversus edictum bezeichnen kann: frühestens mit der Vornahme dieser vis auch seitens der zuletzt thätig werdenden Partei kann die Verjährung der sponsio beginnen. Und wo, wie beim Uti possidetis, zur Fortführung

31) S. oben Ziffer 77 zu N. 14 ff.

des doppelseitigen Verfahrens zwischen der beiderseitigen vis und der Doppelsponfion noch etwas Weiteres erforderlich ist, nämlich die fructus licitatio und die Cautionsleistung des Höchstbieters, ^{31a)} da kann selbstverständlich die Verjährung der sponsio erst von dem Eintritte jener Erfordernisse laufen. ^{31b)}

Mit dem Untergange des alten Interdictenverfahrens ist der Inhalt des iudicium secutorium, welches sich ehedem der Eingehung der Sponfionen unmittelbar angeschlossen hatte, ^{31c)} auf die actio extraordinaria ex causa interdicti übertragen worden. Infolge davon gilt jetzt die utilis computatio für den der einjährigen Verjährung unterliegenden Theil der actio extraordinaria ex causa des Uti possidetis, welcher ehedem im iudicium secutorium, sei es aus dem doppelseitigen Verfahren, also mit dem Cascellianum oder mit dem fructuarium, sei es aus einem der interdicta secundaria, verfolgt worden war. Dies ist die Bedeutung der wiederholt mitgetheilten Worte der l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17:

intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Wir wenden uns zur Verjährungsfrist für die durch Interdicte geschützten Rechte selbst.

Die meisten der in Betracht kommenden Interdicte erfordern laut der proponirten formula eine Ausübung „hoc anno“ —; und dieses Jahr wird rückwärts vom Tage des interdictum redditum gerechnet.

L. 1 §. 3 D. de it. actuq. priv. 43, 19:

(Ulp. lib. 70. ad ed.) Anni temporis spatio conclu-

31^{a)} S. unten §. 1838 c Ziffer 95 a. G.

31^{b)} S. das. und oben §. 1836 a Ziffer 39 S. 218 f.

31^{c)} S. unten §. 1838 b Ziffer 93 zu N. 58a und Ziffer 91 zu N. 8a.

sit usum . annum ex die interdicti [editi *ius. M.*]
retrosum computare debemus.

Wird aber auch hier utiliter gerechnet, wie bei der Verjährung des interdictum Unde vi, dessen Formel ebenfalls das einfache „in hoc anno“ hat? Dies ist sicherlich zu verneinen. Denn so richtig es sein mag, „daß die römischen Juristen das utile tempus als unzertrennlich verbunden mit den einjährigen oder noch kürzeren Klageverjährungen ansahen, ohne Unterschied, ob diese Nebenbestimmung im Edict jedesmal ausgedrückt war oder nicht“, ³²⁾ — so unleugbar handelt es sich ja hier ganz und gar nicht um die Verjährung einer Interdictenklage als solcher, sondern darum, daß das Recht selbst, welches nöthigenfalls durch ein Interdict geschützt werden würde, erlischt, sobald die dieses Recht begründende Ausübung über ein Jahr zurückliegt, — und zwar ohne alle Rücksicht darauf, ob innerhalb dieses Jahres Anlaß zu dem Interdicte vorlag oder nicht. Eben deshalb aber fehlt hier ganz und gar die Möglichkeit, das Jahr zu berechnen ex quo primum experiundi potestas erat: ³³⁾ es bleibt also nichts übrig als dasselbe einfach nach dem Kalender abzumessen. Allerdings kann das beim interdictum de itinere actuque privato den seltsamen Erfolg haben, daß das Recht auf die weitere Ausübung in dem nämlichen Augenblicke bereits verjährt ist, in welchem dasselbe zuerst entstanden war. Dieses Recht nämlich entsteht, sobald die Ausübung an 30 verschiedenen Tagen innerhalb eines natürlichen Jahres vorgenommen worden ist; ³⁴⁾ seine Verjährung beginnt, sofern

32) v. Savigny Syst. Bd. 4 S. 428.

33) Dies ist es wohl, was Schmidt a. a. O. S. 116 meint, wenn er sagt, es könne hier natürlich von einem utile tempus nicht gesprochen werden.

34) L. 1 §. 2 D. de it. act. priv. 43, 19.

es durch die Ausübung von weiteren 29 Tagen des nämlichen Jahres überhaupt begründet worden ist, mit dem ersten Tage seiner Ausübung. Denken wir nun als Anfangstag der Ausübung etwa den 1. Januar, als deren dreißigsten und letzten Tag den 31. December desselben Jahres, so würde die Voraussetzung des Interdictes schon am 1. Januar des folgenden Jahres nicht mehr vorliegen. Allein diesem unleugbar überraschenden Ergebnisse gegenüber dürfen wir doch nicht übersehen, daß unser Interdict auf solche Begegerechtsame zugeschnitten worden ist, deren Ausübung überaus leicht wiederholt werden kann. Es müssen daher ganz außergewöhnliche Umstände obwalten, wenn einerseits die erforderlichen Ausübungshandlungen den Zeitraum eines ganzen Jahres oder selbst nur den größern Theil eines solchen umspannen, andererseits nach Ablauf des Jahres nicht neue Ausübungshandlungen folgen, welche in Verbindung mit den früheren das Recht darauf bewahren oder neu begründen würden. Obendrein aber wird gegen den Verlust des Rechtes auf Erwirkung des Interdictes *restitutio in integrum* gewährt, sofern derselbe auf entschuldbarer Verhinderung an weiteren Ausübungshandlungen beruht.³⁵⁾ Umgekehrt dagegen würde die Anwendung der *computatio utilis* bei denjenigen Interdicten, welche nur Einmalige Ausübung im letzten Jahre erfordern, den sicherlich ganz unerwünschten Erfolg mit sich bringen, daß auf eine einzige vor vielen Jahren vorgenommene Ausübung hin das Interdict begehrt werden könnte, sofern nur in der Zwischenzeit kein Anlaß zu seiner Anstellung vorgelegen hat.

Ganz zweifellos wird *continue* berechnet die Verjährungsfrist für das Recht auf das *interdictum de aqua aestiva* und auf das *interdictum de rivis*, soweit sich letzteres auf eine Leitung für *aqua aestiva* bezieht. Gemäß

35) L. 1 cit. §§. 9 sq. (s. unten §. 1838 Biffer 86 zu N. 73).

den proponirten Interdictsformeln „Uti priore aestate aquam duxisti“; ³⁶⁾ — „uti — priore aestate — a te duxit“ ^{36a)} muß die Ausübungshandlung im vorletzten Sommerhalbjahre, d. h. zwischen der vorletzten Frühlingsgleiche und der vorletzten Herbstgleiche, vorgenommen sein, also spätestens am Tage vor der vorletzten Herbstgleiche, es läuft also die kürzeste Frist von diesem Tage bis zum Tage vor der zweitfolgenden Frühlingsgleiche, z. B. vom 20. September 1886 bis zum 20. März 1888. Eine utilis computatio ist folglich schon deshalb ausgeschlossen, weil die Frist continue berechnet mindestens anderthalb Jahre beträgt.

L. 1 §§. 32 sqq. D. de aqua cott. 43, 20:

(*Ulp.* lib. 70. ad ed.) §. 32: Aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et finiri aequinoctio autumnali: et ita senis mensibus aestas et hiems dividitur. §. 33: Priorem aestatem ex comparatione duarum aestatum accipi. §. 34: Propter hoc, si aestate interdicam, nonnunquam annum et sex menses continere: quod ita contingit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur: et proinde, si hieme interdicatur, etiam in biennium haec res extendetur.

Das Entsprechende gilt natürlich für das utile interdictum wegen aqua hiberna; ^{36b)} und nicht minder für

36) L. 1 §. 29 D. de aq. cott. 43, 24.

36^{a)} L. 1 pr. D. de riv. 43, 25.

36^{b)} L. 1 cit. §. 35. — Bei dem utile interdictum wegen der Leitung im letzten Sommer (l. 1 cit. §. 36) kann von einer Verjährung die Rede nicht sein: ist dieses Interdict bis zum Ablaufe des nächsten Winterhalbjahres nicht ange stellt, so ist nun sofort das edictsmäßige de priore aestate statthaft.

die beiden Popularinterdicte zur Wahrung des Wasserlaufes öffentlicher Flüsse in demjenigen Zustande, welchen derselbe im Sommer des Vorjahres gehabt hat. ³⁶⁾)

Ganz selbstverständlich endlich ist es, daß die Frist für das Recht auf das *Utrubi continue* berechnet wird: sie beruht auf der Vergleichung zwischen der Besitzzeit beider Parteien innerhalb des letzten Jahres; dabei ist eine *computatio utilis* undenkbar.

79. Die etwa aufgeworfene Frage, ob die Wirkung der Verjährung eines Interdictes Verlust des durch das Interdict geschützten Rechtes selbst, oder nur Verlust des Interdictenschutzes, also ob sie, um v. Savignys Ausdruck ³⁷⁾) zu gebrauchen, die stärkere oder die schwächere sei, weist Schmidt, ³⁸⁾) als durchaus unstatthaft zurück. Das Interdict erzeuge erst die Verpflichtung; daß ein bestimmter, für die Bitte um das Interdict geeigneter Zeitraum noch nicht verfloßen sei, das gehöre zu den Bedingungen der Entstehung der Obligation. Sei jener verfloßen, so lasse sich nicht sagen, die vorhandene Obligation gehe mehr oder weniger vollständig unter: es entstehe keine.

Allein es ist, wie wir später ³⁹⁾) zeigen werden, für die Zeit, in welcher die Interdicte im *Edicte* proponirt waren, vollends aber seitdem die *lex Cornelia* v. J. 687 d. St. die Prätores an ihre Jurisdictionsedicte gebunden hatte, durchaus nicht richtig, daß die unter den Schutz von Interdicten gestellten Verhältnisse erst kraft der förmlichen Ertheilung eines Interdictes im Einzelfalle zu Rechtsverhältnissen geworden wären: sie waren dies ohne weiteres, sobald die edictsmäßigen Voraussetzungen für die Erbitung

36°) S. oben Ziffer 77 zu N. 25a ff.

37) System Bd. 5 S. 366 ff.

38) A. a. O. S. 120 f.

39) §. 1839 a Ziffer 117.

des Interdicts vorlagen. Folgerweis sind auch die mittels eines Interdictes geschützten obligatorischen Verhältnisse als solche schon vor dem Erlaß des Interdictes vorhanden, und so namentlich auch die Forderungsrechte, welche durch diejenigen drei Interdicte verwirklicht werden sollen, deren Verjährung in den Quellen bezeugt ist: sie entspringen unmittelbar aus der Dejection, dem *vi aut clam factum*, der betrügerischen Verkürzung der Gläubiger. Somit erscheint die von Schmidt abgewiesene Frage nach dem Einflusse der Verjährung des Interdicts auf diese Forderungsrechte genau ebenso berechtigt, wie die Frage nach der Wirkung der Klageverjährung für Forderungsrechte überhaupt. Hier aber ist selbstverständlich jene Frage nicht zu erörtern.

Wird jedoch das, durch ein Interdict geschützte, Verhältniß nicht erst durch Erlaß des Interdictes zum Rechtsverhältnisse, so vermögen wir auch keinen Grund für die Ansicht zu erblicken, daß jedes durch ein Interdict geschützte Verhältniß eine Obligation sei. Vielmehr behält u. E. dieses Verhältniß auch nach dem Erlasse des Interdicts ganz dieselbe rechtliche Beschaffenheit, welche es vorher gehabt hat. Dies gilt insbesondere auch für den durch Interdicte geschützten Besitz und Quasibesitz.⁴⁰⁾ An dieser Stelle mag die Bemerkung genügen, daß wir jene Verhältnisse mit Bekker⁴¹⁾ und Gustav Hartmann⁴²⁾ als dingliche Rechte betrachten.

40) S. das. nach Nr. 42.

41) Aktionen Bd. 2 S. 370. Das Recht des Besitzes S. 362 ff.

42) Rechte an eigener Sache Nr. VI S. 61, in v. Thering's Jahrbücher Bd. 17 S. 118. — Um ein Mißverständnis abzuschneiden, bemerke ich ausdrücklich, daß hier nicht vom Quasibesitze überhaupt die Rede ist, z. B. auch von demjenigen einer Zehntgerechtfame, eines Jagdrecht's,

Nach der rechtlichen Natur des, durch das Interdict geschützten, Verhältnisses bestimmt sich folgeweis auch die Wirkung, welche die Verjährung auf den Anspruch *ex interdicto reddito* bei gebietenden Interdicten etwa hat, ist doch dieser Anspruch genau der nämliche, dessen Erfüllung das Interdict selbst anbefiehlt. Ganz dasselbe aber muß gelten hinsichtlich der 30 oder 40jährigen Verjährung der Klagen *ex causa* gebietender Interdicte. Es ist hierfür ganz einerlei, ob man den Inhalt dieser Klagen als denjenigen der alten Interdicte selbst betrachtet, oder als denjenigen der *iudicia secutoria* bezw. *arbitraria* aus ertheilten Interdicten: beiderlei Inhalt deckte sich ja völlig. Demgemäß erscheint auch heute z. B. der mit der Klage *ex causa* des *Quorum bonorum* geschützte Anspruch durchaus gleichartig demjenigen, welcher mittels der *hereditatis petitio* verwirklicht wird, also seinem wesentlichen Inhalte nach, d. h. von den *s. g. personales praestationes* abgesehen, ⁴³⁾ als ein nicht obligatorischer; das beiden Rechtsbehelfen zugrundeliegende erbrechtliche Verhältniß bleibt somit ungeachtet der Verjährung jener Behelfe bestehen. Hinwider machen das *Quod legatorum, de tabulis exhibendis*

sondern nur von dem im römischen Rechte durch Interdicte geschützten, also vom Quasibesitze an Servituten, *Superficies*, *Emphyteusis*.

- 43) Als *personalis praestatio* kommt beim *Quorum bonorum* außer der Haftung für *dolo desiisse possidere* jedenfalls die Verpflichtung des Beklagten in Betracht, *pro herede usucapirte* Nachlasssachen herauszugeben. Vgl. oben §. 1835 a Ziffer 19 zu N. 67a S. 128. — Der für die *hereditatis petitio* hinsichtlich der *personales praestationes* so wichtige Unterschied zwischen der *mala fides* und der *bona fides* des Beklagten findet beim *Quorum bonorum* keine Beachtung. S. unten §. 1838 e Ziffer 103 zwischen N. 21 und 22.

und viele andre rein obligatorische Ansprüche geltend; und auf diese Ansprüche wirkt die Verjährung der ihnen dienenden *actiones extraordinariae ex causa interdicti* gerade so, wie die Klageverjährung überhaupt auf Forderungsrechte wirkt.

Bei prohibitorischen Interdicten dagegen erwuchs ein, mittels des *agere ex interdicto* verfolgbarer, Anspruch erst aus einer Verletzung des im Interdicto ausgesprochenen allgemeinen Verbotes, und derselbe beschränkte sich auf Ersatz des durch jene einzelne Verletzung verursachten Schadens. Demgemäß konnte die Verjährung dieses Anspruchs die Kraft des allgemeinen Verbotes überhaupt nicht beeinflussen: verjährt war lediglich der einzelne Ersatzanspruch. Seiner Natur nach aber erscheint dieser Anspruch stets als ein rein obligatorischer: durch Verletzung des Verbotes wurde der Verlezer zu Schadenersatz verpflichtet; die Verjährung des Anspruchs wirkte mithin wie die Verjährung einer Forderung.

Justinian hat nun, wie wir gesehen haben, ^{43a)} die einjährige Verjährung der *sponsio* aus dem *Uti possidetis* auf die Klage *ex causa* dieses Interdictes übertragen. Damit kann er nicht gemeint haben, es solle der Ersatzanspruch wegen einer jeden Besitzstörung binnen Jahresfrist verjähren; denn es entsprang wegen einer völlig der Vergangenheit angehörigen Besitzstörung aus dem *Uti possidetis* ebenso wenig jemals ein Anspruch, als überhaupt ein prohibitorisches Interdict den *Impetraten* wegen einer Handlung haftbar machte, welche vor seinem Erlasse lag: ^{43b)} es gab also infolge einer solchen Besitzstörung nichts, was der Verjährung hätte unterliegen können. Nur insoweit vermochte das *Uti possidetis*, wie andere prohibitorische Inter-

43^a) S. oben Ziffer 77 S. 501 zu N. 22a.

43^b) S. oben §. 1837 Ziffer 61 S. 354 ff.

dicte, auf die Vergangenheit zurückzuwirken, als vor seinem Erlasse durch Handlung des Impetraten ein Zustand hervorgerufen worden war, dessen Fortdauer nach diesem Erlasse als verbotswidrig erschien.⁴³⁰⁾ Und nur in diesem beschränkten Umfange vermag daher auch die actio extraordinaria ex causa des Uti possidetis das zu thun. Es kann also nur der mit dieser Klage verfolgbare Anspruch auf Beseitigung eines solchen Zustandes sein, der nunmehr nach Justinians Verfügung innerhalb Eines Jahres verjährt. Aber selbst hierin ist eine weitere Beschränkung unerlässlich. Ein derartiger Zustand nämlich kann in zweifacher Gestalt auftreten: einmal als dauernde Einrichtung, welche die bisherige Verfügungsfähigkeit des Besitzers schwächt, jedoch nicht beseitigt; sodann als Vorhandensein des Besitzes bei dem von dem frühern Inhaber vitio Besitzenden. Für diesen zweiten Fall der Besitzstörung durch den fortbauenden Zustand der vitiosa possessio ist, wie wir demnächst sehen werden,⁴³¹⁾ die Annalverjährung auch bei Justinian ausgeschlossen: sie gilt lediglich für den Fall der Besitzstörung mittels einer bleibenden Vorrichtung. Hat also eine solche ein Jahr lang ohne Anfechtung durch Klageerhebung bestanden, so kann sie jetzt mittels einer Besitzklage überhaupt nicht mehr angefochten werden; das Uti possidetis des classischen Rechtes dagegen konnte sie auch nach einem Jahre noch beseitigen, sofern dasselbe wider ihren Urheber ging.

Die Wirkung endlich der Verjährung des Rechtes auf den Schutz im Quasibesitze von servitutes discontinuae kann, gleich derjenigen des non usus für das Recht solcher Servituten selbst, keine andere sein, als völliger Untergang des verjährten Rechtes mit allen seinen Folgen.⁴³²⁾ Denn

430) S. das. Ziffer 63 S. 369 ff.

431) S. unten Ziffer 80 S. 522.

432) v. Thering über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl.

das Recht dieses Quasibesizes, welches sich ja nicht in einem dauernden Zustande, sondern lediglich in einzelnen Ausübungshandlungen verkörpert, hat als solches gar keinen weitem Inhalt, als den Anspruch, auf Grund früherer Ausübungshandlungen derartige Handlungen auch fernerhin ungestört vorzunehmen. Sobald also die früheren Ausübungshandlungen jenen Anspruch nicht mehr gewähren, ist eben deshalb das Quasibesitzrecht erloschen. Folgerichtig muß auch die Ersizung einer servitus discontinua unterbrochen werden, sobald wegen längerer Nichtausübung der Servitut deren künftige Ausübung schutzlos geworden ist. *M. a. W.* zur Ersizung einer solchen servitus discontinua, welche alljährlich beliebig oft ausgeübt werden kann, ist es erforderlich, daß aus jedem Jahre der Ersizungszeit mindestens Eine fehlerfreie Ausübungshandlung nachgewiesen werde, deren zeitlicher Abstand von der nächsten Ausübungshandlung nicht ganz ein Jahr betragen darf. Denn nur in dem Sinne kann der Quasibesitz, welcher hier ja eben nicht in einem dauernden Zustande, sondern in einzelnen Ausübungshandlungen besteht, während der ganzen Ersizungszeit als ununterbrochen fortbestehend gelten, daß er in keinem Augenblicke des Interdictenschutzes bar gewesen ist. — Kann die Ausübung zwar alljährlich, aber nur zu zeitlich beschränkten Zwecken, etwa behufs der Ackerbestellung und der Ernte, vorgenommen werden, so genügt es, wenn aus jedem Jahre der Ersizungszeit eine Ausübungshandlung nachgewiesen wird, sollten gleich die einzelnen nachgewiesenen Handlungen um mehr als ein Kalenderjahr von einander entfernt liegen, z. B. die eine Ernte (von Winterkorn) zu Ende Julius, die andre (von Sommerkorn) zu Ende Augusts des folgenden Jahres vorgenommen sein: denn in

§. 174 ff. und ders. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz §. 290 zu *N.* 1 und §. 327 f. *Ann.* 13.

solchem Falle würde nach sinngemäßer Anwendung des interdictum de aqua aestiva ⁴³⁷⁾ der durch die erste Handlung begründete Quasibefitz noch immer geschützt werden, wenn etwa die zu Ende Augusts des folgenden Jahres beabsichtigte Wiederholung der Ausübung vom Gegner verhindert werden sollte. — Es bedarf wohl keiner besondern Ausführung darüber, daß da, wo die ordentliche Erfizung einer servitus discontinua deshalb unstatthaft ist, weil die jährliche Ausübung nicht nachgewiesen wird, schon aus diesem Grunde auch von einer außerordentlichen Erfizung nicht die Rede sein kann. Zulässig dagegen ist m. E. trotz jenem Umstande die unvordenkliche Verjährung: für deren Nachweis genügt es, den Richter davon zu überzeugen, daß die fragliche Uebung seit Menschengedenken in allen geeigneten Fällen stattgefunden hat; diese Ueberzeugung aber kann recht füglich begründet werden, ohne daß dazu eine Ausübungshandlung aus jedem Jahre der Verjährungszeit dargethan wird; ⁴³⁸⁾ auf das Dasein eines Besizschuzes kommt es hier nicht an.

437) Vgl. oben Ziffer 78 S. 510.

438) So wird es in der Praxis der Provinz Hannover beobachtet. Hier wird nach Präjudiz III des Ober-Appellationsgerichtes zu Celle v. 31. März 1842 zur Erfizung einer servitus discontinua, welche ihrer Natur nach in jedem Jahre ausgeübt werden kann, der Nachweis einer Ausübungshandlung aus jedem Jahre der Erfizungszeit erfordert; wo nun solcher Nachweis nicht zu erbringen steht, greift man auf die unvordenkliche Verjährung. — Auf die Aussprüche des römischen Rechtes darf man sich freilich hierfür nicht berufen. Denn obwohl dasselbe die unvordenkliche Verjährung gerade in solchen Verhältnissen zuläßt, welche in ihm des Besizschuzes überhaupt nicht theilhaft sind, so handelt es sich, so viel ich sehe, doch überall um Zustände, nicht um wiederholte Ausübung. Von den in l. 1 §. 23. l. 2 pr.

Das über die Wirkung der Verjährung des Quasibesitzes bei *servitutes discontinuae* Gesagte gilt auch hinsichtlich des petitorischen *interdictum de itinere actuque privato reficiendo*: der Quasibesitz der Wegegerechtfame ist mit dem Wegfall des Schutzanspruchs erloschen. Selbstverständlich aber dauert nichtsdestoweniger das Recht der Wegeservitut selbst bis zum Erlöschen durch *non usus fort*; denn dieses Recht enthält den, vom Wegfallen des Anspruchs auf den Interdictenschutz völlig unabhängigen, Anspruch, ohne alle Rücksicht auf eine bereits geschehene Ausübung ungestört ausgeübt zu werden.

Wie der Quasibesitz der *servitutes discontinuae* durch seine Verjährung völlig untergeht, so erlischt auch das öffentliche Recht auf Erhaltung des Wasserlaufes in demjenigen Zustande, den derselbe im Sommer des Vorjahres gehabt hat, soweit jenes Recht durch *Popularinterdicte* geschützt ist, mit seiner Verjährung völlig. Selbstverständlich jedoch bleibt es der zuständigen Verwaltungsbehörde unbenommen, des öffentlichen Interesse halber im Verwaltungswege jenen Zustand wieder herzustellen.

Die Wirkung endlich der Verjährung des mit dem *Utrubi* geschützten Besitzrechtes des frühern Besitzers ergibt sich sehr einfach. Auch dieses Besitzrecht bestand im allgemeinen in nichts Anderm, als in dem Anspruche mittels des *Interdicts* das thatsächliche Herrschaftsverhältniß über die Streitfache zurückzuerlangen; daneben unter Umständen in der Aussicht, kraft *Hinzurechnung* der frühern Besitzzeit

§§. 1. 3. 4. 5. 7. 8 D. de aq. et aq. pl. erwähnten Anlagen ist dies zweifellos; aber auch bei den *vias vicinales* in l. 3 pr. D. de loc. et itin. 43, 7 stehen Wegeanlagen in Frage, und in l. 26 D. de aq. et aq. pl. 39, 3. l. 3 §. 4 D. de aq. cott. 43, 20 und l. 7 Cod. de serv. 3, 34 Wasserleitungen ebenfalls in dem Sinne von Anlagen. Vgl. Brinz Band. 2. Aufl. Bd. 1 S. 641 f.

den innerhalb eines Jahres nach seinem ersten Verluste zurückerworbenen Besitz mittels des nämlichen Interdicts ungestört zu behaupten. Jener Anspruch ist nunmehr beseitigt; soweit nicht etwa diese Aussicht sich verwirklicht, ist also das Besitzrecht selbst verloren gegangen.

80. Nach l. 4 D. h. t.:

(*Paul.* lib. 67. ad ed.) Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum *Sabinus* respondit —

folgte nach eingetretener Verjährung eines Interdicts ein iudicium auf die Bereicherung des Gegners erteilt werden.

Demgemäß war für den Fall der Verjährung des interdictum fraudatorium eine actio proponirt. ⁴⁴⁾

L. 10 §. 24 D. quae in fraud. cred. 42, 8:

(*Ulp.* lib. 73. ad ed.) Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit . sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quisvis, competit actio in id, quod ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perveniret.

Dem pervenire gleichgestellt ist ausdrücklich das dolo malo fecisse, quo minus perveniret.

Nicht minder war eine actio verheißen für den Fall der Dejection.

Vat. fragm. §. 312:

(*Divi Diocletianus et Constantius Aurelio Onesimo.*)
— unde aditus praeses provinciae si de possessione te pulsum animadvertit, nec annus excessit, ex inter-

44) Dies ergibt sich aus den Worten „iniquum enim praetor putavit.“ *Genel ed. perp.* S. 399 N. 1.

dicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel, si hoc tempus finitum est, *per* formulam promissam. ^{44*)} (a°. 293.)

Ohne Zweifel bezog sich auf diese actio die Schlußclausel des in l. 1 pr. D. de vi 43, 16 sehr ungeschickt interpolirten Edicts über das interdictum Unde vi non armata:

post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.

Von einer Ausdehnung der Haftung auf das dolo malo fecisse, quo minus perveniret, ist hier keine Rede; in der That würde diese Ausdehnung die ganze Verjährung des Interdicts illusorisch machen. ⁴⁵⁾

Das interdictum de vi armata verjährte nicht; folglich konnte für den Fall seiner Verjährung eine actio nicht erforderlich sein. Somit erscheinen die Schlußworte der l. 3 §. 12 de vi 43, 16:

(Ulp. lib. 69. ad ed.) — et post annum reddetur (sc. interdictum de vi armata) in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit ^{46*)} (deiecitve *ins.* M.) unde (*del.* M.) vi —

als eine Interpolation, welche bezweckt, das interdictum de vi armata dem gewöhnlichen interdictum de vi gleich

44*) Bgl. l. 17 Cod. de A. E. et V. 4, 49: (Dioclet. et Maxim.) — igitur ad instar interdicti seu actionis promissae experiendum esse perspicitis.

45) Ueber das dolo fecisse quo minus possideretur, s. oben §. 1837 Biffer 58 zu N. 19 S. 337.

46*) Schmidt a. a. O. will das prohibuit durch deiecit ersetzen; er nimmt an, das falsche Wort sei durch Abschreiber versehen aus §. 13 oder §. 14, wo von dem interdictum si uti frui prohibitus esse dicitur die Rede ist, in den Text gerathen.

zu machen.⁴⁶⁾ Es darf also in jenen Worten nicht mit Schmidt⁴⁷⁾ ein Beweis dafür gefunden werden, daß die Klage gegen den Dejicienten auf seine Bereicherung die Form des Interdicts getragen habe. Einen bessern Beleg für Schmidts Ansicht scheint allerdings l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3 abzugeben:

(Ulp. lib. 20. ad ed.) *Julianus* scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi etc.

Nun fand jedoch bei vis armata in der That das Interdict schlechtjin post annum statt; unsere Stelle also, welche in ihrem weitern Verlaufe die Ausschließung des arbitrium communi dividundo für jede Art eines fehlerhaften Besizerwerbes mit der Statthastigkeit eines besondern Rechtsbehelfes gegen den iniustus possessor begründet,⁴⁸⁾ konnte kaum umhin, das interdictum de vi armata zu nennen. Nannte sie aber daneben, wie ich annehmen möchte, für den Fall der vis non armata eine actio in factum, so ist es durchaus begreiflich, daß die Compileren, welche den Unterschied der Rechtsmittel wegen vis ausgleichen mußten, den gegenwärtigen Text zusammengestrichen haben: war ja doch interdictum in ihrem Sinne nichts Anderes als eine actio in factum.

46) Venel ed. perp. C. 376 unter 2 a. C.

47) U. a. D. C. 121.

48) Den im Texte mitgetheilten Worten folgen die Sätze: et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.

Es ist später ⁴⁹⁾ darzulegen, daß für das classische Recht doch nicht bloß ein formeller Unterschied darin lag, ob wegen der Bereicherung ein *interdictum utile* oder eine *actio in factum* stattfand.

Die theodosische Klagenverjährung gilt selbstverständlich auch für die Klagen wegen der fraglichen Bereicherung.

Der Satz, daß nach der Verjährung des *Interdictes* wegen der Bereicherung ein *iudicium* zu ertheilen sei, bezog sich auf das Sponsionsverfahren und das *iudicium secutorium* nicht: war dieses verjährt, so fand auch der Bereicherung halber ein Verfahren nicht mehr statt.

In der *Compilation* hat nun die *actio extraordinaria ex causa interdicti*, das *interdictum* im Sinne *Iustinians*, den Inhalt des ehemaligen *iudicium secutorium* in sich aufgenommen. Jetzt muß folglich jener Satz:

Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum —

auch für den Inhalt des ehemaligen *iudicium secutorium* gelten. Mithin dauert die recuperatorische Wirkung des *Uti possidetis*, sofern der Besitz des *vitio a nobis possidens* fortbesteht, volle 30 Jahre lang. Dies erscheint in der That um so nothwendiger, wenn wir uns erinnern, daß nach l. 3 *Cod. Quor. bon. 8, 2 v. J. 395* der *bonorum possessor* mit dem *Quorum honorum* den Besitz jeder von seinem Erblasser bei dessen Tode besessenen Sache von jedem Besitzer 30 Jahre lang einfordern kann. ^{49a)} Es wäre übrigens ein Irrthum, diese ein Jahr überdauernde recuperatorische Wirkung des *Uti possidetis* erst vom Unter-

49) S. unten §. 1839 Biffer 115. Vgl. auch §. 1837 Biffer 66 zu N. 26 ff. S. 386 f.

49a) Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 70 S. 42 ff.

gange des Interdictenverfahrens zu datiren. Vielmehr liegt in der Fortdauer der vitiosa possessio fortdauernde Behinderung des frühern Besitzers im Besitze, deren wegen von jeher das Interdict erwirkt werden konnte,⁵⁰⁾ und zwar bis zur theodosischen Klageverjährung ohne jede Zeitbeschränkung.

Selbstverständlich kann von der Anwendung der l. 4 D. h. t. cit. auf das ursprüngliche Utrubi und auf die Interdicte zum Schutze des Quasibesitzes von servitutes discontinuae nicht die Rede sein. Denn nicht sowohl diese Interdicte unterliegen einer kurzen Verjährung, als vielmehr die durch sie geschützten Besitz- und Quasibesitz-Rechte selbst, sofern sich dieselben auf frühern Besitz oder frühere Ausübung gründen. Ist aber mit dieser Verjährung das Recht selbst untergegangen, aus dem allein der Anspruch auf Schutz durch das Interdict beruht, so fehlt es damit auch an jeder Grundlage für einen Anspruch wegen der Bereicherung des Gegners.

81. Uebrig ist hinsichtlich der Verjährung noch die Frage, was betreffs derjenigen Interdicte anzunehmen sei, von denen uns weder Verjährbarkeit noch deren Gegentheil bezeugt worden ist.

Mit Recht bemerkt Schmidt,⁵¹⁾ die Berücksichtigung

50) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 63 S. 369 ff. und Ziffer 79 S. 515 vor N. 43d. Nur darf man sich hierfür nicht mit Arnolds Pand. §. 172 Anm. 3, Witte das interdictum Uti possidetis S. 88 f. und Kappeyne Abhandlungen S. 178 zu N. 2 berufen auf l. 1 §. 5 D. uti poss. 43, 17: Perpetuo autem huic interdicto insunt haec „quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides“. Vgl. dagegen v. Wangerow Lehrb. Bd. 1 §. 336 7. Aufl. S. 682 f. Rudorff Anm. Nr. 142 zu v. Savigny Recht des Besitzes S. 700 f. Et die sog. doppelseitigen Klagen S. 67.

51) A. a. O. S. 122 f.

des Zeitablaufes bei diesen Interdicten sei nur statthaft, wo sich dieselbe aus allgemeinen Grundsätzen herleiten lasse. Es wird also darauf ankommen, ob die uns bezeugte Verjährung bei Interdicten auf solche Grundsätze zurückgeführt werden könne.

Scheinbar wird nun ein allgemeiner Grundsatz für prätorische Klagen und zwar, was für uns besonders in Betracht zu ziehen wäre, in ausdrücklicher Anwendung auch auf Interdicte, ausgesprochen in l. 35 pr. D. de O. et A. 44, 7:

(*Paul. lib. 1. ad ed. praetoris.*) In honorariis actionibus sic esse definiendum *Cassius* ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum eis extorqueatur, sicut fit in actione doli mali ⁵²⁾ et interdicto Unde vi et similibus etc.

Hiernach würden also in Jahresfrist solche Interdicte verjähren, welche als Straffklagen, wenngleich nur als einseitige im Sinne v. Savignys, ⁵³⁾ aufzufassen sind, während diejenigen Interdicte, welche nach jenem Gelehrten als erhaltende bezeichnet werden, ⁵⁴⁾ der Verjährung nicht unterliegen. ⁵⁵⁾

52) So nach dem Edicte; nach l. 8 Cod. de dolo 2, 20 (21) verjährt die Klage, abgesehen von der Bereicherung des Beklagten, bekanntlich intra continuum biennium.

53) D. h. welche dem Kläger nicht mehr verschaffen sollen, als einfachen Schadensersatz. v. Savigny System Bd. 5 S. 41.

54) Das.

55) Daß in der hier nicht mitabgedruckten Fortsetzung der l. 35 pr. cit. der Ausdruck „actiones rei persecutionem continentis,“ welcher in dem abgedruckten Theile der

Dies stimmt jedoch hinsichtlich des ersten Satzes mit den Thatsachen nicht.

Freilich verjähren die drei Delicta ahnenden interdicta Quod vi, fraudatorium und de vi non armata binnen Jahresfrist. Aber schon das interdictum de vi armata, ohne Zweifel eine einseitige Strafflage, verjährt nicht.⁵⁶⁾ Ferner wird hinsichtlich des interdictum demolitorium zwar die Pflicht des Nuntiaten zur Restitution des opus auf eigene Kosten im Gegensatze zur bloßen patientia destruendi als poena bezeichnet und deshalb für unvererblich erklärt;⁵⁷⁾ nichtsdestoweniger aber finden wir gerade bei diesem Interdicte die Unverjährbarkeit ausdrücklich bekundet.⁵⁸⁾ — Als Strafflagen sind nicht minder alle restitutorischen und exhibitorischen Interdicte anzusehen, soweit sie denjenigen haftbar machen, qui dolo possidere vel habere desiit oder fecit, quo minus ad eum perveniret. Gleichwohl wird z. B. von den interdicta de precario und de tabulis exhibendis ohne jegliche Unterscheidung gesagt, sie verjähren nicht.⁵⁹⁾

Stelle jene erhaltenden Klagen bezeichnet, mit den Worten „quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest“ anscheinend in einem andern Sinne erklärt wird, geht uns hier nichts an. Vgl. darüber v. Savigny a. a. D. Bd. 5 S. 353 N. c. und Schmidt a. a. D. S. 123 N. 25. S. auch Francke Beiträge S. 3 f.

56) S. oben Ziffer 77 zu N. 5 S. 491.

57) L. 22 D. de O. N. N. 39, 1: (Marcellus lib. 15. dig.) Cui opus novum nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit: debet heres eius patientiam destruendi operis adversario praestare: nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur, porro autem in poenam heres non succedit.

58) L. 20 §. 6 D. eod. f. oben Ziffer 77 S. 491.

59) Das. S. 490 f.

Aus l. 35 pr. D. cit. ist somit ein Grundsatz für die Verjährung der Interdicte nicht zu entnehmen.

Noch weniger ist dies hinsichtlich der Popularinterdicte der Fall mit l. 8 D. de pop. act. 47, 23:

(Ulp. lib. 1. ad ed.) Omnes populares actiones neque in heredem dantur neque supra annum extenduntur.

Vielmehr werden wir diesen Satz streng auf die eigentlichen populares actiones im Gegensatz zu den popularia interdicta zu beschränken haben. Finden wir doch in der §. 45 mitgetheilten l. 2 §. 44 D. ne quid in loco publ. 43, 8 als Grund für die Unverjährbarkeit des restitutorischen Popularinterdictes geradezu gesagt: pertinet enim ad publicam utilitatem. Und heißt es doch nicht minder in l. 3 §. 15 D. de hom. lib. exh. 43, 29 vom Popularinterdicte de homine libero exhibendo: perpetuum est. Eine Bestätigung dafür, daß in der That der populare Charakter eines Interdictes die kurze Verjährung des daraus entspringenden Verfahrens eher ausschließt, als bedingt, liegt auch in der bereits besprochenen l. 2 §. 34 D. ne quid in loco publ. 43, 8 für das dort erörterte prohibitorische Interdict de loco publico,⁶⁰⁾ wenngleich wir annehmen, daß die Worte dieser Stelle: Hoc interdictum perpetuum et popolare est — in ihrer ursprünglichen Fassung nicht vom Interdicte selbst gehandelt haben, sondern vom agere ex interdicto.⁶¹⁾ Denn diese Abweichung von der Regel, wonach die actio per sponsionem ex interdicto in einem Jahre von ihrer ersten Anstellbarkeit an verjährt, beruht offenbar darauf, daß es sich hier nicht ausschließlich, ja sachlich nicht einmal in erster Reihe, um das Privatinteresse des Impetranten handelt. Und das Nämlche

60) §. oben §. 45.

61) §. oben Ziffer 77 §. 493 nach N. 8.

ergiebt sich aus l. 1 §. 3 D. de via publ. refic. 43, 11^{61a)}: auch in ihr wird die Unverjährbarkeit, und zwar nach unsrer Ansicht diejenige der actio ex interdicto, unmittelbar in Verbindung mit der popularen Natur des prohibitorischen interdictum de via publica reficienda (dabitur — omnibus) genannt.

So kommen wir mit Schmidt⁶²⁾ zu dem rein negativen Ergebnisse, daß die in den Quellen für die Verjährbarkeit von Klagen aufgestellten Grundsätze auf die Interdicte nicht passen; vermögen aber ebenso wenig, wie er, aus den bezeugten Beispielen verjährender und nichtverjährender Interdicte einen maßgebenden Satz für die Interdicte als solche zu entwickeln.

Unter diesen Umständen erscheint die Annahme geboten, daß der Prätor bei der Aufstellung der einzelnen Interdicte auch hinsichtlich der Verjährbarkeit derselben keinesweges von allgemeinen Erwägungen ausgegangen ist, vielmehr in jedem Falle das anordnete, was er eben für diesen Fall als angemessen hielt. In dem nämlichen Sinne scheint auch die römische Jurisprudenz bei denjenigen Interdicten, deren edictsmäßige Fassung der Frage nach der Verjährung etwa Raum gelassen hatte, mit ihrer Entscheidung vorgegangen zu sein, wie der, demnächst allgemein anerkannte, Ausspruch Labeos über das interdictum de precario in l. 8 §. 7 D. de precario^{62a)} zeigt.

Als verjährend aber werden uns nur diejenigen Interdicte gelten dürfen, für welche die Verjährung in den Quellen bekundet ist.

Umgekehrt dagegen dürfte es sich verhalten mit der Verjährung der sponsio und des agere per sponsonem ex

61^{a)} S. das. S. 493 zu N. 10.

62) A. a. O. S. 125.

62^{a)} S. oben Ziffer 77 S. 490 f.

interdicto reddito. ^{62b)} Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese in Paul. R. S. IV, 7, 6 ⁶³⁾ für das unverjährbare interdictum de tabulis exhibendis und in L. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17 gemäß Uenels Restitution ⁶⁴⁾ für das Uti possidetis bezugte Verjährung als eine Eigenthümlichkeit der genannten Interdicte gelten soll. Vielmehr begründet der Umstand, daß für die interdicta de via publica und de via publica reficienda als Popularinterdicte und für die interdicta Ne vis fiat aedificanti, de migrando und Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est, nach unsrer Ansicht die Unverjährbarkeit der sponsio besonders hervorgehoben wird, ⁶⁵⁾ die Ausnahme, dies seien eben nur Ausnahmen. Finden wir doch die Rechtfertigung für solche einerseits in der popularen Natur der beiden erstgenannten Interdicte, ⁶⁶⁾ andererseits in den eigenthümlichen Verhältnissen der drei anderen. Hiernach läßt sich füglich eine Ausdehnung dieser Ausnahmen behaupten, nämlich auf alle Popularinterdicte, mindestens auf die prohibitorischen, und sodann auf alle solche prohibitorische interdicta privata, welche zum Schutze eines sachlich nicht erst durch den Erlaß des Interdictes hervorgerufenen Anspruches dienen. Von den letzteren führen wir neben den bereits genannten noch an das Interdict zum Schutze des damni infecti nomine missus und das Salvianum. ⁶⁷⁾

62^{b)} A. M. Schmidt a. a. D. S. 249 f., welcher die Wirkung des interdictum redditum als dauernde ansieht, soweit ihr eine Grenze nicht gezogen sei, von einer solchen Grenze aber nichts weiß. Ihm stimmt zu Burdhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40 Thl. 1 S. 393 N. 41.

63) S. oben Ziffer 77 S. 498.

64) Das. S. 497 f.

65) S. das. S. 491 ff.

66) S. oben zu N. 61 f.

67) Vgl. unten §. 1838 Ziffer 88 zu N. 15 f.

Verlag von Palm & Enke in Erlangen.

Ferner:

Pandectenbücher 41 u. 42,

von Professor Dr. Carl Ritter von **Cyphlarz**:

Theil I, enthaltend: „Die **Eigentümerwerbarten** des Pandectentitels de **adquirando rerum dominio 41, 1.**“ (XII u. 628 S.) 1887, geh. 12 **M** 80 **S**.

und **Registerband IV** über Theil 85—45. (223 S.) 1868. geh. 3 **M**

Behufs der von so vielen Seiten gewünschten rascheren Fortsetzung des Werkes wurde neben der regelmäßigen Folge gleichzeitig auch die serienweise Bearbeitung zunächst der eben erwähnten Pandectenbücher für zweckmäßig erachtet, durch welche Arbeitstheilung der Commentar seiner Vollendung eher entgegengeführt werden kann, als dies außerdem möglich wäre. Die spätere Einreihung einer Serie behufs Anschlusses an die früher erschienenen Theile ergibt sich dann von selbst, sobald die vorhergehenden Bücher vollständig vorliegen.

Nachdem Herr Prof. Dr. **Sallowski** in Königsberg die Fortsetzung der **Arndts'schen** „Lehre von den Vermächtnissen“, Herr Prof. Dr. **Cyphlarz** in Prag die Bearbeitung der Bücher 41 und 42 und Herr Prof. Dr. **Ubbelohde** in Marburg die der Bücher 43 und 44 übernommen haben, wird eine raschere Publikationsweise dieses Werkes erzielt werden, als es in Folge unabweisbarer Hindernisse bisher der Fall war.

Der **Abonnementspreis** der ersten 45 Bände nebst 3 **Registerbänden** beträgt 96 **M**, und der **Gesamtpreis** obiger Theile 46, 47 u. 48 nebst Theil 1—5 der Serie der Bücher 37 und 38 und Theil 1—3 der Serie der Bücher 39 u. 40 sowie des Theil 1 der Serie der Bücher 41 und 42 sammt IV. **Registerband** beläuft sich auf 108 **M** 80 **S**.

Diese Bände können nun sofort auf einmal als auch behufs erleichterter Anschaffung nach und nach in beliebigen Zwischenräumen durch jede Buchhandlung bezogen werden; auch werden einzelne Bände abgegeben, soferne es der von rington nur noch gering vorhandene Vorrath gestattet.

Abonnements nimmt jede Buchhandlung entgegen!



