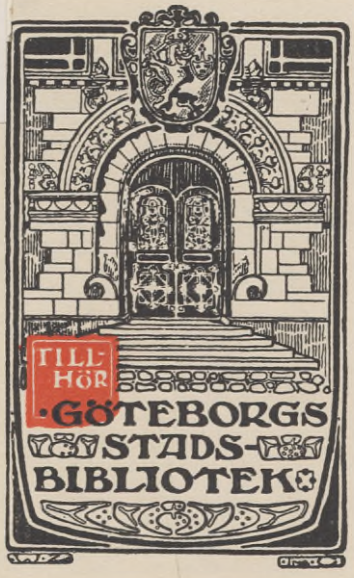

SKRIFTER

UTGIVNA AV

KUNGL. HUMANISTISKA VETENSKAPS-SAMFUNDET

I

UPPSALA

BAND 23

UPPSALA
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

LEIPZIG
OTTO HARRASSOWITZ

UPPSALA 1927
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

Skrifter utgivna av K. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala. 23.

DER RÖMISCHE OBLIGATIONSBEGRIFF

IM LICHTE DER ALLGEMEINEN RÖMISCHEN RECHTSANSCHAUUNG

I.

VON

AXEL HÄGERSTRÖM

UPPSALA
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

LEIPZIG
OTTO HARRASSOWITZ

UPPSALA 1927
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

VORWORT.

Die vorliegende Arbeit will nachweisen, dass sich das römische Recht — auch im Gewande der klassischen Jurisprudenz — auf einer Grundlage von Aberglauben aufbaut. Man schreibt den römischen Bürgern gewisse über der natürlichen Wirklichkeit stehende Kräfte zu, die durch die Gesetzgebung entstehen, soweit sie nicht von Anfang an mit dem römischen Staate selbst vorhanden sind. Die Romanistik, die durch moderne, selbst auf Aberglauben beruhende Rechtsvorstellungen gebunden ist, hat nun letztere auf das römische Recht übertragen. Auf diese Weise sind zwei Fehler entstanden. Einerseits hat man den römischen Aberglauben modernisiert; andererseits hat man nicht erkannt, dass man es keineswegs mit einer Welt der Tatsachen, sondern lediglich mit einem systematisierten juridischen Aberglauben zu tun hat. Es liegt auf der Hand, dass, falls die von mir vertretene Auffassung richtig ist, der gesamten modernen Jurisprudenz, soweit sie überhaupt durch die üblichen Vorstellungen über das römische Recht beeinflusst ist, die Wirklichkeitsgrundlage fehlt. — An eventuelle Kritiker erlaube ich mir die ergebene Bitte zu richten, nach Möglichkeit von bisher für selbstverständlich gehaltenen Annahmen zu abstrahieren und ausschliesslich die vorgebrachten Argumente zu prüfen. — Was die Interpolationsfragen anlangt, so ist zu bemerken, dass möglicherweise auf manche in dieser Arbeit behauptete Interpolationen schon von anderer Seite hingewiesen worden ist, ohne dass ich es wusste und also angeben konnte. Doch dürfte in jedem einzelnen Falle die Begründung im ganzen eine andere sein als die eventuell früher gegebene.

Die Anmerkungen scheinen einen unverhältnismässig grossen Raum einzunehmen. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Text den Gedankengang der Arbeit selbst darstellen soll, dem der Leser

nur mit Mühe folgen könnte, wenn die Beweisführung aus den Quellen an den einzelnen Punkten in den Text aufgenommen wäre. Andererseits erschien es mir unzweckmässig, die Spezialbeweisführung ganz von der Hauptdarstellung zu trennen und alle Anmerkungen in einer besonderen Abteilung zu vereinigen. Der Text bietet nun einen in sich abgeschlossenen Gedankengang und *kann* für sich allein gelesen werden, doch findet man an jedem Punkte die Spezialbeweisführung in unmittelbar an den Text angeschlossenen Anmerkungen.

Von den am Schluss der Arbeit stehenden Zusätzen und Berichtigungen bitte ich im voraus Kenntnis zu nehmen.

Für wertvolle juridische Aufschlüsse spreche ich meinem Herrn Kollegen VILHELM LUNDSTEDT, Professor des römischen und des Obligationsrechtes, meinen verbindlichsten Dank aus. Gütige Auskünfte in philologischen Fragen verdanke ich meinen Herren Kollegen Prof. PER PERSSON und Prof. HÅKAN SJÖGREN. Besonderen Dank schulde ich letzterem für die überaus wertvolle Hilfe, die er mir freundlichst durch Korrekturlesen eines grösseren Teiles der Arbeit leistete. Endlich danke ich Herrn Dr. jur. KONRAD FLEX herzlich für die Durchsicht des deutschen Textes.

Upsala, im Juni 1927.

Der Verfasser.

Einleitung.

Wenn man in der Rechtswissenschaft sich solcher Begriffe bedient wie Eigentumsrecht und Recht auf die Handlung einer andern Person, z. B. Arbeit auf Grund eines Dienstvertrages oder Bezahlung einer gewissen Summe Geldes auf Grund eines Vorschusses, scheint es sich um etwas zu handeln, dessen Bedeutung klar am Tage liegt. Wenigstens jeder Erwachsene scheint zu wissen, worum es sich handelt. Ja, Kinder, welche sich um ihre Spielsachen zanken, sind sich darüber sehr klar, dass diese oder jene Sache dem einen oder dem andern gehört. »Dieses Schaukelpferd ist mein und nicht dein.» Oder: »Dieses hier lass' du sein, denn ich habe es mit meinem eigenen Geld gekauft». Es sollte wohl deshalb keine besonderen Schwierigkeiten bieten zu erklären, was die fraglichen Rechte eigentlich enthalten. Und doch wird man zu seinem Erstaunen eine gewaltige juristische Literatur finden, die zur Aufgabe hat, den Sinn der Begriffe zu bestimmen, und welche allerhand verschiedene Ansichten in sich schliesst. Was ist es eigentlich, das die Schwierigkeiten verursacht?

Es ist dabei einleitungsweise zu beachten, dass das Problem verhältnismässig neu ist. So finden wir in der römischen Rechtsliteratur nichts anderes als kurze Andeutungen. Dass ein eigentlicher wissenschaftlicher Streit über die Sache vorlag, kann nicht gesagt werden. Dass man der Frage jetzt grössere Aufmerksamkeit widmet, beruht darauf, dass die moderne Wissenschaft, also auch die moderne Rechtswissenschaft, keine andern Begriffe verwenden will als solche, die den Fakta entsprechen. Aber sobald die Fakta, die Wirklichkeit, welche die Begriffe decken sollen, bestimmt werden

sollen, gerät man sogleich in Schwierigkeiten. Wenn ich das Eigentumsrecht an einem gewissen Hause habe, scheint das einzig Wirkliche zu sein, dass ein gewisser Schutz meines Besitzes mir von der Staatsgewalt garantiert ist, soweit ich selbst oder mein Vorgänger nicht gewisse, bestimmte Handlungen vorgenommen haben, wodurch ich des Besitzschutzes verlustig gehe, z. B. wenn ich das Haus vermietet und übergeben oder eine Hypothek darauf genommen habe, aber die Schuld, für welche das Haus als Pfand dient, habe verfallen lassen. Aber hier stellen sich sofort Schwierigkeiten ein. Deckt das soeben genannte Faktum wirklich das, was man unter Eigentumsrecht versteht? Es ist zu merken, dass der Staat schützend eingreift, nur, wenn ich den Besitz der Sache wirklich verloren habe und diese sich in der Hand einer andern Person befindet, die sich nicht auf besondere Rechtshandlungen stützt. Aber das Eigentumsrecht ist, so scheint es, ein Recht an der Sache selbst, also ein Recht, den Besitz behalten zu dürfen, geltend gegenüber jeder beliebigen andern Person. Kann der Staat dies garantieren? Natürlich nicht. Er kann mir bloss die Möglichkeit schenken, das Haus zurückzubekommen, wenn es sich schon im Besitz einer andern Person befindet. — Im übrigen: wer macht das Eigentumsrecht selbst davon abhängig, dass man es beweisen kann? Aber Rechtsschutz in einem Prozesse kann ich erhalten, bloss wenn ich Beweise vorbringen kann. Wohl gemerkt, dass das Kind, das ein Eigentumsrecht an seinem Spielzeug behauptet, gewiss nicht an Schutz des Staates denkt, ja nicht einmal notwendig an Elternschutz. Es will offenbar oft bloss Beeinflussung auf den Gegenpart ausüben und sich selbst eine gewisse Stärke im Besitz geben. Wir finden diese Sachlage in den zwischenstaatlichen Beziehungen wieder, wo jeder Staat meist ohne Schutz von aussen ist, aber in Streitfällen sein Recht behauptet, um die moralische Kraft des andern Staates niederzuschlagen und seine eigene zu stärken. Man kämpft immer sicherer, wenn man in seinem guten Rechte ist. Die Behauptung, dass Privateigentum im juristischen Sinne nichts zu tun habe mit diesem natürlichen Rechtsbegriff, lässt sich nicht aufrecht erhalten, da der historische Zusammenhang greifbar ist.

Man wird da gezwungen, der Sache eine andere Wendung zu geben,

um das Faktum zu finden, das hier fraglich ist. Es wird auch gesagt, dass Eigentum einer Person das Faktum bedeute, dass der Staat allen andern, die nicht durch besondere Rechtshandlungen zum Besitz berechtigt sind, befiehlt, den Besitz der Person zu respektieren und, wenn Ungehorsam gegen den Befehl stattgefunden hat, mit Zwangsmassregeln zum Besten für die Person droht, wenn diese es will. Aber man nehme bloss einen gewöhnlichen Eigentumsstreit, wo beide Parteien im Recht zu sein glauben. Keine ist hier ungehorsam gewesen. Denn zum Ungehorsam ist doch erforderlich, dass man vom Befehle gewusst. Aber glaube ich, dass ich in meinem Rechte bin, also, dass der Staat mir nicht befohlen hat, die Sache der Gegenpartei zu überlassen, so bin ich wahrlich unter keinen Umständen ungehorsam. Ich habe da nie einen an mich gestellten Befehl erhalten. Dies ist dasselbe wie, dass er mir nie gegeben worden. Denn ein Befehl, welcher zu seinem Objekte nicht gelangt, ist nur leeres Wort, kein wirklicher Befehl. Aber trotzdem, dass folglich kein Ungehorsam gegen den Befehl vorliegt, ja, nicht einmal gesagt werden kann, dass irgendein wirklicher Befehl an eine der beiden Parteien, die Sache herauszugeben, vorhanden ist, so zwingt doch die Staatsgewalt gemäss gerichtlicher Entscheidung die verlierende Partei, sofern sie im Besitz der Sache ist, diese herauszugeben. Dabei wird als Rechtsgrund angeführt, dass das *Recht* der siegenden Partei vorher verletzt sei. Das Eigentumsrecht einer Person kann also nicht das Faktum sein, dass der Staat andern Personen Respekt befiehlt und bei Ungehorsam zum Besten für die Person mit Zwang droht, wenn der sogen. Eigentümer es will.

Es ist deutlich, dass es unüberwindliche Schwierigkeiten macht, das Faktum festzustellen, das dem entspricht, was wir Eigentumsrecht nennen.

Noch frappanter wird die Schwierigkeit, wenn man den Tatbestand zu bestimmen sucht, welcher dem entspricht, was wir meinen, wenn wir von Forderungsrecht sprechen, d. h. dem Recht auf die Handlung einer andern Person, z. B. eine Arbeitsleistung, eine Schuldbezahlung innerhalb bestimmter Zeit, wo diese Person als verpflichtet betrachtet wird. Hier auf einen Schutz des Staates hinzuweisen, erscheint rein unmöglich. Denn der Staat kann offenbar in den meisten Fällen

zu nichts anderem zwingen als zum Ersatz des Wertes der unterlassenen Leistung. Nie kann er garantieren, dass die verpflichtete Person die Handlung wirklich vollzieht, worauf der Berechtigte das Recht hat. Übrigens gilt hier natürlich dasselbe wie vom Eigentumsrechte, dass die Beweismöglichkeit nicht Vorbedingung für den Bestand des Rechtes selbst ist, wenn sie es auch für den Schutz ist.

Man sucht deshalb auch hier die Sache so zu wenden, dass das Recht in einem Befehl des Staates und Zwang bei Ungehorsam bestehe. Der Staat befiehlt, sagt man, dem Verpflichteten, dass er die Handlung vornehme, und zwingt ihn zum Ersatz, falls sie nicht geschieht, wenn der sogenannte Berechtigte es wünscht. Dies ist, sagt man, der Inhalt des Forderungsrechtes. Aber hier begegnen uns dieselben Schwierigkeiten wie in der Frage des Eigentumsrechtes. Bei einem Forderungsrechtsstreit braucht der unterliegende Teil durchaus nichts von irgendeinem Befehl der Staatsgewalt gewusst zu haben, und deshalb kann auch nicht davon gesprochen werden, dass Ungehorsam oder überhaupt ein wirklicher Befehl an ihn vorgelegen hat. Und doch wird er zur Entschädigung gezwungen, weil das *Recht* der siegenden Partei vorher verletzt sei. Schliesslich ist gegen die Befehlstheorie in beiden Fällen zu bemerken, dass, wenn es sich hier um Befehle von Seiten der Staatsgewalt handelte, jede Rechtskränkung Kränkung des Rechtes des befehlenden Staates, nicht des des Einzelnen wäre. Aber man nimmt ja dennoch ein besonderes Privatrecht an, abgesondert vom öffentlichen Recht. Und im Privatrechtsstreit kann es sich um keine andern Kränkungen drehen als solche, welche den Rechten der Einzelnen, nicht denen des Staates gelten.

Also: weder *garantierter Schutz* noch *Befehl* von Seiten einer äussern Gewalt kann uns das gesuchte Faktum geben. Aber man kann auch keine andern Fakta auffinden, von welchen gesagt werden könnte, dass sie unserer Idee vom Eigentumsrecht oder Forderungsrecht entsprechen. Man wird nun hier von den unüberwindlichen Schwierigkeiten beim Aufweisen der Fakta, welche unserer Idee vom Eigentumsrecht oder Forderungsrecht entsprechen, zur Annahme getrieben, dass es keine solchen Fakta gibt, sondern,

dass wir uns dabei etwas vorstellen, das mit der Wirklichkeit nichts zu schaffen hat.

Es liegt zunächst nahe, die Begriffe in den Zusammenhang zu setzen mit unsern moralischen Anschauungen von Recht und Unrecht. Man könnte sagen, dass Eigentumsrecht dies bedeute, dass der Rechtsinhaber allein, wenn wir absehen von besonderen, andere Personen berechtigenden Übereinkommen, befugt ist, die Sache für seine Zwecke zu verwenden. Indessen, wenn wir diesem »befugt» bloss die Bedeutung unterlegen, dass der Rechtsinhaber allein kein Unrecht tut, wenn er die Sache so anwendet, so kommt die Schwierigkeit, dass immer erachtet wird, dass aus dem Eigentumsrecht ein Recht auf staatlichen Schutz folge, wenigstens ein Recht, den Besitz der Sache selbst zu schützen. Aber eine solche Befugnis kann unmöglich bloss daraus folgen, dass der Rechtsinhaber allein kein Unrecht tut, wenn er die Sache für seine Zwecke gebraucht. Daraus, dass die andern Unrecht tun, wenn sie sich meine Sache aneignen, kann nicht folgen, dass sie in diesem Falle einem Zwang von meiner Seite unterworfen sind. Dazu kommt, dass die Befugnis des Rechtsinhabers, die Sache selbst zu gebrauchen, nach gewöhnlicher Vorstellungsweise eine blosse Folge davon ist, dass die Sache seine ist, dass sie ihm gehört. Da nun die Sache jedoch nicht zur Persönlichkeit selbst als deren Glied gehört, sondern immer etwas Äusseres für sie ist, so muss es sich um eine *Gewalt* über die Sache handeln, welche jedoch an und für sich keine faktische Gewalt ist. Zum Verständnis des Rechts auf Schutz als einer Folge dieser Gewalt muss man annehmen, dass sie unabhängig davon besteht, ob der Eigentümer noch die *faktische* Gewalt hat.

Noch deutlicher ist es, dass ein Forderungsrecht nicht auf die blosse Befugnis zurückgeführt werden kann, eine gewisse Handlung vom Gegenpart zu fordern, wenn der »Befugnis» bloss dies unterlegt wird, dass der Gläubiger kein Unrecht tut, wenn er fordert, wohl aber der Gegenpart, wenn er der Forderung nicht nachkommt. Denn das ganze Gewicht liegt hier darauf, dass wirklich der Gläubiger etwas fordern *kann*, was eine Gewalt über den Gegenpart voraussetzt und sich nicht darin erschöpfen kann, dass er kein Unrecht tut, wenn er

seinen Wunsch vorbringt, aber der Gegenpart Unrecht tut, wenn er keine Rücksicht darauf nimmt.

Es scheint so zu sein, dass wir sowohl mit Eigentum als auch mit Forderungsrecht eigentlich Kräfte meinen, welche ohne Rücksicht auf unsere faktische Fähigkeit bestehen, Mächte, welche gleichsam einer andern Welt angehören als der natürlichen, und welche Gesetzgebung oder andere Formen der Rechtssetzung bloss auslösen. Die Staatsgewalt leiht nur ihre Hilfe, um diese Kräfte in der Wirklichkeit, so weit wie möglich, durchzusetzen. Aber sie bestehen vor der Hilfe. So verstehen wir auch, warum man sich sicherer schlägt, wenn man sich in seinem guten Recht glaubt. Hier liegen mystische Kräfte zu grunde, das fühlen wir, auf welche wir uns stützen können. Die moderne Rechtswissenschaft, gedrängt von der allgemeinen Forderung, welche nunmehr an die Wissenschaft gestellt wird, sucht diesen angenommenen mystischen Kräften entsprechende Fakta nachzuweisen und gerät in unlösbare Schwierigkeiten, weil es solche Fakta nicht gibt. Hergebrachte Vorstellungen beherrschen uns, welche wir zwar versuchen in den Rahmen des modernen Denkens einzufügen, ohne doch hierzu imstande zu sein, weil sie nicht hineinpassen.

Einen ähnlichen Inhalt hat nun auch der von der Rechtswissenschaft angewandte Begriff Rechtspflicht, welchen man als einen besonders auf dem obligationsrechtlichen Gebiet mit dem Recht korrespondierenden zu fassen pflegt. Auch diesen Begriff versucht man indessen auf ein faktisches Verhältnis zurückzuführen und als einen gewissen von der rechtsetzenden Gewalt erklärten Willen zu bestimmen. Dabei geht man wie in der Frage nach dem Recht zwei Wege. Der eine ist der, dass man die Pflicht als die Handlung bestimmt, von deren Unterlassung die Rechtsgewalt erklärt, dass sie zu gewissen, die dabei schuldige Person treffenden Reaktionen führen soll. Aber dass diese Erklärung sich nicht mit der Bedeutung des angewandten Begriffes deckt, sieht man leicht. Auf diese Weise würden alle Rechtsregeln, die die privatrechtliche Pflicht bestimmen, die Rechtsgewalt selbst angehen oder deren

Organe, als im Prozesse wirksam. Aber in der Rechtswissenschaft scheidet man doch schon seit Jahrtausenden zwischen privatrechtlichen Regeln, als für Privatpersonen in ihrem gegenseitigen Verhältnis gültigen, und prozessualen, die für die Rechtsgewalt selbst oder deren Organe gelten. Die Bedeutung dieses Unterschiedes tritt in dem Umstande scharf hervor, dass bei den Römern ein privatrechtliches Sollen — oportet — bestehen kann, ohne dass dessen Übertretung den geringsten prozessualen Nachteil mit sich führt. Der Prätor kann dem Kläger die actio verweigern, oder er kann dem Beklagten die Möglichkeit geben, eine exceptio — einen Befreiungsgrund — darzulegen, der, obgleich er durchaus nicht das privatrechtlich geltende oportet aufhebt, dennoch, wenn das bezogene Faktum bewiesen wird, zur Freisprechung führen wird und dies, ohne dass der Prätor in irgendeiner Weise gegen die für ihn geltende öffentliche Pflicht verstösst. Ja, es kann umgekehrt seine gesetzlich bestimmte Pflicht sein, die actio zu verweigern oder eine exceptio zu gestatten, obwohl ein privatrechtliches oportet übertreten worden ist. Innerhalb der neueren Jurisprudenz kommt die Bedeutung des Unterschiedes zwischen Privatrecht und Prozessrecht besonders scharf in der gewöhnlichen Anschauung von den Grenzen der Rechtskraft des Urteils zum Ausdruck. Man geht dabei davon aus, dass das materielle Recht, also auch die Rechtspflicht des Beklagten von dem Ausgang des Prozesses unberührt bleibt. Die Rechtspflicht kann dann bei der Freisprechung des Beklagten noch übrig sein, obwohl sie der allergeringsten Bedeutung entbehrt. Sie hat in dieser Hinsicht nicht einmal dieselbe Bedeutung wie eine »naturalis obligatio».[1] Die Unabhängigkeit der Rechtspflicht von den Reaktionen der Rechtsgewalt gegen ihre Übertretung tritt ja weiters — um nicht zu reden von den konstitutionellen Pflichten für die höchsten Staatsorgane — besonders stark auf dem strafrechtlichen Gebiet hervor. Ein Vergehen kann beispielsweise verjähren, folglich straffrei werden. Und doch wird niemand bestreiten, dass das Vergehen trotz seiner rechtlichen Straffreiheit stets den Charakter einer Übertretung der Rechtspflicht hat.[2]

[1] Siehe darüber meinen Aufsatz: Naturrätt i straffrättsvetenskapen? (Naturrecht in der Strafrechtswissenschaft?) Svensk juristtidning 1920.

[2] Zur Beleuchtung der Unhaltbarkeit der Theorie über den durch die

Die andere Art der Erklärung des in der Jurisprudenz angewandten Rechtspflichtbegriffes ist dessen Zurückführung auf einen Befehl der Rechtsgewalt. Dabei begegnen uns indessen ähnliche Schwierigkeiten, wie wenn man das Recht als einen Befehl der Rechtsgewalt

---

Staatsgewalt deklarierten Schutz, bezw. Zwang als Recht und Rechtspflicht deckende Begriffe, wie sie faktisch von der Jurisprudenz angewandt werden, möge HOLLAND's Darstellung dieses Punktes herangezogen werden. Für HOLLAND ist juridisches Recht nichts anderes als ein von der Staatsgewalt deklarierter Schutz von gewissen Wünschen innerhalb gewisser Grenzen (Jurisprudence, ed. 1900, S. 81). Aber trotzdem teilt Holland alle Rechte ein in »antecedent rights», die vorausgehen »wrongfull act or omissing» und »remedial rights», die auf eine solche Handlung oder Unterlassung folgen. In Übereinstimmung damit muss dann zwischen »antecedent» und »remedial duties» unterschieden werden. Ein »antecedent right» existiert ohne Rücksicht darauf, ob irgendeine unrechte Handlung oder Unterlassung begangen worden. (A. a. O. S. 157.) Das Eintreten von »remedial rights» ist immer durch vorausgehende Kränkung von »antecedent rights» bedingt (A. a. O. S. 310). Mit der Kränkung tritt ein neues Recht seitens des Gekränkten, bezw. eine neue Pflicht seitens des Kränkenden ein. (A. a. O. S. 307, vgl. S. 163.) Angeführt wird in diesem Zusammenhang (A. a. O. S. 317) das römische: Ante litis contestationem debitorem dare oportet, post condemnationem judicatum facere. Die soeben genannte Einteilung von Rechten, bezw. Pflichten ist sogar eine Haupteinteilung derselben (A. a. O. S. 139). Hier ist nun der Sinn der, dass beispielsweise der Eigentümer ein einer jeden Kränkung vorausgehendes Recht hat, die Sache gegenüber wem auch immer zu behalten, und dass jeder einzelne die entsprechende Schuldigkeit hat, es zu unterlassen, sich ohne des Eigentümers Einwilligung die Sache anzueignen oder sie zu beschädigen. Aber wenn eine Kränkung dieses Rechts, bezw. dieser Schuldigkeit geschehen, gewinnt der Eigentümer ein besonderes neues Recht gegenüber dem Kränkenden, nämlich die Sache zurückerstattet oder den Schaden ersetzt zu erhalten, und dieser erhält eine neue entsprechende Schuldigkeit. Aber hieraus ergibt sich die eigentümliche Konsequenz, dass kein »antecedent right» oder »duty» geschützt, bezw. erzwungen wird. Denn es ist klar, dass, wenn überhaupt bei der Kränkung von »antecedent right» oder »duty» nur ein neues »remedial right», bezw. »duty» geschützt, resp. erzwungen wird, das erstere nie Gegenstand des Schutzes, bezw. der Erzwingung sein wird. Und doch gehört dies HOLLAND zufolge zum Begriff des Rechts oder der Schuldigkeit. Was bedeutet dann Recht mit der korrespondierenden Schuldigkeit, sofern es als »antecedent» bezeichnet werden kann? — Das über Holland hier Angeführte ist ein Auszug aus meiner Schrift: Till frågan om den objektiva rättens begrepp (1917), I, S. 148. (Zur Frage nach dem Begriff des objektiven Rechts.)

an den Gegenpart zu erklären sucht. Eine Rechtspflicht mit reaktiven Wirkungen auf den Übertreter kann im gegebenen Falle vorhanden sein, ohne dass dieser irgendein Bewusstsein von einem Befehl der Rechtsgewalt hat. Sogar auf dem strafrechtlichen Gebiet, wo die Rechtspflichtübertretung, um als Grund für die Strafe in Betracht zu kommen, einen »rechtswidrigen» Willen erfordert, braucht kein solches Bewusstsein vorzuliegen. Aber ohne dass die Person, an die ein Befehl gerichtet ist, diesen wirklich entgegennimmt, ihn auffasst, liegt kein wirklicher an sie gerichteter Befehl vor — ebensowenig wie ein Rat vorhanden wäre für eine Person, wenn er ihr gegeben wird, ohne sie zu erreichen.

Man wird von hier aus unbedingt zur Vorstellung geführt, dass der Rechtspflichtbegriff sich durch Verweisung auf ein Faktum überhaupt nicht bestimmen lässt, sondern eine mystische Grundlage hat, ähnlich der für das Recht. Die Rechtspflicht bezeichnet, so scheint es, eine Gebundenheit rücksichtlich einer gewissen Handlung, welche vorhanden ist unabhängig von einer wirklichen bindenden Gewalt und welche von der Gesetzgebung oder anderen Formen der Rechtssetzung bloss ausgelöst wird. Das reaktive Eingreifen der Staatsgewalt ist von der Unterlassung der Handlung, zu welcher man verbunden ist, abhängig.

Es ist indessen möglich, den psychologischen Inhalt des Begriffes durch Verweisung auf die Bedeutung des Pflichtbegriffes auf moralischem Gebiet zu erhellen. Es liegt auch hier die Vorstellung von gewissen Handlungen als so beschaffenen vor, dass die Person, unabhängig von jeder sie drückenden Gewalt, gebunden ist, diese vorzunehmen oder umgekehrt zu unterlassen. »So soll ich handeln», »so darf ich nicht handeln», sagt man sich. Wenn man, um dieses Sollen zu erklären, es zurückzuführen versucht, sei es auf die Forderung der öffentlichen Meinung (so oft bei englischen Denkern nach Locke), oder auf die Billigung oder Missbilligung des eigenen moralischen Gefühls, begeht man den gleichen Fehler wie die Jurisprudenz, wenn sie ihren eigenen mystischen Begriff von der Rechtspflicht auf faktische Verhältnisse zurückzuführen sucht. Wie sehr auch die öffentliche Meinung oder die Entscheidung des eigenen moralischen Gefühls bestimmend sein mögen für das, *was* wir als Recht

oder Unrecht fassen, so *meinen* wir dennoch mit Recht oder Unrecht keines von beiden, sondern eine gewisse eigentümliche Bestimmtheit der Handlung im Verhältnis zur Person. Das ist doch wohl klar, dass die öffentliche Meinung selbst, wenn deren Forderung an den Einzelnen moralische Bedeutung hat, voraussetzt, dass er gerade diese Handlungen vornehmen *soll*, bezw. nicht vornehmen *darf*, mag sein, dass sie dabei einen Druck ausübt auf die Auffassung des Einzelnen von dem, was Recht oder Unrecht für ihn ist. In ähnlicher Weise knüpft das eigene moralische Gefühl in seiner Billigung oder Missbilligung an die Vorstellung von gewissen Handlungen an, die recht oder unrecht seien — mag sein, dass gerade die Reaktionsweise des Gefühls unseren Vorstellungen von Recht oder Unrecht das Leben schenkt.[1] Einer Verwechslung gleicher Art macht sich die Jurisprudenz schuldig, wenn sie dies, dass eine gewisse höhere Macht, wie nun auch diese näher bestimmt werden mag, wenigstens im Gesetzesrecht für das bestimmend ist, was wir als rechtliche Pflicht ansehen, und auch gegen Übertretungen der festge-

[1] Als ein Beispiel der gewöhnlichen Unklarheit in diesem Punkt mag CLARK's Behandlung der Sache in Hist. of priv. Rom. law (II 1914) angeführt werden. Einerseits wird gesagt, dass »right» im moralischen Sinne zu einer Klasse von termini gehöre »expressing the ideas of moral approval or disapproval», S. 629. Vgl. S. 632, wo »the particular right» im moralischen Sinne als »arising from the commonfeeling of a society» behandelt wird. Damit ist die Faktizität dieses Gefühls, scheint es, für mit dem Rechten oder Unrechten identisch erklärt. Aber andererseits behandelt er ganz dasselbe Gefühl als die Sanktion von »moral Rights and Duties», von denen ausgesagt wird, dass sie seien »protected and enforced» von »the common conscience» in einer menschlichen Gemeinschaft, S. 630. Also z. B. dies, dass es recht ist, das Leben eines andern zu achten, und dass die Missachtung daher unrecht ist, bedeutet, dass die Gemeinschaft das eine billigt und das andere missbilligt. Aber diese Billigung und Missbilligung dieser Gemeinschaft erhält ihre Kraft, ihren Effekt durch — diese Billigung und Missbilligung selbst. Das Rechte wird seine eigene Sanktion, womit der Begriff Sanktion jeden Sinn verliert. Deutlich schwebt CLARK der Umstand vor, dass einerseits die Begriffe Recht und Unrecht (dies soll man tun, dies darf man nicht tun) durch »the common conscience» suggestiv befestigt werden, ohne deshalb Begriffe von dieser »conscience» zu sein, dass andererseits die Individuen von derselben zur Übereinstimmung mit dem Rechten und zum Abstehen von dem Unrechten gepresst werden.

stellten Pflicht reagiert, mit dem Inhalt des Rechtspflichtbegriffes selbst vermischt.

Es fehlt der Anlass, hier näher auf den Unterschied zwischen moralischer und rechtlicher Pflicht einzugehen. Es mag nur auf Folgendes hingewiesen werden. Man kann von den im internationalen Recht gegebenen Pflichten absehen, deren Absonderung von moralischen nicht ebenso bestimmt ist wie die Absonderung der im innerstaatlichen Recht geltenden Pflichten davon. Es fällt dann zuerst der Unterschied auf, dass die besondere rechtliche Pflicht immer zu einem System von Pflichten gehört, die, wie man meint, bloss hinsichtlich einer genau begrenzten Gemeinschaft gelten und die, wenigstens soweit sie den Einzelnen berühren, in den Rechten anderer ihr Korrelat finden, mit oder ohne Staatshilfe bei Übertretungen äussern Zwang auszuüben. Aber dazu kommt, dass mit dieser Idee eines Systems von Pflichten mit festbegrenzter Gültigkeitssphäre und entsprechenden Zwangsrechten die Vorstellung wesentlich verbunden ist, dass bestimmte Personen verpflichtet und befähigt sind, wenigstens in Streitfällen zwischen privaten Personen die in dem besonderen Falle vorhandenen Pflichten als Richter festzustellen.[1]

---

[1] Hierbei ist jedoch folgendes zu bemerken: Wie sehr auch das Vorhandensein von Richtern für die feste Abgrenzung rechtlicher Pflichten von moralischen in Verhältnissen zwischen einzelnen Personen wesentlich sein mag, so setzt dennoch immer das Vorhandensein von Richtergewalt den abstrakten Begriff von einem unabhängig vom Richter gegebenen Unterschied voraus zwischen solchen Pflichten, die die Einzelnen angehen und in den Rechten anderer Einzelner, bei der Übertretung äussern Zwang zu üben, ihr Korrelat finden, und andern, die Einzelnen in deren gegenseitigen Verhältnissen betreffenden Pflichten. Allerdings ist es oft so in primitiven Gemeinschaften, dass gerade die Richter feststellen, welche Pflichten mit den Zwangsrechten anderer verbunden sind. Aber nie ist die Feststellung der Pflicht durch Richter als an und für sich deren rechtlichen Charakter konstituierend betrachtet worden — ihre Zugehörigkeit zum ius — zum Unterschied von dem moralischen honestum, aequum et bonum oder dem Handeln, das einen bonus vir kennzeichnet. Denn der Richter ist als solcher rechtsetzend höchstens insofern, dass das, was er als ius bestimmt hat, es auch unmittelbar für den Fall und mittelbar durch die Autorität des Urteils auch für andere Fälle wird. Stets wird vorausgesetzt, dass es für den Richter ein ius gibt, das über ihm steht, mag sein,

Es muss zum Schluss bemerkt werden, dass die Jurisprudenz, wenn sie unrichtig ihre eigenen mystischen Begriffe von Recht und Rechtspflicht auf einen faktisch ausgedrückten, mächtigen Willen zurückzuführen versucht, in der Tat bloss realitätslose Begriffe mit einem andern ebenso realitätslosen zu erklären sucht. Denn dass ein wirklicher Wille sich im Recht seinen Ausdruck gäbe, wird von der Wirklichkeit nicht bestätigt.

Welches sollte dieser Wille sein? *Der Monarch* in einem monarchischen Staat? Aber dieser braucht von der Mehrzahl der Rechtsbestimmungen, welche in der Gemeinschaft gelten, keine Ahnung zu haben, auch wenn er sie formell selbst festgesetzt hat. Aber er will doch im allgemeinen, dass die publizierten Gesetze befolgt werden? Ist dies hinreichend, so ist ja nicht der Inhalt der Gesetze notwendiger Ausdruck für den Willen des Monarchen. Und im übrigen: hat der Monarch immer diesen abstrakten Willen? Kann er nicht z. B. selbst sympathisieren mit einem Verbrechen oder geradezu

---

dass er als besonders kompetent erachtet wird, um festzustellen, was dieses ius fordert. Es ist unrichtig, wie beispielsweise CLARK a. a. O. II, S. 102 ff., das Sachverhältnis bei primitiver Rechtsbildung so darzustellen, dass der Richter die öffentliche Volksmoral ohne Distinktion über sich hat und dass seine Proklamierung einzelner Elemente derselben diese zu rechtlichen macht. Denn sofern die Volksmoral Elemente enthält, die sich bloss auf die Bedingungen für einen bonus vir ohne Bezug auf Zwangsrecht beziehen, und der Richter ohne weiteres die dazugehörenden Pflichten proklamiert, muss in der Proklamierung selbst hervortreten, dass sie keinen rechtlichen Charakter haben. Nur der Teil der Volksmoral, welcher in sich selbst sich auf solche Pflichten bezieht, welche mit den Zwangsrechten anderer in Verbindung stehen — so also schon als ius gelten — kann vom Richter als Autorität in Hinsicht auf ius ohne weiteres aufgenommen werden. Dies schliesst nicht aus, dass der Richter mit oder ohne Hilfe von besonderen Personen, die geeignet sind »Recht zu sprechen», vorher nur moralisch geltende Pflichten als rechtliche proklamieren kann. Er stützt sich dann auf eine höhere Aufklärung als die, welche der Volksmoral zu Gebote steht. Die Folge von CLARK's Standpunkt ist die, dass der Richter in primitiven Verhältnissen als Herrscher auftreten würde, der die Kränkung von gewissen, an und für sich durchaus nicht mit Reaktionsrecht bei Kränkung verbundenen Pflichten, die in der Volksmoral gegeben sind, mit reaktiven Folgen einer Kränkung belegen würde. Aber dass der Richter jemals in dieser seiner Eigenschaft als rechtsetzender Herrscher auftreten würde, streitet wider die Fakta.

ein solches veranlassen, sagen wir, gegen die Ehegesetze und Kriegsgesetze? Und doch gelten diese immer, wenigstens in einer solchen Monarchie, die ein Rechtsstaat ist. Aber, sagt man, hier ist nicht die Frage von den konkreten Personen, die Monarchen sind, sondern von dem Monarchen in abstracto, als ideeller Person, die kontinuierlich in den Personen der einzelnen Monarchen wiederkehrt. Die Fiktion ist offenbar. Es sind nicht die einzelnen Katzen, welche Mäuse fangen, sondern der Begriff der Katze, welcher sich bei allen Katzen findet! — Ist es in dem parlamentarisch regierten Staat *das Parlament*, das die Rechtsbestimmungen will und diese damit als geltendes Recht konstituiert? Wie viele Parlamentsmitglieder gibt es nicht, die die Aufrechterhaltung der geltenden Gesetze durchaus nicht in allen Stücken wollen, sondern im Gegenteil deren Kraftlosigkeit in dem oder dem Falle von ganzem Herzen wünschen! Können nicht die Parlamentsmitglieder selbst Verbrechen begehen? Aber, sagt man, der Beschluss der Majorität gilt, rechtlich gesehen, als der des ganzen Parlaments. Also wollen, rechtlich gesehen, alle Mitglieder die Rechtskraft des angenommenen Gesetzes. Die Fiktion ist greifbar. Der sogen. Majoritätsbeschluss — eigentlich die Art und Weise der Majoritätsglieder abzustimmen — garantiert nicht einmal den Willen der Majorität, das vorgeschlagene Gesetz in jedem Punkt aufrecht zu erhalten, noch weniger einen diesbezüglichen Willen des ganzen Parlamentes. Und es wird wohl auch nicht die Anwendung der Fiktion im Recht die Unwahrheit wahr machen können! — Welche Gewalt ist es, die die Rechtsbestimmungen in dem parlamentarisch regierten Staat während der Zwischenräume zwischen den Parlamentssessionen will? Die zerstreuten Parlamentsmitglieder? Sie haben ja doch keine beliebige Fähigkeit, etwas mit staatsrechtlicher Kraft zu beschliessen. Deren Wille muss deshalb für die Kraft des geltenden Rechts bedeutungslos sein. Der parlamentarische König oder Präsident als bevollmächtigter Vertreter des Parlaments? Vertreter eines Parlaments, das es nicht gibt? Vielleicht der König oder Präsident, wenn er automatisch die Gewalt übernimmt und geltendes Recht erhält, indem er es will? Jede Fähigkeit, neue Gesetze zu geben oder die bestehenden aufzuheben, wird vermisst. Wie kann da sein Wille für gültiges Recht im ganzen irgendeine Be-

deutung haben? — Übrigens: was ist eigentlich das Parlament als Herrschergewalt im parlamentarisch regierten Staat? Liegt irgendeine andere Realität in dieser Hinsicht vor als die, dass das Abstimmungsergebnis einer Versammlung, zustandegebracht durch »Wahl des Volkes», das soll heissen durch eine gewisse geregelte Abstimmungsprozedur, welche die Zusammensetzung der Versammlung bestimmt, geltendes Recht schafft? Allerdings setzen die Verfassungsregeln, die durch ihre Macht über die Sinne der Menge zu diesem Resultat führen, in ihrer Formulierung das Parlament als eine Herrschergewalt oder als Träger der Staatssouveränität voraus. Daran wird seine Gewalt, Gesetze zu geben, über die Steuern zu verfügen etc., angeknüpft. Aber wenn auch die Staatsrechtswissenschaft hierin den Verfassungsregeln in ihrer Formulierungsweise folgt, so ist damit nicht bewiesen, dass ein Parlament vorhanden wäre, das wie ein einheitlicher Wille irgendwelche Herrschermacht ausüben könnte. So etwas kann nicht durch die Erfahrung festgestellt werden. Aus der Kraft der Verfassung in den Sinnen geht nichts anderes hervor, das durch die Erfahrung konstatiert werden kann, als dass dem Abstimmungsresultat eine entsprechende Veränderung im geltenden Recht folgt. Wie die antizipierende Idee von dieser Zeitfolge in der Formulierung bezeichnet wird, ob sie dabei mit vermenschlichenden Vorstellungen vom »Parlament» als einem mächtigen Willen zusammengekoppelt wird oder nicht, ist für die Entscheidung der Wahrheitsfrage vollkommen gleichgültig. Denn in der Frage: wahr oder falsch hat das Staatsrecht keine Autorität ebensowenig wie die Staatsrechtswissenschaft, wenn sie in dem Staatsrecht selbst vorausgesetzte realitätslose Ideen gutheisst.

Aber, sagt man, es ist nicht der Wille dieser oder jener besonderen Person oder der Wille einer Sammlung von Personen, welcher sich im Recht ausdrückt, sondern es ist *des Staates eigener Wille.* Aber was ist denn der »Staat», wenn nicht die durch *Rechtsregeln* organisierte Gemeinschaft? Wenn es z. B. keine Rechtsregeln gäbe, welche die äussern gegenseitigen Verhältnisse der Mitbürger bestimmten und durch Richter und exekutive Obrigkeit aufrechterhalten würden, was würde da sonst sich finden als eine Masse von Menschen? Wie

kann unter solchen Verhältnissen das Recht selbst eine Äusserung des Staates sein?[1]

Aber weiter, wenn man von mystischen Vorstellungen vom Staate als einer Person für sich absieht, was kann der »Staatswille» sein, wenn nicht der Wille der Staatsmitglieder, als der durch einen einheitlichen Zweck verbundenen? Aber dass bestehendes Recht ein Ausdruck des Staatswillens in einem solchen Sinne sei, widerstreitet ja auf die offenbarste Weise der Wirklichkeit. Man muss dann von all denen, welche mit Wissen und Willen die Rechtsregeln kränken, ebenso wie von all denen, die die bestehende Ordnung ablehnen,

---

[1] HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung (1920) spricht von einer natürlichen Gewalt der Gemeinschaft über ihre Mitglieder, welche diese selbst in eine rechtliche Gewalt verwandelt. »Die Gewalt ist an sich physisch gegeben, sowohl nach der Stärke der Verbundenen, als nach der Unterwerfung, für die das Kollektivbewusstsein im Bewusstsein der Unterworfenen die Fähigkeit zum Gehorsam schafft. Diese Macht wird nicht durch das Recht geschaffen. Allein *die Gemeinschaft verwandelt diese faktische Gewalt in eine Rechtsgewalt.*» S. S. 224—225. — Man braucht, um das Unrichtige in dieser Darstellung zu verstehen, bloss folgende Zeilen bei Huber selbst lesen: »Ein rechtlicher (Obs.!) Zustand ist durch das Zusammenleben in menschlicher Gemeinschaft ohne weiteres vorhanden, denn eine Gemeinschaft ohne jede Ordnung des Zusammenlebens, und wäre sie auch noch so primitiv, kann bei den durch das Gemeinschaftsleben naturnotwendig sich ergebenden Beziehungen unter den Beteiligten unmöglich gedacht werden. Die gesellige Fähigkeit schafft die Ordnung als natürliche Tatsache, nach der Macht und Eigenart der Persönlichkeiten, die zusammenleben. Instinktiv leisten die einen den anderen Gehorsam und zwar mit dem ebenso instinktiv gegebenen Empfinden, dass es so sein müsse.» S. S. 245—246. Was ist »die Gewalt der Gemeinschaft», soweit sie nach innen gegenüber den Mitgliedern selbst gilt, wenn nicht ein Ausdruck für deren Unterwerfung unter für diese Gemeinschaft geltende Ordnungsregeln, besonders Regeln für die Unterordnung des einen unter den andern? Und wie kann dieser Umstand, dass diese Regeln in der primitiven »Gemeinschaft» nicht besonders formuliert sind, diesen den Charakter von Rechtsregeln benehmen? Aber unter solchen Umständen ist ja die fragliche Gewalt durch das Recht gegeben, das in der Gemeinschaft gilt, und es ist vollkommen absurd, dass »die Gewalt der Gemeinschaft» sich selbst zu einer Rechtsgewalt machen könne. Gewiss kann eine tyrannische Gewalt eine Rechtsordnung schaffen, worin sie selbst als integrierendes Glied aufgenommen wird. Aber einen solchen Fall so zu bezeichnen, dass die eigene Gewalt der Gemeinschaft sich rechtlichen Charakter gibt, ist verfehlt.

absehen. Zu sagen, dass der Wille dieser letzteren, die, wenn sie Umsturzversuche unterlassen, sich bloss auf Grund ihrer eingesehenen Unfähigkeit, den Umsturz zu unternehmen, fügen, in der Rechtsordnung mit zum Ausdruck kommt, ist ja ein Nonsens. Diese haben ja nicht im geringsten die Absicht, das Recht im Ganzen in der Gemeinschaft aufrecht zu erhalten, mag sein, dass sie es am Klügsten finden, sich für ihren Teil nach den Rechtsbestimmungen zu richten. Man muss sich davor hüten, die Tendenz, das Recht im Ganzen zu erhalten, mit der blossen Unterordnung unter die Rechtsregeln zu vermischen, sofern diese einen selbst berühren. Ist es nicht geradezu so, dass die Mehrzahl der Mitbürger gerade die Position einnimmt, dass sie, getrieben von Motiven, worüber bald näher, sich dem Rechte fügen, soweit dieses sie selbst angeht, im übrigen aber nicht einmal über die Wichtigkeit der Fortdauer des bestehenden Rechts reflektieren? Wo findet sich denn die gemeinsame Willensrichtung auf die Rechtsbestimmungen im Ganzen? Findet sich überhaupt eine Richtung der Mehrheit darauf? Der sogen. Staatswille als Träger des Rechts ist nur ein Gespenst.

Nun wendet man ein, dass das Recht doch im Ganzen aufrecht erhalten wird. Setzt dies nicht eine allgemeine Richtung in der Gemeinschaft auf das Recht voraus? Man übersieht indessen die Bedeutung der durch Jahrtausende übererbten Gefühlsreihe, die an Regeln für die Gemeinschaft geknüpft ist, welche auf gewisse Weise, z. B. durch gemeinsame Gewohnheiten, durch Beschlüsse der »Volksversammlung» oder der »vom Volke gewählten» Vertretung, durch die förmlichen Entscheidungen des als Monarch Anerkannten zustande gekommen sind. Diese Gefühlsreihe ist zweifacher Art. Teils besteht sie aus Pflichtgefühlen in Rücksicht auf die Restriktionen, welche einen selbst treffen, teils besteht sie aus besonders intensiven Kraftgefühlen hinsichtlich der Erwerbung von Vorteilen, welche die Rechtsregeln einem selbst zuerkennen und die als Rechte betrachtet werden. Die einen wirken hemmend, die andern lösen eine besondere Energie im Streben nach den fraglichen Vorteilen aus. Da nun ferner die Gemeinschaft auf Grund von Rechtsregeln in Vorgesetzte und Untergeordnete organisiert wird, von denen die einen die Überwachungsfunktion hinsichtlich der andern haben,

so trifft es ein, dass die ersteren sowohl auf Grund von Pflichtgefühlen als auch intensiven Kraftgefühlen — diese letztgenannten mit der Vorstellung von der eigenen Gewalt als einem Recht verknüpft — regelmässig gegen Rechtsübertretungen seitens der letzteren reagieren. Dazu kommt, dass der Einzelne bei Kränkung von Rechten anderer Einzelner Reaktionen von seiten dieser ausgesetzt wird, welche eine besondere Kraft erhalten durch Kraftgefühle besonderer Art, die sich an die Vorstellung von Rechten knüpfen. Aber damit macht sich eine andere psychologische Kraft (ausserhalb der angeführten Gefühlsreihe) geltend: die Furcht vor Reaktionen seitens der Umgebung. Und so fungiert die ganze Rechtsmaschinerie, getrieben von einem mächtigen Gefühlskomplex, der unberührt von rechtspolitischen Ansichten wirkt. Wenn man aus dieser der Rechtsordnung eigentümlichen Kraft einen Gemeinschaftswillen, gerichtet auf die Aufrechterhaltung des Rechts im Ganzen, macht, bewegt man sich auf dem Gebiete der Dichtung und nicht der Wirklichkeit.

Nun sagt man, dass, wenn auch das Recht nicht direkt eine Äusserung des Staatswillens ist, es dies doch indirekt sei, nämlich vermittels der Organe des Staates, die diesen darstellen oder, wie man auch sagt, ihn bilden (JELLINEK). Aber damit ist in der Tat gerade gesagt, dass der Staatswille als der das Recht tragende Wille eine reine Fiktion ist. Der einzige wirkliche Wille, wovon das Recht ein Ausdruck ist, ist ja der Wille des sogen. Staatsorgans. Ist der Wille des Staates bloss »dargestellt» durch diesen, so bedeutet ja dies, dass man sich ihn als Willen des Staates vorzustellen hat, ohne dass er es wirklich ist. Wenn gesagt wird, dass der Wille der Organe den Staatswillen »bilde», so leitet dies ja zu ganz demselben Resultat. Denn der Staatswille existiert ja dann durchaus nicht als ein besonderer Wille neben dem Willen der Personen, welche seine Organe wären. Aber wie unwahr es ist, den letztgenannten Willen für sich als den Willen zu betrachten, der das Recht trägt, ist früher gezeigt worden.

So ist es an den Tag gelegt, dass die Jurisprudenz, wenn sie, gedrängt von den Forderungen, welche an die moderne Wissenschaft

gestellt werden, die Fakta zu beweisen sucht, die ihren eigenen Begriffen von Rechten und rechtlichen Pflichten entsprechen, teils nichts ausfindigmachen kann, das den Begriffen, wie sie faktisch verwendet werden, entspricht, teils ihre Zuflucht zu etwas nimmt, was nur scheinbar in die Sphäre der Erfahrung fällt. Dabei zeigt sich, dass die soeben genannten Begriffe sich nicht auf Realitäten zurückführen lassen. Die Ursache ist die, dass sie in Wirklichkeit ihre Wurzel in hergebrachten Vorstellungen von mystischen Kräften und Banden haben.

Aber wenn es sich so verhält, muss es von grösstem Interesse sein, den Charakter dieser Begriffe in dem Recht, bezw. in der Rechtswissenschaft zu untersuchen, welche vor anderen als grundlegend für die moderne betrachtet werden kann — nämlich der römischen. Man kann erwarten, dort die Begriffe mehr naiv hervortreten zu sehen, aber auch ohne die Gedankenverwirrung, die bei den von der allgemeinen kritischen Tendenz der modernen Wissenschaft hervorgerufenen Versuchen, mystische Begriffe, die sie selbst verwendet, ihrem Inhalt nach durch wirkliche Fakta zu bestimmen, entstehen muss.

I.

DIE OBLIGATION ALS MYSTISCHE GEBUNDENHEIT EINER PERSON DURCH EINE ANDERE.

§ 1.

Vom Unterschied zwischen dinglichem Recht und Forderungsrecht bei den Römern.

Die Frage nach der Natur des Unterschiedes zwischen Sachenrecht und Forderungsrecht bei den Römern ist umstritten. Man hat behauptet, dass der Unterschied nicht materiell rechtlich, sondern prozessual ist, bestimmt von dem prozessualen Unterschied zwischen actio in rem und actio in personam. Der sachenrechtliche oder forderungsrechtliche Charakter eines materiellen Rechts sei von der actio, womit es geltend gemacht werden konnte, bestimmt worden. Wenn es sich um Sachenrecht handelte, war der Widerpart in der intentio nicht genannt, sondern erst im Kondemnationsbefehl; wenn es sich aber um Forderungsrecht handelte, war der Widerpart in der intentio genannt.[1] Der Grund hierfür — sagt man — hat darin gelegen, dass ein dingliches Recht gegen wen auch immer geltend gemacht werden konnte, der die freie Ausübung des Rechts störte. Das Forderungsrecht aber konnte bloss gegen eine gewisse Person geltend gemacht werden. Es wird betont, dass die materiellen Rechte, die in einer actio in remgeltend gemacht werden konnten (dingtiche Rechte), ihrer inneren Seite nach gegenseitig so verschiedenartiger Natur sind, dasses wissenschaftlich zwecklos ist, sie in einem gemeinsamen Begriff mit materiell rechtlicher Bestimmtheit zusammenzufassen, der sie von solchen Rechten unterscheiden sollte, die in einer actio in per-

[1] Huvelin, Obligatio in Daremberg-Saglio, S. 135, und Fehr, Om fordringspreskription (1913) S. 64—66.

sonam geltend gemacht werden können (Forderungsrechte). Darunter fallen nämlich so heterogene Dinge wie Eigentum und servitus ne altius tollendi.[1]

Es muss indessen hierbei daran erinnert werden, dass gerade in der Weise, auf die die intentio in der actio in rem und der actio in personam (soweit sie in ius concepta war) formuliert wurde, zutage tritt, dass man das Recht als an und für sich wesentlich ungleich in den beiden Aktionen betrachtete und dass der Umstand, dass der Widerpart in der intentio der letzteren genannt wurde, nicht aber in der der ersteren, auf der inneren Verschiedenheit der materiellen Rechte beruhte. In dem einen Fall wird nämlich intendiert, dass das Ding des Klägers ist oder dass ein Recht hinsichtlich eines Dinges ihm zukommt, z. B. ius eundi, agendi, utendi fruendi, oder dass ein solches Recht dem Beklagten nicht zukommt, im andern Fall ein dare, facere, praestare oportet des Widerparts[2]. Das erstere kommt auch darin zum Ausdruck, dass bei der Übertragung von Eigentum, einer Servitut oder eines ususfructus durch mancipatio oder in iure cessio[3] von Seiten des Rechtsempfängers ein »hunc (hanc) ego hominem (rem) meum (meam) esse, resp. mihi ius eundi . . . esse aio»[4] verwendet wird. Übertragung eines Forderungsrechts mit einer solchen Formel konnte nicht vorkommen.[5] Aus diesem Anlass kann behauptet werden, dass bei der actio in rem materielles dingliches Recht in dem Sinn der Zugehörigkeit einer Sache oder eines Rechts in bezug auf eine Sache zu einem Rechtssubjekt (dieses »meum esse») ohne irgendein korrespondierendes Pflichtverhältnis von Seiten eines andern vorausgesetzt wird. Damit fand sich ein wesentlicher Einheitspunkt zwischen zum Schein so verschiedenen Dingen wie Eigentum und servitus ne altius tollendi. Die Unterlassungshandlung von Seiten eines andern, die im letzteren Falle den Inhalt des Rechts ausmachte, korrespondierte nicht mit einem non facere oportet

[1] Fehr, a. a. O., S. 87—88.

[2] Gaius, I. 4, 2 ff., Ulp. D 7, 6, 5 pr. und D 8, 5, 2 pr. und Lenel, Ed.[2] (1907) S. 185 und 188—189.

[3] Gaius I. 2, 29 u. 30.

[4] Gaius I. 1, 119 u. 2, 24.

[5] Gaius I. 2, 38.

für diesen, sondern bedeutete nur den *Mangel* an einem Recht auf eine bestimmte Handlung, die das prædium dominans berührte. Die Aufmerksamkeit war auf die Handlung selbst und das prædium serviens gerichtet, auf das sie sich bezog. Man nahm an, dass der Rechtsinhaber das Recht habe, dass bei einem gewissen praedium nicht über eine gewisse Höhe gebaut werde, was bedeutet, dass der Inhaber des prædium serviens nicht das Recht auf eine gewisse das prædium dominans berührende Handlung hatte. Aber keine einzelne Person wurde von irgendeiner Verpflichtung getroffen. Zwar wurde der, welcher den Besitz des prædium serviens hatte, auf dem die Handlung geschehen war, auf deren Unterlassung jemand ein Recht hatte, zur Restitution verurteilt. Aber deshalb war er von römischem Standpunkt nicht juridisch zu der Unterlassung verpflichtet. Die Kondemnation war nur ein Mittel für die Realisation von des Rechtsinhabers Recht auf die Unterlassung, die als Objekt dieses Rechtes betrachtet wurde. Man beachte auch, dass man betreffs Servituten geradezu den Ausdruck anwandte, dass die Sache selbst im Gegensatz zu einer Person verpflichtet war.[1] Aber bei einer actio in personam wird eine Verpflichtung einer anderen Person als mit dem Recht korrespondierend vorausgesetzt. Deshalb war es prinzipiell gesehen unmöglich, ein solches Recht einer andern Person ohne die Mitwirkung des Widerparts zu übertragen.

So lange wie der Gegensatz actio in rem und actio in personam sich in der Zeit zurückerstreckt, gab es also einen Gegensatz zwischen dinglichem Recht als dem Recht über eine Sache (die Sache an und für sich oder eine gewisse Handlung hinsichtlich derselben) und Forderungsrecht als dem Recht über eine Person, korrespondierend mit einem Sollen von Seiten dieser. Die Fachausdrücke ius in rem und ius in personam sind freilich nicht römisch. Aber die Ausdrücke, dass eine res oder ein ius auf eine gewisse Handlung, die sich auf eine res bezieht, »mea est» oder »mihi est» einerseits und »te mihi dare, facere praestare oportet» andererseits sind echt römisch und be-

---

[1] Labeo D 8, 5, 6, 3: Von der Reparationsschuldigkeit als Servitut: hanc servitutem non hominem debere sed rem, denique licere domino rem derelinquere. Siehe übrigens PERNICE, Parerga III Sav. Z. 9 (1888) S. 206[1].

zeichnen in ihrer Gegenüberstellung gerade den soeben genannten Gegensatz.[1]

[1] Es ist dieser Gegensatz, den Paulus auf folgende Weise ausdrückt D 44, 7, 3 pr.: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Es ist bemerkenswert, dass MARCHI, Le definizioni Romane dell' obligazione, BIDR 29 (1916) S. 10 ff. nicht diese Bestimmung des Paulus mit den Kunstausdrücken der Römer in Zusammenhang setzt, weshalb es seiner Zergliederung derselben an festem Boden fehlt. Die von ihm angeführten Gründe für die Annahme einer justinianischen Interpolation sind nicht stichhaltig. 1. Die Verba »faciat» und »obstringat» im Singular — das Subjekt »obligationes». Warum kann nicht das Subjekt »substantia obligationum» = das innere *Wesen* oder die *Kraft* der Obligationen sein? 2. In der »servitus» werde hier der ususfructus einbegriffen, was auf die postklassische Terminologie verweise. »Servitus» aber wie »corpus» können hier nur als Beispiele gebraucht worden sein. 3. Die Worte vertragen sich nicht gut mit dem Zusammenhang. Der nachfolgende Paragraph beweise, dass Paulus hier das mutuum, nicht Obligationen überhaupt abgehandelt habe. Der Anfang dieses Paragraphen: non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis breche die Verbindung mit dem vorhergehenden ab. Dies ist doch nicht ein ausreichender Beweis. Denn Äusserungen in verschiedenen Zusammenhängen können natürlich von den Kompilatoren zusammengestellt worden sein.

§ 2.

Von dem zivilen rechtsbegründenden Akt kat'exochen (per aes et libram) als nexum oder necti.

Bei Festus[1] heisst es über C. Aelius Gallus (zu der Zeit Cicero's): Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt hæc: testamenti factio, nexi datio (cod. dando), nexi liberatio (cod. liberanto).[2] Nexum erhält also hier gleich wie necti die Bedeutung des Akts per aes et libram. Dieselbe weitläufige Bedeutung hat nexum zufolge Manilius (Kons. 605/149). Varro berichtet[3]: Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Ebenso verhält es sich bei Cicero[4], der auch die Bezeichnung nexus für dieselbe Sache verwendet.[5]

Bei Gaius bedeutet nexum (nexus?) in den Worten: provincialis soli nexum non ⟨esse⟩[6] Veräusserung per aes et libram. Ebenso bei Frontinus[7] (unter Domitianus).

---

[1] P. 165 M.

[2] Nexi datio vermutlich = mancipatio. Mit nexi liberatio zu vergleichen Gaius I. 3, 173: Est etiam alia species imaginariae solutionis, per aes et libram etc.

[3] l. l. 7, 105.

[4] De or. 3, 40, 159: nexum, quod per libram agitur; de har. resp. 7, 14: jure nexi (vom Eigentum begründet optima lege) vergl. de rep. 2, 34, 59: nexa civium liberata nectierque postea desitum: hier von Mitbürgern als Pfand.

[5] Siehe z. B. Top. 5, 28: traditio alteri nexu und pro Mur. 2, 3: qui se nexu obligavit.

[6] I. 2, 27.

[7] Lachmann, Die Schriften der röm. Feldmesser (1848) II, p. 36.

Wider diese ausgedehnte, auch die mancipatio in sich schliessende Anwendung des Wortes spricht nur, dass Varro a. a. O., nachdem er Manilius' Meinung angeführt, über Mucius' Ansicht vom nexum folgendes berichtet: Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam (praeter quom?) mancipio detur. Varro selbst billigt Mucius' Meinung mit einer Verweisung auf die Etymologie des Wortes. Mit Rücksicht auf den Umstand, dass Aelius Gallus offenbar an einen sehr üblichen juridischen Sprachgebrauch anknüpft, wenn er verschiedene Arten von nexa aufzählt und darunter auch nexi datio als etwas für den Leser ohne weiteres Begreifliches aufnimmt und weiters mit Rücksicht darauf, dass das Wort ohne das geringste Bedenken auch von Cicero in der Bedeutung von mancipatio verwendet wird, kann es mit der Äusserung des beinahe gleichzeitigen Qu. Mucius Scaevola nicht darauf abgesehen sein, des Wortes weitere, hergebrachte Bedeutung zu bestreiten. Der Gegensatz zu Manilius muss sich auf die Frage von dessen ursprünglicher Bedeutung beziehen, welche laut Mucius mehr eingeschränkt ist. Dass es eine solche Frage war, über die der Streit herrschte, scheint auch durch Varros Hinweis auf die Etymologie des Wortes bestätigt zu werden. Wir können also immer davon ausgehen, dass das Wort sogar früh von jedem Akt per aes et libram gebraucht wurde, mag sein, dass es möglicherweise ursprünglich nicht mancipatio eingeschlossen hat.

Nach den Parallelen mancipium, mutuum, commodatum, depositum, emptum venditum, locatum conductum als Bezeichnungen für die entsprechenden Akte — den Manzipationsakt, Leiheakt etc. (darüber später) zu urteilen, ist nexum eigentlich das rechtliche Produkt des dazugehörigen Aktes, obwohl es zur Bezeichnung des Aktes selbst verwendet wird. Da nun dieser auch als ein necti[1] bezeichnet wird, so ist nexum eigentlich »das rechtlich Gebundene». Das gleichfalls im selben Sinne, doch wahrscheinlich später gebrauchte nexus (gen. -us) ist natürlich die mehr abstrakt gefasste rechtliche Bindung.

Es ist aber zu beachten, dass durch einen Akt per aes et libram

[1] Siehe ausser der angeführten Stelle Festus über nexum (Aelius Gallus) Cicero de rep. 2, 34, 59: omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum.

sowohl etwas zum Eigentum eines andern gemacht und Servitut geschaffen (an den rusticana praedia) als auch eine Schuldforderung begründet und exequiert wird. (Über das Letzte später.) Nexum als »das rechtlich Gebundene» bezieht sich also sowohl auf die Sache, über die jemand Rechtsgewalt erhält, als auch auf die Person, der gegenüber eine Schuldforderung gilt. Der Rechtsempfänger bei dem fraglichen Akt »bindet» die Sache oder Person mit einem unsichtbaren Band an sich.[1]

Besonders wichtig ist hier die Erkenntnis, dass man bei dem ältesten rechtsbegründenden zivilen Akt kat'exochen — dem per aes et libram — sich wirklich vorstellte, dass ein unsichtbares Band konstituiert wurde, womit der Rechtsempfänger an der Sache oder Person festhielt, und zwar nicht in der Weise, dass unter dem Band bloss die abstrakte Möglichkeit einer effektiven

[1] LENEL erklärt Sav. Z. 23 (1902) S. 25 f. nexum als Bewirken der Rechtskraft des Aktes durch Zuwiegen von Kupfer. Dasselbe bei PFLÜGER, Nexum und Mancipium (1908) S. 33. Aber es ist unmöglich, das juridische nectere ganz und gar von dem obligare abzusondern, das als juridischer Fachausdruck ähnliche Bedeutung haben muss. Es wird gleich gezeigt werden, dass obligare innerhalb des Sakralrechts die Bedeutung hat von: eine Sache oder Person unter göttliche Macht stellen. Dass obligare im Zivilrecht sowohl eine Sache als Pfand konstituieren wie auch eine Person binden bedeutet, ist ja allgemein anerkannt. Beachte auch, dass Mucius offenbar nexum mit obligare in Verbindung setzte, wenn er auch erachtete, dass ursprünglich nexum bloss den Wert eines gewissen obligare gehabt hat. (Siehe oben S. 26.) Also hat obligare eine mit nectere analoge weitläufige Verwendung. Siehe übrigens Festus p. 190 M.: obnectere, »obligare», maxime in nuptiis frequens est. Aber, dass obligare, werde es nun sachenrechtlich oder personenrechtlich verwendet, bloss als ein unsichtbares Binden von Sache oder Person an den Rechtsinhaber seine Bedeutung von: ein Recht über diese begründen bekommt, lässt sich nicht bestreiten. Vor allem ist es unsinnig, in obligare die Bedeutung von einen Akt rechtskräftig machen hineinzulegen. — MITTEIS erachtet Röm. Privatrecht I (1908) S. 142, dass die Erstreckung der Bezeichnung nexum auch auf solche Akte per aes et libram, welche das Sachenrecht übertragen, darauf beruhe, dass sich mit diesen ein besonderes Forderungsrecht — obligatio auctoritatis verknüpfte. Dies ist jedoch sehr unwahrscheinlich, da das fragliche Forderungsrecht, das auf duplum ging, ganz und gar nicht aus dem Manzipationsakt entsprang, sondern aus einem Delikt, nämlich mangelnder oder unfähiger Verteidigung der manzipierten Sache. (Darüber Weiteres später.)

actio bei Verlust der Sache oder mangelnder Solution des Schuldners verstanden wurde. Der Akt selbst begründet bloss ein seiner Natur nach unsichtbares und unmittelbares Recht über eine Sache oder Person. Aus diesem erst folgt die Möglichkeit zu effektiver actio. Der Akt aber war unmittelbar ein Binden. Es musste also auf ein Band abgesehen sein, das in dem unsichtbaren und unmittelbaren Recht über Sache oder Person, worauf eine actio gestützt werden konnte, selbst eingeschlossen lag.

Ein scharfes Licht fällt auf die Weise, in der man das fragliche Band fasste, wenn man die sakralrechtliche Terminologie zu Ciceros Zeit, die wohl infolge des konservativen Charakters religiöser Bezeichnungen uralte Ahnen haben dürfte, betrachtet. Eine res, welche den Göttern konsekriert war, war damit religione obligata.[1] In entsprechender Weise wird von res profanae als religione solutae oder liberatae gesprochen[2]. Einem necti (per aes et libram) entspricht auch, soweit es sich um eine Nexumschuld handelt, ein me eo nomine a te solvo liberoque.[3] Die terminologische Analogie ist also vollständig. Wir werden gleich beweisen, dass der Ausdruck res obligata von verpfändeten Dingen in gewissen Fällen ein Gesetzfachausdruck war und dass ihm der Terminus res soluta liberataque (vom Bande) entsprach. Es wird auch gezeigt werden,

---

[1] Cic. de domo 40,106 von seinem Haus, vgl. 47, 124, de leg. 2, 23, 58 und Trebatius bei Arnobius adv. nat. 7,31; vgl. auch Ulp. D 50, 12, 2 pr: res obligatur in der Bedeutung: sie wird sacra. Bei Ps. Servius in Aen. 11,558 wird in Übereinstimmung hiermit von sacrationis nexus gesprochen. Vgl. den Ausdruck bei Cicero über sepulcrum: religione tenetur, De leg. 2, 22, 55. Zu merken ist auch, dass obligo, perobligo, deligo gewöhnliche Ausdrücke bei Devotionen des Feindes an die Götter sind, entsprechend dem griechischen: καταδέω, δεσμεύω. Siehe HUVELIN, Les tablettes magiques dans le droit romain (1900) S. 42 ff. Diese Devotionen waren Konsekrierungen an die Götter.

[2] Siehe z. B. Cic. de har. resp. 7, 13, vgl. 6, 11, Festus p. 250 M. v. Puri und Servius, a. a. O.

[3] Laut Gaius I. III, 174 gehören diese Worte zur imaginaria solutio per aes et libram, mit welcher eine per aes et libram begründete Schuld aufgehoben werden kann. Dieser Umstand weist entschieden darauf hin, dass ursprünglich die Anwendung solcher Ausdrücke für die Aufhebung einer derartigen Schuld notwendig war.

dass die Damnasobligation (einschliesslich der Judikatsobligation) als solche in einer solutio oder liberatio seitens des Schuldners ihr Gegenstück hatte. Auch in diesen Fällen ist also die terminologische Analogie mit der sakralrechtlichen Bezeichnungsweise vollständig.[1]

---

[1] Wenn es sich auch nicht um termini technici handelt, so ist es doch nicht bedeutungslos, den Ausdruck vinculum parallel von der Zivilobligation einer Person oder Sache und vom Eide und ähnlichen sakralen Verhältnissen verwendet zu finden. *Einerseits* hat man die bekannte justinianische Definition für die persönliche obligatio J. I. 3, 13, pr.: Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura. Die Ausdrücke vinculum und adstringere sind hier klassischen Juristen entnommen. So bezeichnet Papinianus D 12, 6, 59 die natürliche und zivile Obligation mit naturale, resp. civile vinculum. Vgl. 41, 2, 46. Einem adstringere entspricht obstringere bei Paulus D. 44,73 pr. Dass unter vinculum, bezw. adstringere hier nicht ein psychologisches Band — ein psychischer Zwang zur Bezahlung infolge der Furcht vor der rechtlichen Reaktion gegen den die Bezahlung unterlassenden debitor — sondern eine objektive Macht des creditor über den debitor verstanden wird, geht daraus hervor, dass der Ausdruck vinculum auch von verpfändeten Dingen (worüber alsbald) gebraucht wird, wo die objektive Auffassungsweise absolut notwendig ist. Die Darstellung von Marchi, a. a. O., S. 43 ff. ist infolge seiner rein psychologischen Auffassung des vinculum meinem Erachten nach im Ganzen verfehlt, insofern er die justinianische Definition als der *wirklichen* klassischen und justinianischen Obligation nicht angemessen betrachtet. Dass eine Person sui iuris civiliter obligiert ist, ist *dasselbe* wie das Vorhandensein eines zivilrechtlichen vinculum, womit sie mystisch an den creditor gebunden ist. Ein *anderes* vinculum, das auf einer Person sui iuris nach dem Zivilrecht ruht, gibt es nicht. Das Pfand als eine res obligata wird von Papinianus und Ulpianus mit dem Ausdruck vinculum bezeichnet, z. B. D. 26,7, 39,5; 28,1, 20,1; 30, 43, 3; 49, 15, 21 pr., vgl. C. J. 8,50,2 (241). Anstatt vinculum findet man den Ausdruck nexus, z. B. C. Theod. 2, 30, 2 und Pap. D. 10, 2, 33 entsprechend der Bezeichnung nectere für obligare von der Konstituierung des Pfandes: Ulp. D. 2, 14, 52, 2; C. J. 4, 24, 3 (222) und 8, 27, 2 (223). *Andererseits* siehe z. B. Cic. pro Balbo 15, 34: publicum vinculum religionis zusammengestellt mit religione obligare von einem foedus; Cic. de off. 3, 31, 111: Nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant . . . foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides; Val. Max. 9, 2 ext. 6: non perrupto vinculo religionis (vom Eid); Plinius, N. H. 18, 2, 10: in sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat; Liv. 9, 9, 6: sponsionis vinculum — sponsio gehört hier unter fas — und Serv. in Aen. XII, 30: vincla..

Es ist bei einer solchen Analogie in der Bezeichnungsweise schwer zu denken, dass ein nexum oder necti als ein Begründen des Eigentums einer Person, bezw. res obligata im Zivilrecht nicht eine Bedeu-

---

et religionis et foederis. Das Gegenstück hierzu bietet der Ausdruck: solutus ac liberatus religione von dem Eidestreuen: Gellius N. A. 6, 18, 9, vgl. Liv. 3, 20, 4; 22, 61, 8 u. 5, 23, 8 (vom votum). Man muss sich davor hüten, die grundlegende Bedeutung von religio in den Zusammenstellungen vinculum religionis, religione obligatus, religione solutus für subjektiv zu halten, so dass das Wort prinzipiell Gewissenskrupel oder abergläubische Furcht bedeuten würde. Der Ausdruck würde dann mit den entsprechenden von res: religione obligata, resp. soluta nichts zu schaffen haben. Hier handelt es sich unzweifelhaft um eine Gebundenheit der Sache durch objektive göttliche Kräfte, bezw. ihre Freiheit von einem solchen Band. Beachte, dass die Stellung einer Sache in dieser Hinsicht in strittigen Fällen zu Ciceros Zeit von den pontifices, in letzter Hand vom Senat entschieden wurde. (Darüber Weiteres später.) Es muss daher auch betreffs persönlicher Gebundenheit durch oder Freiheit von religio sich um objektive göttliche Kräfte handeln. Vgl. Kobbert in Pauly Wiss. Religio, S. 569. Doch ist gegen Kobbert zu bemerken, dass er trotz der richtigen Auffassung von religio der Obligation durch religio die Bedeutung psychologischer Abhängigkeit von göttlichen Kräften unterlegt, wodurch der Zusammenhang mit der Gebundenheit einer Sache durch religio aufgehoben wird. Es ist bloss zu beachten, dass die göttlichen Kräfte, um die es sich bei der religio des Eides handelt, einen entschieden unheilvollen Charakter haben und darauf eingestellt sind, Verderben zu bringen. Der Eid war eine hypothetische magische Selbstweihung gegenüber dem göttlichen Zorn. (Darüber Ausführliches später.) Beachte den Ausdruck religiosus dies als ater dies, ein Tag, an dem es für nefas gehalten wird, etwas anderes als das Notwendige vorzunehmen, Festus p. 278 M. v. religiosus. Vgl. auch bei Gallus die Definition von religiosum: quod homini ita facere non liceat, ut si id faciat contra deorum voluntatem videa[n]tur facere. Ähnliche Bedeutung eines Tabu in gewisser Hinsicht hat religiosum delubrum: Gellius N. A. 4, 9, 5 ff., besonders beachte § 8: religiosum est, quod propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis est (Masurius Sabinus) vgl. Serv. Sulp. Macr. Sat. 3, 3, 8 und Festus p. 289 M. v. religiosum. Religiosae res in beschränktem Sinne sind nach Gaius I. 2, 4: quae diis Manibus relictae sunt. Besonders aufklärend ist der Ausdruck religio est = ist verbunden mit Götterzorn = jus non est, fas non est. Siehe z. B. Gellius, N. A., 10, 15, 2—4, vgl. §§ 5, 6, 12, 23, 25 und Plinius, N. H., XVI 108: von infelices (arbores) als damnatæ religione = behaftet mit dem Götterzorn. Das vinculum religionis des Eides oder dieses durch denselben religione obligatus zu sein, schliesst also eine besondere Gewalt dunkler Göttermächte über den, der geschworen, ein, ebenso wie andererseits dies als Eidestreuer solutus religione zu sein, die Freiheit von dieser besonderen

tung haben sollte, welche der Bedeutung dessen entsprach, dass eine res einer Gottheit konsekriert wird. Und da man unzweifelhaft erachtete, dass die Gottheit in diesem Falle eine unmittelbare geheimnisvolle, von aussen unzerstörbare Macht über die Sache gewinne, musste es sich im Zivilrecht in entsprechenden Fällen um eine dem Rechtsinhaber gebührende, ähnliche unmittelbare Gewalt über die Sache handeln. Die korrespondierende zivile Gebundenheit der Person durch necti sowie durch die Damnasobligation musste dann auch eine ähnliche unmittelbare Macht des Rechtsinhabers über die Person einschliessen.

Wie unsinnig die Meinung ist, dass die Gleichheit in der Bezeichnungsweise bloss darauf beruhe, dass die pontifices ursprünglich nicht nur das Sakralrecht, sondern auch das Zivilrecht in der Hand hatten und daher die in ersterem üblichen Ausdrucksweisen auf das letztere übertrugen, ohne dass der Sinn derselbe war, geht am besten daraus hervor, dass die sakralen Bande sachlich mit den zivilen in Verbindung standen. Die Eigenschaft einer Sache, sacra zu sein oder im speziellen Sinn religiosa, schloss nicht bloss ihre Zugehörigkeit zu einer Privatperson, sondern auch ihre Zugehörigkeit zum Staate aus.[1]

Gewalt bedeutet. Infolge dieser mystischen Verbindung des Schwörenden mit todbringenden Mächten ist der flamen Dialis, für den jede Berührung mit dem Tod als die priesterliche Kraft auflösend galt (siehe Wissowa, Rel. u. Kultus der Römer 1912, S. 116) zu schwören verhindert. Siehe Gellius, N. A., 10, 15, 31, Plut. Qu. Rom. 275 C und D, Festus (Paulus) v. iurare p 104 M.

[1] Die von Mommsen u. a. geäusserte Meinung, dass res sacrae als für den Gottesdienst bestimmtes Staatseigentum betrachtet worden seien, lässt sich unmöglich aufrechterhalten gegenüber Gaius I. 2, §§ 2, 9, 10 u. 11 verglichen mit Gaius D 1, 8, 1 pr. Es heisst: Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur, nam aliae sunt divini juris, aliae humani und § 10: Hae autem⟨res⟩, quae humani juris sunt, ⟨aut pu⟩bli⟨cae⟩ sunt aut privatae. Quae publicae sunt, null⟨ius v⟩identur in bonis esse, ipsius enim universitatis ⟨e⟩ss⟨e⟩ ⟨c⟩r⟨e⟩duntur . . . Es ist undenkbar, dass Gaius sich so ausgedrückt haben würde, wenn nicht die res divini juris als menschlichem Recht, auch des Staates eigenem Recht ganz entzogen betrachtet worden wären. Siehe auch Gaius D 41, 3, 9: Usucapionem recipiunt [maxime] res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatium . . . Beachte die Zusammenstellung. Man darf sich nicht dadurch irre machen lassen, dass in Notfällen der populus Romanus durch eine besondere rechtsbegründende lex über res sacrae verfügen und diese in res publicae verwandeln konnte, ebenso wie er

Damit ist ja offenbar, dass die Eigenschaft einer Sache, religione obligata zu sein, eine Macht der Götter über dieselbe in sich geschlossen haben muss, welche der zivilrechtlichen Gewalt über die Sache entspricht. Sonst könnten sich diese nicht ihrer Natur nach gegenseitig ausgeschlossen haben.[1]

über die Bedingungen des Zustandekommens einer res sacra bestimmen konnte. Eine rechtsbegründende lex ist, wie später näher gezeigt werden wird, ein magischer Akt, welcher durch der Götter eigenen herbeigerufenen Beistand Kraft besitzt. Durch einen solchen Akt konnte sogar die Rechtsstellung der Götter selbst beeinflusst werden. Aber diese Fähigkeit des Volkes, als *Gesetzgeber* auch über die Rechte der Götter zu bestimmen, hat nichts mit der Frage zu tun, ob das Volk als *Rechtssubjekt* irgendein Recht an der res sacra hat, solange sie diese Eigenschaft besitzt.

[1] Da religio im Sakralrecht die Bedeutung eines Ausschliessens durch göttliche Kräfte hat, liegt gerade im Ausdruck religione obligata von der res sacra nicht nur Gebundenheit durch die Macht göttlicher Kräfte, sondern auch eine Ausschliessung von menschlichem Recht: ein rechtliches Tabu. Wenn eine res sacra als religiosa (im weiteren Sinne) bezeichnet wird, hat dies die gleiche Bedeutung.

Kleineidam, die Personalexekution (1904) S. 42 ff., äussert die Vermutung dass der Fachausdruck nexum für den Akt per aes et libram von einem körperlichen Binden herstammen musste, welches in irgendeiner Weise ursprünglich mit dem Akt zusammengehört hat. Er verweist darauf, dass vor dem aes Vieh als Tauschmittel verwendet wurde, wodurch naturgemäss der Empfang des Tauschmittels den Charakter eines Bindens bekommen habe. Auch denkt er an die Möglichkeit, dass die Nexumforderung zu ihrem Akzidenz das Recht hatte, den Schuldner bei Nichtbezahlung physisch zu binden, und dass davon der Fachausdruck necti auf jeden Akt per aes et libram übertragen wurde. Ähnlich Kretschmar, Sav. Z. 29 (1908) S. 233—234. Soweit hierin liegen soll, dass nectere für die Römer nicht ein Binden mit unsichtbaren Banden bedeutete, sondern bloss ein Ausdruck für den Akt per aes et libram war, weil bei Kauf und Schuldkontrakt ein physisches Binden stattfand, ist diese Betrachtungsweise verfehlt. Die Situation wäre dann die, dass die Römer beim Akt wirklich an ein Binden mit unsichtbaren Banden dachten und ihn mit nectere bezeichneten, aber dennoch mit diesem Wort keineswegs dieses unsichtbare Binden ausdrücken wollten, sondern diese Bezeichnung bloss als einen althergebrachten Fachausdruck anwandten, der dadurch veranlasst worden war, dass physisches Binden mit dem Akt in irgendeinem Zusammenhang gestanden hatte. Denn dass man sich bei dem Akt ein Binden mit unsichtbaren Banden vorstellte, ist sicher, sofern man überhaupt annahm, dass dadurch Eigentumsrecht oder Recht auf die Person ent-

stand. Aber eine solche Situation wie die angegebene ist vollkommen unmöglich. Man sieht ja auch, dass das analoge obligatio, soweit es Ausdruck für eine Schuldforderung wurde, solches Binden in übertragenem Sinne war. Der obligatus war in der Weise gebunden, dass er von einem dare facere oportet getroffen wurde. Damit soll nicht gesagt sein, dass die Bezeichnung nicht möglicherweise ursprünglich durch das Vorkommen eines wirklichen, physischen Bindens im Zusammenhang mit dem Akt entstanden ist. Noch weniger soll in Abrede gestellt werden, dass man auch bei der Vorstellung eines Bindens mit unsichtbaren Banden das Bild von materiellen Banden vor sich hatte.

Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsqu. 4, (1920) S. 93 ff. gibt folgende Darstellung der Bedeutung von obligatio im Schuldkontrakt. Man erkannte früh den Nutzen, eine Geisel als Druckmittel für die Vollziehung einer gewissen Leistung zu haben. Deshalb bedang man sich bei Gewährung eines gewissen Vorteils eine solche Geisel aus, z. B. den Sohn vom Vater. Dabei war wesentlich, dass die Geisel, zwecks Gewinnung der erforderlichen Gewalt über sie, gebunden übergeben wurde. Wenn nun eine Rechtsordnung entstand, auf Grund deren die Hilfe der Staatsgewalt angerufen werden konnte, war es möglich, sich mit einem bloss symbolischen Binden zu begnügen, z. B. einem Binden nur für einen Augenblick mit unmittelbarem Loslassen. Man erhielt so den Unterschied zwischen Eigentumsrecht und blossem Besitz. Erst jetzt war »Selbstvergeiselung» für die Vollziehung einer Leistung möglich. Diese entwickelte sich dahin, dass nicht einmal das Eigentumsrecht von Anfang an zu entstehen brauchte, sondern erst mit dem Kontraktsbruch eintreten konnte. Infolge des immer erhalten gebliebenen symbolischen Bindens bei der »Selbstvergeiselung» erhielt sich die Bezeichnung obligare als Ausdruck für den Akt. In ähnlicher Weise erklärt Beseler die Anwendung von obligare auch auf die Übertragung von Eigentum ohne »Vergeiselung». Wenn ein Mensch zum Besitz übergeben werden sollte, war es eine praktische Notwendigkeit, ihn gebunden zu übergeben. Die effektive Bindung wurde dann bei der Eigentumsübertragung durch eine bloss symbolische ersetzt, welche auch bei der Übergabe an die Götter zur Anwendung kam. Diese symbolische Bindung wurde auch für Tiere und andere Dinge angewendet. Da mancipium als nexum bezeichnet wurde und dieses Wort Bindung bedeutet, könne man annehmen, dass die gewöhnliche sog. Manzipation, bei der kein wirkliches Binden vorkam, eine spätere Form ist, welcher Eigentumsübertragung mit wirklicher, sei es auch nur symbolischer Bindung vorausgegangen war (S. 100). Ich will nicht auf Beseler's oft sehr gewagte Beweisversuche eingehen, dass effektive oder symbolische Bindung eine ursprüngliche Form der Eigentumsübertragung an Menschen oder Götter war. Hier möge nur darauf hingewiesen werden, dass, auch wenn Beseler's Hypothese richtig ist, die Frage entsteht, wie der physischen Bindung — sei sie nun effektiv oder bloss symbolisch — die Fähigkeit, Eigentum zu übertragen, beigemessen werden konnte, wenn sie nicht *auch* als die unsichtbare Bindung der Sache zu Gunsten des Eigentümers gefasst

wurde, welche das Eigentumsrecht sowohl nach römischer als auch moderner Anschauung enthält, wenn also nicht das physische Band das mystische knüpfte. Warum fuhr man fort, symbolisch zu binden, als effektive Bindung keinerlei praktische Bedeutung mehr hatte, wenn nicht deshalb, weil es dessen für das Aufkommen des Eigentumsrechtes bedurfte? Wenn dies aber der Fall ist, müssen ja von Anfang an obligare und nectere, soweit sie überhaupt Begründung von Eigentumsrecht bedeuteten, wie physisch sie auch mögen gefasst worden sein, die Bedeutung von Binden mit unsichtbaren Banden gehabt haben. Die Ansicht, dass es in der sichtbaren Welt unsichtbare mystische Kräfte gibt, ist die Quintessenz der primitiven Vorstellungsweise. Wenn die Römer Eintracht im Staate bewirken wollten, weihten sie der Concordia eine Bildsäule in dem Glauben, dass von derselben geheime Kräfte ausströmen würden, die auf eine unbegreifliche Weise Eintracht in den Gemütern hervorriefen. Man kann wohl nicht glauben, dass, wenn sie sich auf dem Gebiete der Rechtsvorstellungen bewegten, die auch heute noch Vorstellungen von mystischen Kräften sind, der Aberglaube aufhörte, sich geltend zu machen. Man braucht indessen nur ein paar Zeilen bei Beseler zu lesen, um zu verstehen, dass eine falsche Ansicht von der rechtshistorischen Frage notwendig wird. Es heisst S. 94: »Dritte Stufe. Es herrscht eineRechtsordnung. Wer einen Geisel aus der Hand lässt, hat kraft Staatshilfe Macht, ihn wieder an sich zu ziehen. Jetzt ist folgende Figur möglich. Der Geisel wird auf einen Augenblick gebunden und vom Geiselnehmer genommen, dann der faktischen Freiheit zurückgegeben. Recht (Eigentumsrecht) und Besitz scheiden sich . . . .» Glaubt man, dass die Absonderung des Eigentumsrechts von dem blossen Besitz auf dem Vorhandensein einer helfenden Staatsgewalt beruht, worin logisch eingeschlossen ist, dass das Eigentumsrecht wirklich als eine gewisse Garantie der Staatsgewalt für den Besitz (das Innehaben) der Sache vorgestellt wird, dann ist der Blick für die Bedeutung primitiver Rechtsvorstellungen verdunkelt. Nach Sumner Maine's Arbeiten, Ancient Law, Early Customs u. a. m., sollte eine solche falsche Ansicht unmöglich sein.

§ 3.

Von dem Rechtsschöpfen im Akt per aes et libram als Magie.

Wenn das Recht über Sache oder Person, das durch den zivilen rechtsbegründenden Akt kat' exochen erworben wird, als eine geheimnisvolle Macht zu betrachten ist — ausserhalb der Grenzzeichen der sichtbaren Welt — so erhebt sich die Frage, wie dem genannten Akt mit seinem einfachen Handgriff, dem Werfen eines Kupferstückes auf die Wage und der Überlassung desselben an den Widerpart nach dem Aussprechen gewisser Worte etc. die Fähigkeit zugesprochen werden konnte, in die Welt der unsichtbaren Kräfte einzugreifen. Einen Anhaltspunkt für die Beantwortung dieser Frage bietet das bekannte Verfahren, nach dem ein Gebäude einer Gottheit geweiht wurde, da man ja damit eine entsprechende geheimnisvolle Macht eines Gottes über ein Ding konstituierte. Hier war es nun das Ausführen von gewissen symbolischen Handlungen wie das Halten des Türpfostens und das Aussprechen von verba sollemnia in einer Prekation oder einem carmen pontificale, dem man mystische Kraft beimass.[1] Die allgemeine Bedeutung der Magie in der römischen

[1] Siehe z. B. Livius 2, 8, 7, Val. Max. 5, 10, 1, Cic. de domo sua 55, 140 u. 141 und Seneca consolatio ad Marc. 13, 1 und 2. Von Interesse ist besonders die hier hervortretende Bedeutung davon, dass die Worte auf die rechte Art und Weise ausgesprochen wurden. Cicero hebt a. a. O. hervor, dass die Weihung seines Hauses infolge von præpostera verba und wegen des Zauderns des Diensttuenden, der Furcht und des Stammelns beim Sprechen ungültig war. Seneca verherrlicht a. a. O. einen pontifex deshalb, weil er trotz der Nachricht von dem Tode seines Sohnes sollemnia pontificii carminis verba concepit, gemitu non

Religion soll später eigens behandelt werden. Niemand kann indessen wohl mit Fug daran zweifeln, dass es sich in dem genannten Falle einerseits um repräsentative Magie, andererseits um Wortmagie handelte. Die Darstellung von etwas unter feierlichen Formen kann nach der Anschauung primitiver Völker die Realität des Dargestellten mit sich ziehen oder so wirken, wie wenn es selbst vorhanden wäre. Der Zauberer ahmt z. B. den Donner und Blitz des Gewitters nach, wenn er Regen bewirken will. Ebenso glaubt man, dass gewisse Worte, die mit Beobachtung besonderer Formalitäten von dem berufenen Magier ausgesprochen werden, die Realität des darin Ausgedrückten bewirken. Gott sprach: Es werde Licht, und es ward Licht. Da der Akt per aes et libram mit seiner Fähigkeit, eine Wirkung hervorzurufen, die der bei der Weihung eines Gebäudes für einen Gott entsprach, selbst aus symbolischen Handlungen und dem Aussprechen von verba sollemnia besteht, ergibt sich der Schlusssatz von selbst, dass es sich auch hier um ein Hervorzaubern der Wirkung handelte. Das Verständnis der besonderen Handlungen, die hier eine Rolle spielen, und der fünf testes rogati, die zum Akt gehörten, setzt Untersuchungen der allgemeinen römischen Rechtsanschauung voraus, welche erst in einem spätern Teile der Arbeit dargelegt werden können. Wir lassen deshalb hier diese Elemente des Aktes beiseite. Dagegen können wir sogleich die Worte behandeln, welche beim Manzipationsakt gesprochen werden. Es wird gezeigt werden, dass die bisher gemachten Versuche, diese Worte zu verstehen, misslungen sind, deshalb, weil man nicht die Augen für die rein magischen Zwecke offen hatte, die den Charakter des Aktes bestimmen.

Die Worte wurden vom Rechtsempfänger ausgesprochen, während er die Sache festhielt — rem tenens.[1] Wenn ein Sklave manzipiert

interrumpente precationem und sich nicht in der ersten Bestürzung abhalten liess von *fausta nuncupatio*. — Angesichts solcher Tatsachen steht man staunend vor einem Ausspruch wie dem von Beseler, Beiträge IV, S. 101: »Mit Zauberei freilich hat das alte Recht (obs! das Sakralrecht inbegriffen) durchaus nichts zu schaffen».

[1] Gaius I. 1, 119. Beachte, dass das carmen pontificale bei der Konsekrierung eines Gebäudes von dem Einweihenden gesprochen werden sollte, während er den Türpfosten anfasste — postem tenens. Postem tenere deut-

wurde, lauteten sie: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est(o) hoc aere aeneaque libra. Darauf wirft der Käufer ein Kupferstück auf die Wage, wahrscheinlich nach einer besonderen Aufforderung des Wagehalters[1], und übergibt dasselbe gleichsam als Preisbezahlung dem, der das Recht überträgt.[2] Erst damit ist also der Akt rechtskräftig.

Wie sind nun die Worte hunc ego . . . aio, mit welchen der Rechtserwerber sich fehlerhaft als Eigentümer zu erklären scheint, bevor er es wird, aufzufassen? Ich wähle hier zur Behandlung zwei Erklärungsversuche aus, die als typisch betrachtet werden können: einerseits den von BECHMANN, andererseits den von KARLOWA. Nach dem ersteren würde es sich um eine *Versicherung* handeln, dass die Sache dem Rechtsempfänger gehört, eine Versicherung, die dadurch rechtliche Kraft erhält, dass der Manzipant nicht widerspricht. Der Empfänger will damit zum Ausdruck bringen, dass als Wirkung des Kaufes Eigentumserwerb eintritt. Dadurch dass der Manzipant nicht widerspricht, übernimmt er nun auch die Garantiepflicht, dass die Sache sein Eigentum war.[3] Beachte dabei, dass die Eigentumserklärung der Erklärung des Kaufes: emptus est(o) vorausgeht. Dennoch soll mit ersterer eine Wirkung des letzteren bezeichnet werden. Die Versicherung ist auch offenbar falsch, da die Eigentumsübertragung erst geschieht, wenn das Kupfer vom Manzipanten entgegengenommen worden ist, was zu einem späteren Moment des Aktes gehört. Warum sagt der Empfänger nicht bloss: Ich will, dass die Sache mein wird, oder: ich mache sie durch Kauf zu meinem Eigentum? Der Manzipant hätte ja durch sein Schweigen gebunden werden können, ohne dass der Empfänger zu lügen brauchte.[4]

---

lich ein technischer Ausdruck für die Handlung: siehe z. B. Cic. de domo 45, 119; 46, 120 u. 121 und 52, 133; Liv. sowie Val. Max. a. a. O.

[1] Siehe Festus v. Rodus p. 265 M. und Varro l. l. 5, 163.

[2] Gaius a. a. O.

[3] Der Kauf I (1876), S. 100—101.

[4] Der Kuriosität halber möge angeführt werden, dass IHERING, Geist d. röm. Rechts (4. Aufl. 1898) 2, 1, 611, mit dessen Auffassung die BECHMANN's verwandt ist, den Umstand, dass man die Ausdrucksweise: hunc ego hominem . . meum esse aio an Stelle des einfachen hic homo . . . meus est anwendet,

KARLOWA wieder meint[1], dass die fraglichen Worte einen *Willen* zur Eigentumserwerbung ausdrücken. Dabei stützt er sich auf den ihnen folgenden Imperativ: isque . . . emptus esto. Aber *erstens* ist hiergegen zu bemerken, dass, wenn die Willenserklärung des Rechtserwerbers wirklich Bedeutung für die Kraft des Aktes besass, das tatsächliche Vorhandensein seines Erwerbs*willens* als eine wesentliche Bedingung für die Gültigkeit des Aktes angesehen worden sein muss. Das will sagen, wenn dieser Wille offenbar nicht vorhanden ist, würde der Akt ungültig sein. Aber das ist keineswegs

---

so erklärt, dass das Faktum der Eigentumserwerbung nicht wie das des Kaufes objektiv dargestellt wird: »sie ist vielmehr von dem Eigentum in der Person des Gebers abhängig, der Erwerber kann rücksichtlich ihrer mithin nur seine subjektive Überzeugung äussern». Der Erwerber würde also, wenn er zu sprechen beginnt, bevor er die symbolische Kaufhandlung ausgeführt hat, d. h. ehe die Sache noch die seine sein kann, die »subjektive Überzeugung» haben, dass die Sache ihm gehört! — SCHLOSSMANN, In iure cessio u. mancipatio (1904) S. 15 ff. behauptet auch geradezu, dass der mancipio accipiens (gleichwie der Zessionar bei der in iure cessio) ein Lügner ist. Gegen diese Beschuldigung der Lüge sagt WLASSAK, Sav. Z. 28 (1907) S. 75, dass sich die Erklärung auf den Zeitpunkt der Vollendung der Transaktion bezog. Dies ist offenbar unrichtig. Der Empfänger sagt durchaus nicht: hunc ego hominem . . . meum post hoc negotium peractum futurum esse aio. Die Möglichkeit, dass die pontifikalen Juristen, die der Formel ihren endgültigen Charakter gegeben haben, den sprachlichen Ausdruck vernachlässigt hätten in einem negotium, wo alles davon abhing, dass die rechten Worte angewandt wurden, darf von Anfang an als ausgeschlossen betrachtet werden. WLASSAK's Vergleich mit ungenauen modernen Ausdrucksweisen in Rechtsgeschäften, bei welchen alles Gewicht darauf liegt, dass die Meinung der Parteien unzweideutig ausgedrückt wird, nicht auf der Anwendung der *rechten* Worte, ist natürlich verfehlt. Die gleiche Auffassung von aio als einer Versicherung des tatsächlichen Sachverhaltes tritt bei LEIST, Mancipation (1865) S. 151[II] hervor, da er die Formel als Argument gegen die Möglichkeit verwendet, dass die wirkliche Bezahlung, die bei wirklichem Kauf Bedingung für die Kraft der Manzipation gewesen sei, nachträglich geschehen konnte. Der Käufer kann nicht sagen, dass die Sache sein ist, wenn die wirkliche Bezahlung erst nachher erfolgt. Warum ist es für den Rechtserwerber nicht ebenso unmöglich zu behaupten, dass die Sache ihm gehört, bevor das Kupferstück der Formel gemäss auf die Wage geworfen und dem überlassen ist, der das Recht überträgt?

[1] Röm. Rechtsgesch. II (1901) S. 368 f.

der Fall.[1] Überhaupt ist zu merken, dass bei privaten formellen Rechtsakten ein blosses volo . . . nie Kraft hat.[2]

Zweitens ist es unrichtig, den Imperativ emptus esto [wenn der Ausdruck imperativisch und nicht indikativisch (emptus est) war, was nicht klar ist, siehe WLASSAK a. a. O.] als eine Willenserklärung des Rechtsempfängers aufzufassen. Es ist überhaupt eine fehlerhafte sprachpsychologische Auffassung, dass ein Imperativ einer Vorstellung über den Willen des Befehlenden Ausdruck geben oder ihn darstellen sollte als faktisch diesen oder jenen Inhalt besitzend. Man braucht ja nur den Versuch zu machen, einen Imperativ, z. B. geh! derart umzuformen, dass er formell als eine Aussage über die Wirklichkeit erscheint, um zu erkennen, dass dies nicht möglich ist. Was für ein Sinn liegt in einer Aussage wie dieser: Es verhält sich wirklich so, dass du gehen sollst? Es ist offenbar, dass die imperativische Formbildung gar nicht den Zweck hat, Vorstellungen über etwas Wirkliches auszudrücken. Sie hat ihre raison d'être in etwas ganz anderem, nämlich darin, als Druckmittel zu dienen, und steht in dieser Hinsicht einer befehlenden Gebärde, einer autoritativen Art aufzutreten etc. gleich. Was die Römer betrifft, unterscheiden sie bei den Rechtsakten auf die bestimmteste Weise zwischen Imperativen und Willenserklärungen. So wird das Fideikommiss als bloss prekativ und bloss voluntas reliquentis darstellend dem Legat als

---

[1] Das Prinzip, dass ein simuliertes negotium nichtig ist, scheint erst im späteren Recht durchgedrungen zu sein. Siehe den Aufsatz von PARTSCH, Sav. Z. 42 (1921) S. 241 ff.

[2] So ist testamentarische Einsetzung zum Erben in der Form Titium heredem esse volo ungültig: Gaius I. 2,117, vgl. Ulp. Reg. 21,1. Dasselbe gilt mutatis mutandis von der manumissio testamento: Gaius I. 2, 267 und Ulp. Reg. 2,7. — Es ist übrigens in die Augen fallend, dass der Wille bei privaten Rechtsakten erst in späteren Zeiten zivilrechtliche Bedeutung erhält. Beachte beispielsweise, dass manumissi voluntate domini (inter amicos und per epistolam) vor der lex Junia (vom Ende der Republik oder dem Beginn der Kaiserzeit) bloss praetorisch geschützt waren: Dositheus fr. 5, Ulp. Reg. 1,10, vgl. Gaius I. 3,56. Immer verblieb die ursprüngliche manumissio die manumissio, die iusta ac legitima war, im Verhältnis zu der, welche voluntate domini geschah: Dositheus fr. 5. Beachte auch, dass nur bei der letzteren gewaltsames Zwingen zur Vornahme des Aktes ein die Gültigkeit aufhebendes Moment war: Dositheus fr. 7.

legis modo imperativisch und ex rigore iuris civilis bindend (d. h. nach dem Wortlaut, nicht nach dem wirklichen Willen des Testators) entgegengestellt.[1] (Von der allgemeinen Bedeutung der Rechtsimperative bei den Römern später.) —

Drittens ist es absolut unmöglich, in aio die Bedeutung »ich will» hineinzulegen. Man muss im Gegensatz zu KARLOWA sagen, dass, wenn emptus esto wirklich das Vorhandensein eines Kaufwillens bedeutete, der erste Teil der Formel eine Aussage über das Vorhandensein eines Rechts, der zweite über den Willen zu einem Rechtsverhältnisse wäre.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass jede Auslegung der Worte: hunc ego . . . aio, sei es als einer Versicherung, dass ein Recht tatsächlich vorhanden ist, oder als einer Willenserklärung unmöglich ist. Aber hat man nur den Blick offen für die Absicht, durch Wortmagie zu wirken, so ergibt sich die Erklärung von selbst. Hunc ego . . . aio bedeutet ganz einfach: »Ich sage aus, ich stelle in Worten dar die Zugehörigkeit dieses Menschen zu mir gemäss dem Recht der Quiriten». Diese Darstellung in Worten bewirkt, vermeint man, wenn gewisse andere Bedingungen — andere Worte und symbolische Handlungen — hinzukommen, die Realität des Ausgesagten, unter der Voraussetzung, dass die andere Partei, die ihr Recht aufgibt, indem sie selbst keine widersprechende Magie vornimmt, wirklich Eigentümer ist. Jede Frage nach der Wahrheit oder Falschheit des Ausgesagten wird sinnlos. Man denkt gar nicht daran, dass der Rechtserwerber etwas mit Anspruch auf Glaubwürdigkeit behaupte. Er bedient sich nur der Rede, um mit Worten unsichtbare Kräfte in sich selbst zu wecken — ganz wie man durch Zauberformeln in die unsichtbare Götterwelt eingreift.

Es muss hier hinzugefügt werden, dass ganz und gar dasselbe für das Vorkommen der erwähnten Phrase bei der in iure cessio gilt, wo ein Vindikationsakt ohne eine Gegenvindikation seitens

---

[1] Ulp. Reg. 24,1 und 25,1 u. 2. (Beachte volo dari des Fideikommisses unmöglich bei Legaten). Vgl. J. I. 2,20,3. Siehe auch die oben S. 39[2] angeführten Stellen über die Erbeinsetzung und die manumissio testamento als zu ihrer Gültigkeit die Imperativform voraussetzend sowie über die Unzulänglichkeit der Willenserklärung.

der anderen Partei ihr folgt und sie stützt.[1] (Was ihr Vorkommen bei der legis actio sacramenti in rem[2] angeht, so wird nachher gezeigt werden, dass sie auch hier auf gleiche Weise zu erklären ist und dass es sich auch hier um ein Wirken durch Wortmagie und repräsentative Magie handelt. Aber wenn die andere Partei durch entgegengesetzte Aussage und Gegenvindikation in entgegengesetzter Richtung wirkt, setzt die Kraft des Aktes voraus, dass der Agierende hinsichtlich der Sache vor dem andern einen rechtlichen Vortritt hat, was in sich schliesst, dass er das Recht, welches er als vorhanden erklärt, wirklich von Anfang an haben muss. Die Wirkung des magischen Aktes kann unter diesen Umständen bloss eine Potenzierung von schon bestehendem Recht gegenüber der anderen Partei sein.)

Aber wenn die aio-Phrase im Manzipationsakt wie eine Zauberformel gemeint sein muss, spricht nicht wenig dafür, dass der zivile rechtsbegründende Akt kat' exochen — per aes et libram — im Ganzen magischen Charakter gehabt hat.

[1] Gaius I. 2, 24.
[2] Gaius I. 4, 16.

§ 4.

Von der Pfandobligation als dinglichem Recht.

a) als eingeschränktem Eigentumsrecht.

1. *Pignoris capio.* Der römische Beamte konnte, wie bekannt, gegenüber dem Untergeordneten, der Pflichten öffentlicher Natur übertrat, pignoris capio nebst multae dictio anwenden. Offenbar war dieser Akt ein Strafmittel. Aber dass die pfandnehmende Behörde eo ipso Eigentumsrecht am Pfand erhielt, geht aus dem Ausdruck pignoris capio selbst hervor, welcher mit usucapio = Eigentumserwerb durch usus zu vergleichen ist. Capere oder sumere ist ein technischer Ausdruck für Eigentumserwerb überhaupt.[1]

[1] Die Form für das Vindikationslegat kann sumito oder capito sein (Gaius I. 2,193 und Ulp. Reg. 24,3). Da das Vindikationslegat eigentumskonstituierend ist, muss capere oder sumere hier bedeuten »als Eigentum erwerben». Die Form für das Legat sinendi modo ist damnas esto sinere sumere (Gaius I. 2,209) und für das Legat per praeceptionem praecipito (Gaius I. 2,216), in welchen Fällen die Bedeutung von sumere und praecipere gleichfalls »als Eigentum erwerben» sein muss. Die Erwerbung einer Sache infolge eines Legates oder mortis causa wird oft als capere bezeichnet. Siehe z. B. Gaius 2,225 u. 226 sowie Cic. de leg. 2, 19, 49 (Q. Mucius Scaevola) und 2, 21, 52 u. 53 (P. Mucius Scaevola), lex Falcidia D. 35, 2, 1 pr. sowie die Stipulation in Zusammenhang damit D 35, 3, 1 pr. u. 5. Beachte auch Ulpianus' Erklärung D. 50, 16, 71 pr: Aliud est »capere» aliud »accipere». capere cum effectu accipitur: accipere, et si quis non sic accepit, ut habeat. Vgl. Dernburg, Pfandr. I (1860) S. 48. Dieser hat jedoch auch fehlerhafte Argumente. Die Einwände von Bekker, Actionen I (1871) S. 43[1], sind unrichtig, insofern sie sich gegen Argumente Dernburg's richten, welche den hier angeführten ähnlich sind. Die eigentümliche Bedeutung des Wortes capere als eines juridischen terminus

Wie unten näher gezeigt werden wird, liegt der Anlass zu dieser Bezeichnungsweise darin, dass man das physische Nehmen (sei es nun als Nehmen von Beute im Krieg oder anderes Nehmen mit Gewalt, sei es als Okkupieren herrenlosen Gutes oder als anhaltendes Gebrauchen, mag nun solches Nehmen wirklich oder symbolisch sein) als Grundlage des Erwerbes der unsichtbaren Macht über Dinge betrachtete, die das Eigentumsrecht gemäss römischer Anschauung einschloss. In unserem Falle bildete natürlich ein Nehmen mit Gewalt die Unterlage für das Recht, das erworben wurde. Indessen ist es nicht wahrscheinlich, dass das genommene Pfand ohne Einschränkung als das Eigentum des Nehmenden betrachtet wurde. Dagegen streitet, dass allem Anschein nach das Pfand von ihm zerstört werden sollte.[1]

Es gab auch, wie bekannt, eine legis actio per pignoris capionem. Nach Gaius[2] war sie in folgenden Fällen anzuwenden: 1. von den Soldaten a. für den Sold — æs militare, b. für das zum Einkauf von Pferden und das zum Unterhalt der Pferde bestimmte Geld — æs equestre, bezw. æs hordiarium; 2. von den Zöllnern für öffentliche Steuern. (Die zwei andern von Gaius genannten, zum Sakralrecht gehörenden Fälle übergehe ich, da deren Inhalt allzu wenig bekannt ist.) Ausserdem sind zu nennen sc. de pago Montano[3] und die lex metalli Vipascensis[4], wo sich gleichfalls Fälle der pignoris capio erwähnt finden[5], über die wenigstens so viel gesagt werden kann, dass das Pfand für die Übertretung von Geboten genommen wird, die nicht rein privatrechtlicher Natur sind.

Auch hier handelt es sich um ein Strafmittel wegen Vernachlässigung öffentlicher Pflichten[6], mag sein, dass Privatpersonen be-

---

kann nicht in der späteren Zeit ausgebildet sein, da sie auf sehr altertümliche Vorstellungen von dem Zusammenhang zwischen dem physischen Nehmen und dem Recht an dem Genommenen hinweist.

[1] Cicero de orat. 3, 1, 4. Siehe Cuq, Man. (1917) S. 844[4] und Karlowa, R. Rg. I, S. 167.

[2] I. 4,26—28. [3] Bruns, Fontes[7], S. 189.

[4] Bruns, S. 289 ff. [5] Im sc. II, 2; in der lex 41 u. 53.

[6] Beachte, dass das Pfandrecht nach Gaius betreffs des Soldes eintrat, nisi daret, also nach Vernachlässigung der Pflicht. Über die Natur der Pflichten siehe Cic. de rep. 2,20,36, Liv. 1,43,9 und Plutarch, Camillus 2. — Über die

rechtigt sind, die Strafe zu fordern. Auch hier muss capio Erwerb von Eigentumsrecht bedeuten, wenn auch nicht von Eigentumsrecht ohne alle Restriktionen. Betreffs pignoris capio der Zöllner ist bezeugt, dass es für den Delinquenten möglich war, vom Zöllner das Pfand einzulösen: pignus luere.[1] Hypothesen darüber, wie die Lösesumme bestimmt oder wie mit dem Pfand verfahren werden sollte, wenn es nicht zur rechten Zeit eingelöst wurde, ob es zwecks Erhaltens der Lösesumme verkauft oder wie das vom Magistrat genommene Pfand vernichtet werden sollte, bleiben wegen der Unvollständigkeit des Materials immer unsicher. Aber da es hier die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Zöllners galt, ist es wahrscheinlich, dass die Lösesumme nach seinem Interesse an der Erfüllung der verletzten öffentlichen Pflicht bemessen wurde und dass das Verkaufsrecht bei Nichteinlösung eintrat. Man kann ferner annehmen, dass die gleiche Möglichkeit pignus luere auch in anderen Fällen vorlag, wo die legis actio per pignoris capionem zu Gunsten einzelner als eine Strafe für die Vernachlässigung öffentlicher Pflichten stattfand.

Indessen zeigt nun das Institut pignus luere gleichwie der Fachausdruck pignoris capio, dass der, welcher das Pfand nimmt, ein dingliches Recht an demselben erhält. Sonst würde unmöglich gesagt werden, dass der, von dem das Pfand genommen wird, die Sache selbst löst. Andererseits zeigt das gleiche Institut, dass das dingliche Recht nicht Eigentumsrecht ohne alle Restriktionen gewesen sein kann, wenn auch wirkliches Eigentumsrecht wegen des Fachausdruckes pignoris capio vorgelegen haben muss. Das Recht der Gegenpartei, das Pfand zu lösen, war immer eine Beschränkung des Eigentumsrechtes. Man merke, dass dieses Recht nicht als ein obligatorisches Recht gefasst werden kann, welchem ein dare oportet (gegen das Geben der Lösesumme) entsprach, so dass besondere Rückübertragung des Eigentums an der Pfandsache von

---

Natur der pignoris capio der Zöllner siehe Ulp. D 47,8,2,20: Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum . . ., siehe auch Plautus Poen. 1284—1285: nec quod edim quicquam datur: pro majore parte prandei pignus cepi . . .

[1] Gaius I. 4,32.

Seiten des Pfandgläubigers für den Eigentumsübergang notwendig war. In einem solchen Falle hätte das Lösen unmöglich als ein Befreien der Sache selbst vom Gegner bezeichnet werden können. Es ist auch zu merken, dass der analoge Ausdruck für die Lösung des Pfandes in andern Fällen: solvere ac liberare immer einen Akt bedeutet, vorgenommen von einer andern Person als dem Pfandgläubiger, womit unmittelbar die pfandrechtliche Gebundenheit der Sache aufhört.

2. *Das Fiduciapfand.* Wie bekannt, geschah hier die Pfandbestellung durch Manzipierung der Sache oder Zedierung in iure an den Gläubiger in Verbindung mit einem besonderen pactum fiduciae über die Remanzipierung bei Bezahlung der Schuld, bezw. über den Verkauf des Pfandes bei Nichtbezahlung. In diesem Falle war das Pfand also Eigentum des Pfandgläubigers. Was die Rückkehr des Eigentums an den Verpfänder betrifft, so setzt sie einen besonderen Remanzipationsakt des Gläubigers voraus. Aber wenn es auch hier nicht möglich war, das Pfand durch Schuldbezahlung direkt einzulösen und also auch keine gleichartige Einschränkung des Eigentumsrechts vorliegen konnte wie im Falle der pignoris capio, so ist doch das Recht des Pfandgläubigers an dem Fiduciapfand nicht ohne jede Einschränkung. Das geht daraus hervor, dass der Fiduziant den Usukapionsbesitz desselben hat, obgleich er weiss, dass es eine res aliena ist, und dass er folglich, da Usukapierung einer res furtiva unmöglich ist, trotz Wissens vom Recht das Ding in Besitz nehmen kann, ohne damit unter irgendwelchen Umständen Diebstahl zu begehen.[1] Da eine iniusta oder vitiosa possessio, sofern diese nicht ein precario possidere bedeutet, immer Diebstahl voraussetzt (betreffs res mobiles), bedeutet die betreffende Sachlage, dass das Eigentumsrecht des Fiduziars zwar Vindikation des vom Fiduzianten possidierten Dinges ermöglicht, aber unter keinen Umständen seine Possidierung zu einer Rechtsübertretung machen kann. Hier bewirkt das an sich nicht einmal juridisch obligierende pactum fiduciae (vermutlich durch die Verweisung auf

[1] Gaius I. 2,59—60 verglichen mit 3,201. [Die Ausnahme (conductio oder precario accipere von Seiten des Fiduzianten) interessiert hier nicht.]

dasselbe im Manzipations- oder Zessionsformular selbst) eine Einschränkung der Kraft des Eigentumsrechts. (Darüber Ausführlicheres in einem andern Zusammenhang.)

b) Die Pfandobligation als besonderes dingliches Recht, das das Eigentumsrecht einschränkt.

1. Hierher gehören die Fälle, wo das Pfand im Gesetz als eine res obligata bezeichnet wird. Zuerst kommen in Frage praedes und praedia als Pfänder, die der Staat innehat.[1] Praedes und praedia sind in der Weise Pfänder, dass, wenn eine gewisse Leistung an den Staat nicht geschieht, das Eigentum der ersteren und die letzteren, in wessen Besitz sie auch immer sich befinden, direkt zu beschlagnahmen und zu verkaufen sind. Da der praes keinerlei Verpflichtung hat, sein Eigentum dem Staat zu übertragen, und ebensowenig der jeweilige Eigentümer der verpfändeten praedia, diese herauszugeben, so findet sich hier kein Moment persönlicher Obligation. Das Recht des Staates ist daher ein reines Sachenrecht. Jedoch wird weder der praes selbst noch das verpfändete praedium als eine res publica oder als Staatseigentum betrachtet. Es handelt sich also hier um ein Recht des Staates auf den praes, repräsentiert durch sein Eigentum, bezw. auf verpfändete praedia, das jedoch nicht Eigentumsrecht ist, sondern nur das neben dem Recht des Staates bestehende Eigentumsrecht mit einer gewissen Einschränkung behaftet.

Fragt man nun, was in diesem Umstand liegt, dass die Sache im fraglichen Falle obligata ist, so muss man sich vor einer Modernisierung der römischen Vorstellungsweise hüten. Wir haben oben (§ 2) gezeigt, dass der analoge Ausdruck nexum von einer Sache ebenso wie res obligata religione das Vorhandensein eines wirklichen, wenn auch unsichtbaren Bandes bedeutet, womit eine Sache an einen Menschen oder einen Gott gebunden ist. Aber bedeutete die Eigenschaft obligata betreffs des Pfandrechtes an praes und praedia bloss dies, dass der Staat unter gewissen Bedingungen das

[1] Lex agraria (111 a. Chr.) v. 47, 48 u. 74 und lex Malacitana (ca. 81 p. Chr.) col. 4, v. 24 ff.

Eigentum des praes und die praedia beschlagnahmen und verkaufen kann, so würde es sich hier gar nicht um ein wirkliches Band handeln, sondern „das Band" würde nur ein metaphorischer Ausdruck sein, mit welchem das eben genannte Verhältnis bezeichnet wurde. Das wirkliche Band, des Staates wirkliche Macht würde dann erst mit dem Eintreten der Bedingung entstehen. Aber damit würde die Gebundenheit hier eine völlig andere Bedeutung haben als in den übrigen Fällen, was unwahrscheinlich ist. Dazu kommt, dass dem Fachausdruck res obligata regelmässig der Fachausdruck res soluta liberataque als Bezeichnung für den Wegfall des Bandes entspricht. Und zwar ist zu merken, dass der Ausdruck ebenso für den Wegfall des Bandes infolge des Eintretens der Leistung, an deren Unterlassung die Macht des Staates zu beschlagnahmen und zu verkaufen als Bedingung geknüpft ist, wie für den Wegfall infolge eines Gesetzes angewandt wurde.[1] Aber es ist ganz undenkbar, dass man den Ausdruck „gelöst" von dem Zusammenhang selbst zwischen der Bedingung und der betreffenden Macht des Staates in der Weise verwendet haben sollte, dass der Nichteintritt der Bedingung als die Sache von ihrer Verbindung mit der staatlichen Gewalt lösend bezeichnet wurde. Der Zusammenhang zwischen der Bedingung und dem Bedingten wird als solcher nicht davon berührt, dass die Bedingung nicht eintritt.

Man muss sich die Eigenschaft der Sache, als Pfand obligata zu sein, auf die Weise vorgestellt haben, dass sie von Anfang an in und mit dem Verpfändungsakt selbst unter einer unsichtbaren, geheimnisvollen, unbestimmten Macht stand, die dem Staate als Rechtssubjekt zukam, aber dennoch nicht das Eigentumsrecht des Einzelnen aufhob. Von dieser Macht wurde die Sache durch die gebührende Leistung gelöst. Aber geschah die Leistung nicht, so trat als eine Wirkung des ursprünglichen Bandes eine bestimmte Macht von Seiten des Staates hervor, nämlich die, die Sache zu nehmen und zu verkaufen. Das ursprüngliche Band schloss also ein potentielles Recht, die Sache zu besitzen und zu verkaufen, ein.

Es ist offenbar, dass das dingliche Recht, welches das soeben

---

[1] Siehe lex Mal. col. 4, 28, 30 u. 41 verglichen mit lex agr. 46 u. 100.

dargestellte Pfandrecht ausmacht, in einer viel wesentlicheren Weise das Eigentumsrecht einschränkt als eine Servitut oder ein stets persönlicher usus fructus. Wenn das Pfand verfallen ist, ist der Eigentümer für alle Zukunft sowohl von dem Besitzen der Sache als auch der Möglichkeit, ihren Kaufwert zu erhalten, ausgeschlossen. Und dennoch kann nicht erachtet werden, dass er das Eigentumsrecht verloren hat, bevor dasselbe auf eine dritte Person übertragen ist.

2. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist die Lage des deliktischen Sklaven als eines *Pfandes* im Verhältnis zu dem von ihm durch furtum nec manifestum Bestohlenen oder dem hinsichtlich einer ihm gehörigen Sache injurios Geschädigten. Für ein solches Delikt ist der dominus nach Zivilrecht Ersatz zu geben verpflichtet, als ob er selbst die Tat begangen hätte. Doch gilt dies wenigstens nach der späteren klassischen Jurisprudenz nur, wenn er den Sklaven in seiner faktischen Macht hat. Indessen kann er sich immer durch noxæ deditio — die Übertragung des Eigentumsrechts an dem Sklaven auf den Verletzten — von der Verpflichtung lösen.[1] Jedoch

[1] Die im Texte erwähnte Verpflichtung des dominus äussert sich prozessual darin, dass er, wenn er nicht den in iure gegenwärtigen Sklaven durch Prozess verteidigen will, um sich gegen persönliche ductio und missio in bona zu schützen, ihn noxæ dedere muss. Bei Abwesenheit des Sklaven muss er entweder den Prozess in dessen Namen aufnehmen oder vadimonium promittere oder cautio exhibendi in eadem causa geben. Über das erstere siehe Gaius D. 9,4,29, Callistr. l. c. l. 32 und Ulp. l. c. l. 21 pr. Man muss sich nicht einem Prozess unterziehen, wenn aber kein Prozess eröffnet wird, muss der dominus præsens sein Recht auf den Kläger übertragen. EISELE's Behauptung Sav. Z. 13 (1892) S. 124, dass an den angeführten Stellen Interpolationen vorliegen, ist unbegründet, wenn man von den Schlussworten in der zuletzt angeführten Stelle absieht. Rücksichtlich der Worte bei Gaius l. c.: et habenti in potestate liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat: sed huic necesse est suum ius ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset bemerkt EISELE, dass der damnatus nicht *auch* sein Recht übertragen muss. Dies ist ein Missverständnis: Gaius will sagen, dass der belangte dominus, wenn der Sklave præsens ist (besondere Regeln für die Abwesenheit des Sklaven) *vor* der litis contestatio, um sich von der Sache zu befreien, sein ius übertragen muss, ebenso wie der nicht bezahlende damnatus, um sich von der actio iudicati zu befreien, es tun muss. — De VISSCHER, Les actions noxales et le système de la noxalité, R. G. D. 41 (1917) S. 334 bestreitet Inter-

kann auch ein jeder, der ein Recht dinglicher oder quasi-dinglicher Art an dem Sklaven hat, wenn der dominus selbst ihn nicht ver-

---

polation, sagt aber unrichtig: »Gaius dit simplement, qu'une *noxæ deditio* sans transfert de droits du chef de famille n'est pas satisfactoire». Die Folge der Unterlassung sei nur die ductio des Sklaven. Jedoch wird hier gesagt, dass der Zwang zum iudicium accipere nur durch Rechtsübertragung vermieden werden kann. — PISSARD, Etudes d'histoire juridique offertes à M. Girard I (1913) S. 251—252 bemerkt bezüglich des Call. l. c.: is, qui in aliena potestate est, si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si præsens est dominus [tradere] ⟨mancipare aut in iure cedere⟩ eum et de dolo malo promittere debet, dass die ductio iussu prætoris ausreichend sei, um das Recht des Verletzten zu sichern, und dass daher eine Manzipation überflüssig ist. Dies ist unrichtig. Wenn der ursprüngliche Eigentümer dominus ex iure Quiritium bleibt, kann er mit Erfolg nach römischen Prinzipien vom Verletzten, der durch die ductio oder traditio seitens eines solchen reus, welcher der wirklichen noxæ deditio nicht fähig ist, den Sklaven in bonis hat, diesen vindizieren, wenn er nur die litis æstimatio anbietet: Gaius D. 9, 4, 27, 1, Afric. l. c. l. 28. Indessen ist es offenbar, dass, wenn der Kläger *persönliche* ductio und missio in bona — um die noxæ deditio zu erzwingen — fordert, die ductio *des Sklaven* nicht geschehen darf. Umgekehrt kann natürlich der Verletzte, wenn er schon den Sklaven als ductus erhalten hat, nicht die Übertragung des quiritischen dominium fordern. Im allgemeinen bot es mutmasslich dem Kläger grössere Sicherheit, die ductio des Sklaven auch ohne noxæ deditio zu erhalten als gegenüber dem zu dieser nicht gewillten dominus derenthalben Zwangsmittel zu gebrauchen. Um eine *blosse* ductio des Sklaven handelt es sich in den D. 9, 4, 26, 6 erwähnten Fällen. Hiernach versteht man gut Pomp. D. 9, 4, 33: Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est, vgl. Pomp. l. c. l. 43 und Paulus D. 2, 10, 2. Dies bedeutet nichts anderes, als dass man ebensogut durch die blosse ductio des Sklaven wie durch die noxæ deditio befreit wird. Das schliesst natürlich nicht aus, dass der Verletzte sich nicht mit der ductio des Sklaven zu begnügen brauchte. Die lex selbst gab ihm das Recht auf die noxæ deditio *oder* die litis æstimatio: Ulpianus sagt D. 9, 2, 1 pr. über die analoge actio de pauperie: quæ lex voluit aut dari id quod nocuit aut æstimationem noxiæ offerre (offerri?) — Man kann allerdings fragen, wie ein Zwang zur noxæ deditio oder defensio durchführbar ist, da der Belangte ja immer den Sklaven an eine dritte Person veräussern oder derelinquieren und so frei werden kann. Indessen ist zu beachten, dass er durch ein solches Verfahren *dolo malo* servum in potestate habere desinit und damit der actio sine noxæ deditione unterworfen wird. — PISSARD fragt weiter a. a. O., warum nur der dominus *præsens* manzipieren muss, um frei zu werden. Dies ist jedoch natürlich, da der dominus nur, wenn er in iure præsens ist, von

teidigt, die eigene Aufnahme der defensio postulieren. Daher können der Usufruktuar und der Pfandinhaber diese Forderung stellen,

---

den *prætorischen* Zwangsmitteln getroffen werden kann. »Pourra-t-il se libérer de cette obligation en s'absentant?» Verfügt aber der in ius vocatus willkürlich über seine præsentia in iure? — *Aus welchem Grunde sollten übrigens die Justinianischen Juristen hier interpoliert haben, da Iust. jeden Unterschied zwischen dem bonitarischen Eigentum — der besonderen Folge der ductio iussu prætoris — und dem quiritischen aufhob?*

Indessen sind die angeführten, für interpoliert gehaltenen Stellen nicht die einzigen, aus welchen die Notwendigkeit einer wirklichen Rechtsübertragung, wenn der dominus den in iure gegenwärtigen Sklaven nicht verteidigen will, hervorgeht. Dazu kommen Paulus D. 9, 4, 22, 1: Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur atque si præsentem *non noxæ dederit* (Beselers Textänderung Beitr. 3, S. 9: *non defenderit* für *non noxæ dederit* ist unmöglich; dagegen ist denkbar, dass die Worte *neque defenderit* weggefallen sind) und Ulp. D. l. c. l. 8 . . . ante noxale sane iudicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, *ne necesse habeat* suscipere iudicium. Im letzten Falle handelt es sich um einen der Miteigentümer des Noxal-Sklaven. Ein solcher kann in die Lage geraten, dass er nach dem iudicium acceptum litis æstimatio bezahlen muss, wenn nämlich die übrigen Eigentümer zur noxæ deditio nicht mitwirken. Darum braucht er »securitas» gegenüber dem Zwang zum iudicium suscipere. Diese erreicht er, wenn auch er selbst und der Sklave in iure gegenwärtig sind, durch das »cedere sua parte» an den Verletzten.

Das oben über den Fall, wo der Sklave abwesend ist, Gesagte: der dominus muss ihn verteidigen oder vadimonium promittere oder cautio exhibendi in eadem causa geben, geht aus Paulus D. 2, 9, 2, 1 und Ulp. D. l. c. l. 1 pr. hervor: vgl. auch Ulp. D. 9, 4, 21, 4. (Fehlerhaftes Referat bei Pissard, a. a. O. S. 249, womit er seine Theorie verteidigt, dass der dominus, wenn er den Prozess im Namen des Sklaven nicht aufnehmen will, *nur* die ductio desselben erdulden muss.)

Indessen bestreitet de Visscher in dem erwähnten Aufsatz (R. G. D. 41, 1917 und 42, 1918) jede den dominus *vor der l. c.* treffende Verpflichtung. Der Verletzte habe ursprünglich ein Recht, sich an dem verbrecherischen Sklaven zu rächen. Dieses Recht gehe nach den XII Tafeln verloren, wenn der dominus einen Ersatz — litis æstimatio — anbiete: 41, 339 f. Von diesem legalen System sei das der actiones noxales scharf zu unterscheiden. Durch das letztere erhalte der dominus das *Recht*, die Unschuld des beschuldigten Sklaven zu beweisen. Er sei aber an sich in keiner Beziehung *verpflichtet*: 42, 153 f. Durch die litis contestatio, mit der er sein soeben erwähntes Recht realisieren könne, werde jedoch der dominus verpflichtet, die litis

aber auch der b. f. possessor. Dies kann so realisiert werden, dass die fragliche Person in iure erklärt, der Sklave sei *ihr* Eigentum.

æstimatio — mit der noxæ deditio als Lösungsmittel — zu geben. Die l. c. sei nämlich als ein Vertrag zu fassen, durch den er sich hierzu verpflichte: 42, 197 f. Obgleich CLOSSET in einer Untersuchung in der R. G. D. 46 (1922) und 47 (1923) in der Hauptsache de VISSCHER's Anschauung aufnimmt, ist sie meines Erachtens vollständig verfehlt. Wegen der grossen Bedeutung der Frage für unsere Untersuchung sollen DE V:s Argumente hier näher geprüft werden.

1. Es ist unmöglich, dass der gewöhnliche Ausdruck vom dominus oder dem sich als dominus Bekennenden: *actione oder iudicio tenetur* oder nur *tenetur* (siehe z. B. Ulp. D. 11,1, 16,1 und D. 9,2, 27,3, Gaius D. 9,4, 27,1, Paulus D. 11, 1,8 und l. c. l. 13,1, Pomp. l. c. l. 15 pr.) bedeuten würde: »er ist durch das iudicium suscipere gebunden». Es ist nicht nötig aufzuweisen, dass man sonst mit diesem Ausdruck eine *Unterwerfung* unter eine actio versteht. BEKKER will ja gerade »actione teneri» mit »obligari» gleichstellen.

2. Der Verf. zitiert 42,203 als Beweis für die vermeinte Wirkung der litis contestatio — die Verpflichtung des iudicium accipiens — Paulus D. 11,1, 13 pr.: Confessionibus falsis respondentes ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio, quia quæ cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferimus und Iav. l. c. l. 14 pr.: . . . eius personæ, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre potest . . ., liberi autem hominis nomine quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem aut confessionem transferri poterit. Wenn diese Äusserungen mit dem übrigen Inhalt der bezüglichen leges zusammengestellt werden, kann kein Zweifel über ihren Sinn herrschen. Nach den angeführten Worten bei Paulus heisst es: et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem filium meum esse, ita me obligari, si ætas eius pateretur, ut filius meus esse possit, quia falsæ confessiones naturalibus convenire deberent [propter quæ fiat, ut patris familiæ nomine respondendo non obliger] — ein verfehlter Zusatz ex margine: MOMMSEN. § 1. Eum, qui patrem familias suum esse responderit [servum] ⟨filium⟩, non teneri noxali actione: ac ne, si bona fide liber homo mihi serviat, mecum noxali iudicio agi potest . . . »Filium» hier anstatt »servum» notwendig, da sonst nicht von einem pater fam., sondern einem liber homo die Rede gewesen wäre. (Die Änderung für Trib. aus wohlbekannten Gründen natürlich.) Bei Iav. l. c. wird vor dem Angeführten gesagt: Si is, cuius nomine noxæ iudicium acceptum est, manente iudicio, liber iudicatus est, reus absolvi debet, nec quicquam interrogatio in iure facta proderit, quia etc. Der Sinn des Ausdrucks: actio cum alio est ist in diesem Zusammenhang offenbar der, dass ein anderer einer actio im Namen des verbrecherischen Sklaven oder filius fam. unterworfen sein muss, so dass die obligatio dieser Person ihr Oberhaupt trifft. Man vergleiche Paulus pr.: ita me obligari und Jav. pr.: obliga-

Sie wird durch diese Erklärung auch gebunden — gilt als dominus mit dem Sklaven in potestate. Darum konsumiert sie auch durch das iudicium accipere das Recht des Klägers. Doch muss sie immer,

---

tionem transferre potest: beachte, dass das Subjekt hier der reus ist, der anerkannt hat, dominus zu sein. Dieser kann durch sein Geständnis die obligatio des Sklaven unter einer gewissen Bedingung auf sich übertragen. Es wird gesagt, dass wir die obligatio einer anderen Person auf uns übertragen können, indem wir gestehen, dass sie filius oder servus noster ist, *wenn* ein Dritter wirklich für die Tat dieser Person verantwortlich ist, was bedeutet, dass der Dritte wirklich die Person als filius fam. in sua potestate hat, bezw. ihr dominus ist. Wir können aber nicht die obligatio eines wirklichen pater fam. durch das Geständnis, dass er unser filius ist, auf uns übertragen, ebensowenig wie wir die obligatio eines liber homo durch das Geständnis, dass er unser Sklave ist, übernehmen können. Denn im *Namen* eines pater fam., bezw. liber homo, der nicht pater fam. ist, kann man nicht selbst als pater fam., bezw. dominus obligiert sein. Natürlich übertragen wir durch die confessio nicht die Obligation der Person, mit der ursprünglich actio est, d. h. des wirklichen pater fam. oder dominus, so auf uns, dass *diese* Obligation nun auf uns ruhen würde. Wir erhalten aber durch die Übertragung der Obligation des *fil. fam.* oder des *Sklaven* inhaltlich dieselbe Obligation wie das wirkliche Oberhaupt und werden so mit dem letzteren *correi*. Man beachte Paulus D. 11,1,20 pr.: Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat. De V. sagt 42, 204 über die behandelten Äusserungen: »Le déplacement de l'action par l'acceptation du *iudicium* (ou, ce qui en pratique revient au même, par l'affirmation d'un droit sur l'être coupable) est un effet strictement restreint au cas d'action *cum alio*. Si le maître de l'esclave ou de l'animal coupable était un *débiteur* de la victime, nous nous trouverions en dehors des conditions exigées pour le déplacement de l'action; il est, d'ailleurs, de toute évidence qu'une réponse à une *interrogatio* ou l'acceptation d'un *iudicium* par un tiers ne peuvent suffire à priver un créancier de son droit contre le véritable débiteur.» Hier liegt eine Menge von Irrtümern vor. a. »Confessio in iure» keineswegs »en pratique» dasselbe wie »iudicium accipere». b. Dass »le maître de l'esclave ou de l'animal coupable» als solcher »un débiteur de la victime» ist, was nach De V. durch diese Stellen ausgeschlossen sein soll, folgt ja aber aus den Worten: »ita me obligari» und »obligationem transferre potest», scil. durch confessio. Man will wohl nicht in vollem Ernst behaupten, dass derjenige, der sich fiktiv als dominus bekennt, mehr obligiert sei als der wirkliche dominus? c. Dass »l'acceptation d'un *iudicium* par un tiers» nicht ausreichend sein kann, »à priver un créancier de son droit contre le véritable débiteur», ist offenbar falsch. Siehe z. B. Cic. ad Attic. 16,15,2 und Pomp. D. 46, 3, 23: Solutione vel iudicio pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

insofern sie nicht als dominus belangt ist, Sicherheit geben. Dieses Verfahren wurde mutmasslich von der späteren Jurisprudenz zum Schutz für die Personen eingeführt, die ein berechtigtes Interesse

3. Der Verf. glaubt, dass in der intentio: si paret . . . quam ob rem aut pro fure damnum decidi aut noxæ dedi oportet et rel. »oportet» durch die litis contestatio entsteht (42, 297 f., vgl. S. 199 f.) und führt ein Argument an, das sogar CLOSSET (47,35) »un peu subtile» scheint. Es mag im allgemeinen bemerkt werden, dass das »oportet», welches durch die l. c. entstehen kann, nach Gaius I. 3,180 und 181 nur ein »*oportet condemnari*» ist, welches ein vorhergehendes »*dare oportet*» im iudicium legitimum *aufhebt*. Wenn »iudicium» als ein Vertrag gefasst wird, worüber später, kann es sich nur um Unterordnung unter das Urteil nach der Formula handeln.

4. Der Verf. will die römische privatrechtliche noxæ deditio durch *nordgermanische* analoge Institutionen (41, 335—336) beleuchten, ferner durch solche römische Institutionen wie die Regeln für das Verfahren im Falle eines damnum infectum (42,202—203), zu welchem doch *keine* noxæ deditio gehört. Dagegen vergleicht er sie gar nicht mit der *völkerrechtlichen noxæ deditio*, die in die *römische* Rechtsanschauung aufgenommen ist. Bei einem solchen Vergleich würde der Verf. unbedingt die GIRARDI'sche Idee vom Recht auf Rache seitens des Verletzten als Grundlage für die Institution wenigstens unvollständig gefunden haben. Obgleich hier die Sache nur äusserlich berührt werden kann, mag bemerkt werden, dass die völkerrechtliche noxæ deditio von dem Gedanken der *Befleckung* des Staates durch völkerrechtliche Verbrechen seiner einzelnen Mitglieder bestimmt ist. Von dieser den Staat selbst treffenden Schuld befreit er sich durch eine noxæ deditio des ursprünglich Schuldigen. Hier mögen angeführt werden: Zonaras 8, 15, 5, wo Regulus sagt: ἂν δὲ ἐπιορκήσω, πᾶσα ἡ πόλις ἀναπλήσθήσεται; Livius 9, 1, 6: Die gegen ein foedus geraubten bona sollten ausgeliefert werden, ne quid ex contagione noxæ remaneret; 9, 8, 6: Die deditio der Schuldigen wird von einem derselben vorgeschlagen: exsolvamus religione populum, si qua obligavimus; 9, 8, 9: nudos vinctosque hostibus deditos und 9, 10, 9: Der Fetial sagt bei dem Akt der noxæ deditio: quandoque hisce homines . . . *noxam nocuerunt* (vgl. tab. 12, 2 a Bruns: si servus furtum faxit *noxiamve noxit*) ob eam rem, quo populus Romanus scelere impio sit solutus, hosce homines vobis dedo; danach erfolgt die noxæ deditio an die Samniten mit einer besonderen Erklärung eines der Ausgelieferten, dass er samnitischer civis geworden ist. Vgl. auch Cic. pro Cæc. 34, 99; Liv. 5, 36, 8; 8, 39, 13 und periochæ 55 u. 56; Plut. Rom. 24, 3; Cæsar 22, 3; Cato Minor 51, 1 u. Tib. Gracch. 7,2 u. Val. Max 6,3 u. 4. Man beachte schliesslich die Erklärung der noxa bei Festus 174 M. und Paulus 175 M. v. noxa; peccatum oder pro peccato poena . . . item cum lex iubet noxæ dedere, 'pro peccato' dedi iubet. Wie kann man angesichts solcher Tatsachen glauben, dass das durch Gesetz bestimmte noxæ dare Ulp. D. 9, 1, 1, 1 nur ein Recht des Ver-

an dem Sklaven haben, ohne unmittelbar nach dem Gesetz, das nur den dominus als passiv legitimiertes Subjekt nannte, das Recht zu besitzen, als defensores in eigenem Namen aufzutreten.[1]

---

letzten Rache zu nehmen, bedeuten sollte, das ohne jede Mitwirkung des Oberhaupts exequiert werden konnte? So jedoch DE V.: 41, 331.

[1] Über das Prinzip selbst rücksichtlich des Usufruktuars und des Pfandinhabers siehe Paulus D. 9, 4, 26, 6; Gaius D. l. c. l. 27 pr.; l. 30 = D. 39, 2, 19 pr. (Natürlich kann auch jede beliebige Person als *Prokurator* für den dominus, wenn er satisdatio iudicatum solvi gibt, fungieren. Über actio neg. gest. zufolge einer solchen defensio Paulus D. 3, 5, 40. Wenn man für den dominus als sein Vertreter den Sklaven wegführen lässt, muss man satisdatio ratam rem geben: Paulus D. 3, 3, 36.) Dass das Verfahren das im Texte geschilderte war, geht unmittelbar aus Gaius l. c. l. 27, 1 hervor, wo die defensio des Usufruktuars und des Pfandinhabers an dieses alienum servum in iure suum esse respondere angeknüpft wird, und mittelbar aus Iulianus l. c. l. 39,1, Paulus D. 11, 1, 8 und l. c. l. 20 pr., Pomp. l. c. l. 15,1 und Ulp. l. c. l. 16,1, wo von demselben respondere gesagt wird, dass es binde, als ob der respondens dominus esset. — Über die Konsumtion alles Rechts des wirklichen dominus durch die Aufnahme der defensio von Seiten einer dritten Person siehe Paulus D. 11, 1, 20 pr.: altero convento alter quoque liberatur. — Über die Notwendigkeit einer satisdatio, insofern man nicht als dominus belangt ist, siehe Jul. D. 9, 4, 39, 1.

Betreffs des b. f. possessor weicht der Text von der herrschenden Meinung ab, die sich meines Erachtens auf gefälschte Quellenstellen gründet. Man nimmt nämlich an, dass nach der klassischen Jurisprudenz jeder Eigenbesitzer als solcher gebunden war. Siehe z. B. GIRARD, N. R. H. 11(1887) S. 428—429 und LENEL, Ed.[2] S. 158[3]. Beachte indessen Folgendes.

1. Eine Konsequenz der herrschenden Meinung ist, dass der bekannte Satz: noxa sequitur caput nicht bedeutet, dass sich die Haftung mit der Veränderung der *rechtlichen Stellung* des Sklaven wandelt, sondern dass die Veränderung der *possessio*, sei der ursprüngliche possessor Eigentümer oder nicht, die Haftung verändert. Eine solche Bedeutung hat jedoch dieser Satz niemals. Bei Gaius I. 4,77 wird er auf die *potestas* servi bezogen. Dass mit dieser potestas nur die Macht, die mit dem Eigentumsrecht gegeben ist, gemeint wird, ist sicher. Dies geht unzweifelhaft aus den Worten § 78 hervor: Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest. Ferner ergibt es sich auch aus Gaius I. 1,52 und 54, wo potestas in servos als ein Recht der domini bestimmt wird — jedoch so, dass der dominus, der den Sklaven in bonis hat, den Vorzug vor dem nur quiritischen Eigentümer hat. Die Bedeutung der potestas, die eine Bedingung für Gebundenheit ist, ist zwar zu Ulpianus' und Paulus' Zeit eine andere geworden, wie besonders aus

Paulus Sent. 2, 31, 37 hervorgeht: der dominus hat nicht den servus in fuga in potestate. Man forderte eine wirkliche Macht des dominus. Jedoch ist es ganz unwahrscheinlich, dass man die Bedeutung der gesetzlich erforderlichen potestas soweit geändert hat, dass das *rechtliche* Moment ganz weggefallen ist. Ulpianus' Erklärung der fraglichen potestas als facultas et potestas exhibendi D. 9, 4, 21, 3, womit man Paulus D. 50, 16, 215: præsentis corporis copiam facultatemque vergleiche, ist entweder eine Interpolation nach dem *justinianischen* Recht, worüber alsbald (das Vorliegen einer Interpolation scheint aus Ulp. D. 9, 4, 42, 2 hervorzugehen: Hæ actiones perpetuæ sunt locumque habebunt tamdiu, quamdiu *servi dedendi* facultatem habemus (beachte: facultas servi dedendi hat nur der *Eigentümer*), oder es wird *dominium* vorausgesetzt. Denn überall in den Auseinandersetzungen von Ulpianus und Paulus über den Teil des prætorischen Edikts, der von dieser potestas handelt (D. 9, 4, 21, 2), ist nur die Rede von der potestas des *dominus*. Siehe Ulp. l. c. l. 21,5: in potestate domini; Paulus l. 22,3: Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur; l. 22,4: Si negavit dominus in sua potestate esse servum; l. 26,2: Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierunt possidere; D. 2, 9, 2, 1: Si quidem dominus non negat in sua potestate esse. LENEL, Ed.[2] S. 158 sagt: »Man darf sich in diesen Stellen nicht etwa an das Wort 'dominus' klammern, gleich als ob die Frage, an servum in potestate habeat, nur dem dominus oder dem fassus se dominum esse hätte gestellt werden können». Macht aber nicht die *ausnahmslose* wiederholte Anwendung dieses Wortes bezüglich der im prætorischen Edikt abgehandelten potestas, die für actio noxalis Bedingung ist, ein Sich-klammern an das Wort notwendig? Die Stelle Paulus D. 9, 4, 22, 1, auf die sich LENEL beruft, ist sicher interpoliert (siehe unten!). Darüber dass »dominus» niemals eine Bezeichnung für den blossen b. f. possessor ist, siehe PERNICE, Labeo 2, 1 S. 447[7]. — Was Gaius' Begriff von der bezüglichen potestas in den Inst. betrifft, ist die Darstellung vielleicht von einer älteren Vorlage bestimmt. Es ist jedoch auch möglich, dass sich zu Gaius' Zeit die modifizierte Bedeutung der fraglichen »potestas» als einer rechtlichen *und* faktischen Macht noch nicht eingebürgert hatte. Die Schlussworte Ulp. D. 47, 2, 17, 3 über Pomponius scheinen allerdings darauf hinzudeuten, dass schon POMP. das Wort in dem späteren Sinne gebraucht. IULIANUS scheint jedoch die ältere Meinung zu vertreten (siehe unten). — Jedenfalls kann überhaupt *keine* Digestenstelle angeführt werden, von der sich behaupten liesse, dass der Satz: noxa sequitur caput *im wesentlichen* einen andern Sinn als den *rechtlichen* habe. Wohl aber gibt es viele, aus denen der rechtliche Sinn bestimmt hervorgeht. Z. B. Ulp. D. 47, 2, 41, 2: Quamdiu vivit is, qui furtum fecit, non perit furti actio: aut enim sui iuris est is, qui furtum fecit, et cum ipso actio est, aut alieni iuris esse coepit, et actio furti cum eo est, cuius potestati subiectus est: et hoc est, quod dicitur 'noxa caput sequitur'. Dass der Ausdruck »subiectus» für das Verhältnis zum nur faktischen Eigenbesitzer also auch zu einem prædo gebraucht werden könnte, ist ganz unwahrscheinlich. Siehe weiter

Ulp. D. 9, 4, 42, 2: Hæ actiones perpetuæ sunt locumque habebunt tamdiu, quamdiu servi dedendi facultatem habemus . . . item adversus successores, *non quasi in successores, sed iure dominii*, vgl. Ulp. D. 9, 1, 1, 17.

2. Nur vom *dominus* wird gesagt, dass er aus Anlass eines furtum von Seiten seines Sklaven keine actio hat. Siehe z. B. Ulp. D. 47, 2, 17 pr. und §§ 1 u. 2. Im Zusammenhang hiermit steht der Umstand, dass die exstinctio actionis (oder quies actionis nach den Proculianern) durch den Eintritt des Sklaven in die potestas des Verletzten stets nur im Falle des eintretenden dominium des letzteren besprochen wird: Gaius I. 4, 78, Pomp. D. 47, 2, 44, 2, Neratius l. c. l. 65 (64), Ulp. l. c. l. 43, 12, Paulus l. c. l. 18, Tryph. D. 9, 4, 37. — Ulp. D. 47, 2, 17,3 ist besonders bedeutungsvoll: Illud quæsitum est, si cum in fuga esset servus, furtum domino fecisset, an æque posset habere actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum, bona fide possidere coeperit. movet quæstionem, quod quamvis possidere servum eo tempore, quo in fuga est, videor, attamen furti actione non teneor, quasi non sit in mea potestate: quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Iulianus scribit. Das Bemerkenswerte liegt hier darin, dass man nicht umgekehrt fragt, ob der *b. f. possessor*, der den Sklaven nur ad usucapionem besitzt, actio gegen den später wirklich possidierenden dominus hat, wenn der Sklave nicht vorher in die *wirkliche* Gewalt des b. f. possessor gekommen ist. Auch wird nicht andererseits gesagt, dass der nur ad usucapionem besitzende b. f. possessor selbst für die Tat des Sklaven nicht verantwortlich ist. Dies lässt sich nur so erklären, dass der blosse possessor *niemals* als solcher für die Tat des Sklaven verantwortlich ist und darum *immer* umgekehrt, wenn der Sklave ihn bestiehlt, actio gegen den ihn »in potestate» habenden dominus hat. Die Worte: an æque (dominus) posset habere actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum bona fide possidere coeperit schliessen gar nicht in sich, dass der b. f. possessor als solcher durch actio noxalis gebunden wäre. Wenn er auch als solcher nur das *Recht* hat, die defensio des Sklaven aufzunehmen und dieses Recht durch das freiwillige confiteri servum suum esse realisieren kann, so wird er doch durch eine solche confessio regulär *gebunden*. In unserem Fall wird indessen *diese* Gebundenheit in Frage gezogen, weil der *Kläger* selbst dominus ist und den Sklaven auch zur Zeit der Tat, obgleich er in fuga gewesen ist, possidiert hat. Damit ist der Kläger anscheinend selbst der actio noxalis wegen der vorhergehenden Taten des Sklaven ausgesetzt gewesen. Er scheint dann nach der Regel, die dem selbst für die Taten des Sklaven haftenden dominus die actio noxalis versagt, jetzt nicht umgekehrt berechtigtes Subjekt sein zu können.

3. Nur in *einer* Stelle, nämlich Gaius D. 9, 4, 13, wird der *mala fide* possessor als der actio noxalis unterworfen bezeichnet. Wenn diese Stelle nicht interpoliert wäre, würde die oft vorliegende besondere Hervorhebung des *bona fide* possessor vollkommen unverständlich sein: Ulp. D. 9, 4, 11 und D. 47, 2, 17,3, Paulus D. 9, 4, 12; vgl. auch Ulp. D. 9, 2, 27, 3. Bemerkenswert ist

auch Celsus D. 47, 2, 68, 4: Quod furi ipsi furtum fecerit furtivus servus, eo nomine actionem cum domino furem habiturum placet [ne facinora talium servorum non solum ipsis impunitatem (parent?), sed dominis quoque quæstui erunt: plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur]. Über die Interpolation der eingeklammerten Worte mit ihrem miserablen Latein kann kein Zweifel obwalten. Kein klassischer Jurist könnte auch einen solchen Grund anführen. Nichts aber weist darauf hin, dass die Worte im Anfang interpoliert seien. Die Kompilatoren haben es notwendig gefunden, einen besonderen Grund für die Entscheidung anzugeben, weil sie im Gegensats zu ihrem Prinzip steht (hierüber alsbald). Jedenfalls ist nach Celsus der furtive possidens nicht durch actio noxalis gebunden, da er selbst actio noxalis gegen den dominus hat. Wenn aber der b. f. possessor als passives Subjekt in der actio noxalis fungieren kann, nicht der m. f. possessor, so kann dies nicht auf seiner Gebundenheit als solcher beruhen. Es ist doch undenkbar, dass der b. f. possessor als solcher *strenger* behandelt wurde als der m. f. possessor. Dagegen versteht man die Hervorhebung des b. f. possessor in der fraglichen Beziehung ohne weiteres, wenn die Sache als ursprünglich das *Recht*, als defensor suo nomine aufzutreten, betreffend aufgefasst wird. — Sowohl der b. f. possessor als der m. f. possessor können wahrscheinlich durch actio ad exhibendum zur Exhibierung des verbrecherischen Sklaven gezwungen werden. Allerdings kann dafür kein Beleg gegeben werden. Dies ist auch natürlich, da für Iustinianus, der den blossen Eigenbesitzer dem dominus gleichstellte, die actio ad exhibendum keine andere Funktion bei der actio noxalis gehabt haben kann als die Ulp. D. 10,4,3,7 erwähnte: der Kläger glaubt, dass einer der Sklaven schuldig ist, kann jedoch nicht bestimmen, *welcher* von ihnen, und kann darum die Exhibierung der ganzen familia verlangen. Doch ist wahrscheinlich, dass der Verletzte ursprünglich dem nicht gebundenen blossen Eigenbesitzer gegenüber nicht machtlos gewesen ist, da nach Ulpianus und Paulus auch der nicht possidierende dominus nicht belangt werden kann. Eine andere actio gegen den blossen Eigenbesitzer aber als die actio ad exhibendum kann es nicht geben. (Beachtenswert ist jedenfalls die angeführte Stelle Ulp. D. 10, 4, 3, 7: Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria: quid enim si dominus quidem etc.: über den erwähnten Fall betreffend die Exhibierung der ganzen familia. Beseler, Beitr. 1,2 betrachtet die Worte Si . . . necessaria als interpoliert, weil nicht *immer* actio a. e. für actio noxalis nötig sein könne. Da die Worte im übrigen nichts Bemerkenswertes enthalten und gut zu dem Vorhergehenden passen, ist es wahrscheinlicher, dass ein nachfolgender, die Notwendigkeit bestimmender Si-Satz weggelassen ist. Dieser Satz kann gut den Fall betroffen haben, dass ein anderer als der dominus den Sklaven possidiert. Ein anderer Fall *kann* kaum erwähnt worden sein. Pissard a. a. O. behauptet die Echtheit und bezieht die Worte auf den dominus, der seine potestas über den abwesenden Sklaven gestanden hat. Dies ist nach Paulus D. 2,9,2,1 unmöglich:

in einem solchen Fall ist vadimonium promittere, absentem defendere oder *cautio* exhibendi notwendig.) Obgleich aber sowohl der b. f. possessor als der m. f. possessor wahrscheinlich den Sklaven zu exhibieren gezwungen werden können, *kann* jedenfalls nur der b. f. possessor die Aufnahme der defensio verlangen. Der m. f. possessor verliert unmittelbar den Sklaven an den Kläger durch ductio iussu prætoris, sofern kein anderer ihn verteidigt. Dies erklärt vollständig die besondere Hervorhebung des b. f. possessor als passiven Subjekts in den Noxal-Aktionen.

4. C. 6, 2, 21 (530) erzählt § 1, dass die alte generalis regula: der selbst Gebundene hat nicht actio noxalis von verschiedenen Juristen (»quidam») so ausgelegt worden sei, dass der b. f. possessor als nicht selbst servi nomine gebunden gegen den dominus actio noxalis habe, wenn nämlich der Sklave in die Gewalt seines Herrn gekommen sei. Im § 2 wird gesagt: Quam interpretationem prisca quidem iura per coniecturam introducebant: nos autem altius et verius ad eam respicientes generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus. § 3 enthält die Ansicht bezüglich des b. f. possessor, die man jetzt im allgemeinen als die der *klassischen* Jurisprudenz bezeichnet. D. h. der b. f. possessor ist selbst gebunden, hat aber selbst keine actio wegen des furtum des Sklaven, insofern es während der Zeit der Possidierung geschehen ist. Offenbar wird hier die in § 1 dargestellte Meinung als die in der älteren Zeit herrschende bezeichnet. In § 3 aber will der Kaiser neues Recht geben. Zwar wird in § 4 über die vetustissima dubitatio gesprochen, die jetzt conquiescere soll! Jedoch ist bekannt, dass Iustinianus oft seine Gesetzesänderungen der alten Ordnung als voll von ambiguitates und dubitationes entgegenstellt. Man darf deshalb aus einer solchen Ausdrucksweise nicht schliessen, dass nicht die in § 1 dargestellte Meinung vorher die herrschende gewesen ist. § 2 ist vollkommen deutlich. — Dass nur die Stellung des b. f. possessor berücksichtigt wird, beruht wahrscheinlich darauf, dass der m. f. possessor vorher nicht einmal das Recht hatte, den Sklaven zu verteidigen. Die Konsequenz des Justinianischen Standpunkts war jedenfalls, dass auch er gebunden sein muss.

5. Nur *eine* der Stellen, wo der b. f. possessor dem possidierenden dominus gleichgestellt wird, nämlich Ulp. D. 9, 4, 11, zeigt keine *unmittelbaren* Zeichen von Interpolation. Offenkundige Interpolation, durch die lex C. 6, 2, 21, 3 veranlasst, liegt in den folgenden Fällen vor.

a. Ulp. D. 9, 4, 21, 1: Eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum, si proprii sint servi: nam si alieni, præsentes esse oportet, aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni. [quod ita puto accipiendum, ut si constet vel bona fide servire, etiam absentes possint defendi.] Si constet vel (!) bona fide servire (wer?) ist wenigstens höchst schlechtes Latein. Man beachte weiter, dass das Attribut proprius, bezw. alienus zum servus im juridischen Sprachgebrauch unmöglich mehr als *eine* Bedeutung haben kann. Da nun Ulpianus selbst erzählt, dass der servus alienus nach gegebener Entscheidung (placuit: im prætorischen Edikt?)

nicht absens verteidigt werden kann, ist es unmöglich, dass er unmittelbar erklärt haben sollte, dass *seinem Erachten nach* doch der bona fide serviens laut eben derselben Entscheidung absens verteidigt werden darf.

b. Paulus D. 9, 4, 12: [Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quæ datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur.] Man beachte, dass hier das im prætorischen Edikt bestimmte iudicium sine noxæ deditione gegenüber dem die potestas Verneinenden gemeint ist, welches iudicium zur Kondemnation führt, wenn der Beklagte wirklich den Sklaven in potestate hat oder dolo malo fecerit, quominus non haberet. Dies kann Paulus nicht auf eine so ungenügende Weise bezeichnet haben. Man beachte weiterhin, dass, *wenn* im prætorischen Edikt unter der potestas nur possessio verstanden wurde, es vollkommen sinnlos ist, besonders den b. f. possessor als unter Verfügung des Edikts fallend hervorzuheben. Wenn aber das Wort potestas das dominium in sich schloss, konnte Paulus nicht ohne weiteres erklären, dass der b. f. possessor von der fraglichen actio getroffen werde. — Um die Gleichstellung zwischen dem b. f. possessor und dem die faktische Macht besitzenden dominus in der bezüglichen Hinsicht in die Digesten hineinzubringen, haben die Kompilatoren wahrscheinlich eine Äusserung des Paulus über die actio ad exhibendum als gegenüber dem auf die angegebene Weise dolosen possessor des Noxalsklaven verwendbar gebraucht.

c. In Afric. D. 9,4, 28 sind die Worte: et secundum hæc — ut litis æstimationem sufferret, worunter die Worte: cum ipso iure noxalis actio adversus eum (b. f. possessorem) competit, interpoliert. Es ist nur nötig, auf BESELER Beitr. 3 S. 156 zu verweisen.

d. Paulus D. 9, 4, 22,1: Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione: [licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident.] Man beachte, dass hier vorausgesetzt wird, dass der b. f. possessor durch actio noxalis gebunden ist. Die Worte von licet sind indessen interpoliert. Denn »opinione domini possidere« ist ein allzu ungeschickter Ausdruck für bona fides, um klassisch zu sein. (Derselbe wird sonst nicht in den Dig. gebraucht.) In der Tat ist er aus C. 6, 2, 21, 3 geholt: Cum igitur bona fide possessor *domini cogitatione* furem possidet. Weiter ist *iuste* possidere, von dem Pfandinhaber und dem Prekaristen gebraucht, justinianisch. Die zwei übrigen Stellen, wo eine solche Bezeichnungsweise vorkommt, sind interpoliert. Siehe ROTONDI, Scr. giur. III, S. 231[1], der auch wie BESELER, Beitr. 4,77 unsere Stelle als interpoliert betrachtet.

Die angeführten Interpolationen in Stellen, die den b. f. possessor dem dominus betreffs der actio noxalis gleichstellen, machen es sicher, dass auch die nicht unmittelbar verdächtige Ulp. D. 9, 4, 11 von den Kompilatoren verändert ist. Ulp. hat wahrscheinlich hier die Frage behandelt, welche Stellung

der vom b. f. possessor, servum suum esse confessus, ex noxali causa dem Verletzten ausgelieferte Sklave einnimmt.

6. Ulp. D. 9,2,27,3 sagt: servi autem occidentis nomine dominus tenetur, is vero cui bona fide servit non tenetur. sed an is, qui servum in fuga habet, teneatur nomine eius *Aquilia* actione, quæritur: et ait Iulianus teneri [et est verissimum, cum] et Marcellus consentit. Man hat aus diesen Worten (vgl. Ulp. D. 9,4,11: Bona fide servi possessor eius nomine *furti* actione tenebitur, dominus non tenetur, über die Interpolation siehe unmittelbar vorher) eine Verschiedenheit zwischen der lex Aquilia und den XII Tafeln in der fraglichen Beziehung konstruiert. Dass sowohl die XII Tafeln als die lex Aquilia den dominus als den Sklaven *in potestate* habend für den Obligierten erklären, geht aus Gaius I. 4,77 hervor, wo an die *potestas* als Bedingung für die aus diesen Gesetzen stammende actio noxalis angeknüpft wird. Dass die lex Aquilia von der *potestas* des dominus gesprochen hat, ergibt sich auch gerade aus der hier zu behandelnden Stelle. Wie könnte, wenn die lex Aquilia *nur* vom dominus als dem Obligierten gesprochen hätte — ohne die *potestas* als Bedingung zu erwähnen — die klassische Jurisprudenz die *Frage* aufwerfen, *ob* der dominus, der den Sklaven in fuga hat, gebunden sei? Wenn aber die potestas des dominus in der lex Aquilia als Bedingung für die Gebundenheit durch actio noxalis erwähnt ist, musste dieselbe quæstio, die Ulp. D. 47, 2, 17, 3 betreffs der actio furti noxalis besprochen hat, entstehen. An *dieser* Stelle entscheidet *Ulpianus* die Frage, ob der dominus, der den Sklaven in fuga hat und so nach *Iulianus* nur ad usucapionem besitzt, gebunden sei, in *negativem* Sinne. Über die Meinung des *Iulianus* in der Hauptfrage wird hier nichts gesagt. Dies weist darauf hin, dass Iulianus selbst die Frage *positiv* entschieden hat. Das ist auch leicht verständlich, wenn *Iulianus* keine andere potestas als Bedingung für Gebundenheit durch die actio noxalis als die *rein rechtliche* angenommen hat. Man beachte nun, dass *Iulianus* regelmässig betreffs der prætorischen actio gegenüber dem dolosen Passiv-subjekt der actio noxalis sagt: dolo malo facere, ne in *potestate* servum habeat D. 9, 4, 16, D. l. c. l. 39 pr. u. § 2, D. 2, 9, 2, 1, während Ulpianus und Paulus sagen: dolo malo facere, ne *possideat* oder d. m. desinere *possidere*: Ulp. D. 47,6 3, 2, Paulus D. 9, 4, 26, 2. Es kann uns deshalb nicht in Erstaunen setzen, dass *Iulianus* in der *hier* behandelten Stelle Ulp. D. 9, 2, 27, 3 über die Gebundenheit des dominus, der den Sklaven in fuga hat, diese Frage hinsichtlich der actio Aquilia *positiv* löst. Ulpianus selbst entscheidet umgekehrt die Frage an unserer Stelle nicht. (Die Worte: et est verissimum, cum unbedingt interpoliert. Man beachte das kausale cum mit Indikativ.) Eine Verschiedenheit zwischen den zwei Gesetzen bezüglich der Gebundenheit des dominus, der den Sklaven in fuga hat, kann also keineswegs behauptet werden. Aber die zwei *Juristen* Julianus und Ulpianus haben verschiedene Wege bei Auslegung der beiden Gesetze in der fraglichen Beziehung eingeschlagen, weil sie verschiedene Meinungen über den Sinn der *potestas* hatten, die in ihnen als Bedingung für Gebun-

denheit durch actio noxalis erwähnt ist. Wenn aber die *potestas* sowohl nach der lex Aquilia als nach den XII Tafeln eine Bedingung für die noxale Gebundenheit ist, beweisen die Ulpianischen Worte betreffs des ersteren Gesetzes D. 9, 2, 27, 3: dominus tenetur, is vero cui bona fide servit non tenetur, dass der b. f. possessor als solcher nach Ulp. niemals durch actio noxalis (civilis) gebunden ist. Man kann jedoch fragen, wie nach Ulp. der dominus, der den Sklaven nicht possidiert, gebunden sein kann. Indessen ist zu beachten, dass wenn unsere Hypothese über die Zulässigkeit der actio ad exhib. in derartigen Fällen gegenüber dem blossen possessor richtig ist, der Verletzte zuerst den Sklaven in iure exhibiert erhalten und so dem dominus *Gelegenheit* bereiten kann, ihn zu possidieren. Damit bekommt der dominus die *facultas servi dedendi*, was für Ulp. (siehe oben S. 55) die wesentliche Bedingung für seine Gebundenheit ist. — Man kann weiter fragen, warum die Kompilatoren Ulp. D. 9, 2, 27, 3 unberührt gelassen haben, während sie Ulp. D. 9, 4, 11 rücksichtlich derselben Frage wesentlich verändert haben. Die Erklärung *kann* die sein, dass die Justinianische Gesetzesänderung bezüglich der Gebundenheit des b. f. possessor formal nur die actio *furti*, nicht die actio legis *Aquiliæ* betrifft.

Zum Schluss eine zusammenfassende Darstellung des prozessualen Verfahrens zur Zeit des Ulpianus und Paulus.

1. Der reus ist als dominus mit dem Sklaven in potestate (rechtliche und faktische Bedeutung) belangt.

a. Der reus gesteht sein dominium — bei der Abwesenheit des Sklaven auch seine potestas. α. Der Sklave ist in iure præsens. Der reus muss, wenn der Aktor es fordert, den Sklaven noxæ dedere, insofern er ihn nicht verteidigen will. Sonst persönliche ductio und missio in bona. (Belege: Gaius D. 9, 4, 29, Callistr. D. l. c. l. 32, Ulp. D. l. c. l. 8 u. l. 21 pr., Paulus D. l. c. l. 22, 3.) β. Der Sklave ist absens. Der reus muss vadimonium promittere oder absentem defendere oder de exhibendo in eadem causa kavieren. (Belege: Paulus D. 2, 9, 2, 1, vgl. Ulp. D. 2, 9, 1, 1, vgl. auch Ulp. D. 9, 4, 21, 4 und Paulus D. l. c. l. 22, 3.) Sonst persönliche ductio und missio in bona. Wenn jedoch sein dominium in iure zweifelhaft erscheint, muss er nur vadimonium promittere oder de exhibendo kavieren (Beleg: Ulp. D. 9, 4, 21,1: aut si dubitetur . . .)

b. Der reus verneint sein dominium oder bei Abwesenheit des Sklaven zwar nicht dieses, aber seine potestas: delatio iurisiurandi oder actio sine noxæ deditione. Verurteilung, wenn bewiesen wird, dass er dominus ist, bezw. potestas besitzt — oder sie dolo malo verloren hat. (Belege: Ulp. D. 9, 4, 21, 2 f., Paulus D. l. c. l. 22, 4. Siehe die Anmerkung S. 62.) Wenn er den Eid nicht leistet, persönliche ductio und missio in bona (Beleg: Ulp. D. 9, 4, 21, 4. Fehlerhaft bei Buckland, The roman law of slavery (1908) S. 104[3]).

2. Der reus wird als blosser possessor belangt. Actio ad exhib. wahr-

scheinlich verwendbar. (Keine unmittelbaren Belege, weil der Rechtszustand durch Iust. C. 6, 2, 21, 3 geändert ist. Siehe indessen oben S. 57.) Der Kläger siegt, wenn die Schuld des Sklaven und die possessio des Belangten oder sein dolo malo desinere possidere bewiesen wird. Rücksichtlich des exhibierten Sklaven kann mutmasslich der *b. f.*, nicht der *m. f.* possessor iudicium accipere. Diese Möglichkeit kann jedoch nur durch ein fiktives oder b. f. erfolgtes confiteri servum suum esse realisiert werden. (Folgt aus dem gegebenen Beweise dafür, dass der b. f. possessor als solcher nicht obligatus ist, und aus dem Verfahren, das bei dem iudicium accipere des Pfandinhabers und des Usufruktuars angewandt worden ist. Siehe oben S. 54). Doch hat immer gegenüber dem b. f. possessor der dominus in iure præsens den Vortritt. Weiter muss der nicht als dominus belangte b. f. possessor für das iudicium accipere satisdatio geben. (Beleg: Jul. D. 9, 4, 39, 1.)

3. Wenn der in iure gegenwärtige Sklave weder von dem dominus noch dem b. f. possessor verteidigt wird, hat der Usufruktuar oder der Pfandinhaber das Recht, ihn zu verteidigen. Das Verfahren ist dasselbe wie unter 2. Dasselbe Recht haben sie sogar — gleichwie der dominus selbst — wenn der Sklave bei ihrer entschuldbaren Abwesenheit als indefensus ductus geworden ist. (Belege: Paulus D. 2, 9, 2, 1 und D. 9, 4, 26, 6, Gaius D. l. c. l. 30.)

Anmerkung.

Die Frage in iure, ob die Person den Sklaven in potestate habe, *als wirklich von der, an suus sit, unterschieden*, was sie früher nicht gewesen sein kann, ist nur rücksichtlich des als dominus Belangten und des dominium confessus bei der *Abwesenheit* des Sklaven von Bedeutung. (Belege: Paulus D. 2, 9, 2, 1 und D. 9, 4, 22, 3; vgl. LENEL, Ed.[2] S. 158.) Bei seiner Anwesenheit muss als das Natürliche angesehen werden, dass der als dominus Geltende eo ipso das fragliche Vermögen — die faktische Macht über den Sklaven, die seine deditio noxæ ermöglicht — hat. Die blosse Frage, an suus sit, ist zur Zeit des Ulpianus und Paulus für den als dominus Belangten in Gegenwart des Sklaven *hinreichend*, nicht bei seiner Abwesenheit. Aber auch wenn diese Frage gestellt wurde, muss der sie verneinende reus der delatio iuris-iurandi oder der actio sine noxæ deditione unterworfen worden sein. In der ähnlichen noxalen actio de pauperie, wo nur, an dominus sit, gefragt wird, gibt die Verneinung actio sine noxæ deditione, Ulp. D. 9, 1, 1, 15. Da daher hier die Frage über das dominium in iure als Grundlage für die actio *noxalis* formell entschieden wurde, kann man annehmen, dass sie auch in dem anderen Noxalfalle so erledigt wurde. Allerdings wird anscheinend im prætorischen Edikt rücksichtlich des Noxalsklaven nur von der Verneinung der potestas gesprochen. Zur Zeit der Entstehung der bezüglichen Bestimmung in dem prætorischen Edikt aber war ganz sicher diese Frage mit der, an suus sit, identisch. Das in den D. regelmässige: confessus servum suum esse tenetur (siehe oben S. 51) muss aus der älteren Zeit stam-

Die *Verpflichtung*, die hier vorliegt, betrifft den Ersatz, den eine freie, auf dieselbe Weise wie der Sklave deliktische Person geben muss. Noxæ deditio ist nur eine Art, sich von der Verpflichtung zu *lösen*. Die Verpflichtung ist insofern eine »dinglich radicirte»[1], als sie von der Stellung als dominus, später auch vom Besitz abhängt und also mit dem Tod des Sklaven oder seiner Veräusserung oder Freilassung verschwindet oder auf einen anderen übergeht: Noxa sequitur caput.[2]

---

men, die in die potestas *nur* rechtlichen Sinn hineinlegte. Es scheint auch, als ob sogar zur Zeit des Ulpianus und Paulus die Frage über die potestas in nur rechtlicher Bedeutung gestellt werden *konnte*. Siehe Ulp. D. 11, 1, 16 pr. u. § 1. Jedenfalls ist es klar, dass die Verneinung der Frage, an suus sit, eo ipso als eine Verneinung der *umfassenderen* über die potestas angesehen werden und deshalb dieselben Rechtswirkungen haben muss.

Die Frage, an suus sit, wird indessen auch als eine Scheinfrage an den nicht Belangten gestellt, der aus einem besonderen Grunde den in iure gegenwärtigen Sklaven zu verteidigen wünscht (bei seiner Abwesenheit darf nur der dominus ihn verteidigen), nämlich an einen b. f. possessor, einen Usufruktuar, einen Pfandinhaber und auch einen nicht belangten dominus. Da hier die Frage nur deshalb gestellt wird, weil die betreffende Person den Sklaven zu verteidigen wünscht, wird natürlich die Frage über die potestas im tatsächlichen Sinne hier überflüssig. Der confessus servum suum esse wird hier unmittelbar gebunden. Vielleicht findet man in diesem Umstande die Erklärung dafür, dass Ulpianus und Paulus einen Satz aufstellen, der eigentlich in seiner Allgemeinheit als ein Überbleibsel aus der älteren Zeit betrachtet werden muss — nämlich den, dass der so Gestehende ohne weiteres gebunden sei.

[1] Voigt, Die XII. Tafeln I (1883) S. 430—431; vgl. II, S. 586.

[2] Siehe z. B. Paulus D. 2, 9, 2 pr. u. D. 9, 4, 26, 3 und Iul. l. c. l. 39,4.

Dass noxæ deditio nur eine *Lösungsart* ist, dass also keine Verpflichtung hierzu vorliegt, geht indirekt aus Ulp. D. 42, 1, 6, 1 hervor: Decem aut noxæ dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit. at is, qui stipulatus est decem aut noxæ dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quæ singula stipulari possumus: [at iudicium solius noxæ deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur]. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxæ deditio in solutione est, quæ e lege tribuitur. Das Eingeklammerte kann nicht von Ulpianus stammen. 1:o) Hier wird »iudicium» in privatrechtlichen Dingen im Sinne von Urteil gebraucht. Bas. 9,3 I, S. 454 (Heimb.) wird das Wort durch κρίσις bezeichnet. 2:o) Das Subjekt im Satze: sed — sequitur muss das iudicium solius noxæ deditionis sein, welches ja *nullum* sein soll. 3:o) Die unmittelbare Wiederholung des »at» und die

Einführung einer neuen Adversation »sed» in die mit dem »at» eingeleitete zweite Periode passen nicht zu dem klaren und konzisen Stile des Ulpianus. Ausserdem muss einer der Sätze facultatem — accipit und et ideo — tribuitur ein späterer Zusatz sein, da der eine eine Wiederholung des anderen ist: sie erklären dieselbe Sache durch denselben Grund. *Welcher* von ihnen ein späterer Zusatz ist, kann nicht gesagt werden.

Doch ist der Sinn der Ulpianischen Äusserung vollkommen klar. Die noxæ deditio als trotz der Kondemnation in den Noxalaktionen möglich bedeutet nur eine vom Gesetz gegebene Fähigkeit sich vom iudicatum facere oportet zu lösen, welches letztere selbst nur auf die litis æstimatio geht, weshalb auch die actio iudicati sich nur auf diese Summe bezieht. Vgl. Iul.-Ulp. D. 5, 3, 20, 5: Idem (Iul.) recte ait, si noxali iudicio condemnatus sit possessor (scil. hereditatis) non posse eum dedentem noxæ officio iudicis liberari: quia tamdiu quis habet noxæ dedendæ facultatem, quamdiu iudicati conveniatur, post susceptum iudicium non potest noxæ dedendo se liberare: suscepit autem per petitionem hereditatis. Der Sinn ist: in der her. pet. ist actio iudicati *rücksichtlich des Noxal-Sklaven* eingeschlossen. Darum ist liberatio durch die noxæ deditio jetzt unmöglich. Anders wenn eine alternative Obligation auf Grund einer alternativen Stipulation decem *aut* noxæ dedere vorliegt. Hier kann decem nicht ohne weiters in die Kondemnation aufgenommen werden. (In der intentio müssen beide Leistungen als alternativer *Inhalt* des oportet genannt werden. In die Kondemnation wird der kleinere Wert aufgenommen.) — Dass die noxæ deditio nur eine Lösungsart ist, geht auch daraus hervor, dass andernfalls entweder eine alternative Obligation oder eine Obligation nur zur noxæ deditio mit der Bezahlung der litis æstimatio als Lösungsart vorhanden wäre. Aber im ersteren Falle müsste die Kondemnation im Formularprozess wenigstens zur Zeit der klassischen Jurisprudenz eine æstimatio des *Sklaven* einschliessen und, wenn er weniger wert ist als die litis æstimatio, müsste zu seinem Werte kondemniert werden. Die litis æstimatio würde also dann nur die Maximalgrenze für die Geldsumme, zu der kondemniert wurde, bezeichnen. Im letzteren Falle würde zum Werte des Sklaven kondemniert werden, mit Freiheit für den Belangten, sich durch die litis æstimatio zu lösen. Niemand nimmt jedoch solche Kondemnationsarten an.

Girard, N. R. H. 11 (1887) S. 440 f. behauptet, dass die Obligation, rein juridisch betrachtet, *vor* der l. c. *alternativ* ist. Er stützt diesen Satz wesentlich auf die intentio, die nach Ulp. D. 9, 1, 1, 11 gelautet haben muss: . . . quam ob rem N:^{m} N:^{m} A:^{o} A:^{o} aut noxam sarcire (damnum decidere) aut in noxam dedere oportet. Diese Formulierung war indessen natürlich, mag die Obligation für alternativ oder in der einen oder anderen Richtung fakultativ angesehen worden sein, *insofern* die eventuelle blosse Lösungsart in die intentio aufgenommen werden musste. Wie sollte es sonst ausgedrückt werden, dass das oportet, das intendiert wird, in einer *anderen* Handlung seine resolutive Bedingung hat? In Stipulationen, in welchen der Promittent, dem Stipulanten

etwas zu leisten verpflichtet wird, mit der Möglichkeit einem *anderen* »recte» die Sache zu überlassen, wird die Sachlage auf dieselbe Weise wie in der intentio der actio noxalis ausgedrückt. Man stipuliert: sibi *aut* Titio dari. Siehe z. B. Ulp. D. 45, 1, 55. Dass das *Titio* dari nur in solutione, nicht in obligatione ist, folgt gar nicht aus der Formulierung der Stipulation, sondern aus den für eine solche Rechtshandlung geltenden Rechtsregeln. Die Notwendigkeit der Aufnahme der Prästation, die eventuell nur als Lösung, nicht als Obligation gilt, in die intentio der actio noxalis war damit gegeben, dass die Formula an die ursprüngliche legis actio und diese letztere an *das Gesetz*, durch welches sie bestimmt war, angeknüpft werden musste. (Umgekehrt wurde die eventuelle blosse Lösungsart *nicht* in die intentio einer actio, die aus einer Stipulation geboren war, aufgenommen, weil sie durch kein Gesetz besonders bestimmt war. Darüber alsbald.) Deshalb kann aus der Form der fraglichen intentio nichts rücksichtlich der Frage: alternative oder fakultative Obligation geschlossen werden. (Noch weniger kann man natürlich aus der Äusserung Ulp. D. 9, 4, 2 pr. . . . nec debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat folgern, dass die noxæ deditio in obligatione ist.) Es ist notwendig, die Bedeutung zu berücksichtigen, welche die intentio faktisch in der Kondemnation erhält. Diese geht ja, wie GIRARD selbst richtig annimmt, auf die litis æstimatio, sodass die noxæ deditio nur als Lösungsart gilt. Und dies ist keineswegs nur eine bedeutungslose juridische Konstruktion. Es führt mit sich, dass mit dem Eintritt der actio iudicati die noxæ deditio als Lösungsart ausgeschlossen ist.

Indessen behauptet GIRARD zugleich S. 449, dass »jusqu'à la *litis contestatio*, elle (scil. la créance sanctionnée par l'action noxale) a pratiquement les effets d'une créance, où l'abandon noxal serait *in obligatione* et l'amende seulement *in solutione*, puisque le débiteur est libéré par l'impossibilité de l'abandon noxal et qu'il peut se soustraire à cet abandon en payant l'amende». Auch dies ist nicht richtig. *Die* Möglichkeit des noxæ dedere, die für den Bestand der Noxalschuld gefordert wird, berührt nicht den römischen Rechtssatz: obligatio impossibilium nulla est. *Dieser* Satz gilt, rücksichtlich der Obligation zum dare, für *die* Unmöglichkeit, die mit dem Nichtvorhandensein des fraglichen Dinges gegeben ist. (Man beachte den Sinn des Satzes: culpa perpetuatur obligatio!) Daneben gilt er für das rechtliche Unvermögen des *Berechtigten*, das Ding als Eigentum zu haben (siehe Ulp. D. 45, 1, 34). Dagegen betrifft er keineswegs die Unmöglichkeit, die mit dem Mangel an Eigentumsrecht seitens des *Verpflichteten* gegeben ist. Noch weniger wird gefragt, ob der letztere die faktische Macht über das Ding hat oder nicht. Um die letzteren Unmöglichkeitsfälle aber handelt es sich in den Noxalobligationen, weshalb *hier* der erwähnte Satz keine Anwendung findet. Ein ganz anderer Gesichtspunkt bestimmt hier die Sachlage, nämlich die Forderung einer solchen Verbindung zwischen einer Person und dem unmittelbar Schuldigen, dass die Schuld auf ihr ruhen kann. — Man muss übrigens bedauern, dass GIRARD in Man.[6] S. 694—695 den

»*praktischen*» Gesichtspunkt nicht vom juridischen trennt. Bei Cuq, Man. (1917) S. 596, der in dieser Beziehung Girard folgt, wird die Sache auf dieselbe verschwommene Weise dargestellt. — Girard sagt weiter a. a. O., dass bis zum Urteil *nach* der l. c. die obligatio alternativ ist, nach dem Urteil aber bis zur actio iudicati fakultativ rücksichtlich der noxæ deditio. Dies soll wohl, wenn nicht μετάβασις εἰς ἄλλο γένος vorliegen soll, für den *praktischen*, nicht für den juridischen Gesichtspunkt gelten. Weshalb aber sollte nicht praktisch die Obligation vor dem Urteil nach der l. c. gleichwohl als fakultativ rücksichtlich der noxæ deditio betrachtet werden können? Weshalb könnte nicht umgekehrt praktisch die Obligation nach dem Urteil bis zur actio iudicati als alternativ angesehen werden? Dass die Unmöglichkeit der noxæ deditio in den beiden Fällen keine Rolle spielt, stimmt sowohl mit der einen als mit der anderen Auffassungsweise überein.

Kipp, Sav. Z. 10 (1889), S. 402—403 bemerkt gegen die Behauptung, dass die noxæ deditio nur in solutione sei, teils, dass solchenfalls »die Befugnis zu dieser (der noxæ deditio) mit der litis contestatio verloren gehen müsste» (laut Ulp. D. 46, 3, 57 pr.), teils, dass, wenn man die Fortdauer in diesem Falle annimmt, »bei Unmöglichkeit der noxæ deditio der Beklagte (nach der l. c.) schlechthin haften müsste», was laut Ulp.-Mela D. 40, 12, 24, 4, vgl. Gaius D. 9, 4, 15, nicht der Fall sei. Das erstere aber ist eine unrichtige Übertragung der Bedeutung der besonderen Solutionsmöglichkeit, die in einer *Stipulation* bestimmt ist, auf die vom *Gesetz* unmittelbar konstituierte. Die letztere ist mit dem *Wesen* der Obligation verknüpft, weshalb diese nicht ohne die zu ihr gehörige, besondere Lösungsmöglichkeit intendiert werden kann, was sein formales Korrelat darin hat, dass die legis actio, der die formula nachgebildet ist, den Gesetzesworten folgen musste. In der Stipulationsobligation gehört natürlich die eventuelle besondere Lösungsmöglichkeit nicht zum *Wesen* der fraglichen Obligation. Auch ist sie niemals unmittelbar durch das Gesetz selbst gegeben. Was die Einschränkungen in der Haftung des Beklagten nach der l. c. bei der Unmöglichkeit der noxæ deditio betrifft, muss man zwei Fälle unterscheiden. Der eine, um den es sich in Ulp. Mela D. 40, 12, 24, 4 (von Kipp angeführt) handelt (ebenso wie in Iav. D. 11, 1, 14 pr.), betrifft den Umstand, dass der Beklagte unmöglich für einen vermeintlichen Sklaven, der von Anfang an (vor der l. c.) in Wirklichkeit frei war, verantwortlich sein kann. Diese Auslegung von D. 40, 12, 24, 4 ist allerdings bei blosser Berücksichtigung dieser Stelle nicht notwendig. Aus der Parallelstelle D. 11, 1, 14 pr. ergibt sie sich indessen mit absoluter Notwendigkeit. Auch die Eigentümlichkeit des *anderen* Falles, in Ulp. D. 9, 4, 14, 1 und Gaius D. l. c. l. 15 berührt, weist in dieselbe Richtung. Denn hier bezieht sich die Ausnahme auf den Fall eines statuliber, für welchen die Freiheitsbedingung nach dem iudicium acceptum eintritt, und auf den analogen Fall eines bedingten Vindikationslegats, dessen Bedingung nach demselben existent wird. Hier handelt es sich also um eine *ursprüngliche* Schwäche des Eigentumsrechts des Beklagten,

Der Sklav, der sich in einer solchen Stellung befindet, wird in den Quellen als im pfandrechtlichen Sinne *obligatus* bezeichnet.[1] Diese obligatio ist, wenn sie mit einer actio civilis in Verbindung steht, selbst civilis.[2] Sie äussert sich zunächst darin, dass, gleichwie

an welchem seine Gebundenheit hängt. Das Hervortreten dieser Schwäche nach der l. c. wirkt auf die im Moment derselben gegebene Obligation selbst zurück. Es ist unmöglich, dass derselbe Ulpianus eine solche ursprüngliche Schwäche des Eigentumsrechts die Befreiung des Beklagten hat motivieren lassen, und doch D. 40, 12, 24, 4 *jeden nach* der l. c. eintretenden Freiheitserwerb (also auch die einfache manumissio) für ein den Beklagten befreiendes Moment erklärt haben sollte. Es folgt hieraus, dass die von Kipp angeführte Ausnahme betreffs der Gebundenheit des Beklagten bei Unmöglichkeit der noxæ deditio nach der l. c. nichts mit der Frage, ob die noxæ deditio nur eine Lösungsart ist, zu schaffen hat.

[1] Gaius I 4, 78: Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. *nulla* enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, *obligatio* nasci potest. Iul. D. 39, 6, 18, 3. Man beachte hier den Ausdruck noxæ nomine vel alias obligatum und den Vergleich mit einem fundus obligatus, woraus klar hervorgeht, dass eine obligatio, die an dem Sklaven als *Dinge* haftet, gemeint ist. Iav. D. 11, 1, 14 pr.: quia eius personæ, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre potest (eius personæ, cuius . . . hier ein Noxalsklave). Ulp. D. 50, 16, 174: servus obligatus dem servus noxa solutus entgegengesetzt. Die allgemeine und altertümliche Bezeichnung noxa solutus für den der noxæ deditio nicht unterworfenen Sklaven (Aed. ed. Gellius, N. A. 4, 2, 1 und Ulp. D. 21, 1, 1, 1; vgl. Varro r. r. 10, 5 über Sklavenkauf) weist auch auf eine allgemeine und ursprüngliche Bezeichnung des der noxæ deditio unterworfenen Sklaven als noxæ obligatus, da in den Quellen gewöhnlich »obligatus» und »solutus» in bezug auf Sachen korrespondieren. Siehe oben S. 47.

[2] Ulp. D. 44, 7, 14: Servi ex delictis quidem obligantur et si manumittantur, obligati permanent: ex contractibus autem civiliter quidam non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Man beachte, dass der servus manumissus, wenn das vorher begangene Delikt furtum nec manifestum oder damnum iniuria datum ist und er civis ist, laut der Regel noxa sequitur caput durch actio civilis in solidum gebunden wird. In diesem Fall muss auch die vorige (dingliche) obligatio, die nach der Freilassung als (persönliche) obligatio fortbestehen soll, *civilis* sein. Man beachte ausserdem die Entgegensetzung der obligatio des Sklaven *ex contractu*, die *nur* naturalis sein soll, womit gesagt wird, dass seine obligatio *ex delicto* civilis sein kann. Wlassak, Röm. Processg. II (1891), S. 115 f. fasst die Stelle richtig als die Pfandstellung des deliktischen Sklaven betreffend, vermutet aber gegen den klaren Wortlaut, dass die Obligation, die den manumissus trifft, honorarisch sein musste. Wie insbesondere

der Verkauf der verpfändeten prædes und prædia von Seiten des Staates den Schuldner befreit, so hier der definitive Eigentumsübergang des Sklaven durch noxæ deditio auf den Verletzten den zur litis æstimatio verpflichteten dominus befreit. Er befreit, weil er eine Lösung der Obligation des *Sklaven* ist und diese als die Grundlage für die Obligation des *dominus* gilt. Hiermit wird nicht gesagt, dass der Umstand, dass die Obligation des dominus durch noxæ deditio eingelöst wird, den Sklaven zu einem Pfand im selben Sinne macht, wie prædes und prædia Pfänder sind. Es fehlt natürlich der Pfandstellung des Sklaven an dem *wirtschaftlichen* Zweck, den das gewöhnliche Pfand hat. Der Sklave bezeichnet als Pfand nicht eine Sicherheit für eine Forderung gegen den dominus, die *unabhängig* von der Gebundenheit des Sklaven gelten sollte. Die Forderung ist in der Tat durch den Bestand der letzteren bedingt. Insoweit liegt jedoch ein Pfand vor, als der Eigentumsübergang des Sklaven auf den Verletzten durch noxæ deditio neben der Einlösung durch litis contestatio, worüber alsbald, *die* Lösung der Obligation des dominus ist, die unmittelbar gültig ist. Die Überlassung an eine andere Person, die Freilassung, die Tötung des Sklaven befreien allerdings den dominus auch. Aber diese Handlungen treffen seine Obligation nur *mittelbar*. Sie beseitigen nämlich die *Eigenschaft* des Verpflichteten, auf der seine Verpflichtung ruht, d. h. die, *dominus* zu sein. Es handelt sich hier keineswegs wie bei der noxæ deditio um eine eigentliche Einlösung derselben. Und *doch* hat der Verletzte kein Forderungsrecht auf den Sklaven. Das Verhältnis zu ihm ist nur sachenrechtlich.

Die zivile pfandrechtliche Obligation des Sklaven zeigt sich indessen *auch* darin, dass der Verletzte ein ziviles dingliches Recht erhält, den deliktischen Sklaven zu besitzen — jedoch nicht

---

das Argument vorgebracht werden kann, dass der *freie* Nicht-Bürger nicht der actio furti civilis unterworfen ist und darum auch der *Sklave* als manumissus nicht derselben actio ausgesetzt sein kann, ist schwer zu verstehen. Bei Gaius I. 4, 37, worauf man sich bezieht, ist die Rede von einem, der *in der l. c.* nicht Bürger ist. Der Sklave als manumissus ist ja normaliter Bürger. Ausserdem steht der Sklave *sogar als solcher* unter römischem Zivilrecht, was bei dem Fremden nicht der Fall ist. Übrigens: da immer die obligatio des Sklaven bei den genannten Delikten eine actio civilis begründen *kann*, ist sie selbst immer civilis.

Eigentum ex iure Qu. — *wenn* die Obligation des dominus weder durch die Aufnahme der defensio noch durch die noxæ deditio eingelöst wird. Die Richtigkeit dieses Satzes und die Art, in der das fragliche Besitzrecht aktualisiert wird, geht aus Folgendem hervor.

Wenn niemand den in iure anwesenden Sklaven — nicht schon noxæ deditus — verteidigt, wird er *iussu prætoris* vom Kläger weggeführt, wenn dieser einen solchen iussus verlangt. Dabei ist es gleichgiltig, ob der dominus in iure anwesend ist oder nicht.[1] Wenn niemand den Sklaven verteidigt, wird präsumiert, dass er schuldig ist. Dass die Freiheit des nicht schon noxæ deditus von der ductio auf dem iudicium accipere beruht, ist so zu erklären, dass die Deliliktsobligation des dominus, die auf ein incertum geht, welches nur durch die litis æstimatio im Prozess die für die Einlösung nötige Bestimmtheit gewinnen kann, andererseits durch die dieselbe *konsumierende* litis contestatio wirklich eingelöst wird.[2] Die durch das Judikat festgestellte litis æstimatio mit oder ohne vorhergehendes Geständnis der Tat betrifft nur die *Judikatsobligation*.[3]

---

[1] Siehe vor allem Paulus D. 2, 9, 2, 1: sed si servus præsens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu prætoris. Weiter Callistr. D. 9, 4, 32: Is qui in aliena potestate est, si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si præsens est dominus . . . und Pomp. D. l. c. l. 33: Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, [si servus est].

[2] Wir können hier von dem Unterschied zwischen dem iudicium legitimum und iud. imperio continens absehen, weil auch im letzteren Falle die Obligation praktisch genommen (durch exceptio rei iudicatæ vel in iud. deductæ) von der actio konsumiert wird (Gaius J. 4, 106). — Natürlich befreit auch Novation den dominus ipso iure von der Deliktsobligation wie ein pactum iure prætorio. Das Angebot einer solchen Lösungsart aber braucht der Kläger nicht anzunehmen, während er, wenn er *etwas* haben will, das Angebot einer litis contestatio annehmen muss.

[3] Allerdings ist die litis æstimatio als solche kein Judikat über die *Tat*, das präjudiziert. Darüber Cicero pro Cluentio 41, 116 und Ulp. D. 9, 2, 25, 2. Dass aber jedenfalls eine wirkliche actio legis Aquiliæ gegen den confessus (rücksichtlich der Tat) gegeben wird, in der Absicht, litis æstimatio zu gewinnen, dass also auch eine Kondemnationsformula aufgestellt wird, ergibt sich unzweifelhaft aus Ulp. a. a. O., vgl. l. 23, 10. Siehe auch *Lenel* Ed,[2] S. 194 f. Dasselbe wird Gaius I. 4, 173 bezüglich des furtum vorausgesetzt: sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio.

Rücksichtlich der ductio tritt indessen die bemerkenswerte Eigentümlichkeit ein, dass der ductus *usukapiert wird*, wie in einem analogen Falle der possessor ex secundo decreto, wenn cautio damni infecti nicht gegeben wird, usukapiert, obgleich er bei dem Besitzerwerb *weiss*, dass er nicht dominus ex iure Quiritium ist.[1] Die Usukapierung aber setzt unzweifelhaft einen zivilrechtlichen Grund für den Besitzerwerb voraus.[2] Dieser Grund bezieht sich gewöhnlich auf das quiritische Eigentum. Er kann ein an sich eigentumsübertragender Akt sein, z. B. mancipatio, in iure cessio, traditio (von res nec mancipi) infolge eines Kaufs. Er kann in der Okkupation einer Sache bestehen, die wenigstens relativ als *res nullius* zu betrachten ist, welche Okkupation an sich eigentumsbegründend ist, aber, wenn das Ding einem anderen als potentielles Eigentum gehört, kein Eigentum konstituieren kann.[3] Es kann auch ein ursprüngliches, jetzt jedoch ruhendes quiritisches Eigentum des Besitzer-

---

[1] Afric. D. 9, 4, 28: eademque (dass actio Publiciana ohne rechtskräftige exceptio gegen den dominus selbst gegeben wird) dicenda sunt et si, cum ab eo (scil. domino) non defenderetur, iussu prætoris eum duxerim, quoniam isto quoque casu iustam causam possidendi habeo. (Man beachte, dass die Publiciana die Usukapierbarkeit des Gegenstandes voraussetzt). Über den analogen Fall: die possessio ex secundo decreto, wenn cautio damni infecti nicht gegeben wird, siehe z. B. Paulus D. 39, 2, 18, 15 und Ulp.-Iul. D. l. c. l. 15, 16.

[2] Siehe z. B. Riccobono, Sav. Z. 31 (1910), S. 338. Die allgemeine Notwendigkeit der bona fides beim Besitzerwerb bezieht sich anscheinend eben hierauf. Mala fides wird als ein *vitium* betrachtet, das den sonst gerechten Grund unwirksam macht. Siehe Karlowa, R. Rg. II, S. 393[1].

[3] Eine solche Okkupation ist anscheinend zum Teil der rechtliche Grund der alten usucapio pro herede ohne bona fides, Gaius I. 2, 52 f. und 3, 201, Pomp. D. 41, 3, 29, Iul. D. 41, 5, 2, 1 f., Marc. D. 47, 2, 71, Iav. D. l. c. l. 72, 1, Neratius D. l. c. l. 84 u. C. 7, 29, 2 (a. 293) besprochen. Sie ist nur wirksam, wenn es keinen necessarius heres gibt: Gaius I. 2, 58 und C. 7, 29, 2. Weiter wird gefordert, dass der die hereditas immer besonders antretende heres extraneus die res hereditaria nicht schon besessen hat: Gaius I. 2, 52 und Pomp. D. 41, 3, 29. Es ist offenkundig, dass vor dem Erbschaftsantritt aktuell eine res nullius vorhanden ist (Gaius D. 1, 8, 1 pr.), weshalb die Okkupation in diesem Falle völlig iusta ist, obgleich wegen des potentiellen Rechts des künftigen Erben nicht ihre volle eigentumsbegründende Kraft eintreten kann. Aber auch die Okkupation, die nach dem Erbschaftsantritt vor der possessio des Erben geschieht, wird als iusta betrachtet, wie man daraus ersieht, dass furtum aus-

werbenden sein, das den Erwerbsakt mit solchem Eigentum verbindet.[1] In unserem Falle — ductio iussu prætoris — kann der für die Usukapierung nötige, zivilrechtlich geltende Grund der Possidierung nicht das eigentliche Eigentumsrecht betreffen. Die erwähnte ductio kann natürlich kein an sich solches Eigentum begründender Akt sein. (Eigentliche Eigentumsübertragung eines Sklaven von einem römischen Bürger auf einen anderen kann ja nur durch mancipatio oder in iure cessio geschehen.) Der Verletzte, der den Sklaven so empfängt, tritt ja dabei gar nicht als quiritischer Eigentümer hervor. Am wenigsten kann hier auf Okkupation einer res nullius oder auf ein ursprüngliches, jetzt aber ruhendes Eigentum des Besitzenden hingewiesen werden. Was anderes kann unter diesen Umständen die für Usukapierung hier nötige zivilrechtliche Grundlage des Besitzes sein als die durch die fragliche ductio erfolgte Konstituierung eines *Rechtes* an dem Sklaven, das jedoch nicht eigentliches Eigentumsrecht ist? Diese Rechtsübertragung muss als eine Aktualisierung eines mit dem Delikt und der infolge dieses gegebenen Obligation des Sklaven entstandenen potentiellen Besitzrechtes erachtet werden.[2]

geschlossen ist: ausser Gaius I. 3, 201 Paulus Sent. 2, 31, 11, Ulp. D. 47, 19, 2, 1 und Paulus D. l. c. l. 6. In *diesem* Fall handelt es sich um dieselbe Rechtslage wie im Falle ductio iussu prætoris. Der Erwerbsakt kann nicht als an sich quiritisches Eigentum begründend betrachtet werden. Darum verschieben wir die Behandlung dieser Frage.

[1] So im oben S. 45 behandelten Falle der Usukapierung ohne bona fides von Seiten des Fiduzianten, wo das Eigentumsrecht des Fiduziars als zu Gunsten des Fiduzianten eingeschränkt betrachtet werden muss.

[2] Im allgemeinen gilt der Satz: iuste possidet, qui auctore prætore possidet: Paulus D. 41, 2, 11 oder: qui auctore [iudice] ⟨prætore⟩ comparavit, [bonæ fidei?] ⟨iustus?⟩ possessor est: Ulp. D. 50, 17, 137, vgl. Ulp. D. 11, 7, 14, 1. Jeder Besitzerwerb auctoritate prætoris wird also als iustus betrachtet, und zwar obgleich der possessor als Nicht-Eigentümer im quiritischen Sinne *hervortritt*. Damit ist gesagt, dass die iusta causa hier mit solchem Eigentum nichts zu schaffen hat. Sie *muss* sich dann auf ein *anderes*, jedoch auch *ziviles* Recht an der Sache beziehen. Dieses Recht *muss*, um als Grundlage für Usukapierung dienen zu können, ein ius *possidendi* sein. Doch ist es natürlich, dass, wenn der so Besitz Erwerbende als *successor* einer anderen Person erwirbt, er nicht ein grösseres Recht, als der Vorgänger hatte, gewinnen kann. Daher wird der prætorische successor, z. B. der bonorum possessor und der bonorum emptor

Dass ein solches Recht im Falle einer ductio iussu prætoris vorliegt, ergibt sich auch unmittelbar daraus, dass der ductus *in bonis* des Verletzten sein soll.[1] Es ist zu beachten, dass obgleich das bonitarische Eigentum nur durch prætorische Aktionen, Interdikte und Exceptionen als solches aufrechterhalten werden kann, diese rechtliche Stellung eines Dings in einem besonderen Falle eine Folge hat, die zivilrechtlicher Natur ist. Wenn der Sklave in bonis alicuius ist, erwirbt er nur dem *bonitarischen* Eigentümer.[2]

---

rücksichtlich einer Sache, die der Vorgänger nur bona fide possidierte, selbst nur in dessen Stellung hineinversetzt. D. h. der erstere empfängt nur die iusta causa possidendi, die der letztere hatte, nicht ein eigenes ius possidendi. Siehe Paulus D. 41, 4, 2, 19: Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse. *hoc et in bonorum possessore* . . . observatum est. (Hier ist der Anlass zur iusta possessio trotz der mala fides in der Eigentumsfrage, dass der heres, bezw. der bon. possessor als unmittelbar die possessio des Verschiedenen fortsetzend betrachtet wird.) — Die Richtigkeit der hier dargestellten Ansicht wird dadurch bestätigt, dass die usucapio pro herede, die, falls der heres schon angetreten, obgleich nicht res hereditaria besessen hat, nicht in einer Okkupation von res nullius ihre Grundlage haben kann, nach Gaius I. 2,54 ursprünglich als die hereditas selbst, d. h. die *rechtliche Stellung als heres* betreffend angesehen worden ist. Dies bedeutet, dass in einem solchen Falle derjenige, welcher eine *res* hereditaria okkupiert, auch das *Erbrecht* in Besitz nimmt. D. h. er *ist vor* der Vollendung der Usukapierung nicht Erbe, *hat* aber das Recht selbst *inne* und übt es aus. Er hat so eben ein ius possidendi an der res hereditaria, ohne Eigentümer zu sein. Und diese Rechtsstellung ist ursprünglich als der zivilrechtliche Grund der Usukapierung betrachtet worden. — Ganz dieselbe Auffassung finden wir in einem anderen analogen Usukapierungsfall wieder: dem des bonorum possessor, der sich ebenfalls gar nicht auf einen an sich quiritisches Eigentum begründenden Akt als causa possidendi berufen kann. Wir werden nämlich später ausführlich nachweisen, dass nach Labeo der bon. possessor als solcher das Erbrecht innehat und ausübt, »possidiert», ohne selbst Erbe zu sein, was rücksichtlich der res hereditariæ bedeutet, dass er *ius* possidendi hat, ohne Eigentümer zu sein.

[1] Paulus D. 9,4,26,6 (in fine): iussu enim prætoris ductus in bonis fit eius, qui duxit und D. 2, 9, 2, 1 (in fine): quod ductus servus in bonis eius esse coepit.

[2] Gaius I. 2,88 und 3,166, Ulp. Reg. 19,20, Paulus Sent. 1,7,6, vgl. mit Ulp. D. 4, 2, 9, 6. — Pernice, Labeo 2, 1, S. 421 scheint zu meinen, dass dieses in bonis alicuius esse nicht in allen Fällen dieselbe technische Bedeutung habe. Besonders in unserm Falle — ductio des deliktischen Sklaven iussu prætoris — bedeute es nicht »prætorisches» Eigentum, weshalb bei Paulus D. 9, 4, 26, 6 die Worte dominii adquisitione möglicherweise interpoliert seien. Gaius

Diese zivilrechtliche Folge muss unbedingt einen zivilrechtlichen Grund haben. Der b. f. possessor erwirbt durch den Sklaven ex re sua vel ex operis suis infolge der zivilrechtlich geltenden iusta causa possidendi, die nicht durch das iniustum, welches in mala fides liegt, neutralisiert wird; jedoch hat er kein eigentliches Recht an der Sache. Der Usufruktuar erwirbt auf dieselbe Weise infolge seines Rechts an der Sache rücksichtlich ihres usus und fructus. In unserem Fall kann der zivilrechtlich geltende Grund nicht die blosse iusta causa possidendi sein. (Man beachte, dass der Sklave in bonis nicht possidiert zu werden braucht.) Er muss also in einem wirklichen Recht bestehen. Wer aber den Sklaven in bonis hat, erwirbt durch

---

gleichwie Ulpianus setze das prætorische Eigentum in die engste Verbindung mit einer res mancipi, die auf Grund eines Kaufs vom dominus nur tradiert, nicht manzipiert oder in iure zediert worden ist. Dies ist unrichtig, denn Gaius führt I. 3, 80 ein anderes Beispiel an und stellt hier ebenso wie in der Hauptstelle (2, 41) das in bonis esse dem pleno iure alicuius esse entgegen, Ferner wird 2, 40 das »prætorische» Eigentum als in bonis habere bezeichnet. Ebenso 1,54. Bei Ulp. Reg. 1, 16 wird der besprochene Fall (traditio einer res mancipi infolge Kaufs vom dominus) so eingeführt: *veluti* hoc modo. Was besonders den Fall der ductio des deliktischen Sklaven betrifft, muss sich sowohl bei Paulus D. 9,4,26,6 als P. D. 2,9,2,1 das in bonis esse auf ein *dominium* beziehen, weil sonst nur von einem dominium des Verletzten gesagt wird, dass es actio noxalis aufheben kann. Siehe oben S. 56. Diese Wirkung aber soll laut den angeführten Stellen das in bonis habere des Verletzten haben. — Die Behauptung Ermans Sav. Z. 11 (1890), S. 268 f., dass man sogar dem blossen b. f. possessor ein rem in bonis habere zuschrieb, ist gleichfalls verfehlt. Es steht ja fest, dass man ausdrücklich den b. f. possessor als solchen durch den Sklaven nur ex re nostra vel ex operis suis erwerben lässt. Siehe z. B. Gaius I. 2,92 u. 3,164 sowie Ulp. Reg. 19,21. Da nun derjenige, welcher den Sklaven in bonis hat, ebenso ausdrücklich *ex omnibus causis* durch ihn erwerben soll, ist es *unmöglich*, dass man den blossen b. f. possessor als den Sklaven in bonis habend betrachtet hat. Es ist ein unbegreifliches Missverständnis, wenn Erman in diesem Zusammenhang Ulp. D. 50, 16,49 anführt, wo eine Erklärung über die Bedeutung der »bona» im Konkursedikt gegeben wird: in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Das in bonis nostris computari bedeutet natürlich bloss, dass etwas bei dem Konkurs zu unseren »bona» zu rechnen ist, und hat nichts mit dem technischen Ausdruck in bonis esse oder habere zu schaffen. Unmittelbar danach heisst es auch: *æque bonis adnumerabitur* etiam, si quid est in actio-

ihn ex omnibus causis, also wie ein Eigentümer pleno iure. Das Recht kann darum nicht nur usufruktuarisch sein. Es muss ein unmittelbares Recht an der Sache sein. Da aber das *zivile* Eigentum einem anderen zustehen kann, muss es ein Recht auf den Besitz sein.

Indes lässt sich ein noch stärkerer Beweis für die hier dargestellte Ansicht über den Sinn des in bonis esse führen. Derjenige, dem der Sklave in bonis gehört, hat die *zivile* potestas vitæ ac necis, d. h. das *zivile* Bestimmungsrecht über denselben.[1] Diese potestas aber

---

nibus petitionibus persecutionibus: [nam hæc omnia in bonis esse videntur]. Die letzten Worte, die eine grobe Tautologie darstellen, sind eine Glosse. Wenn vom in bonis esse im technischen Sinne die Rede wäre, würde man nicht allein durch den b. f. possidierten Sklaven, sondern auch den des Schuldners, den man mit einer actio fordern kann, ex omnibus causis erwerben!!! ERMAN führt auch die Bestimmung des in bonis habere bei Modestinus D. 41, 1, 52 an: Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus. Hier aber wird ja eben das technische in bonis habere bestimmt und das bloss b. f. Possidierte davon ausgeschlossen. Der normale b. f. possessor hat ja regelmässig gar keine exceptio gegenüber dem dominus und kann auch nicht, wenn er die Sache verloren hat, gegen *ihn* die Publiciana mit Erfolg erheben. Diese Vorteile geniesst dagegen der, welcher die Sache in bonis hat. Die Kompilatoren haben ja auch den Satz des Modestinus als *dominium* betreffend betrachtet, da sie ihn unter den Titulus de aquir. rerum dominio versetzt haben. — Dass der Ausdruck in bonis esse im technischen Sinne sich nicht auf das Vermögen überhaupt bezieht, nicht die Sache als zu den Vermögensdingen gehörig bezeichnet, sondern eine eigentümliche Art der Herrschaft über die Sache ausdrückt, geht besonders daraus hervor, dass in bonis alicuius esse im Sinne von: einem in bonis gehören gesagt werden *kann*. Siehe Gaius I. 2, 41: incipit in bonis tua res esse, I 2, 88: si alterius in bonis sit, alterius ex iure Quiritium, ebenso I. 1, 54 und Ulp. Reg. 19, 20, Ulp. l. c. 22, 8: cum servum, qui tantum in bonis noster est. Die Emendation SCHULTING's von »noster» zu »nostris» ist, wie man aus den Parallelstellen sieht, ganz verfehlt. Es ist sogar höchst wahrscheinlich, dass der Ausdruck in bonis alicuius esse *immer* bedeutet: einem in bonis gehören.

[1] Gaius I. 1, 54: Ceterum cum apud Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur. Dass hier die

ist das Recht, den Sklaven zu besitzen. *Eigentum* im zivilrechtlichen Sinne liegt nicht vor. Darum kann nicht Vindikation mit ihrer intentio: si paret rem A:i A:i ex iure Qu. esse verwendet werden. Doch ist das fragliche Recht insofern als ein Eigentumsrecht zu bezeichnen, als es den praktischen Inhalt des zivilen Eigentums in sich schliesst. Es geht nicht wie ususfructus und servitus auf die accidentalia der Sache, sondern unmittelbar auf sie selbst und beschränkt damit das zivile Eigentumsrecht, wenn dieses daneben besteht, auf ein nudum ius Quiritium. Das letztere ius wird plenum ius zu sein verhindert.[1]

---

potestas im zivilrechtlichen Sinne, nicht als eine nur prætorisch geschützte oder rein faktische Macht zu fassen ist, geht aus dem einleitenden § 52 hervor: In potestate itaque sunt servi dominorum: quæ quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur. (Man beachte die letzte Zusammenstellung von potestas und adquisitio durch den Sklaven.) »Jus gentium» hier offenbar = gemeinsames Zivilrecht.

[1] Man bezeichnet gewöhnlich das dominium in bonis im Gegensatz zum zivilrechtlichen als ein *prætorisches* Eigentum, als ob dieses seine *römische* Bezeichnung wäre (siehe z. B. Sohm-Mitteis, Inst., 1923 I, S. 82—83 u. 284 und Leonhard in Pauly-Wissowa 3, 683). Es ist wahr, dass das fragliche Recht nur durch prætorische Aktionen, Interdikte und Exzeptionen (a. Publiciana, Rutiliana, Serviana, interd. qu. bon., exc. rei venditæ ac traditæ etc.) exequiert werden kann. Dieser Umstand kann jedoch nicht in sich schliessen, dass kein ziviles Recht vorliegt. Auch für die Wiedererlangung des durch legis actio per manus iniectionem ductus debitor gab es in der älteren Zeit keine zivile actio, sondern nur magistratische Hülfe, und doch wird niemand behaupten, dass darum das Recht auf den ductus prætorisch, nicht zivil war. Weiter ist es richtig, dass in *besonderen* Fällen, nämlich bei den sog. prætorischen successores (Gaius I. 4, 34), wo unzweifelhaft ein dominium in bonis vorliegt (Gaius I. 3, 80, vgl. Ulp. D. 37, 1, 1: itemque *dominium rerum*), der Prætor das Recht selbst konstituiert. Diese Fähigkeit des Prætors *kann* jedoch nicht in sich schliessen, dass das in bonis esse selbst nur das Vorhandensein besonderer prætorischer Rechtsmittel bedeute und darum als »prætorisch» im Gegensatz zu »zivil» bezeichnet werden könnte. Denn unmittelbar mit der Erteilung der bon. possessio, bezw. der Addizierung der bona an den bon. emptor seitens des Prætors, also vor jedem Gebrauch möglicher prætorischer Rechtsmittel treten besondere *zivile* Rechtsfolgen ein, die aus dem Zustand in bonis esse abzuleiten sind. 1. Der Sklave, der dem

Die zivile Obligation des deliktischen Sklaven zeigt also zwei Aspekte, die dieselbe in Verbindung mit dem Pfandrecht setzen. *Einerseits* steht sie in innerem Zusammenhang mit einer Schuldforderung trotz ihrer eigenen sachenrechtlichen Natur. Übertragung des Eigentumsrechts ex causa noxali an den Verletzten löst nämlich von der Verpflichtung, die den dominus, der den Sklaven

---

bon. possessor, bezw. dem bon. emptor in bonis gehört, erwirbt ihm *zivilrechtlich* ex omnibus causis. (Siehe oben S. 72 f.). 2. Er ist in seiner *zivilrechtlichen* potestas (Siehe oben S. 74). 3. Er kann von ihm (zur Zeit des Augustus) freigelassen werden und eine *zivilrechtlich* anerkannte Freiheit: die junianische Latinität erhalten. (Hierüber alsbald). 4. Er wird mit dem Erwerb der wirklichen possessio seitens des prætorischen successor usukapiert, obgleich dieser weiss, dass er ex iure Qu. alienus ist. (Siehe oben S. 70 und Gaius I. 3, 80). Dass der bon. possessor nicht heres legitimus wird, sondern nur loco heredis vom Prætor konstituiert wird (Gaius I. 3, 32, Ulp. Reg. 28, 12, Ulp. D. 37, 1,2, Paulus D. 50, 17, 117) bedeutet nichts anderes, als dass er nicht heres im zivilen Sinne *ist*. Damit ist keineswegs ausgeschlossen, dass er das *zivile* Recht erhält, alle Dinge zu besitzen, an welchen der heres als solcher dominium ex iure Qu. hat. Die fragliche Bezeichnungsweise: prætorisches Eigentum ist auch nicht quellenmässig. Der einzige Beleg, den man für dieselbe anführen könnte, ist Gaius I. 1, 54, nämlich die Worte: nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex *utroque iure* cuiusque servus esse intellegitur. Da aber im Vorhergehenden gar kein Dualismus zwischen prætorischem und zivilem Recht aufgestellt ist und niemals sonst bei Gaius das in bonis esse als iure prætorio bestehend betrachtet wird (obgleich man dieses dominium durch den Prætor *erhalten* kann), liegt kein Grund vor, utroque iure im Sinne eines solchen Dualismus zu verstehen. Diese Worte bedeuten wahrscheinlich hier: nach den beiden Eigentumsrechten, scil. dem in bonis esse und dem ex iure Qu. Die gewöhnliche Bezeichnungsweise ist insofern irreleitend, als sie die Vorstellung erweckt, dass das fragliche dominium kein *ziviles* Recht sei.

Es ist indessen zu beachten, dass nach Gaius I. 2, 40 das in bonis esse ursprünglich nicht als *eine besondere Art* von dominium aufgefasst worden ist. Dies bedeutet jedoch nur, dass das fragliche Rechtsverhältnis ursprünglich nicht in das System der dinglichen Rechte eingeordnet war. Man nahm unzweifelhaft tatsächlich schon zur Zeit der XII Tafeln damit korrespondierende Rechte an. Dies geht aus der Anknüpfung der bon. possessio, bezw. der bon. emptio in Schuldsachen, womit das in bonis esse gegeben war, an das alte, unzweifelhaft zivile Recht auf die ductio des Schuldners selbst nach der addictio magistratus hervor. (Hierüber später). Was unsern speziellen Fall: das Recht an dem iussu prætoris weggeführten, obligierten Sklaven betrifft, so besteht kein Grund, diese Institution nicht als früh vorhanden

»in potestate« hat, trifft. Und doch gibt es keine *Verpflichtung* für diesen, den Sklaven herauszugeben. Es ist nur die Abhängigkeit der Verpflichtung des dominus zur litis æstimatio von der Obligation des Sklaven, welche verursacht, dass die noxæ deditio als eine Lösung *der letzteren* auch den dominus selbst befreit. *Andererseits* tritt sie als ein potentielles ziviles Besitzrecht hervor, das durch

---

anzusehen. In der Tat zeigt *ein* Umstand bestimmt, dass die fragliche ductio nur ein Nachfolger einer ursprünglichen formellen addictio des servus indefensus seitens des magistratus war. Es wird später bewiesen werden, dass der debitor certæ pecuniæ confessus (gleichwie derjenige, der ohne Geständnis nicht die defensio aufnimmt) ursprünglich vom magistratus dem creditor *addiziert* und einem Zwangs-nectere unterworfen wurde. Er erhielt damit eine *Sklavenstellung*, ohne doch deshalb der Sklav des creditor zu werden. Der deliktische Sklave wird auch selbst als obligatus im Verhältnis zum Verletzten betrachtet. Damit wird es höchst wahrscheinlich, dass er, falls niemand in seinem Namen den Prozess aufnahm, dem Verletzten vom magistratus addiziert und einem Zwangs-nectere unterworfen wurde, ohne damit sein Sklave zu werden. Also muss die *Sache* selbst früh vorhanden gewesen sein, die Einfügung des fraglichen Rechts in das System der dinglichen Rechte aber (wie die Ausbildung besonderer dazu gehöriger, prætorischer Aktionen) ist ein Werk der späteren Jurisprudenz.

Es mag zur Erläuterung der Sache weiter bemerkt werden, dass der Unterschied zwischen dem dominium ex iure Qu. und dem in bonis habere dem zwischen der libertas ex iure Qu. oder iusta libertas, die notwendig das römische Bürgerrecht einschliesst (Cicero, pro Cæcina 33, 96: Qui enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est? siehe auch Karlowa, Röm. Rg. II, S. 1109 u. 1111) und der libertas des Latinus Iunianus entspricht. Die letztere ist keine Freiheit im zivilen Sinne, da sie nicht römisches Bürgerrecht einschliesst. Und doch gilt sie ipso iure; sie fliesst ja aus dem Zivilrechte — die lex Iunia setzt einen *römischen* manumissor voraus: Dos. fr. 12. Vor der lex Iunia waren die fraglichen Personen, obgleich sie prætorischen Schutz genossen, wirkliche Sklaven. Mit der lex Iunia hörte *die Sklaverei* auf. Siehe Gaius I. 1,22: libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse. Dos. fr. 5 erzählt, dass früher die, welche domini voluntate in libertate erant, zwar vom Prætor geschützt, rechtlich aber als Sklaven betrachtet wurden. Sed nunc habent propriam libertatem (fr. 6). Gaius I. 3,56: postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos prætor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse. Ulp. Reg. 1,10: hodie autem ipso iure liberi sunt ex lege Iunia . . . *Darum* erwarben sie *vorher*, nicht aber nachher dem dominus durch stipulatio und andere derartige Rechtshandlungen: Dos. fr. 5 u. 6. *Darum* fielen auch rechtmässig die res des Freigelassenen mit seinem Tode *vorher* dem patronus peculii

die ductio iussu prætoris aktualisiert wird, welch letztere eintritt, wenn der Sklave indefensus bleibt. Es ist jedoch zu beachten, dass auch die Aktualisierung des zivilen Besitzrechtes durch die ductio iussu prætoris die Verpflichtung aufhebt, trotzdem sie keine *Lösung* der Obligation des Sklaven ist. Der Verletzte hat nämlich dadurch

---

iure zu, dagegen nicht *nachher*. (Dass eine besondere Bestimmung des Gesetzes sie doch dem patronus zufallen liess, ac si lex lata non esset, berührt nicht das Rechtsverhältnis, das prinzipiell aus dem Gesetz folgte: Gaius I. 3,56). Der Mangel an der libertas ex iure Qu. oder der römischen Zivität steht im offenbaren Zusammenhang einerseits mit der Art des Freilassungsakts, andererseits mit der Art des Eigentumsrechts, das der Freilassende hat. Bei der römische Zivität gebenden Freilassung *muss* der Akt selbst civilis — iusta ac legitima manumissio — sein: sie muss vindicta, testamento oder censu geschehen. Der Freilassende *muss* auch dominus ex iure Qu. sein. Bei der römische Zivität nicht gebenden Freilassung *kann* der Akt eine blosse *Willenserklärung* des dominus sein, und der dominus selbst *braucht* den Sklaven nur in bonis habere. Siehe Gaius I. 1,17 u. 1, 35, Ulp. Reg. 1,16, Teophil. in Inst. 1, 5, 3 S. 62 (Reitz). Obgleich übrigens noch andere im Gesetze aufgestellte Bedingungen vorhanden sein mussten, sind doch die hier angegebenen die zivilrechtlich wesentlichen. (Wlassak, Sav. Z. 26, 1905, S. 367 ff. hat nachgewiesen, dass der prætorische Schutz, an welchen das Gesetz die junianische Latinität anknüpft, an gewisse Formen der Freilassung gebunden war. Dass aber die Willenserklärung als *solche* als der wesentliche Grund für die Freiheit betrachtet wurde, geht aus Dos. fr. 5 hervor: hi autem, qui *domini voluntate* in libertate erant (von den manumissi inter amicos) und fr. 7: in his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur. Darum hebt die vis die Gültigkeit des Aktes auf.) In *beiden* Fällen ist das Zivilrecht das Bestimmende. Im *ersten* Falle aber wird die mystische Kraft, die das ius Qu. ist, selbst auf den manumissus übertragen, wodurch er eine quiritische Freiheit erhält. Darum ist ein Freilassungsakt nötig, der wirklich auf diese Kraft einen so kräftigen Einfluss ausüben kann, d. h. ein civilis oder legitimus actus. Darum ist auch notwendig, dass der manumissor selbst eine solche Macht über den Sklaven hat, auf den er das ius Qu. übertragen will, dass sie als eine quiritische Macht bezeichnet werden kann. Im *zweiten* Falle erfolgt keine solche Übertragung. Nur eine Macht über sich selbst wird dem Sklaven gegeben, die die *Betätigung* der quiritischen Macht des dominus hemmt, selbst aber nicht quiritisch ist. (Dass der quiritische dominus rücksichtlich des Latinus Iunianus eigentlich ein *nudum* ius Qu. behält, geht daraus hervor, dass er ihn durch die iteratio der Freilassung in einen civis Romanus verwandeln kann. (Gaius I. 1, 35, Dos. fr. 14, Ulp. Reg. 3, 4, Vat. fr. 221. Siehe weiter hierüber Buckland, The rom. law of slavery S. 716 f.). Hiernach liegt also in dem zuletzt behandel-

selbst den Sklaven in potestate, und derjenige, welcher den Sklaven in potestate hat, ist selbst wegen der vorhergehenden Delikte desselben gebunden und kann dann nicht actio noxalis haben. — Im engsten Zusammenhang mit der hier behandelten Wirkung der Obligation des Sklaven steht die Rechtsstellung desselben, wenn er nach dem iu-

---

ten Falle eine ganz ähnliche Hemmung der rechtlichen Betätigungsmöglichkeit der quiritischen Macht über den Sklaven vor, wie in dem Falle, dass einer das dominium ex iure Qu., ein anderer das in bonis hat. Der Freigelassene, der nur junianische Latinität besitzt, übt selbst rechtlich die Macht über sich aus, die der quiritische Eigentümer hat. Er hat das *Recht* dazu, weshalb auch die sonst eintretenden zivilrechtlichen Wirkungen der Sklaverei — der Erwerb durch den Sklaven seitens des dominus und die Eigentumslosigkeit des ersteren sowie das Bestimmungsrecht des dominus über ihn (potestas) — wegfallen.

Aber auch in einer anderen Beziehung tritt die Korrespondenz zwischen den beiden Instituten hervor. Der die junianische Latinität begründende Akt kann ein natürlicher rechtsübertragender Akt — eine blosse Willenserklärung — sein. Man kann daraus schliessen, dass die fragliche Freiheit nach den römischen Juristen ihren nächsten Grund in dem ius naturæ hat, das Zivilrecht aber diesem ius auf seinem eigenen Gebiet zu wirken gestattet. Dies ist auch die Meinung, die von Theophilus in seinen Notizen über die fragliche Form von libertas dargelegt wird. Er unterscheidet zwischen einem ἔννομος und einem φυσικὸς τρόπος ἐλευθερίας und meint mit dem ersteren die iusta ac legitima manumissio, mit dem letzteren die nur junianische Latinität bewirkende Freilassung, a. a. O. S. 58. Ebenso liegt die Sache indessen bezüglich des Hauptfalles der Konstituierung eines in bonis esse: der traditio einer res mancipi seitens des dominus. Der Erwerbsgrund ist hier ein Akt, der nach den römischen Juristen zunächst naturrechtlich wirkt. Das ius naturæ wird indessen hier als auf das Gebiet des Zivilrechts übergreifend betrachtet. Der später sogenannte natürliche — der Unterschied zwischen dem Naturrecht und dem Zivilrecht ist ein späteres Erzeugnis der Jurisprudenz — Rechtsübertragungsakt, die Tradition, galt früh als quiritische Rechte in gewissen Fällen gebend, wie man aus dem alten Unterschied zwischen den res mancipi und den res nec mancipi sieht. Im Falle der Tradition von res mancipi wird indessen das ius naturæ nicht für fähig angesehen, das zivile Band zwischen dem quiritischen Eigentümer und der Sache zu lösen. Wohl aber kann es die *Kraft* des quiritischen Rechtes hemmen. Man beachte nun auch, dass Theophilus a. a. O. *neben* den Gegensatz: ἔννομος und φυσικὸς τρόπος ἐλευθερίας den anderen: ἔννομος und φυσικὴ δεσποτεία = dominium ex iure Qu. und dom. in bonis stellt. Indessen ist die zivilrechtliche Anerkennung des Naturrechts im ersteren Falle von der *Gesetzgebung* abhängig, im letzteren

dicium acceptum vom Beklagten, der nur fiktiv quiritischer dominus ist, dem Verletzten überlassen wird. Er wird damit unmittelbar dessen Eigentum in bonis.[1]

Hier ist indessen hinzuzufügen, dass der Sklave, bis er in das *quiritische* Eigentum des Verletzten übergegangen ist, jederzeit vom dominus ex iure Qu. durch Bezahlung der litis æstimatio eingelöst werden kann, wenn er dem Verletzten schon durch traditio ex noxali causa nach dem iudicium acceptum oder ductio iussu prætoris in bonis gehört.[2]

---

ein Produkt der *auctoritas jurisprudentium.* — Endlich sind die Worte zu beachten, mit denen Iustinianus C. 7, 25, 1 das sog. nudum ius Quiritium aufhebt. Es heisst nämlich: *Antiquæ subtilitatis* lubridium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos . . . quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritium nomen, quod *nihil ænigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum.* Wenn der Unterschied wesentlich der zwischen einem Eigentum, das zivile Aktionen hat und einem nur durch prætorische Aktionen geschützten wäre, so würde die Sache der justinianischen Jurisprudenz gar nicht rätselhaft erscheinen. Dann wäre auch der Begriff des *nudum* ius Qu. für diese Jurisprudenz keineswegs unverständlich. Er wäre nur die Bezeichnung für das zivile Eigentum, das infolge prætorischer Verfügungen unwirksam bleiben muss. Der Umstand aber, dass die *beiden* Eigentumsrechte als *civiliter* geltend angesehen werden müssen und dabei das *nudum* ius Qu. doch im *Ganzen civiliter* kraftlos sein soll, hüllt den ganzen Begriff des ius Qu. in einen mystischen Schleier, der ihn für die jüngste Jurisprudenz unverständlich macht.

[1] Siehe die nächste Fussnote.

[2] Siehe Gaius 9, 4, 27, 1 (in fine): über den vom Usufruktuar oder dem Pfandhaber nach dem iudicium acceptum dem Verletzten überlassenen Sklaven: certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus vindicet nec *litis æstimationem offerat,* poterit per exceptionem doli mali repelli. Siehe weiter Afric. l. c. l. 28: über den b. f. possessor . . . si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutem serviret, noxali tecum egerim tuque eum mihi noxæ dederis: sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi *litis æstimationem offerat,* eum summovere possum, sive ipse possideat, Publiciana mihi datur et adversus excipientem »si dominus eius sit» utilem mihi replicationem doli mali profuturam. (Das zunächst Folgende ist eine Interpolation. Siehe oben S. 59). eademque dicenda sunt et si, cum ab eo (scil. domino) non defenderetur, iussu prætoris eum duxerim, quoniam isto quoque casu iustam causam possidendi habeo. Aus diesen Entscheidungen geht hervor, dass der fiktive dominus durch die Überlassung des Sklaven an den Verletzten nach

Wegen dieses Einlösungsrechts bewirkt also die Obligation des Sklaven nur, dass der Verletzte, wenn er ihn indefensus weggeführt hat, ein jederzeit vom quiritischen dominus durch die litis æstimatio einlösbares Recht in bonis erhält, und dass er, wenn er nach dem iud. acceptum vom beklagten fiktiven quiritischen dominus den Sklaven ex noxali causa empfangen hat, dasselbe Recht mit derselben Einschränkung bekommt.

Die starke Einschränkung der Kraft des eigentlichen Eigentumsrechts, die die pfandrechtliche Obligation des deliktischen Sklaven als aktualisiert in sich schliesst, womit das zivile Eigentum ein nudum ius Quiritium wird, ist in allen übrigen Fällen des in bonis esse vorhanden. Indessen gibt es auch ausser den Fällen des als in bonis esse Bezeichneten Beispiele für die Möglichkeit derselben Einschränkung.

Ein weiteres Beispiel ist das Recht, das den Inhabern von Provinzialboden, d. h. von praedia stipendiaria oder tributaria gegen-

dem iudicium acceptum befreit wird. (Jedoch laut Gaius l. c. nicht ipso iure: non tamen posse noxæ deditione ipso iure liberari, weil er kein dominium ex iure Qu. übertragen kann. D. h. er wird verurteilt, er kann aber exceptio doli mali gegen die actio iudicati vorbringen. Hier befreit natürlich nicht ipso iure das blosse den Sklaven in bonis habere des Verletzten, worüber alsbald, weil nach der litis contestatio nur die Rechtslage *im Moment dieses Aktes* bestimmend ist. Die faktische Befreiung des Beklagten tritt ein, weil der Verletzte prætorischen Schutz gegenüber dem dominus erhält. Jedoch wird er nicht geschützt, wenn der dominus die litis æstimatio anbietet. Der prætorische Schutz ist hier dem Eigentum in bonis des Verletzten angepasst. Beachte, dass der Verletzte, der durch traditio vom fiktiven dominus nach dem iud. acceptum den Sklaven empfangen hat, usukapiert und Publiciana hat, *obgleich* er nicht als dominus ex iure Qu. auftritt. Diese Sachlage weist unbedingt auf ein in bonis esse als den zivilrechtlichen Grund der Usukapierung und der Publiciana. (Vgl. oben S. 71). Dass aber der Prætor den Verletzten nicht gegen den dominus schützt, wenn er die litis æstimatio anbietet, beweist, dass das bonitarische Eigentum des Verletzten, durch traditio ex noxa causali entstanden, nicht das Einlösungsrecht des quiritischen dominus ausschliesst. Dasselbe gilt laut den Schlussworten des Afric. l. c., wenn das bonitarische Eigentum des Verletzten durch die ductio des servus indefensus entstanden ist, in welchem Falle natürlich der Belangte ipso iure befreit wird.

über dem römischen Volk, bezw. Kaiser als dem eigentlichen Eigentümer zuerkannt wird. Da der Inhaber gegenüber Aussenstehenden das praedium vindizieren konnte, ganz und gar wie wenn es sich um Privateigentum[1] handelte, und da die Bezeichnung für seine Rechtsstellung gewesen zu sein scheint habere possidere uti frui liceat[2], hat man nach LENEL[3] im allgemeinen eine Formel angenommen: Si paret A°A° fundum q. d. a. habere possidere frui licere et rel.[4]

Nun mag es so sein, dass der römische Staat, da er die Macht hatte, auch über das für seine Provinzen geltende Recht zu bestimmen (zu jeder beliebigen Zeit), das für die betreffenden praedia festgesetzte Recht aufheben und damit die verfügende Gewalt dem eigentlichen Eigentümer — dem römischen Volk oder dem Kaiser — übertragen konnte. Aber dieser Umstand hebt nicht im geringsten die Tatsache auf, dass laut geltendem Recht das Volk, bezw. der Kaiser als Eigentümer von jeder Verfügungsgewalt über ihr Eigentum ebenso wie auch von der Fähigkeit, es zu verkaufen, ausgeschlossen sind.[5]

---

[1] LACHMANN, Die Schriften der röm. Feldmesser, p. 36, vgl. fr. Vat. 315 u. 316.

[2] Lex agraria 32, 40, 50, 52 u. 82 zu vergl. mit Gaius I. 2,7, Theophilus zu den I. 2, 1, 40, Front. a. a. O.

[3] Ed.[2], S. 185.

[4] ERMAN, Sav. Z. 11 (1890), S. 277, PARTSCH, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse (1905), S. 106 ff. mit dem Zusatz ex lege huius provinciæ, GIRARD, Man. S. 361[3]. Die Richtigkeit dieser Annahme scheint sich besonders aus den Worten von Frontinus a. a. O. zu ergeben. »Videbimus tamen, an interdicere quis possit de eius modi possessione.» Hieraus scheint nämlich hervorzugehen, dass der Besitz, um den es sich hier handelt, nichts mit dem zu schaffen hat, der unter Interdikten steht. Bei *diesem* Besitz gilt es immer einen faktischen Vorteil, der durch des Prätors imperium erworben, erhalten oder zurückgewonnen wird, nie ein Recht, das durch den Prätor zur Aktualität und Liquidität gebracht wurde. (Damit ist nicht gesagt, dass der Prätor bei seiner Machtausübung nicht von der Rücksicht auf das Recht bestimmt sein könnte). Es scheint daher, als ob die angeführten Worte dahinzielten, die hier vorliegende Possession als ein im Gegensatz zum Interdiktsbesitz stehendes wirkliches Recht zu bezeichnen. Dass dies in einem solchen Falle ein dingliches, kein obligatorisches Recht (gegenüber dem römischen Volk oder Kaiser!) gewesen sein muss, ist selbstverständlich.

[5] Nicht zu verwundern, dass man vom Recht des Inhabers trotz allem

Zuletzt soll bemerkt werden, dass, wenn man auch das pignus infolge des contractus pigneraticius wie eine res obligata behandelte, die durch Schuldbezahlung liberiert wurde, dies eine Übertragung von Fachausdrücken mit sachenrechtlicher Bedeutung auf ein Verhältnis war, das an sich selbst nicht sachenrechtlicher Natur war, aber durch prätorischen Eingriff sachenrechtlich behandelt wurde. Durch actio Serviana und quasi Serviana wie interdictum Salvianum war der Pfandgläubiger auf die gleiche Weise geschützt, wie wenn er Sachenrecht an dem Pfand gehabt hätte.

§ 5.

Wie ist Einschränkung des Eigentumsrechts durch das Besitzrecht einer anderen Person möglich?

Von den im vorhergehenden § behandelten Einschränkungen des Eigentumsrechts, die im Zusammenhang mit dem Pfandrecht als dinglichem Recht stehen, erheischt eine besonders die Aufmerksamkeit. Das Eigentumsrecht kann offenbar nach römischer Doktrin bestehen, auch wenn eine andere Person als der Eigentümer das Recht, den Gegenstand zu besitzen, sogar in dem Umfang hat, dass der letztere dauernd vom Besitzrecht ausgeschlossen ist. Dies scheint ein Widerspruch zu sein. Denn mein Eigentumsrecht besteht ja darin, dass die Sache mein ist, d. h. ich rechtlich gesehen die Macht über dieselbe habe. Aber soweit eine andere Person das Be-

---

den Ausdruck proprietas (siehe z. B. Fr. Vat. 283) oder dominium (siehe z. B. Fr. Vat. 315) gebraucht. Eine beinahe groteske Parallele zu dem hier genannten Falle von Einschränkung des Eigentumsrechtes der Staatsgewalt durch dingliche Rechte anderer Art bietet die englische Doktrin, dass seit der Zeit Wilhelms des Eroberers die »Krone» der wirkliche Eigentümer alles Bodens und der private sog. Eigentümer in Wirklichkeit bloss Pächter — »tenant» — ist, siehe z. B. Edgar Foe, Outline of the law of landlord and tenant, 1906, S. 3. »When the land in the kingdom was parcelled out after the Norman Conquest the arrangement was made, that all of it should be held mediately or immediately of the Crown, and the result of that is, that actual ownership of the land is not in point of law admitted at all. The most you can have in it, is what is called a tenancy.»

sitzrecht hat, hat ja diese vom gleichen Gesichtspunkt aus die Macht über die Sache.

Indessen wirft die römische *Besitzlehre* ein gewisses Licht auf die betreffende Eigentümlichkeit, weshalb wir sie hier von gewissen Gesichtspunkten aus besprechen wollen. Auch wenn diese Lehre ihre systematische Ausbildung erst durch die klassische Jurisprudenz erhielt, kann nicht bezweifelt werden, dass letztere die Elemente von der älteren Jurisprudenz empfing und nur deren Intentionen zur Entwicklung brachte. Dieser Zusammenhang zwischen der älteren und der neueren Possessionslehre wird auch im Nachfolgenden in einigen Beziehungen unmittelbar hervortreten. Wir können deshalb hier die letztere als die mehr durchdachte Anschauung benutzen, um auch ältere Rechtsauffassung zu beleuchten.

Wir beginnen mit der Lehre von der Möglichkeit, durch eine andere, nicht der eigenen Gewalt rechtlich unterworfene Person zu besitzen. Gaius sagt[1]: Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. per eos quoque, apud quos deposuerimus aut quibus commodaverimus aut quibus gratuitam habitationem præstiterimus, ipsi possidere videmur. et hoc est, quod volgo dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. Also: Pächter und Mieter, gleichwie Depositar und Kommodatar, können meinen Besitz dadurch aufrechterhalten, dass sie selbst in meinem Namen »in possessione» sind, d. h. in meinem Namen die faktische Macht über die Sache innehaben. Es ist zu beachten, dass diese Lehre schon in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts vor Chr. als von alters her gültig angenommen gewesen sein muss.[2] In den Dig. wird das fragliche Verhältnis betreffs des Pächters so ausge-

---

[1] I. 4, 153.

[2] Cicero pro Cæcina 32, 94 sagt, um die possessio Cæcinas — des Erben der Gattin Cæsennia — zu verfechten: Qui colonus habuit conductum de Cæsennia fundum, cum idem ex eadem conductione fuerit in fundo, dubium est, quin, si Cæsennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo, post eius mortem heres eodem iure possederit? Deinde ipse Cæcina cum circuiret prædia, venit in istum fundum, rationes a colono accepit.

drückt, dass der Verpächter durch seinen Geist, aber auch durch den Körper des Pächters besitzt.[1] Dass die bezügliche Bezeichnung nur vom Verpächter, nicht auch vom Vermieter etc. angewandt wird, ist ein reiner Zufall, abhängig davon, dass der Besitz durch den Pächter der entschieden wirtschaftlich wichtigste war, weshalb letzterer in den Vordergrund trat und Repräsentant für die übrigen Besitzvermittler wurde. Die Grundsätze für die Behandlung der besonderen Fälle sind im ganzen analog. So gilt allgemein die Regel, dass, wenn der Besitzvermittler der Reihe nach die Sache verpachtet, vermietet, bei einem andern deponiert oder einem anderen geliehen hat, der ursprüngliche Possessor den Besitz behält.[2] Wenn der Depositar oder Kommodatar die Sache nicht mehr »bei sich haben», besonders wenn sie irgend einen anderen dieselbe in Besitz haben nehmen lassen, wird der durch sie vermittelte Besitz verloren.[3] Ähnliches gilt von der Preisgabe der Sache seitens des Pächters, wenigstens wenn infolgedessen eine dritte Person dieselbe hat okkupieren können.[4]

§ 6.

Ist Besitzvermittlung durch die subordinierte Stellung des Pächters, Mieters etc. oder durch Stellvertretung möglich?

Es ist jetzt zu untersuchen, wie man sich die Möglichkeit einer Possidierung durch eine andere Person dachte, welche die Sache

[1] Pap. D. 41, 2, 44,2, Paulus D. l. c. l. 3,8 u. 12 und l. 30,5.

[2] Paulus D. 41,2, 30, 6, vgl. Pomp. D. l. c. l. 25,1. (In diesem Falle wird angenommen, dass der Besitzvermittler noch immer die Sache bei sich selbst habe. Vgl. über den in anderer Weise besitzvermittelnden Pfandinhaber, der die Sache vermietet: Iul. D. 41, 3, 33, 6). [3] Iul. D. 41,3, 33,4.

[4] Afric. D. 41,2, 40,1: quo (colono) mortuo non statim dicendum, eam (possessionem) interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit: aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Beachte jedoch Paulus D. 41,2,3,8 und Pap. D. 41,2, 44,2. Vielleicht ist die hier vorausgesetzte Frist bis zur Okkupierung durch eine dritte Person eine Interpolation auf Grund von Iust. C. 7,32, 12. Siehe Beseler, Beitr. 4, 72—73.

»in unserem Namen» als Pächter, Mieter etc. innehat. Wenn gesagt wird, dass man durch einen Sklaven possidiert, ist der Gedanke offenbar der, dass der Sklave infolge seiner rechtlichen Unterordnung als Organ des Eigentümers (bezw. des Inhabers bona fide oder des Usufruktuars[1]) bei der Possidierung fungieren kann. Bestimmt die gleiche Anschauung, also ein angenommenes Subordinationsverhältnis, auch die Idee der Besitzvermittlung durch den Pächter u. a. dgl.?[2]

Man führt als Beweis für eine solche Ansicht an, dass der Lokatar, auch wenn er die ihm obliegenden Leistungen ordentlich vollzog, des Gebrauchs der Sache durch den Lokator »sous réserve d'indemnité» beraubt werden konnte.[3] Indessen schliesst diese faktische Möglichkeit nicht das geringste *Recht* zu einem solchen Verfahren ein. Wenn der Lokator den vertragstreuen Lokatar des Gebrauchs der Sache berauben will, kann er sich nicht auf sein dingliches Recht an dem Gegenstand berufen. Würde dieses das Recht zu einem solchen Vorgehen enthalten, so würde der vertragstreue Lokatar, wenn er die Sache gegen das Verbot des Lokators weitergebraucht, sofern es sich um res mobiles handelt, ein furtum usus begehen. Das aber ist nicht der Fall. Man ersieht dies daraus, dass der Kommodatar (der doch, da er die Sache ohne Entgelt benutzt, weitgehendere Verpflichtungen gegenüber dem Kommodanten hat als der Lokatar gegenüber dem Lokator) furtum usus nur in dem Falle begeht, dass er über seine *vertragsmässigen* Befugnisse im Gebrauch der Sache hinausgeht.[4] Insofern es sich um eine Pacht handelt, würde die perceptio fructuum des Pächters gegen das Verbot

---

[1] Paulus D. 41,2,1,6 u. 8.

[2] So z. B. Cuq., Man. S. 311 u. 312 und Sohm, Inst. 14. Aufl. (1911), S. 423.

[3] Cuq., a. a. O.

[4] Labeo erzählt, dass Brutus zu sagen pflegte, dass der ein furtum begangen habe, der das Zugtier anderswohin geführt hatte quam quo utendum acceperat, ebenso der, der das Tier weiter getrieben hatte, quam in quem locum petierat. Gellius N. A. 6 (7) 15,1, vgl. § 2 und Val. Max. 8,2,4. Wenn Qu. Mucius den Depositar, der die Sache gebraucht, für obligatus furti erklärt, Gellius a. a. O. §. 2, vgl. Gaius D. 47,2, 55,1, handelt es sich auch um nichts anderes als um Vertragsbruch. Ebenso im Falle: conductor operis verleiht die Sache zur Verwendung, Ulp. D. 47,2,48,4.

des Verpächters ein furtum darstellen. Aber dass dies nicht der Fall ist, kann mit der grössten Wahrscheinlichkeit daraus geschlossen werden, dass die Quellen *niemals* etwas Derartiges erwähnen, obgleich dies einer der gewöhnlichsten Diebstähle gewesen sein müsste und obgleich oft andere Fälle von furtum in Zusammenhang mit der Rechtsstellung des Pächters behandelt werden.[1] Besonders durch SIBER's Untersuchung über »Die Passivlegitimation in der rei vindicatio» (1907) kann wohl als bewiesen erachtet werden, dass die Vindikation des Eigentümers gegenüber seinem eigenen detinierenden Lokatar, Depositar oder Kommodatar sowohl während der Legisaktionszeit als auch während der Zeit des Formularprozesses kraftlos war.[2] — Aber wenn der Versuch, im Widerspruch zu dem Kontrakt den Lokatar des Gebrauchs der Sache zu berauben, nicht auf ein dingliches Recht gestützt werden konnte, war es natürlich noch weniger möglich, eine Verpflichtung des vertragstreuen Lokatars zur Aushändigung der Sache als Rechtsgrund anzuführen.

Es ist allerdings richtig, dass der Pächter oder der Mieter, der vom Possessor aus dem fundus vertrieben, »deiectus» ist, nicht selbst das interdictum unde vi anwenden kann, während der letztere, wenn er vom ersteren »deiectus» ist, diese Fähigkeit hat. Dass aber der Pächter oder der Mieter diesen Schutz nicht geniesst, nützt natürlich dem Possessor nur, wenn er die hinreichende physische Macht zu seiner Vertreibung hat. Umgekehrt beweist die erwähnte Fähigkeit des Possessors keineswegs seine übergeordnete Stellung. Denn damit, dass der Pächter oder der Mieter nicht straflos den Possessor *vertreiben* kann, was eine Überschreitung seiner vertragsmässigen Rechte darstellt, ist gar nicht gesagt, dass er nicht Wider-

---

[1] Siehe z. B. Afric. 47,2, 62,8, Paulus D. l. c. l. 26,1, Labeo D. 19,2, 60,5. Ex contrario folgt sogar bestimmt aus Ulp. D. 12,1, 4,1 und Celsus D. 47,2,68, 5, dass der Pächter als solcher, unabhängig von dem Willen des dominus, die Früchte durch perceptio zu seinem Eigentum machen kann. Darüber dass hier vorausgesetzt wird, dass das Pachtverhältnis zu Ende gegangen ist und dass *dann* condictio furtiva der non ex voluntate domini fructus percepti möglich sein soll, siehe LAST, Ih. Jb. 62 (1913), S. 103.

[2] Siehe besonders S. 4 ff. und 70 ff., vgl. LAST, a. a. O., S. 121 ff. und 153 ff. (Auf das Verfahren bei der Infirmierung der Vindikation kann hier nicht eingegangen werden.)

stand leisten darf, wenn seine Rechte angegriffen werden.[1] In der Tat kann er wahrscheinlich wegen eines solchen Widerstands nicht von einem Interdikt, das dann das Interdikt uti possidetis sein müsste, getroffen werden.[2] Aber auch wenn dies der Fall wäre,

[1] Bei Marcellus D. 43,16, 12 und Pap. D. l. c. l. 18 pr. handelt es sich darum, dass der Pächter den Käufer, der vom Verkäufer missus in possessionem ist, verhindert, das Eigentum anzutreten, wodurch der possidierende Verkäufer selbst betroffen wird. Aber einer solchen Possessionsausübung kann dieser nicht durch Pachtvertrag entsagt haben. Beachte, dass die Weigerung, dem Käufer den Zutritt zu gestatten, als ein Verhindern des ingredi oder intrare des Verkäufers, der den ersteren zugelassen hat, aufgefasst wird. Das blosse Betreten des fundus durch den Besitzer aber ist keineswegs an und für sich eine Ausschliessung des Pächters von seinen vertragsmässigen Rechten. *Deshalb* ist die Verweigerung dieses Eintretens seitens des Pächters nur eine ungerechte Besitzaufhebung: ein vi deicere. Allerdings verliert der Pächter tatsächlich durch die hier eintretende Folge vom ingredi des Besitzers: die neue possessio des Käufers seine Stellung als detinierender und besitzvermittelnder Pächter des Verkäufers. Darin liegt jedoch kein den Verpächter zu Schadensersatz verpflichtender Vertragsbruch. Nur dann liegt ein solcher vor, wenn er bei dem Kaufe die Interessen des Pächters durch besondere Vereinbarung mit dem Käufer rücksichtlich des fortdauernden *frui eadem pactione* nicht unverletzt lässt. Siehe Gaius D. 19,2, 25,1. Die Vertragswidrigkeit besteht aber dann gar nicht in der missio des Käufers selbst, sondern in der Unterlassung, ihn zum Respektieren der Interessen des Pächters zu verpflichten.

[2] Über das Interdikt u. p., mit restitutorischer Funktion angewandt, heisst es Ulp. D. 43,17,3,2 u. 3: Hoc interdictum sufficit ei, qui ædificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Cum inquilinus dominum ædes reficere volentem prohiberet, æque competere interdictum uti possidetis placuit testarique ⟨debere⟩ dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. Also: der dominus muss beweisen, dass die beabsichtigte Handlung — die Reparation — den Mieter nicht hindert, das Gebäude zu *bewohnen*, sondern zu *possidieren* oder, wie man die Stelle auch auslegen kann, er muss beweisen, dass der Mieter durch seinen Widerstand ihn nicht am *Bewohnen*, sondern am *Possidieren* des Gebäudes hindert. Es ist logisch unmöglich, wie Last, a. a. O. S. 160, hier eine exceptio im Interdikt, der sponsio oder der formula als für den Mieter, falls er Widerstand gegen Eingriffe in seine *Rechte* leistet, nötig vorauszusetzen. Denn die »vis», die im Interdikt u. p. verboten wird, muss natürlich ein Verhindern der Possessionsausübung des »nunc» (im Momente des Interdikts) für wirklich possidierend Erklärten sein. Der Mieter aber, der den dominus hindert, ihm das Bewohnen des Gebäudes unmöglich zu machen, schliesst *damit* nach der angeführten Stelle den dominus gar nicht

würde die Möglichkeit für den Possessor, Interdikt im Widerspruch mit dem Vertrag anzuwenden, keine *rechtliche* Unterordnung des Pächters oder des Mieters einschliessen. Aber die Grundlage für ihre Eigenschaft als Besitzvermittler ist eine *rechtliche*. Die Gültigkeit des Lokationsvertrages ist Bedingung dafür, dass das Innehaben der Sache eine Besitzvermittelung sein kann.[1] Allerdings

von der Possidierung aus. Vgl. ex contrario Ven. D. 41,2, 52,1: Eum, qui ædificare prohibetur, possidere quoque prohiberi, manifestum est. Also ist eine exceptio überflüssig, wenn der Mieter dem dominus innerhalb der Grenzen des Vertrags Hindernisse bereitet. LAST findet nach PARTSCH, Sav. Z. 31 (1910) S. 431 f. dieselbe exceptio zu Gunsten des superfiziarischen Mieters in Ulp. D. 43,17, 3,7: dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat. Diese Auslegung würde bedeuten, dass der Superfiziar vom Prätor keinen anderen Interdiktsschutz gegenüber dem dominus erhielte, als den, dass er selbst, wenn er den dominus innerhalb der Grenzen des Vertrags an der Verletzung seiner Interessen hindert, im Prozess zufolge des Interdikts u. p. frei wird. Natürlich kann im interdictum u. p. nur der possessor soli positiven Schutz erhalten. Der Superfiziar kann jedoch immer gegen den ihn in seinem berechtigten uti frui verletzenden dominus nach Ulp. D. 43,18,1,1 das interdictum de superficiebus vom Prætor verlangen. LENELS Auslegung Ed.[2], S. 459[8], nach welcher laut der angeführten Stelle die Behauptung superfiziarischen Besitzes das Interd. u. p. ausschliessen und das de superf. bedingen würde, ist aus dem umgekehrten Grunde unmöglich. Damit würde der dominus keinen positiven Interdiktsschutz gegenüber dem Superfiziar erhalten. Der letztere könnte dann z. B. die Reparation des Gebäudes oder einen Anbau dazu verhindern, ohne von einem Interdikt getroffen zu werden. Dies aber widerstreitet den angeführten Worten: dominus . . . potior erit interd. u. p. Siehe übrigens PARTSCH, a. a. O. S. 432. Nach unserer Auffassung ist die richtige Auslegung der Stelle ohne weiteres klar. Der dominus wird gegenüber dem Superfiziar in der *Possessionsausübung* durch Interd. u. p. geschützt. Der Eingriff aber in die rechtliche Sphäre des Superfiziars ist keine Possessionsausübung, denn das uti und frui des Lokatars ist selbst keine Störung der possessio. Deshalb ist der dominus als solcher »potior» in diesem Interdikt. Der Superfiziar aber wird nach der lex locationis gegenüber dem dominus durch das Interd. de superf. geschützt. Richtige Auslegung in dieser Beziehung bei KARLOWA, R. Rg. II, S. 1262. — Die anderen Beispiele von exceptiones in Interdikten, die von PARTSCH und LAST angeführt werden, beweisen nichts in der hier vorliegenden Frage, weil die Analogie im wesentlichen fehlt. Es handelt sich in ihnen nicht um die Stellung des Lokatars gegenüber dem Possessor. —

[1] Iav. D. 41, 3, 21.

wird darüber hinaus hierfür gefordert, dass sie sich nicht selbst eigenmächtig den Besitz aneignen.[1] Dies aber bedeutet nur, dass man nicht Besitzvermittler sein kann, wenn man selbst possidiert.

Man hat auch die Besitzvermittlung durch den Lokatar, Depositar und Kommodatar als eine *Stellvertretung* aufgefasst. Hiergegen kann angeführt werden, dass die Detention der Sache, durch welche die Besitzvermittlung geschieht, ebensowohl ein vertragsmässiges *Recht* des Lokatars ist als eine Pflicht gegenüber dem Possessor, den Besitz zu bewahren.[2] Wenn auch diese Verpflichtung beim Kommodat stärker hervortritt, so hat doch auch hier der Besitzvermittler ein *Recht*, die Sache zu behalten. Da nun indessen der Grund für die Möglichkeit der Besitzvermittlung beim Depositum kein anderer sein kann als beim Kommodat, so ist es auf alle Fälle unmöglich, den Gedanken an Stellvertretung als das hier Bestimmende festzuhalten. Hierzu kommt, dass keiner von den genannten Besitzvermittlern den zum Besitzerwerb nötigen *Besitzwillen* anstatt des den Besitz Erwerbenden selbst haben kann.

Es ist übrigens zu beachten, dass nicht einmal Besitzvermittlung durch den *Prokurator* als Stellvertretung betrachtet worden zu sein scheint. Denn nach der klassischen Jurisprudenz konnte der Prokurator nicht für den dominus ohne dessen Auftrag oder nachfolgende Ratihabition Besitz erwerben. Der erstere konnte nicht mit für den dominus geltender Kraft den für die Besitzergreifung erforderlichen Besitzwillen *leisten*. Er konnte bloss den Besitzwillen des dominus hinsichtlich der von diesem bestimmten Dinge vollziehen.[3] Was die Fähigkeit des Prokurators, für den Auftrag ge-

---

[1] So wird natürlich die Besitzvermittlung aufgehoben, wenn der Pächter den Verpächter hinauswirft, Marc. D. 43,16,12 und Pap. D. l. c. C. 18 pr., vgl. hinsichtlich des Depositum und Kommodat Paulus D. 41,2,3, 18 und Marc. D. 41,2,20.

[2] Vgl. IHERING, Ih. Jb. 32 (1893), S. 56 und GIRARD, Man., S. 275[1].

[3] Dies geht aus Paulus Sent. 5,2,1 u. 2 hervor: Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. sed . . . Per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis

causa receptum est. absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata (habita?) sit, quæritur. LAST, a. a. O. S. 62, der die Stellvertretungstheorie verficht, sagt von dieser unzweifelhaft echten Stelle, dass Paulus den Prokurator nur zum *Ankauf*, nicht zum Besitzerwerb eines Auftrags oder einer Ratihabition bedürfen lässt. Wenn aber auch »comparata» hier »durch Kauf verschaffte» bedeutet, so ist doch die »possessio» das Hauptwort. Es muss also der Kauf als eine Anschaffung der *possessio* sein, der einer Ratihabition bedarf, damit diese dem abwesenden dominus gehört. Folglich muss der dominus immer selbst seinen Willen zur *possessio* erklärt haben. BESELER, Beitr. 4, S. 52 schiebt vollkommen willkürlich vor »comparata» »res» ein, womit der *Eigentums-*, nicht unmittelbar der *Besitz*erwerb erörtert und der Zusammenhang unterbrochen werden würde. (Dagegen kann seine Annahme, dass vor rata »emptio» weggefallen ist, richtig sein.) Neratius und Ulpianus sagen in der Tat ganz das Gleiche über denselben Fall. Ner. D. 41,1,13 pr.: Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi . . . adquiritur etiam ignoranti. Ulp. D. 41,2, 42,1: Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem. LAST, a. a. O. S. 55 meint, dass nach diesen Stellen das Mandat oder die Ratihabition auf den *Kauf*, nicht auf den *Besitzerwerb* gehen muss, und glaubt damit die Stellvertretungstheorie halten zu können. Doch ist zunächst zu bemerken, dass das Mandat zum Kauf, bezw. die Ratihabition desselben notwendig den *Willen*, die Sache zu possidieren, voraussetzt. Zweitens ist es widersinnig, das Mandat zum Kauf nicht ein Mandat zur Inbesitznahme, die nur eine Realisation des Kaufs ist, einschliessen zu lassen. Ebenso rücksichtlich der Ratihabition. Dann würde der Mandatar, der den Auftrag, eine Sache zu kaufen und mit dem Geld des Auftragsgebers zu bezahlen, erhalten hat, ohne alle Gefahr und ohne die bona fides zu verletzen, die Übernahme der Sache trotz mit dem Geld des dominus geleisteter Bezahlung verweigern können. Drittens widerstreitet der Stellvertretungstheorie sogar der Umstand, dass der dominus Auftrag zum Kauf geben oder ihn ratihabieren muss, auch wenn man die absurde Meinung verfechten würde, dass darin nicht der Wille des dominus, zu possidieren, zum Ausdruck kommt. Nach dieser Theorie würde ja der Besitzwille des Prokurators nomine domini hinreichend sein. — Dass »ignoranti» bei Ner. a. a. O. gar nicht den *Besitzwillen* des dominus betrifft, sondern nur seine *Kenntnis* davon, ob er vollzogen ist, wird später nachgewiesen werden. — In voller Übereinstimmung mit D. 41,2, 42,1 sagt Ulp. D. 43, 26, 6, 1: Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor und Ulp. D. 5,3, 13, 12: Si [quis] ⟨pro curator⟩ — siehe BESELER, Beitr. 4, S. 54 — absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem. BESELER's Versuch, auf die letzte Stelle seine Meinung

zu stützen, dass der Prokurator nach der klassischen Jurisprudenz fähig sei, für eine andere Person den nötigen *Besitzwillen* (nicht den *Eigentumswillen*) zu leisten, ist verfehlt. Wäre es *sicher*, dass der dominus nicht ratihabieren wird, würde ja dieser gar nicht für die hereditatis petitio passiv legitimiert sein. Natürlich hat die Äusserung den Sinn, dass der absens dominus in dem fraglichen Prozess so lange als possessor gelten soll, wie er nicht die Ratihabition abgelehnt hat. In der Tat beweisen alle drei zuletzt angeführten Ulpianusstellen, dass BESELER's Meinung unrichtig ist. BESELER will a. a. O. seine Meinung auch auf Paulus D. 3,5,23 stützen: Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere [quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: überflüssig?] et ideo creditoris ratihabitione liberor. Hier fehlt dem Prokurator das Empfangsmandat. Darum ist Ratihabition nötig. Was aber muss ratihabiert werden? Nur die beabsichtigte Eigentumsübertragung, nicht die Besitzübertragung, wie BESELER zu meinen scheint? Nein. Nach dem Wortlaut selbst muss der Überlassungsakt im Ganzen, das procuratori dare, ut . . . ratihabiert werden.

Weiter kann angeführt werden, dass oft der ohne peculiaris causa dem dominus Besitz erwerbende Sklave dem Prokurator gleichgestellt wird. Siehe Ulp. D. 39, 5, 13 und D. 47,2, 14, 17, Iul. D. 41, 1, 37, 6. Der Sklave aber erwirbt dem dominus ohne peculiaris causa nach der richtigen allgemeinen Anschauung nur den körperlichen Besitz. (Über die abweichende Meinung BESELER's alsbald.)

Dass der Prokurator nicht durch seinen Besitzwillen denjenigen des dominus ersetzen kann, sondern ihm nur durch die körperliche Besitzergreifung erwirbt, geht besonders daraus hervor, dass er laut Ulp. D. 39, 5, 13 bei einer Donation dem dominus erwirbt, wenn der Donator ihm die Sache in der Absicht, den dominus zu beschenken, übergibt, er sie aber mit dem Willen, selbst Eigentum zu erwerben, empfängt. Ganz ebenso erwerbe der Sklave zweier domini, der eine Sache in der Absicht empfängt, sie zum Eigentum eines anderen dominus als dessen, welchen der Donator beschenken will, oder beider domini zu machen, doch nur dem rechten dominus (ALIBRANDI's Behauptung einer Interpolation, dem ROTONDI, Scr. giur. 3,1922, S. 214[5], KRÜGER, Digesta[12] u. a. folgen, ist unbegründet, wie aus dem Vergleich mit Ulp. D. 46, 3, 18, worüber alsbald, hervorgeht). Im angegebenen Falle hat der Prokurator nicht einen solchen Besitzwillen, der den des dominus ersetzen kann — er will ja *sich selbst* erwerben. Da jedoch *einer* von ihnen einen den *dominus* betreffenden Besitzwillen haben muss — sonst kann der letztere gar keinen Besitz erwerben — wird offenbar vorausgesetzt, dass der dominus dem Prokurator aufgetragen hat, die Sache in Empfang zu nehmen. (Ob eine nachfolgende Ratihabition in diesem Falle, in welchem ja der Prokurator — subjektiv gesehen —

die Sache nicht nomine domini empfängt, hinreichend ist, kann nicht entschieden werden.) Der Prokurator gibt jedenfalls nur das Besitzcorpus. — Derselbe Gedanke tritt Ulp. D. 46, 3, 18 hervor: si quis servo pecuniis exigendis præposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus, si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur. Es wird dem als Prokurator fungierenden Titius nach einem vorhergehenden iussus an den Schuldner, ihm die Schuld zu bezahlen, die Entgegennahme des Geldes verboten. Trotzdem zahlt ihm der das Verbot nicht kennende Schuldner. Der Prokurator, der mit dem Verbot seine Prokuratoreigenschaft im vorliegenden Falle verloren hat, behält jedoch gegenüber dem das Verbot nicht kennenden Schuldner, der iussus, ihm als Prokurator zu bezahlen, erhalten hat, seine Fähigkeit, das Geld für den dominus wie ein wirklicher Prokurator mit fortdauernd geltendem Auftrag zu empfangen. Er erwirbt damit dem Herrn *einerseits* infolge des ursprünglichen Mandats, das durch seine Simulation gegenüber dem gutgläubigen Schuldner, der iussus, ihm zu bezahlen, erhalten hat, als nach wie vor gültig zu betrachten ist, *andererseits* durch die körperliche Entgegennahme des Geldes. — LAST a. a. O. S. 43 (wie schon FERRINI Arch. giur. 47,1891, S. 445) gibt eine offenbar verfehlte Erklärung der Worte des Ulpianus, wenn er den Übergang von Besitz und Eigentum an den Gläubiger und die Befreiung des Schuldners ipso iure verneint, ungeachtet der klaren Worte: furtum *domino* facit und *debitor liberabitur*. Es ist doch wohl unmöglich, dass »der Prokurator» als den *dominus* bestehlend betrachtet würde, wenn letzterer nach Ulp. niemals auch nur den Besitz des Geldes, geschweige denn das Eigentum erhalten hätte. Würde der Schuldner nur ope exceptionis befreit, so würde dies nicht mit den einfachen Worten: debitor liberabitur ausgedrückt worden sein — um so weniger, als eine solche Befreiung in derartigen Fällen immer nur bedingt gilt, nämlich bloss, wenn der Schuldner dem Gläubiger seine Aktionen gegenüber dem Dritten überträgt. Siehe z. B. Iul. Afr. D. 46,3,38, 1. — Es wird allerdings unmittelbar vorher von einem servus pecuniis exigendis præpositus geredet, der manumissus ignorante debitore Bezahlung empfängt und damit den Schuldner befreit. Dabei muss sich die ignorantia debitoris, wenn es sich um eine Schuld ex contractu domini handelt, auf die manumissio selbst beziehen, wenn aber die Schuld ex peculiari causa gilt, auf das ademptum ei peculium. In beiden Fällen bestiehlt der manumissus den dominus, wenn er intervertendi causa die Bezahlung annimmt. Sie werden also dem zuletzt angeführten Prokuratorfall gleichgestellt. Man könnte deshalb zweifeln, ob die Ulpianische Entscheidung eine besondere Beziehung

auf den Prokurator hat. Es ist jedoch zu beachten, dass ein servus pecuniis exigendis præpositus und dann manumissus rücksichtlich Schulden ex contractu domini gegenüber dem die manumissio nicht kennenden Schuldner, für welchen der mit der præpositio des Sklaven gegebene Bezahlungsiussus nach wie vor gilt, seine Fähigkeit behalten muss, wie ein servus pec. exig. præp. das Geld für den dominus zu empfangen. Da er jedoch in Wirklichkeit frei ist, bedeutet dies, dass er wie ein wirklicher Prokurator mit fortdauernd geltendem Eintreibungsmandat fungiert. Dasselbe findet mutatis mutandis rücksichtlich eines Sklaven statt, der libera administratio peculii erhalten hat und dann unter Entziehung des peculium freigelassen worden ist. Er gilt nach wie vor gegenüber dem die Entziehung nicht kennenden Schuldner als berechtigt, Bezahlung von Schulden ex peculiari causa entgegenzunehmen. Da er jedoch infolge der Einbusse des peculium sich nicht selbst erwerben kann, ist er in einer solchen juridischen Lage, dass er wie ein Prokurator mit fortdauernd geltendem Mandat dem dominus durch die körperliche Entgegennahme des Geldes erwirbt. — Der hier gegebenen Erläuterung der soeben angeführten Äusserung des Ulpianus widerstreitet keineswegs Ulp.-Ner. D. 47, 2, 43, 1. Denn hier handelt es sich ganz einfach um einen falsus procurator, der natürlich durch den Empfang des debitum nicht dem dominus zu erwerben vermag und daher, wenn der betrogene Schuldner ihm das Geld überlässt, um es unmittelbar zum Eigentum des dominus zu machen, nur den Schuldner selbst bestehlen kann. Neratius, der bezüglich der Fähigkeit des Prokurators, dem dominus unmittelbar zu erwerben, dieselbe Ansicht hat, wie sie später Ulpianus aufstellt, verficht hier von seinem Prinzip betreffs des Diebstahls aus vollkommen logisch, dass der Prokurator nicht stehlen könne, wenn der Schuldner ihm das Geld nicht übergibt, um es unmittelbar zum Eigentum des *dominus* zu machen, sondern damit es zunächst ins Eigentum des Prokurators trete und *dann* dem dominus übertragen werde. Dies ist logisch, wenn man mit Neratius behauptet, dass Diebstahl durch Annahme einer Sache nur vorliegen kann, wenn man nicht *voluntate domini* die Sache *als Eigentümer* empfängt. (Dieses Prinzip ist jedoch nicht allgemein anerkannt: siehe Scævola-Pomp. D. 13,1, 18. Auch Iulianus bestreitet es in Wirklichkeit: siehe unten!). — Schliesslich ist Ulp. D. 41,2, 34,1 anzuführen: Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur [et cum placeat ignoranti adquiri, poterit et erranti.] ⟨—⟩ sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem. (Es handelt sich um eine missio in possessionem bezüglich eines fundus.) Die Worte: et . . . erranti sind offenbar hier interpoliert. 1:0. Die *Adversation:* sed si procurator etc. ist vollkommen unverständlich, wenn nicht bei Ulpianus der Gegensatz rücksichtlich meines Erwerbs im Falle: ich irre, der Prokurator nicht, vorher proklamiert ist. Krüger, Dig.[12] setzt »et» zwischen »sed» und »si procurator» ein. Diese Einschaltung, die durch keine HS. gestützt wird, ist willkürlich.

2:0. Es ist kaum anzunehmen, dass Ulpianus einen so groben Fehler gegen gewöhnliche juridische Logik begangen hätte, dass er im *selben* Falle den Willen des Prokurators das *eine* Mal relevant, das *andere* Mal irrelevant sein liesse. 3:0. Der Satz: et cum placeat ignoranti (wem? einem jeden?) adquiri (was?), poterit et erranti ist wegen seiner höchst nachlässigen Ausformung nicht als von Ulpianus herstammend zu betrachten. So auch ALIBRANDI nach ROTONDI, Scr. giur. III, S. 215[1]. Somit ist BESELER's Annahme Beitr. 4, S. 58, dass »non» vor »adquiram» weggefallen sei, unhaltbar. B. scheint übrigens zu meinen, dass auch der justinianische Text so zu lesen wäre. Dies widerstreitet Bas. 50,2, V, S. 52 (Heimb.). ROTONDI, a. a. O. hält die Worte: sed si . . . possessionem für interpoliert und findet et cum . . . erranti »formalmente e sostanzialmente irreprensibile»! Wenn aber die erwähnten Worte interpoliert sind, was voraussetzt, dass Ulpianus im Gegenteil den Irrtum des dominus beim Befehl an seinen Prokurator als seinen Besitzerwerb ausschliessend betrachtet hat, so bestätigt ja diese Stelle vollkommen die hier behauptete Meinung über den Standpunkt des Ulpianus: error procuratoris, der natürlich einen mangelhaften Besitzwillen einschliesst, ist irrelevant, error domini ist relevant.

Es ist indessen zu beachten, dass IULIANUS eine entgegengesetzte Ansicht betreffs der beiden soeben genannten Fälle hat. Wenn der Prokurator, um sich selbst zu erwerben, die für seinen dominus bestimmte Sache empfängt, werde nichts agiert — ebenso agiere der Sklave nichts, der durch die Entgegennahme nicht dem dominus, für welchen die Sache bestimmt ist, erwerben will. Andererseits meint er, dass der Prokurator, dem ohne Wissen des Schuldners die Eintreibung der Schuld verboten ist, den *Schuldner*, nicht den dominus bestiehlt, wenn er intervertendi causa empfängt. Siehe Iul. D. 41, 1, 37, 6: Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur und vgl. hiermit Ulp. S. 39, 5, 13 oben S. 92 sowie Ulp. D. 41, 2, 34, 1 oben S. 94. Siehe weiter Afr. Jul. D. 46, 3, 38, 1: Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri æquum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi præstare und vgl. hiermit Ulp. D. 46, 3, 18 oben S. 93. (BESELER, der Beitr. 4, 1920 S. 55, vgl. S. 56, in Übereinstimmung mit ALIBRANDI Ulp. D. 39,5, 13 nach Iul. 41, 1, 37, 6 korrigiert hat, ändert umgekehrt Sav. Z. 44 (1924) S. 375—376 dieselbe Iulianusstelle nach der Ulpianusstelle, ohne jedoch den Grund anzuführen. In der Tat ist die neue Position gleich unbegründet wie

die ältere. BESELER hätte von seinem früheren Standpunkt auch eine entsprechende Änderung von Ulp. D. 46,3, 18 nach Iul. D. 46,3, 38,1 vornehmen und von dem späteren umgekehrt korrigieren sollen. Es ist natürlich undenkbar, dass die Kompilatoren, um ihre Absichten zu erreichen, durchgehend die Ulpianischen Äusserungen, die für die Frage nach der Relevanz des Willens des Prokurators Bedeutung haben, geändert, die übereinstimmenden Iulianischen aber durchgehend unverändert gelassen haben sollten oder umgekehrt).

Iulianus aber hat bei seinem Räsonnement in der Tat einen ganz anderen *Ausgangspunkt* als Ulpianus. Zuerst ist zu beachten, dass der Eigentumserwerb durch den Empfang seitens des Sklaven bei Traditionsakten nach den allgemeinen Grundsätzen beurteilt wird, die für *Rechtserwerb* durch einen Sklaven gelten. Vor dem § 6 cit. (D. 41, 1,37) heisst es in § 3: Sicut servus communis stipulando nominatim alteri ex dominis, ita [per traditionem] ⟨mancipio accipiendo⟩ soli ei adquirit. § 4: Quod unius servus [per traditionem accipiendo] se ⟨mancipio⟩ accipere dixerit domino et Titio, partem domino adquiret, in parte nihil agit. Grundsatz: der Rechtserwerb des Sklaven in durch Worte bestimmten Rechtsakten zu Gunsten einer freien Person ist von seiner rechtlichen Organstellung *und* den Worten selbst abhängig. § 5: Fructuarius servus, si dixerit se domino proprietatis [per traditionem] ⟨mancipio⟩ accipere, ex re fructuarii totum domino adquiret: nam et sic stipulando ex re fructuarii domino proprietatis adquireret. Derselbe Grundsatz mit der näheren Bestimmung, dass, *wenn* der Sklave überhaupt als ein rechtliches Organ der bezüglichen freien Person gilt, die *Worte* sie zum Rechtserwerber machen. Damit folgt § 6 von selbst. Wie bei dem Rechtserwerb durch einen von *Worten* bestimmten Akt die *Worte* des Sklaven für den bezüglichen rechtlichen Machthaber Kraft haben, so hat auch beim Rechtserwerb durch einen vom *Willen* bestimmten Akt, wie es die Tradition ist, der hier relevante *Wille* des Sklaven für den bezüglichen Machthaber Kraft. Wenn aber in einem gewissen Falle der Wille des dominus selbst mangels des hier für den *Eigentumsübergang* relevanten consensus unwirksam sein würde, wenn z. B. von zwei Herren des Sklaven derjenige, den der Donator nicht hat beschenken wollen, irrtümlich die Sache entgegennimmt, so wird natürlich im selben Falle auch der fehlerhafte Wille des Sklaven kraftlos: nihil agitur. Deshalb berührt die Entscheidung des Iulianus D. 41,1, 37,6 die *Possessions*frage nur in der Weise, dass die Possession durch den Sklaven erworben sein muss, wenn die Tradition gültig sein soll. Ob aber bei *ungültiger* Tradition die Possession vom ursprünglichen dominus auf den vom Sklaven gemeinten oder den eigentlich berechtigten übertragen wird oder ob sie dem ursprünglichen dominus verbleibt, darüber sagt Iulianus nichts. Der Sklave liefert also nach IULIANUS den nötigen Eigentumswillen bei der Tradition, weil dieser Akt nach Analogie mit formalen Rechtsakten — mancipatio und stipulatio — behandelt wird. ULPIANUS dagegen beurteilt die Tradition nach den Grundsätzen des Posses-

sionserwerbs durch einen Sklaven, weshalb der dominus selbst durch seinen Befehl betreffend den Empfang seitens des Sklaven, bezw. seine Ratihabition, in der Absicht, Eigentum zu erwerben, den nötigen Eigentumswillen leistet, natürlich nur, wenn consensus rücksichtlich des Destinatars mit dem Tradenten vorliegt. Die Absicht des Sklaven ist gleichgültig.

Was nun den Prokurator betrifft, wird für Iulianus *dessen* Absicht bei dem Empfang in den Traditionsakten in entsprechender Weise entscheidend, weil er in der Tat als *selbständiges* vermittelndes Glied bei der fraglichen Eigentumsübertragung aufgefasst wird. D. h. er wird als ein gewöhnlicher Mandatar behandelt. Es ist zu beachten, dass noch zur Zeit des Gaius die unmittelbare Besitzvermittlung durch den Prokurator gar nicht allgemein angenommen war: tantum de possessione *quæritur*, an . . . (Gaius I, 2, 95). Dass der *Sabinianer* Iulianus zu den Juristen zu rechnen ist, die eine solche Vermittlung nicht anerkannten, ergibt sich aus Folgendem.

Afric.-Iul. (l. 8 Quæst.) D. 17, 1, 34 pr. sagt: Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quæsitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usuræ peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia *tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt:* item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum, et in proposito igitur dicendum *actione mandati* obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat. Die Sachlage ist vollkommen klar. Der Prokurator hat mit dem Empfang des debitum nicht dem *dominus* das Geld erworben. Ein Übergang des Eigentumsrechtes an dem Gelde vom dominus auf den Prokurator durch eine spätere Übereinkunft (traditio brevi manu) ist also unmöglich. Ein solcher Eigentumsübergang ist jedoch für das formelle mutuum notwendig. Zwar soll pecunia credita vorliegen, wenn mein debitor nach meiner Verfügung credendi causa dir das Geld überlässt. Dies ist aber nur eine Ausnahme, die nicht ratione iuris gilt. (Eine andere Auffassung in dieser Frage tritt bei Celsus D. 24,1,3, 12 und Pomp. D. 47,2, 44 pr. hervor.) Im Gegenteil kann nach rein rechtlichen Prinzipien mutuum auf die Weise formell konstituiert werden, dass der Deponent dem Depositar durch blosse Übereinkunft (traditio brevi manu) das deponierte, *ihm selbst gehörige* Geld überlässt. Der Prokurator ist nur durch das ursprüngliche Mandat *formell* gebunden — die *actio* ist actio mandati — wobei jedoch

eine spätere Übereinkunft rücksichtlich des Zinses, der von ihm als *auch* materiellem Darlehensnehmer bezahlt werden soll, als integrierender Bestandteil des Mandates wirksam wird. Dies, *trotzdem* sich das Geld bei dem Prokurator auf seine eigene Gefahr befindet, ganz wie im Falle pecunia credita. D. h. das Geld *gehört* dem Prokurator, er ist aber nicht *idem*, sondern nur *tantundem* dem dominus zu erstatten schuldig, weshalb natürlich das Schicksal, das die individuellen Münzen trifft, nicht auf die Pflicht des Mandatars einwirkt. Dieses letztere ist eine Folge der den Inhalt des Mandats modifizierenden Übereinkunft betreffs einer Anleihe des Prokurators. Iulianus beleuchtet den Fall durch eine analoge Transaktion. Ich überlasse dir in der Absicht, dir ein Darlehen zu geben, Silber zum Verkauf. Das Geld, das du als Bezahlung erhältst, wird nicht formal pecunia credita. Deine Pflicht, es mir zu erstatten, ist formal nur eine Mandatspflicht, obgleich die in das Mandat eingeschlossene Übereinkunft betreffs deines Rechtes, es als Darlehen zu behalten, deine Mandatspflicht insofern modifiziert, dass du tantundem, nicht idem mir zu leisten pflichtig bist und also die individuellen Münzen ganz auf deine eigene Gefahr bei dir sind. Natürlich *gehört* dir das empfangene Geld nicht infolge der *Darlehensübereinkunft*, sondern auf Grund des Mandats. Kraft dieses bist du — laut römischer Anschauung — selbst Verkäufer und empfängst im eigenen Namen die Bezahlung. LAST, a. a. O. S. 65 nimmt an, dass *vor* dem Eintreiben eine Übereinkunft über ein Darlehen an den Prokurator vorliege und *deshalb* hier das eingetriebene Geld das Eigentum des Prokurators, nicht des dominus werde. Dies widerstreitet aber den klaren Worten: *cum exegisset*, epistulam ad eum emisit, qua significaret . . . quæsitum est, an *ex ea causa* etc. Ausserdem ist es vollkommen gleichgültig, ob eine Übereinkunft der bezüglichen Art *vor* oder *nach* der Eintreibung stattfand. Wenn der Prokurator als solcher unmittelbar dem dominus erwürbe, würde er natürlich sowohl im einen als im anderen Falle mit der Eintreibung dem dominus erwerben, obgleich er im ersteren Falle unmittelbar das Geld vom dominus auf sich selbst übertragen würde. Umgekehrt kann er, wenn er ein gewöhnlicher Mandatar ist, nur sich selbst erwerben, welche besonderen Übereinkünfte er auch mit dem dominus getroffen haben mag. In dem als analog angeführten Falle geht ja wirklich die Darlehensübereinkunft dem Empfang des Geldes vorher. Und doch ist es offenbar, dass hier das Geld dem Mandatar unmittelbar gehört, weil er selbst zufolge des Mandats formal der Verkäufer ist, keineswegs weil er ein Versprechen über ein Darlehen erhalten hat. Übrigens *beweist* ja der Vergleich selbst direkt, dass Iulianus den Prokurator in der fraglichen Beziehung als einen gewöhnlichen Mandatar betrachtet hat. Die Person, die das Silber zum Verkauf empfängt, ist natürlich kein Prokurator, sondern *formell* ein gewöhnlicher Mandatar, *materiell* zugleich ein Darlehensnehmer.

Dasselbe geht aus der schon angeführten Stelle: D. 46, 3, 38,1 hervor.

Hier wird vorausgesetzt, dass nach dem iussus an den Schuldner, dem Titius zu bezahlen, letzterem die Annahme des Geldes *ohne Wissen des Schuldners* verboten wird. Wenn der letztere jetzt dem Titius bezahlt, wird er befreit, falls dieser nicht das Geld in der Absicht empfängt, es für sich zu behalten. In letzterem Falle verliert der Schuldner sein Eigentum nicht und Titius ist ein Dieb. Beachte, dass »Titius» hier wenigstens ein Prokurator sein *kann*. Er ist *jede* Person, die sich in der erwähnten Rechtslage befindet. Diese passt jedoch besonders gut für einen Prokurator, und da Ulpianus in der Parallelstelle D. 46,3,18 einen Prokurator meinen muss, kann man sogar annehmen, dass Iulianus, auf den Ulp. sich anscheinend bezieht, in erster Linie an einen solchen gedacht hat. Nach dem Verbot befindet sich der Prokurator, wenn er von Unterschlagungsabsicht frei ist, gegenüber dem seine veränderte Stellung nicht kennenden Schuldner, der iussus, ihm zu bezahlen, erhalten hat, in derselben Lage, als ob er noch immer ein Prokurator wäre. Daher kann ihm der Schuldner dann rechtsgültig bezahlen. Nur der Diebstahl verhindert die Befreiung des Schuldners. Unmittelbar kann damit allerdings nicht entschieden werden, ob durch den Diebstahl der Eigentumsübergang auf den *dominus* oder auf den *Prokurator* selbst verhindert wird, ob also normaliter der Schuldner durch den einen oder den anderen befreit wird. Aus dem Nachfolgenden aber geht hervor, dass die letztere der genannten Alternativen angenommen werden muss: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, *quia nummi mulieris non fiunt*, debitorem non liberari. Es würde keine Parallelität und kein Grund, diesen Fall hier zu erwähnen, vorliegen, wenn im *ersteren* Falle die Befreiung des Schuldners ausgeschlossen wäre, weil das Eigentum nicht auf den *Deleganten* selbst, im *letzteren*, weil es nicht auf den *Delegatar* überginge. Wenigstens müsste Iulianus, wenn er im Hauptfalle Eigentumsübergang auf den dominus gemeint hätte, geschrieben haben: quia nummi *neque mariti* neque mulieris fiunt. (Beachte, dass der gleichzeitige Celsus in dem als erläuterndes Beispiel angeführten Falle Eigentumsübergang auf den *maritus* annimmt: Ulp. D. 24,1,3,12.)

Iul. D. 46,3,34,7 heisst es: Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fiunt. Beseler, Beitr. 4, S. 53 erklärt: »Durch des Titius Griff ist Titius mangels Eigentumswillens, bin ich mangels Besitzes- und Eigentumswillens nicht Eigentümer geworden. Durch den nachträglichen Besitzerwerb mit Eigentumserwerbswillen, werde ich Eigentümer, weil der Schuldner an seine Eigentumsübertragungsofferte gebunden ist. (Die Liberation des Schuldners geschieht in dem Augenblicke der ermächtigungsmässigen, vom Veräusserungswillen begleiteten Hingabe des Geldes an Titius, sie ist auch dann gültig, wenn Titius das Geld weder selbst erwirbt noch mir weitergibt.)» Diese Erklärung setzt voraus, dass der Schuldner rechtlich befreit

werden kann, auch wenn er selbst das Geld als sein Eigentum behält, was für Iulianus (siehe Afr. Iul. D. 46,3, 38,1) und anscheinend für jeden römischen Juristen ein Unsinn ist. Aus der bezüglichen Stelle geht in der Tat hervor, dass »Titius» selbst im vorliegenden Fall das Eigentumsrecht erwirbt. Er hat den Eigentumswillen, obgleich er das Geld empfangen zu haben glaubt, um es dem dominus zu überbringen. Das ea mente acceperit, ut meos nummos faceret *muss* hier bedeuten: als mein Mandatar (in meinem Namen) empfing. Beachte nun, dass »Titius» hier wie in D. 46,3, 38,1 ein Prokurator sein kann und dass Iulianus zunächst einen solchen gemeint haben muss. Wie würde »Titius» sich sonst erklären, dass, wie er voraussetzt, der Schuldner den Auftrag erhalten habe, *ihm* das Geld zum Überbringen an den Gläubiger zu leisten? Wenn er selbst keinen Auftrag vom Gläubiger erhalten hat, Schuldbezahlungen überhaupt für seine Rechnung zu empfangen, ist er ja gar nicht verpflichtet, sich mit seinen Geschäften abzugeben. Also verweist auch diese Stelle darauf, dass Iulianus keinen unmittelbaren Besitzerwerb durch den Prokurator anerkennt. Weiter verbreitet sie Licht über die richtige Bedeutung gewisser in Iul. D. 41,1, 37,6 angewandter Ausdrücke: si procuratori rem tradideris, ut meam faceres und is hac mente acceperit, ut suam faceret. Sie beziehen sich ebensowenig wie der entsprechende Ausdruck in D. 46,3,34,7 auf die Frage, wer unmittelbar Eigentümer werden soll, sondern bedeuten nur: wenn du die Sache dem Prokurator als meinem Mandatar — in meinem Namen — überliessest, bezw. er empfing als selbständiger Destinatar — im eigenen Namen. (So übersetzt auch Bas. 50,1 V, S. 43 (Heimb.): ὀνόματι μου und ἰδίᾳ). Damit ist natürlich nichts über die Frage gesagt, ob der Mandatar als solcher unmittelbarer Stellvertreter ist oder nicht.

Es mag nur noch hinzugefügt werden, dass sich der Standpunkt des Iulianus in der Frage, ob die Absicht des empfangenden Prokurators relevant ist oder nicht, vollkommen aus seinem Prinzip begreifen lässt. Da der Prokurator unmittelbar für sich selbst Besitz und Eigentum erwirbt, muss eine fehlerhafte Voraussetzung rücksichtlich des Destinatars den Akt ungültig machen. Allerdings sagt derselbe Iulianus D. 41,1, 36, dass der dissensus rücksichtlich der causa gleichgültig ist, wenn man nur bezüglich des Eigentumsübergangs übereinstimmt. Jedoch geht aus den Beispielen hervor, dass Iul. dabei voraussetzt, dass der Empfänger selbst der Destinatar ist, zu dessen Gunsten wirklich die Eigentumsübertragung nach der Absicht des Überlassenden erfolgen soll. Nur wenn der Prokurator bei einer Schuldbezahlung annimmt, dass der Destinatar der dominus sei, während er es in Wirklichkeit selbst ist, geht das Eigentum über (D. 46,3, 34,7), weil in diesem Falle der Prokurator doch unmittelbar die Sache für sich selbst haben will, insofern überhaupt etwas agiert wird, und die Absicht des Prokurators, die Sache später dem dominus zu überlassen, dem das Geld nach dem Bezahlungsiussus des Gläubigers dem Prokurator gebenden Schuldner gleichgültig ist. Um wie viel sicherer muss

dann nicht die Befreiung des Schuldners sein! Aus demselben Prinzip bezüglich des Prokuratorerwerbs folgt auch, dass nach Iulianus der Prokurator, dem ohne Wissen des Schuldners verboten wird, Schuldbezahlungen zu empfangen, durch Unterschlagungsabsicht *jeden* Eigentumsübergang verhindern muss.

Aus dem Gesagten ergibt sich indessen klar, dass Iulianus bei der Behandlung der Frage, ob der Prokurator als dem dominus unmittelbar Besitz erwerbend selbst den Besitzwillen für ihn leisten kann, vollständig beiseitezuschieben ist.

Es scheint, als ob die *Prokulianer* Celsus und Neratius unter den ersten gewesen sind, die den unmittelbaren Besitzerwerb durch den Prokurator gelehrt haben: Celsus D. 41,2,18 pr., Ner. D. 41,3, 41 . . . quamvis per procuratorem possessionem apisci nos *iam fere conveniat* . . . sowie D. 41,1, 13 pr., schon oben S. 91 angeführt und als Stütze für unsere Meinung, dass der Prokurator selbst nicht den nötigen Besitzwillen leisten kann, verwandt. Neratius lässt nämlich hier die Besitzvermittlung bei Kauf durch das Mandat des dominus bedingt sein. Indessen heisst es gerade hier: . . . dominium mihi adquiritur etiam ignoranti. Bedeutet das nicht, dass ein Besitzwille des dominus nicht nötig ist? SCHLOSSMANN, Der Besitzerwerb durch Dritte (1881), S. 127 ff. findet einen Widerspruch in der Neratiusstelle, indem er die ignorantia das Fehlen des Besitzwillens einschliessen lässt, einen solchen Willen *seitens* des dominus aber durch die Mandatsbedingung gefordert findet. In dem Ausdruck *etiam ignorantes* betreffs des Besitzerwerbs durch einen Sklaven oder filius fam. ex peculiari causa, z. B. bei Paulus D. 41,2,1,5 könnte diese Bedeutung natürlich erscheinen. Hier steht er nämlich offenbar in Zusammenhang mit der Usukapierungsmöglichkeit. Wir possidieren in diesem Falle etiam ignorantes *vollständig*, also auch ad usucapionem. Die Abwesenheit der eigenen bona fides (deshalb nicht die Anwesenheit der *mala* fides: Pap. D. 41,3, 43,1) soll hier gleichgültig sein, und dies wird durch die Phrase ausgedrückt. Es ist klar, dass die bona fides eine Qualität des Besitzwillens selbst ist, weshalb auch die fragliche ignorantia den Besitzwillen berühren muss. Ihre Irrelevanz muss die Irrelevanz des Besitzwillens seitens des dominus bedeuten. Derselbe Ausdruck hat ja auch bei Pap. D. 41,2, 49,2, Paulus D. 41,3,47 und in der bekannten Severischen Konstitution C. 7, 32,1 (a. 196) Zusammenhang mit der Frage über die Usukapierungsmöglichkeit bei vermitteltem Besitzerwerb. Diese Möglichkeit soll bei dem Erwerb des ignorans dominus durch den Prokurator *ausgeschlossen* sein. Was bedeutet aber positiv die *angenommene* Usukapierungsmöglichkeit bei dem vermittelten Besitzerwerb des ignorans Besitzers? Sie bedeutet positiv, dass der Besitzwille des Besitzers durch den der besitzvermittelnden Person ersetzt oder repräsentiert werden kann. Ihre eigene bona fides ersetzt diejenige des dominus. Umgekehrt: wenn nicht eine vermittelte Usukapierung bei der ignorantia des Besitzers möglich ist, kann der Besitzwille der vermittelnden Person den des Besitzenden nicht ersetzen. Denn die bona fides ist nur eine

Qualität des Besitzwillens. Gilt der Besitzwille der vermittelnden Person als der der Person, welcher Besitz vermittelt wird, so ist auch die bona fides der ersteren bei ihrem Besitz im Namen der letzteren als zu dieser selbst gehörend zu betrachten, und die vermittelte Usukapierung liegt vor (falls sie nicht durch wirkliche mala fides des Besitz Empfangenden gehindert wird). Da nun die mögliche ignorantia des Besitzenden bei Vermittlung durch den Prokurator Usukapierung ausschliesst, kann hier die Möglichkeit einer solchen ignorantia nicht bedeuten, dass der Prokurator für den dominus den nötigen Besitzwillen leisten kann. Was bedeutet sie dann? Sie schliesst in sich, dass eine Person, die dem Prokurator den Willen zu besitzen erklärt hat, und, wenn der letztere laut dieser Erklärung sich der Sache bemächtigt, auch durch ihn besitzt, darüber in Unkenntnis sein darf, dass dies geschehen ist. Es ist indessen natürlich, dass der dominus, der zu possidieren anfängt, ohne dieses zu wissen, nicht als bona fide possidierend = das Ding als vermeintes Eigentum possidierend anerkannt werden kann. Wie kann ich z. B. glauben, dass eine eingekaufte Sache, die meinem Prokurator tradiert ist, mein ist, ehe ich weiss, dass sie tradiert ist und damit von mir possidiert wird? Eine solche Unkenntnis kann nun vorhanden sein, auch wenn durch einen Sklaven nicht ex peculiari causa Besitz erworben wird. Laut Ulp. D. 47,2, 14,17 wird der Adressat Besitzer und Eigentümer im selben Augenblicke, wie sein Sklave den Brief empfangen hat. Vgl. Ulpianus D. 39,5,6 (über Besitzerwerb durch einen mercennarius, der mutmasslich wie ein Sklave behandelt wurde) und Paulus contra Labeo D. 41,1,65 pr. (durch einen tabellarius). Natürlich kann der Herr in Unkenntnis darüber sein, dass der Sklave wirklich die Sache empfangen hat und also Besitz erworben ist. Dies gilt noch deutlicher bezüglich des servus pecuniis exigendis præpositus, der unmittelbar durch den Empfang des ex contractu domini Bestimmten den Schuldner liberiert, also dem dominus erwirbt. Siehe Ulp. D. 46,3, 18. Darum kann Paulus D. 41,3, 31,3 sagen: Si servus meus vel peculiari nomine vel etiam *meo nomine* quid tenet, ut ego per eum *ignorans* possideam vel etiam usucapiam . . ., vgl. Ulp. D. 41,2, 34,2. Und doch wird auf Grund eindeutiger Quellenstellen allgemein und mit Recht angenommen, dass der Sklave, der nicht aus peculiari causa dem dominus erwirbt, nicht seine Usukapierung vermitteln, also nur das Besitzcorpus leisten kann. Wenn Last a. a. O. S. 55 zu beweisen versucht, dass ignorantia in Besitzfragen immer einen Mangel an Besitzwillen einschliesst, beruft er sich auf solche Stellen, wie D. 41,2,3,3 und D. 10,4,15, die den *unmittelbaren* Besitzerwerb betreffen, und die er missversteht. Es ist selbstverständlich klar, dass die Unkenntnis darüber, dass ein in dem Boden, den man selbst beherrscht, versteckter Schatz existiert, in sich schliesst, dass man *nicht einmal* die naturalis possessio des Schatzes hat und *darum* die Sache nicht possidieren kann. Denn was wäre die rein natürliche Beherrschung, wenn man nicht weiss, dass man über die Sache verfügen kann? Wenn eine Kette einen Menschen bindet, hat sie damit keine natürliche Herrschaft. Deshalb betrachten ja Neratius und Pro-

culus nach der Paulusstelle D. 41,2,3,3 die *scientia* als schon zur naturalis possessio gehörend. (Dieses keineswegs von Brutus und Manilius a. a. O. *prinzipiell* bestritten. Sie meinen nur, dass das für die Possidierung des Schatzes erforderliche Wissen mit der Beherrschung des Bodens gegeben ist, von dem man weiss, dass man über ihn verfügen kann.)

Man muss zwischen *Besitzwillen* — dem Willen, die Sache im rechtlichen Sinne zu possidieren — und dem blossen Wissen, dass man über sie selbständig verfügen kann, scharf unterscheiden. Das letztere gehört zum Besitzcorpus, das ohne dies nichts wäre. Dieses Wissen kann immer der Sklave auch ohne peculiaris causa ebenso wie der Prokurator dem dominus leisten. Wenn aber ich selbst unmittelbar Besitz erwerbe, kann es mir natürlich nicht an diesem Wissen fehlen. Ignorantia bedeutet *immer* die Abwesenheit dieses für das Besitzcorpus nötigen Wissens, obgleich ihr Vorhandensein unter ungleichen Umständen verschiedene Wirkungen haben kann.

1. Unmittelbarer Besitzerwerb ist bei der ignorantia unmöglich: Paulus-Neratius-Proc. D. 41,2,3,3.

2. *Possessio* durch den Prokurator ebenso wie durch den Sklaven und den filius fam. ohne peculiaris causa ist bei der fraglichen ignorantia nur möglich, wenn der Possidierungswille durch Befehl (Mandat) oder nachfolgende Genehmigung (Ratihabierung) gegeben ist. Rücksichtlich des Prokurators geht dies — wenn wir von der vorhergehenden allgemeinen Untersuchung über die Bedeutung des Besitzwillens absehen — daraus hervor, dass in den Fällen, in welchen die vorausgesetzte Rechtslage bei der ignorantia näher bestimmt ist, wie bei Neratius D. 41,1,13 pr., und nicht nur allgemeine Sätze aufgestellt werden, von einem Mandat oder Ratihabition gesprochen wird. Beachte besonders, dass der dominus, wenn er beim Befehl an den Prokurator bezüglich des wesentlichen Charakters der Sache irrt, nach Ulp. D. 41,2, 34,1 (wenn unechte Zusätze weggelassen werden: siehe oben S. 94 f.) nicht durch den Prokurator possessor wird. Rücksichtlich des Sklaven oder filius fam. geht es daraus hervor, dass *restriktionslos* Erwerb durch eine solche Person bei ignorantia des Possidierenden nur möglich ist, wenn peculiaris causa vorliegt, d. h. nur *dann* kann die ignorantia absolut sein, derart dass der Possidierende nicht nur keine Kenntnis davon haben kann, dass der Sklave oder der filius fam. die Sache detiniert, sondern auch nicht zu wissen braucht, dass der Untergeordnete den Erwerb solcher Macht angestrebt hat. Beseler's Textänderungen, um die entgegengesetzte Meinung zu begründen, willkürlich: Paulus D. 41,2,1,5 (vollkommen willkürliche Textänderung Beitr. 4 S. 63), Paulus l. c. l. 3,12 (B. a. a. O. nimmt ohne Grund eine Textänderung vor, wodurch der zweite Teil der Äusserung nicht weiter als *Ausnahme* auftritt, wie er es doch sein soll), Ulp. D. 41,2,4: Quidquid filius peculiari nomine adprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignorat in sua potestate filium. amplius etiam si filius ab alio tamquam servus possideatur, idem erit probandum. (B. a. a.

O. S. 64 streicht »peculiari nomine», weil in beiden Fällen der Sohn schwerlich ein väterliches peculium habe. Warum nicht? Z. B.: die Emanzipation ist formell verfehlt. Der Vater weiss es nicht. Der Sohn behält sein peculium. B. scheint nicht zu merken, dass mit einer solchen Textänderung Ulp. in Widerstreit mit sowohl Gaius I. 2, 92 als Paulus D. 41,2,1,6: über Erwerb durch bona fide serviens, sei er liber, sei er alienus servus, kommen würde), Paulus D. 41,2,32,2 (B. streicht a. a. O. peculiari nomine!), Pap. D. 41,2, 44,1 (B. S. 65 verfährt auf dieselbe Weise!). Umgekehrt ist die mögliche ignorantia gar nicht restriktionslos gedacht bei Paulus D. 41,3, 31,3: Si servus meus vel filius peculiari vel etiam *meo nomine* quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam. . . Es ist doch vollkommen undenkbar, dass ein Possidieren *meo nomine*, zu dem ich weder Auftrag noch nachfolgende Genehmigung gegeben habe, mich berühren sollte, so dass ich z. B. deshalb durch interdictum de precario belangt werden könnte. »Meo nomine tenere» muss darum, insofern es rechtliche Bedeutung hat, ein Detinieren im Einverständnis mit mir in sich schliessen. Dies wird auch von den Quellen bestätigt. Gaius sagt I. 4, 153, nachdem er den colonus, den inquilinus und andere mit *Genehmigung* des Oberhauptes detinierende Personen erwähnt hat: et *hoc* est, quod volgo dicitur retineri possessionem posse per *quemlibet*, qui *nostro nomine* sit in possessione; vgl. Gaius D. 41,2,9: Generaliter quisquis omnino *nostro nomine* sit in possessione, veluti *procurator*, *hospes*, *amicus*, nos possidere videmur. — Bei Ulpianus ist es sogar für den vermittelten Besitzerwerb ohne peculiaris causa gleichgültig, ob der Vermittler *subjektiv* nomine domini detiniert, wenn nur ein Auftrag vorliegt. (Siehe oben S. 92 f.). — Bei Ulp. D. 47,2, 14,17, D. 39,5,6, D. 46,3,18 und Paulus D. 41,1, 65 pr. wird vorausgesetzt, dass der besitzerwerbende Sklave einen Auftrag dazu erhalten hat.

3. Usukapierung in den unter 2. genannten Fällen ist unmöglich (allgemein anerkannt), weil bona fides im Besitzerwerb, die eine Qualität des Besitzwillens ist, ohne das fragliche Wissen unmöglich ist.

4. Usukapierung bei ignorantia im Falle des vermittelten Erwerbs ex peculiari causa möglich (allgemein anerkannt), weil *hier* der Besitzwille durch das Werkzeug ersetzt werden kann.

Sokolowski's Versuch, Die Phil. im röm. Rechte II (1907), S. 379 ff., die fragliche ignorantia als Abwesenheit des Besitzwillens darzustellen, ist noch verfehlter als der von Last, da nicht nur ohne Unterschied Stellen, die die Bedingungen für den unmittelbaren und den mittelbaren Besitzerwerb enthalten, kritiklos zusammengeworfen, sondern auch besondere Bedingungen für die Usukapierung der res furtiva als allgemeine Voraussetzungen für Besitzerwerb behandelt werden. — Es geht aus der hier gegebenen Untersuchung hervor, dass die Interpolationstheorie rücksichtlich des Ausdrucks ignoranti bei Neratius a. a. O. und ähnlicher Ausdrücke in derartigen Fällen (siehe z. B. Riccobono Sav. Z. 31, 1910, S. 358) völlig verfehlt ist.

benden oder ratihabierenden dominus körperlich Besitz zu erwerben betrifft, ist zu beachten, dass hier eigentlich eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln vorliegt. Diese Fähigkeit war noch zu Gaius' Zeit bestritten, und zwar von Iulianus selbst.[1] Für Paulus ist sie ein utilitatis causa receptum.[2] Wahrscheinlich hat man gedacht, dass eine quasi-potestas über den Prokurator seitens des dominus vorliege und deshalb der erstere in Analogie mit dem Sklaven oder dem Freien in potestate als Organ des dominus wirke.[3]

§ 7

Von der Besitzvermittlung durch den Pächter etc. als abhängig von dessen vorausgesetzter mystischer Anwendung der Kraft des Oberhaupts bei dem eigenen körperlichen Besitz.

Zur Gewinnung von Klarheit in der Frage der Möglichkeit der Besitzvermittlung ist es nötig, auf die Bedeutung der *naturalis possessio* Rücksicht zu nehmen, die dem Lokatar, Depositar oder Kommodatar als selbst rem tenens oder detinens oder als in possessione seiend zuerkannt wird. RICCOBONO[4] hat nachgewiesen, dass naturalis possessio dasselbe wie corporalis possessio ist. Nun ist es indessen offenkundig, dass naturalis possessio als Bezeichnung für die blosse detentio diese in Gegensatz stellt zur possessio im juridischen

---

Aus den angegebenen Gründen muss also SCHLOSSMANN's, IHERING's, MITTEIS', KNIEP's u. a. negative Position in der Frage, ob der Prokurator wirklicher Stellvertreter war, als richtig betrachtet werden. Hier sind indessen neue Argumente gegeben mit besonderer Berücksichtigung der neueren Literatur.

[1] Siehe oben S. 97 ff.

[2] Sent. 5, 2, 2, dasselbe wird C. 7, 32, 8 (a. 294) gesagt.

[3] Der procurator omnium bonorum war gewöhnlich ein freigelassener Sklave; siehe SCHLOSSMANN, a. a. O. S. 12 ff. Bei Celsus D. 41, 2, 18 pr. wird zweimal von einem *ministerium* gesprochen. Siehe übrigens MITTEIS, R. Prr. I, S. 212[28] und KNIEP, Gaius 2 (1912), S. 283.

[4] Sav. Z. 31 (1910), S. 325 ff.

Sinne: sowohl zur possessio als Usukapionsbesitz wie auch zur possessio im Sinne der Interdikte. Sollte denn die naturalis possessio im angegebenen speziellen Sinne der bloss körperliche Besitz sein? Wenn man darunter versteht, dass der Wille zu besitzen, also der animus possidendi vermisst wird, gerät man in die Schwierigkeit, dass durchaus nicht gesagt werden kann, dass der detentor bei der Übereinkunft mit dem Oberhaupt, welche allein für die Konstituierung des Innehabens als blosse naturalis possessio Relevanz hat, des Willens zu dem Erwerb des körperlichen Besitzes ermangle. Riccobono bezeichnet die naturalis possessio im speziellen Sinne als »ein Verhältnis, welches jeden Schutzes des prætorischen Rechts entbehrt und sonst im Rechte gar keine Rolle spielt».[1] Diese Definition ist unverständlich. Die naturalis possessio im speziellen Sinne, welche beim ususfructus[2] vorliegt, erfreut sich des Interdiktsschutzes betreffs eines fundus, eines Schutzes, welcher mit dem durch das Interdikt unde vi parallel geht.[3] Der, welcher naturaliter possidiert als missus in possessionem, ist durch das Interdikt geschützt: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.[4] Sagt man nun, dass dieser Schutz dennoch nicht Schutz der naturalis possessio *als* possessio war, so hat dies nur dann einen begreiflichen Sinn, wenn man hinzufügt, dass die spezielle naturalis possessio *als* possessio nicht geschützt werden konnte, weil sie *in Wirklichkeit* keine possessio war, obgleich sie infolge der physischen Macht, die sie einschloss, als eine possessio *hervortrat*. Aber unter solchen Umständen ist es offenbar, dass das Charakteristikum der speziellen naturalis possessio darin erblickt werden sollte, ein physisches Innehaben zu sein, das bloss scheinbar possessio ist, keineswegs darin, dass sie nicht von Interdikten *als* possessio geschützt ist, was eine blosse Folge ihres ursprünglichen Charakters ist. (Die Worte von Riccobono »und sonst im Rechte gar keine Rolle spielt» sind wohl nur ein Lapsus. Beachte, dass die Besitzvermittlung gerade durch die spezielle naturalis possessio, obgleich auch durch andere Umstände, bedingt ist.)

---

[1] A. a. O. S. 327.

[2] Ulp. D. 41,2,12 pr., Pap. D. l. c. l. 49 pr. [3] Fr. Vat. 91.

[4] D. 43,4, tit. Dasselbe ist übrigens vom Superfiziar zu sagen: Ulp. D. 43,18. 1 pr.

Es ist auch zu merken, dass die klassischen Juristen ausdrücklich betonen, dass die detentio als naturalis possessio keineswegs eine wirkliche possessio ist.[1] Wenn man wie RICCOBONO und seine Nachfolger dies so erklärt, dass der detentor keine Interdiktspossession habe, und das einfache possidere (ohne den Zusatz civiliter oder naturaliter) in der klassischen Jurisprudenz als eine solche Possession auffasst[2], ist dies eine Vergewaltigung der Quellen. Wenn die Juristen sagen, dass der blosse detentor nicht possidiert, so *muss* dies bedeuten, dass die sog. naturalis possessio, sofern sie sich beim detentor findet, trotz des Scheines kein wirklicher Besitz ist. Es kann nicht bedeuten, dass sie nicht unter *eine gewisse Art* von Besitz fällt, wohl aber unter eine andere. Sonst unterstellt man ihnen eine Anwendung des Genus für die Bezeichnung der Species, die ohne Erwähnung dessen, dass sie das Wort in irgendeinem speziellen Sinne nehmen, geschehen würde. Es ist auch nachgewiesen, dass die naturalis possessio bei der detentio gar nicht immer des Interdiktsschutzes entbehrt und dass die Bezeichnung dieses Schutzes als nichtpossessorisch dazu führt, dass sie nicht als wirkliche possessio betrachtet werden darf.[3]

Aber wenn die naturalis possessio bei der detentio keine *wirkliche* possessio ist, fragt es sich, welcher Gedanke es ist, der eine solche Betrachtungsweise bestimmt. Es ist dabei zunächst zu bemerken, dass, wenn der Sklave dadurch, dass er naturaliter possi-

[1] Über Pächter und Mieter, Depositar und Kommodatar siehe (ausser Gaius I. 4,153) Paulus D. 41,2,3,20, Iul. 41,3,33,1, Celsus D. 41,2, 18 pr.; über ususfructus Gaius I. 2,93, Ulp. D. 43,26,6,2, D. 10,4,5,1, D. 43,3,1,8, Fr. Vat. 90 u. 91; über missus in possessionem Pedius D. 6, 1, 9, Ulp. D. 41, 2, 10, 1, Paulus D. 41,2,3, 23.

[2] RICCOBONO, a. a. O. S. 336 f.

[3] Es mag übrigens gegen R. bemerkt werden, dass das einfache possidere ebensogut von der possessio angewandt wird, welche nicht Interdiktsschutz geniesst: Ulp. -Iul. D. 41,2,1,15: ad unam enim causam tantum videri eum (servum pignori datum) a debitore possideri, ad usucapionem, vgl. Iav. D. 41, 3, 16. Beachte auch Licinius Rufus D. 41,3,25 und Paulus-Nerva fil. D. 41,2,1,14: possideri autem ideoque interim etiam usucapi. Die possessio des servus fugitivus gilt nur ad usucapionem (Ulp.-Iul. D. 47,2,17,3), und doch sagt Paulus ohne weiteres Sent. 2, 31, 37 und 4, 14, 3, dass ein solcher Sklave vom dominus possidiert wird.

diert — die einzige Art, in der er überhaupt possidieren kann[1] — dem Herrn Besitz vermittelt, dem, welchem er bona fide servit oder dem Usufruktuar, diese den wirklichen körperlichen Besitz innehaben, trotzdem der Schein dagegen spricht. In dieser Hinsicht ist der Sklave dem Pächter im Verhältnis zum Verpächter gleichzustellen.[2] Was nun den Sklaven betrifft, kann ja darüber kein Zweifel obwalten, dass ihn seine rechtliche Subordination unter den Herrn, den ihn bona fide oder iuste possidierenden oder den Usufruktuar, zu einem blossen Werkzeug desselben macht und verursacht, dass *seine* körperliche Macht über ein Ding die des ihn Beherrschenden wird. Bei diesem findet sich die *tätige* Kraftquelle, welche die toten Kräfte des Sklaven verwendet, wenn man die Sachlage vom Gesichtspunkte der zivilrechtlichen Betrachtungsweise ansieht, für welche die natürlichen Machtverhältnisse nicht immer die *Wirklichkeit* ausdrücken. Der Herrscher ist daher das wirkliche Subjekt der Possidierung. Zwar wird der Sklave als Werkzeug verwendet, aber da er aller wirklichen Selbständigkeit entbehrt — ein blosses Ding ist — ist der erstere der allein tätige. Wenn ich einen Menschen mit Ketten binde, bin ich allein, nicht die Ketten

[1] Ulp. D. 45,1, 38,7, Pap. D. 41,2, 49,1.

[2] Paulus sagt D. 41,2,3, 12: quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. BESELER Beitr. 4,72 ändert den Text willkürlich in: . . . colonus, *cuius* corpore . . . Obgleich man per quem anstatt per quos erwarten sollte, liegt kein Grund zu BESELER's radikaler Textänderung vor. »Corpore possidebam» bedeutet hier dasselbe wie »corporaliter possidebam» und steht in Gegensatz zu dem: amino retinebo possessionem. Vgl. Paulus Sent. 5,2,1: Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Dieselbe abstrakte Bedeutung hat der Ausdruck bei Ulp. D. 43, 16,1, 24: Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi . . . vi deiectus videtur. ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore. Auch wenn die Worte von ademisti bis corpore eine Paraphrase sein sollten, geht aus dem Zusammenhang hervor, dass es sich um die Möglichkeit handelt, von einer possessio zu vertreiben, die solo animo retinetur, wobei vorausgesetzt werden muss, dass keiner von den eigenen Leuten den Besitz aufrechthält. Siehe Gaius I. 4, 153. Dieselbe abstrakte Bedeutung hat das Wort corpore in § 26 l. c.

als bindend tätig. Obgleich der Sklave, natürlich gesehen, zu wirklicher Tätigkeit fähig ist, ermangelt er juridischen vom Gesichtspunkte dieses Vermögens. Er kann darum nichts rechtlich wirklich possidieren. Damit aber ist die Natur der Besitzvermittlung durch den Pächter und die ihm gleichgestellten Besitzvermittler klar. Obwohl hier kein rechtliches Subordinationsverhältnis vorliegt, ist doch *das Rechtsverhältnis* zwischen dem Oberhaupt und dem Vermittler für die Vermittlung bestimmend. Der Pächter kommt mit dem Verpächter überein, *dessen* persönliche Kraft dazu zu verwenden, das Ding körperlich zu beherrschen, und zwar zwecks Gebrauchs desselben und zwecks der Zueignung des Ertrages. Eine solche Übereinkunft bestimmt für die zivilrechtliche Betrachtungsweise die Wirklichkeit selbst, so dass der Pächter beim Innehaben des Dings wirklich alle persönliche Kraft dazu vom Verpächter empfängt. Darum ist der letztere allein das Kraftsubjekt für die Possidierung. Er allein possidiert in Wirklichkeit. Ebenso verhält es sich in allen derartigen Fällen. Allerdings ist ja der die Kraft des Oberhauptes Gebrauchende selbständig — kein blosses Werkzeug —, aber da diese Selbständigkeit sich hier bloss in der Freiheit, eines andern persönliche Kraft zu verwenden, äussert und gar keine eigene Kraft in bezug auf die Sache in sich schliesst, bleibt die einzige selbständige Kraft hinsichtlich dieser die des Oberhaupts, weshalb dieses allein das Subjekt der Possidierung ist und der Vermittler nur scheinbar eine Macht über die Sache hat. Es ist offenkundig, dass es hierbei keinerlei Rolle spielen kann, ob der Besitzvermittler die Kraft des Oberhaupts im eigenen Interesse, wie bei der Pacht, oder bloss in dessen Interesse wie beim Depositum verwenden soll. Das Verhältnis zwischen dem Inhaber der Kraftquelle und dem Verwender derselben ist doch als solches dasselbe.

Man wird nun sagen, dass dies die reine Mystik sei; aber die römische Possessionslehre ist ebenso wie die römische Rechtsanschauung vollkommen unbegreiflich, wenn man sie nicht bis zu ihren mystischen Wurzeln zurückverfolgt. Wir werden nun die Sachlage beleuchten, indem wir Beispiele aus den Quellen beibringen. Der Faustpfandgläubiger, dem das pignus übergeben ist, besitzt das Pfand vollständig (sowohl animo als corpore; über den Sinn dieser

Terminologie später). Aber der Pfandschuldner besitzt auch, obgleich nur für Usukapierung (nur animo), solange sich das Pfand bei dem Gläubiger befindet.[1] Wenn dasselbe von diesem einer andern Person zum Besitz überlassen werden sollte, hört die Usukapion auf.[2] Aber wenn er das Pfand an den Pfandschuldner vermietet hat, schadet das der Usukapierung nicht; denn dann ist das Verhältnis dasselbe, wie wenn das Pfand beim Gläubiger verbliebe. Ganz dasselbe gilt, wenn das Pfand dem Schuldner precario *ohne* Besitzübergang überlassen wird. Dagegen hebt die Überlassung des Pfandes precario die Usukapierung auf, wenn damit der Pfandschuldner der wirklich Possidierende wird. Denn die *precaria* possessio schliesst als solche Usukapierung aus, und durch den selbst nicht possidierenden Gläubiger kann der Schuldner nicht usukapieren. So nach Iulianus.[3]

[1] Über den Besitz des Pfandschuldners zur Usukapierung siehe Iul. D. 13,7,29, D. 41,3, 33,4, Paulus-Iul. D. 41, 2, 1, 15, Iav. D. 41, 3, 16. Über den vollständigen Besitz des Pfandgläubigers als Bedingung für den Usukapionsbesitz des Pfandschuldners siehe Iul. D. 41, 3, 33, 4: usucapit, quamdiu res apud creditorem est.

[2] Siehe die zuletzt angeführte Stelle.

[3] Iul. D. 41,3, 33,6: Si rem pignori datam creditoris servus subripuerit, cum eam creditor possideret, non interpellabitur usucapio debitoris, quia servus dominum suum possessione non subvertit. sed et si debitoris servus subripuerit, quamvis creditor possidere desinat, tamen debitori usucapio durat, non secus ac si eam creditor debitori [tradidisset] ⟨locavisset?⟩: nam quantum ad usucapiones attinet, servi subtrahendo res non faciunt deteriorem dominorum condicionem. [facilius obtinebitur, si precario possidente debitore servus eius subripuerit, nam] conductio idem præstat, quod si apud creditorem res esset: possidet enim hoc casu creditor: sed et si utrumque intercesserit et precarii rogatio et conductio, intellegitur creditor possidere; et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat. KRÜGER Dig.[12] liest »locavisset» anstatt »tradidisset» unter Hinweis auf Bas. und »conductio» unten. Bas. 50,3, V, S. 60 (Heimb.) beweist nichts. In Wirklichkeit *kann* sowohl das eine als das andere ursprünglich gewesen sein. Der sonst unvermittelte Übergang zur »conductio» macht jedoch KRÜGER's Annahme wahrscheinlich. Die eingeklammerten Worte: facilius — nam können dagegen zufolge der Bas. kaum ursprünglich gewesen sein, weil sie dem hier gegebenen Referat *widerstreiten:* Εἰ ὃ ἐνεχύρασά σοι, μείνῃς ἔχων· (Beachte!) εἰ καὶ δῷς μοι αὐτὸ κατὰ μίσθωσιν ἢ κατὰ παράκλησιν, ἢ καθ' ἑκάτερον τρόπον ἢ ἄλλως, σοὶ νέμομαι. (Beachte!) καὶ ἐὰν ὁ δοῦλός

σου ἢ ὁ δοῦλός μου κλέψῃ αὐτό, οὐ βλάπτομαι περὶ τὴν διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσποτείαν . . . Es wird ja hier vorausgesetzt, dass bei precarii rogatio im Verhältnis Pfandschuldner — Pfandgläubiger immer der erstere dem letzteren Besitz vermittelt, also niemals selbst precario *possidet*. Auch stehen die fraglichen Worte in Widerspruch zu den Schlussworten: et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat. (In Krügers Auflage 12 wird kein Interpunktionszeichen vor *et* gesetzt. Das ist zweifellos fehlerhaft; denn wenn der et-Satz ein mit intellegitur . . . koordinierter Folgesatz zum Satz sed et si . . . wäre, so wäre interposita est, nicht interponitur erforderlich. Beachte: sed et si . . . intercesserit. Die Worte et precarii rogatio non in hoc interponitur . . . bedeuten: *auch* precarii rogatio kommt nicht zu dem Zwecke vor . . .) Ausserdem ist es vollkommen absurd, dass Iulianus *ohne nähere Erklärung* voraussetzen könnte, dass der *precario* possidens Pfandschuldner usukapieren kann, da ja in einem solchen Falle eine Vermittlung durch den körperlichen Besitz des Gläubigers unmöglich ist und der eigene Besitz des Schuldners mit einem die Usukapierung *ausschliessenden* vitium behaftet ist. Wahrscheinlich sind die Worte facilius . . . nam ein späterer Zusatz in margine zum ursprünglichen Digestentexte. Ganz sicher stammen sie nicht von Iulianus. — Über das hier behandelte precario rogare, das auf ein blosses rem tenere (nicht possidere) hinausläuft, in seinem Gegensatz zu dem wirkliche possessio bezweckenden siehe Pomp. D. 41,2, 10,1. — Über die Gewöhnlichkeit der precarii rogatio oder conductio oder beider seitens des Pfandschuldners im *Verhältnis* zum Pfandgläubiger siehe Florentinus D. 13, 7, 35,1 und Ulp. D. 43, 26,6,4. Man sieht indessen aus der behandelten Iulianusstelle, dass dabei die Regel gegolten hat, dass der Schuldner nicht precario rogiert, um wirkliche Possession zu erhalten, sondern nur um die Sache detinieren zu können. Wenn der Schuldner sich die precaria possessio erbitten sollte, ginge er des Usukapierungsvermögens verlustig. Dies geht in der Tat aus der Iulianusstelle hervor. Denn sie betrifft die Bedingungen dieses Vermögens im Ganzen und hebt *in einem solchen Zusammenhang* die angegebene Art der fraglichen precaria rogatio hervor. Nun vergleiche man D. 41,2, 36 aus B. 13 Iul. Dig., wo wirklich gesagt ist, dass die echte precaria possessio des Pfandschuldners im Verhältnis zum Pfandgläubiger die Usukapierung nicht aufhebt: nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non potest, cum plus iuris in possessione habeat, qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet. Das Angeführte *kann* weder für Iulianus noch einen anderen klassischen Juristen ein stichhaltiger Grund für die Usukapierung sein, da die *precaria* possessio mit ihrem die Usukapierung ausschliessenden vitium kein *plus* iuris bezüglich des Usukapionsbesitzes, sondern nur ein *minus* iuris enthalten kann. Dass nur eine plumpe Interpolation vorliegt, geht aufs bestimmteste aus den Einleitungsworten hervor: qui pignoris causa fundum tradit, intellegitur possidere.

Also: der Faustpfandgläubiger possidiert *in Wirklichkeit* immer, auch körperlich, wenn auch der Pfandschuldner als precario rogans, ut ei rem tenere liceat, oder als Lokatar die Sache innehat, d. h. unmittelbar gesehen deren körperlicher Besitzer ist, und zwar deswegen, weil letzterer sich bei der Übereinkunft dahin erklärt, hinsichtlich der Possession nichts anderes zu wollen, als die körperliche Possidierung des ersteren aufrechtzuerhalten: nostro nomine in possessione esse.[1] Die betreffende Erklärung bewirkt daher, dass die physische Kraft des *Pfandgläubigers*, so sehr auch der Schein dagegen spricht, das Ding beherrscht. Das natürliche Machtverhältnis bezeichnet nicht die juridische Wahrheit. Besonders beachtenswert ist, dass man keinen Unterschied in der faktischen Macht des Pfandschuldners über das Ding erblicken kann, mag er sie nun dadurch erhalten, dass er bloss ein ut rem tenere liceat oder dadurch, dass er eine wirk-

Hierüber sagt LENEL, Iul. 215, Pal. I, S. 354[3]: »suspicor hæc esse (ex Iuliani scilicet sententia) a Triboniano præmissa; neque enim possunt verba 'pignoris causa tradit', quæ in vicem mancipationis fiduciæ causa factæ substitui solent a compilatoribus . . ., esse Iuliani nec scripsisset Iulianus 'tradit', sed 'tradidit'». Man wundert sich unter solchen Umständen darüber, dass LENEL nicht selbst die Worte qui fiduciæ causa fundum mancipavit für Iulianus substituiert, besonders da sich, wie man aus der LENEL'schen Sammlung entnimmt, *jedes andere* Fragment im B. 13 Iul. Dig., das scheinbar das *pignus* betrifft, in Wirklichkeit auf die *fiducia* bezieht und da das ganze nachfolgende Räsonnement völlig unjuridisch ist. Noch unverständlicher ist es, dass RICCOBONO, BIDR 23 (1911) S. 15[2] die allgemeine Behauptung wagen kann: »ritenuto *senza ragione* interpolato». Möglicherweise hat Iul. gesagt: qui fiduciæ causa fundum mancipaverit et eundem precario rogavit, non intellegitur lucri faciendi causa usucapere posse . . ., vgl. D. 44, 7, 16 aus demselben Buch der Iul. Dig., wo ein spezieller Fall dieses Rechtsverhältnisses behandelt wird. Die Kompilatoren, die kein Verständnis für die haarfeinen Julianischen Distinktionen hatten und das Fiduciapfand nicht anerkannten, haben mit ihren Eingriffen in die die fiducia abhandelnden Stellen auch das Julianische Schema betreffs der Usukapierung des Pfandschuldners zerbrochen. — Es ist klar, dass man aus Iul. D. 13,7, 29 nicht schliessen darf, dass wirklich nach Iul. der precario possidens Pfandschuldner usukapieren kann. Hier wird nämlich nur von einem precario *rogare* des Pfandschuldners gesprochen. Aus Iul. D. 41,3, 33,6 aber wissen wir, dass sich ein solches rogare auf eine blosse detentio beziehen *kann* und es im Verhältnis Pfandschuldner — Pfandgläubiger tun muss, insofern ersterer durch lezteren soll usukapieren können.

[1] Gaius I. 4, 153.

liche possessio erbittet. Dagegen ist der Unterschied zwischen den bezüglichen Erklärungen von grösster Bedeutung, teils für die Erhaltung des *wirklichen*, auch körperlichen, Besitzes des Gläubigers, teils im Zusammenhang damit für die Usukapierung des Pfandschuldners. Ins geradezu Groteske steigert sich die Julianische Mystik durch den Zusammenhang zwischen dem Besitz des Pfandschuldners (nur animo) und dem nicht nur seelischen, sondern auch körperlichen Besitz des Pfandgläubigers. Damit stellt sich die Sache so, dass der faktische Besitz des ersteren als precario rogans, ut rem tenere liceat, und Lokatars seinen reellen Besitz für Usukapierung nicht hindert, weil sein faktischer Besitz kein reeller Besitz ist, sondern den *Pfandgläubiger* im Vollbesitz lässt!! — Wir kehren später zu der utrierten besonderen Mystik zurück, die in der Lehre von der Vermittlung des nur seelischen Besitzes durch den Vollbesitz des Pfandgläubigers hervortritt.

Im hier behandelten Falle — der precarii rogatio oder conductio seitens des Faustpfandschuldners im Verhältnis zum Gläubiger — ist der, dem Besitz vermittelt wird, ursprünglicher, vollständiger Besitzer ohne Vermittlung.[1] Aber in *einem* Falle ist es

[1] Dieser Umstand war hier eine Hintertür, durch welche die klassische Jurisprudenz sich aus der Gefahr retten konnte, in ihrem eigenen scholastischen Netzwerk gefangen zu werden. Denn es galt als allgemeine Regel, dass Miete ebenso wie precario rogare und das Empfangen als depositum oder commodatum oder pignus eigener Sache eine Nullität war: siehe Iul. D. 16,3, 15, Ulp. D. 50, 17, 45 pr. und D. 19, 2, 9, 6 (über das Aufhören der Miete mit dem Übergang des Eigentums an den conductor), Iav. D. 41,3, 21, Afric. D. 41, 2, 40,3 und Iul. D. 41,3, 33,5 sowie D. 13, 7, 29. Die Konsequenz davon war, dass der Eigentümer einer dritten Person nicht Besitz vermitteln konnte. War also die Sache in der Gewalt des Eigentümers infolge von Scheinprecarium oder Scheinmiete, so hatte der ursprüngliche Besitzer seinen Besitz verloren: so ausdrücklich in der zitierten Iavolenusstelle; hinsichtlich des pignus wird dieselbe Konsequenz in den zuletzt angeführten Iulianusstellen gezogen; dass C. 4, 65, 25 (293) der Iavolenusstelle nicht widerstreitet, sondern sie im Gegenteil bestätigt, ist von BARON, Ih. Jb. 30 (1891), S. 198 ff. völlig überzeugend nachgewiesen worden. Diesem Satze, der auch den Kauf berührt (siehe die angeführten Stellen von Iav. und Ulp.), liegt der Gedanke zu Grunde, dass der precario rogans, der Lokatar etc. ihre Macht von einer Person herleiten, die rücksichtlich des Rechts über die Sache mindestens nicht unter-

für jedermann möglich, Besitz für eine andere Person bloss dadurch zu konstituieren, dass man von ihr die Sache mietet. Dies ist dann der Fall, wenn die andere Person *Eigentümer* ist, ohne selbst zu besitzen, während der Mieter vor der Miete besitzt.[1] Natürlich meint man, dass der Mieter mit der Miete die Sache im Namen des Eigentümers zu detinieren anfängt und ihn so zum wirklichen Besitzer macht. Dagegen ist es völlig ausgeschlossen, für eine andere Person, die nicht Eigentümer ohne Besitz ist, durch beginnende Detinierung in ihrem Namen Besitz zu konstituieren, falls

legen ist. Die ganze Grundlage des Rechtsverhältnisses fällt dann natürlich weg, wenn sie selbst Eigentümer sind. Nun wohl: wenn der Pfandschuldner selbst Eigentümer ist — was natürlich das Normale ist — wird das doch offenbar praktisch bedeutungsvolle precario rogare, ut rem tenere liceat, oder Mieten von seiner Seite im Verhältnis zum Pfandgläubiger eine rechtliche Nullität, und der Pfandgläubiger verliert, wenn der Pfandschuldner aus einem solchen Grunde das Ding behält, seinen Pfandbesitz mit dazugehörendem Interdiktsschutz. Wie Iulianus — der scholastische Räsonneur vor anderen — hier die Frage klärte, ist nicht möglich zu sagen. Sicher ist, dass später bei Ulpianus und Tertullianus die Frage aufgeworfen und so gelöst ist, dass der Eigentümer-Pfandschuldner als precario rogans oder conductor in diesem speziellen Falle agiert, als ob der Pfandgläubiger überlegen wäre, nicht hinsichtlich des Eigentums, sondern bloss hinsichtlich der Possession, d. h. er tritt in ein Verhältnis zu ihm bloss in seiner Eigenschaft als Possessor, nicht als auf irgendeine Weise in der Eigentumsfrage überlegen. Es heisst Ulp. D. 43,26,6,4: Quæsitum est, si quis rem suam pignori dederit et precario rogavit, an hoc interdictum locum habeat. quæstio in eo est, ut precarium consistere rei suæ possit. mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis (scil. precarium) rogetur, non proprietatis. Dass es sich hier um ein precarium rogare, ut rem tenere liceat, handelt, geht aus der oben besprochenen Iulianusstelle D. 41,3, 33,6 hervor. (Beachte, dass das Interdikt de precario auch bei dem blossen precario *uti* einer Sache verwendbar ist: Ulp. D. 43, 26,2,3 und l. c. l. 8 pr. und Ven. l. c. l. 21.) Bei Tert. D. 41,2, 28 heisst es in derselben Frage: nam et si rem meam tu possideas, et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio ⟨meæ rei utiliter fiant, ubi⟩ (Mommsen suppl.) specialiter (?) possessionis solius conducendæ vel precario rogandæ animus interveniat. Beachte, dass es unmittelbar vorher von einem anderen derartigen Falle heisst: multum refert ... utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum. Vgl. auch Ven. D. 43, 26, 23 pr. (in fine).

[1] Iav. D. 41,2, 21,3: Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur; vgl. Marc. D. 41,2, 19, pr.

man nicht in ihrer potestas oder ihr Usufruktuarsklave ist oder ihr b. f. servit oder als ihr Prokurator fungiert. In den genannten Fällen liegt ein Machtverhältnis vor, auf Grund dessen der für eine andere Person Besitz Vermittelnde als ihr Organ zu betrachten ist.[1]

[1] Über die quasi-potestas im Falle Prokurator siehe oben S. 105.

Ulp. D. 6,1,77 könnte Zweifel erwecken, ob man nicht restriktionslos das blosse Mieten einer Sache, die man selbst possidiert, von einer anderen Person als zureichend ansah, um diese zum Possessor zu machen. Der vorausgesetzte Fall war der, dass eine Frau einem Manne, der nicht ihr Gatte war, einen fundus durch Brief schenkte. Die für den Eigentumsübergang erforderliche Tradition sollte dadurch erfolgen, dass sie das Grundstück vom Manne pachtete. Es wird mutmasslich ein fundus vorausgesetzt, der eine res nec mancipi ist, also ein prædium provinciale. Aber die Ausdrücke sind zu unbestimmt, als dass es sich um eine wirklich anerkannte Ansicht handeln könnte. Merke: *posse defendi* in rem ei competere. Beachte übrigens die Schlussworte, in denen die Unschlüssigkeit des Verfassers weiter hervortritt. Celsus D. 41,2, 18 pr. kann nicht für eine solche Ansicht angeführt werden, da es sich dort wenigstens ursprünglich um Possessionserwerb durch einen Prokurator gehandelt haben muss. Beachte, dass zweimal der Ausdruck ministerium, einmal das Wort procurator gebraucht wird. Die Kompilatoren aber haben in ihrer bekannten Tendenz, Besitzerwerb durch jede beliebige Person zuzulassen, die Äusserung des Celsus in irreführender Weise geändert.

Die angebliche Möglichkeit, durch Detinierung des Vormunds Besitz zu erwerben, besteht nach der klassischen Jurisprudenz nicht.

1. Gaius schreibt I. 2,95: tantum de possessione quæritur an pe⟨r procuratorem⟩ nobis adquiratur. Die Lesart *per procuratorem* ist ursprünglich von Goudsmit angenommen und von Kniep in seine Gaiusedition (1912) aufgenommen. *Per liberam personam* (so in den Husche-Seckel-Kübler'schen Editionen und in der Krüger-Studemund'schen Ausgabe von 1884) ist *unmöglich*, da schon lange feststand, dass libera persona in potestate ihrem Oberhaupt Besitz erwerben kann. *Per extraneam personam* (so in der 7. Ed., 1923, Krüger-Studemund und in der 5. Ed., 1923, Textes de droit romain von Girard) ist zwar an sich möglich, aber mit Rücksicht auf Gaius' gewöhnliche Ausdrucksweise ausgeschlossen. Denn Gaius gebraucht niemals sonst den Ausdruck nobis per . . . adquiritur oder adquiri potest, ohne dass die bezeichneten Rechts- oder Besitzerwerb vermittelnden Personen damit in *der* Eigenschaft angegeben werden, in welcher sie vermitteln. So besonders in der ganzen Partie von § 86, zu welcher § 95 als integrierendes Glied gehört. Es ist indessen ganz unmöglich, dass Gaius es als zweifelhaft hätte bezeichnen wollen, ob die extranea persona *als solche*, also ohne nähere Bestimmung, uns Besitz erwerben kann. Erst die Kompilatoren haben einen Besitzerwerb durch jede extranea persona angenommen. Nun ist es aber höchst unwahrscheinlich,

dass Gaius es als fraglich bezeichnet haben würde, ob Besitz durch den *Prokurator* erworben werden kann, wenn zu seiner Zeit auch der *Vormund* als regulärer Besitzvermittler anerkannt gewesen wäre. Darum kann bestimmt behauptet werden, dass Neratius D. 41,1, 13,1: Et tutor pupilli pupillæ similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillæ proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus ein kompilatorischer Zusatz ist. Es ist undenkbar, dass Gaius einen Juristen von Neratius' Bedeutung, einen Konsiliar des Trajanus und Hadrianus gar nicht berücksichtigt haben sollte. Nach MITTEIS R. Prr. I, S. 213[31] ist diese Stelle unter denen, welche die in Frage stehende Fähigkeit des Vormunds bezeugen, die einzige, die nicht mit Interpolationsverdacht behaftet ist! Und doch will MITTEIS bei Gaius 2, 95 per *procuratorem* lesen! Indessen ist Interpolation auch aus zwei anderen Gründen wahrscheinlich.

1:o. Es wäre eine hier inkonsequente, wenn auch an sich mögliche, Ausdrucksweise, dass der Vormund gleichwie der Prokurator nur durch *den Kauf* im Namen des Mündels diesem Eigentum erwerben könnte. Denn im unzweifelhaft echten pr. l. c. wird für den Prokuratorerwerb emptio *und* traditio gefordert.

2:o. Im pr. wird Eigentum durch *dominium* bezeichnet. Dass der Zusatz hier: id est proprietas eine Glosse ist, muss ein jeder anerkennen (KNIEP). In § 1 aber ist trotz der übrigen Gleichförmigkeit Eigentum durch *proprietas* ausgedrückt. Dies kann wohl kaum auf andere Weise erklärt werden als so, dass § 1 *nach* der Hinzufügung der Glosse geschrieben ist. PETERS' Vergleich Sav. Z. 32 (1911), S. 207 mit C. 7, 32, 8 — einer *Kaiserkonstitution v. 294* — um den Wechsel als möglich und echt zu beweisen, ist wenig überzeugend.

2. Paulus schreibt Sent. 5, 2, 2 etwas später: Per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per *procuratorem* adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Es ist wohl undenkbar, dass Paulus den Besitzerwerb durch den Vormund — den vielleicht praktisch wichtigsten — zu erwähnen versäumt haben würde, wenn ein solcher möglich gewesen wäre.

3. Paulus sagt D. 41,2, 32,2: Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est [nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest?]. item infans peculiari nomine per servum possidere potest. Vgl. Paulus D. 41,2, 1,3, wo mit Rücksicht auf l. 32,2 vielleicht anstatt »furiosus et pupillus», »pupillus» und »pupillum» »infans», bezw. »infantem» eingesetzt werden muss. Warum wird hier eine Beseitigung der Schwierigkeit durch eine den Verstand des infans ersetzende tutoris auctoritas, die als auctoritas für einen wirklichen Beschluss des infans (auch des Säuglings!) notwendig eine Fiktion wird, versucht, wenn der Vormund unmittelbar dem Mündel Besitz erwerben kann? Der anwesende Vormund, der um den »Erwerb» des Kindes weiss,

beherrscht ja doch zweifellos zufolge seiner Stellung die Sache und sollte dann durch seine Detinierung im Namen des Mündels ihm ohne alle fiktive Wirksamkeit des letzteren Besitz erwerben können. Und warum ist diese absolut einfachste Lösung der Schwierigkeit nicht einmal erwähnt, wenn es eine solche gab?? Die hier von Paulus erwähnte Fiktion scheint zuerst in dem C. 7, 32,3 angeführten responsum von Papinianus als gültig behauptet worden zu sein: Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quæritur. quamvis enim sint auctorum sententiæ dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quæsitam: *alioquin, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Wenn* hier mit dem Ausdruck per tutorem . . . adquiri unmittelbarer Besitzerwerb durch den tutor gemeint wäre, würde das ganze Räsonnement ein Unsinn sein. Dann wäre ja *keine* Wirksamkeit seitens des infans erforderlich. Nur wenn per tutorem hier »durch die *Hülfe* des tutor» bedeutet, wird es verständlich. Wenn der tutor durch seine auctoritas, wie im responsum Papiniani vorausgesetzt wird, den Mangel an ausreichendem Besitzwillen ersetzen kann, so wird auch ein *unvermittelter* Besitzerwerb seitens des infans angenommen — dies trotz des tatsächlich mangelnden Besitzwillens. Wenn aber diese Möglichkeit, die natürlich eine Rechtsfiktion einschliesst, einmal behauptet ist, kann man weiter gehen und auch die tutoris auctoritas, wenigstens bei lukrativen Geschäften, für überflüssig erklären. Dasselbe scheint Peters, a. a. O. S. 205 zu meinen. Siehe hier auch über den Ausdruck per tutorem anstatt tutore auctore.

4. Iul. D. 41,4,7,3: Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res *in potestatem pupilli* redeat: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat, womit Iul. D. 47,2, 57 (56) 4 zu vergleichen ist: Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si *in potestatem suam* redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. Hier wird ja offenbar zwischen der potestas pupilli und der potestas tutoris unterschieden. Wenn eine *andere* Person stiehlt, hört die Furtivität auf, nachdem der Vormund die Sache in *seine eigene* potestas gebracht hat; wenn er selbst stiehlt, ist die potestas *des Mündels* notwendig. Im ersteren Falle beruht die juridische Sachlage darauf, dass der Vormund, insofern er die tutela redlich ausübt, rechtliche Verfügungsmacht über die Sache rücksichtlich ihrer natürlichen Verwendung, aber auch der Übertragung des Besitzes hat — er kann als Verkäufer, als Darlehnsgeber etc. den Besitz übertragen so, dass der Empfänger praktisch gesehen Eigentümer wird (hierüber alsbald). Der redliche Vormund gilt darum selbst als dominus (obgleich nicht zu seinen Gunsten) und kann infolgedessen durch seine eigene potestas die sonst erforderliche potestas des Mündels ersetzen. Der dargestellte Unterschied wäre vollkommen sinnlos, wenn der Mündel unmittelbar durch den Vormund Besitz erwerben könnte. Dann wäre ja die eigene potestas des

redlichen Vormunds, die seinen eigenen Besitz einschliesst, unmöglich. Ein solcher Vormund würde *immer* die Sache des Mündels *diesem selbst* detinieren.

5. Von den Stellen, die die Möglichkeit des unmittelbaren Besitzerwerbs durch den Vormund zu bezeugen scheinen, sind zwei als echt zu erachten. Ulp. D. 6,2, 7, 10 schreibt: Si ego non emero sed servus meus, habebo Publicianam. Idem est, et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit. Diese Stelle hat indessen gar keine Bedeutung für die Frage. Ulp. erklärt ja bloss, wie die Worte in der Formula für die Publiciana: si qu. hom. A.^{us} A.^{us} *emit* . . . (Gaius I. 4, 36) auszulegen sind. Er sagt, dass auch *irgend welche* andere Person meum negotium gerens die Sache gekauft haben kann. Was für die auch nach der Formula erforderliche *traditio* verlangt wird, ist eine andere Sache. Man kann sich darüber wundern, wie man überhaupt diese Stelle auf unsere Frage hat beziehen können. Ulp. D. 46,6,2 schreibt betreffs der stipulatio rem pupilli salvam esse: Si pupillus absens sit vel fari non possit, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit, unde ematur, aut non sit expedita emptio, [profecto?] ⟨pro eo? Mo.⟩ dicemus servum publicum apud prætorem stipulari debere. Beseler's Theorie Beitr. 4, 57, dass der hier verlangte Sklavenkauf eine irrsinnige Forderung und darum die betreffende Partie interpoliert sei, ist nicht haltbar, da die, allerdings leichter realisierbare, Stipulation durch den servus publicus nur ein Notausweg ist und da jedenfalls die Forderung eines Kaufs auf der Prüfung des Prætors beruhen soll. Lewald, Sav. Z. 34 (1913), S. 455 betrachtet indessen die Möglichkeit eines solchen Kaufs durch den Vormund als Beweis für den Besitzerwerb durch ihn. Warum? Wenn der Mündel nicht sprechen kann und præsens ist, kann ja der von Paulus D. 41,2, 32,2 und l. c. l. 1,3 besprochene Ausweg verwendet werden. Wenn er absens ist, kann natürlich eine andere Person im Auftrag des Vormunds ihm einen Sklaven kaufen und er diesen mit oder ohne auctoritas eines anderen tutor empfangen, worauf der Sklave gesandt wird, um zu stipulieren. Im Übrigen können nur von den Kompilatoren stark überarbeitete Stellen für die fragliche Theorie angeführt werden. a. Paulus D. 41,2, 1, 20. Gradenwitz hat die Aufmerksamkeit auf die Interpolation der Worte: cum . . . non possunt adquirere gelenkt. Über das Nachfolgende: alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione siehe Peters, 32 (1911), S. 208: »ist vielleicht kompilatorisch». Er sollte sagen: »ist vollkommen sicher kompilatorisch», weil nichts sicherer ist, als dass Paulus nicht *einen jeden*, der nostro nomine empfängt, *unter allen Umständen* uns erwerben lässt. Dies würde doch die offenbare Konsequenz der Worte sein. Siehe auch Beseler, Beitr. 3, 19—20 und 4,57. Die Bestreitung der Konsequenz bei Last, Ih. Jb. 62 (1913), S. 63[2] ganz unverständlich. Warum aber geben die Kompilatoren eine so

weitführende Begründung des Einleitungssatzes: Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur, wenn sie selbst mit diesem keine Änderung der klassischen Rechtsauffassung eingeführt haben? Warum haben sie dann nicht das unzweifelhaft bezüglich des Besitzerwerbs durch den Prokurator bezeugte Paulinische: *utilitatis causa receptum* (Sent. 5, 2, 2) verwendet, sondern in geradem Gegensatz zu Paulus' Intentionen die fragliche Möglichkeit aus rein rationalen Gesichtspunkten abzuleiten versucht? Nun merke man, dass betreffs des Prokurators eine Abweichung von dem schnurgeraden Wege, d. h. der Gebrauch einer Fiktion möglich war, weil *er* ohne allzu grossen Anstoss als in der potestas seines Oberhaupts stehend betrachtet werden konnte. Dieser Ausweg konnte *unmöglich* betreffs des tutor oder curator in Frage kommen. Darum waren gewaltsame Eingriffe in die Besitzprinzipien selbst notwendig, wenn man die Erwerbsmöglichkeit auf diese ausdehnen wollte. Man beachte auch die wunderliche Ausdrucksweise hier: *nobis* adquiritur, die natürlich im Falle Prokurator wohl verwendbar, betreffs des tutor und curator aber unsinnig ist. »Nobis» schliesst dann — Säuglinge und Irrsinnige ein. Vgl. ALBERTARIO, bei LEWALD, Sav. Z. 34 (1913), 455 angeführt. LEWALD's Einwand: »Aber wird damit nicht doch eine allzu strenge Kritik an der Ausdrucksweise der Stelle geübt»? würde imponieren, wenn er auch einen Parallelfall, wo eben nicht vom Besitzerwerb durch den tutor etc. die Rede ist, aufweisen könnte. Kann wirklich unter diesen Umständen an der Interpolation der Worte tutorem curatoremve im Ernste gezweifelt werden? b. Ulp. sagt D. 13,7, 11,6: Per autem liberam personam ⟨quæ in nostra potestate non est⟩ pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem [plerumque vel tutorem] quidem adquiratur: et ideo ips[i] ⟨e⟩ actione pigneraticia convenie[n]tur. Dann wird gesagt, dass die bekannte Severische Konstitution nichts in dieser Frage geändert hat: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem [vel tutorem] adprehendere, ipsam autem obligationem [libera persona] ⟨procurator⟩ nobis non [semper] adquiret. Beachte, dass der Ausdruck per liberam personam *ohne Restriktion* in einem solchen Zusammenhang im allgemeinen Trib. angehört (siehe KNIEP, Gaius 2,1, S. 282). *Ohne die Restriktion:* quæ in nostra potestate non est, ist indessen der Anfangssatz offenbar falsch. Natürlich kann durch den filius fam. dem pater fam. die pignoris obligatio erworben werden, welche als ein rein dingliches Recht gedacht ist, obgleich die damit verbundene Unterwerfung unter die actio pigneraticia nur de peculio oder de in rem verso gilt, wenn nicht iussus vorliegt. Also muss Ulp. diese Restriktion ursprünglich aufgenommen haben. Dass »plerumque» und »semper» kompilatorische Zusätze sind, ist allgemein anerkannt. »Libera persona» im Schlussatze ist natürlich nur eine Folge der kompilatorischen Tendenz, die Vermittlung des Besitzerwerbs auf jede freie Person auszudehnen. Also ist die Äusserung jedenfalls stark überarbeitet. Auch wenn der zweimal gebrauchte Ausdruck vel tutorem nicht an sich verdächtig wäre,

so wäre es allzu kühn, auf diese einzige, sonst stark verfälschte Stelle die klassische Annahme des Besitzerwerbs durch den Vormund zu stützen, da so überwältigende Zeugnisse auf die entgegengesetzte Meinung hinweisen. Indessen ist zu beachten, dass dieselbe verkehrte Zusammenfassung der erwerbenden Personen — darunter Säuglinge — durch nobis, bezw. nos, wie bei Paulus D. 41,2,1,20, wenn der Ausdruck echt wäre, auch Ulpianisch sein würde, was, wenigstens solange kein Parallelfall aus anderem Gebiete nachgewiesen ist, wenig wahrscheinlich ist.

Last, a. a. O. S. 201 ff. führt des Vormunds a se exigere rücksichtlich seiner Schulden an den Mündel (D. 26,7,7,5, l. c. l. 19 §§ 3 u. 4 und D. 46,1, 69) als Beweis für den Besitzerwerb des Mündels durch den Vormund an. Darin soll nämlich der Eigentumsübergang auf den Mündel durch einen einseitigen Akt des Vormunds eingeschlossen liegen. Er scheint aber zu übersehen, dass dies sein Gegenstück im *sibi* solvere des Vormunds bezüglich der Schulden des Mündels an ihn hat (siehe z. B. D. 26, 7, 9, 5) und dass hier unmittelbarer Eigentumsübergang nicht vorliegen kann. Der Vormund *kann* nämlich nicht für sich selbst eine res des Mündels veräussern (alienare), was mit vollkommener Sicherheit aus Gaius I. 2, 64 (vgl. Iul. D. 47, 2, 57, 4) ex contrario hervorgeht. Beachte: agnatus furiosi curator und procurator als das fragliche Vermögen besitzend besprochen, *nicht* tutor. Paulus D. 26, 7, 12,1: Quæ bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest betrifft offenbar nicht die Eigentumsfrage, sondern nur die iusta causa possidendi und die Vindikationsmöglichkeit seitens des Mündels, die hier durch Verfügungen des Prætors ausgeschlossen sein soll. »Rata habentur» bezüglich der Akte des Vormunds als negotiorum gestor für den Mündel kann natürlich nur eine Ratihabition durch die höchste Behörde bedeuten und muss sich also nur auf die Berechtigung des Besitzes und auf den Prozess beziehen. Vgl. die Worte des Prætors im Edikte: Quod metus causa gestum erit, *ratum non habebo*, Ulp. D. 4, 12, vgl. auch Paulus D. 12, 2, 17, 3. Diese Auffassungsweise wird durch C. 5, 37, 16 (293) bestätigt: Non omni titulo rerum(!) pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa distrahentes, quæ venum eis dare licet, *iustam causam possidendi comparantibus* præstant. cum itaque donare (!) nulla ratione res eorum, quorum administrant negotia, potestatem habent, vindicare dominium a possidentibus non prohiberis. Also: nur eine iusta causa possidendi und ein daraus folgendes Hindernis für Vindikation von Seiten des dominus kann durch die Tradition beim Verkauf von Sachen des Mündels durch den Vormund geschaffen werden. Wäre wirkliche Eigentumsübertragung gemeint, so wäre es vollkommen unbegreiflich, dass dies nicht gesagt wird. »Alienare» ist natürlich hier nicht in seinem eigentlichen Sinne — Eigentumsübertragung (siehe Paulus D. 50, 16, 67 pr.) — verwendet, aber da das dominium des Mündels jeder Kraft ermangelt und

der Empfänger die volle Gewalt des Eigentümers erhält, kann das Wort hier angewandt werden. — Dass der Prætor überhaupt die Berechtigung auf Besitz, nicht ziviles Eigentum konstituieren kann, geht ja aus solchen Institutionen wie bonorum possessio und ductio iussu prætoris des Noxalsklaven hervor. Unter diesen Umständen ist die Ulp. D. 4, 7, 10, 1 vorausgesetzte Möglichkeit des *alienare* seitens des Vormunds ebenso zu fassen. Ulp. D. 41, 1, 35, welche Stelle von MITTEIS, R. Prr. S. 209[17] als Beweis für die fragliche Fähigkeit des Vormunds angeführt wird, setzt nicht einmal ein alienare im weiteren Sinne seitens des Vormunds voraus und sagt nur, dass der Vormund wie der Prokurator, der irrtümlich seine eigene Sache als die des Mündels, bezw. des dominus einer anderen Person überlässt, sich damit nicht des Eigentums berauben kann, auch wenn er Eigentum an seiner *eigenen* Sache übertragen will. Welche Wirkung die Überlassung der wirklich dem Mündel oder dem dominus gehörenden Sache mit Eigentumsübertragungswillen hat, ist natürlich damit nicht gesagt. Die oft erwähnte datio foenori der pecunia pupillaris von Seiten des Vormunds (z. B. Ulp. D. 26,7,7,6 und Ulp. Jul. l. c. l. 9 pr.) ist dann notwendig als eine derartige alienatio zu fassen, d. h. der Mündel kann weder das Geld vindizieren oder condictio sine iusta causa erhalten. Das sibi solvere des Vormunds betreffs der Schulden des Mündels an ihn kann dann auch höchstens bedeuten, dass der Vormund eine iusta causa possidendi erwirbt. Indessen ist es wahrscheinlich, dass nicht einmal eine solche Änderung der Rechtslage auf diesem Wege geschehen kann. Denn der Vormund kann nicht in seiner eigenen Sache auctor sein (Ulp. D. 26,8,1 pr.; vgl. l. c. l. 5 pr.). Unter solchen Umständen aber ist es undenkbar, dass er durch einen einseitigen Akt zu seinen Gunsten die Rechtslage des Mündels verändern kann, einen Akt, bei welchem nicht einmal der Mündel selbst als Partei auftritt. Das fragliche sibi solvere scheint nur zu bedeuten, dass er, ohne von der actio tutelæ getroffen zu werden, die pecunia pupillaris zu seinen Gunsten *verwenden* kann. Er kann sie auf seine *Rechnung* schreiben, also durch sie *sich* kaufen, sie als Darlehen geben und selbst *sich* den Zins und das zurückgezahlte Kapital zueignen u. dgl., womit es zwar *praktisch* gleichgültig wird, dass die ursprünglichen Münzen niemals irgendwie *sein* geworden sind.

Unter diesen Umständen und mit Rücksicht auf die oben gegen die Fähigkeit des Vormunds, unmittelbar dem Mündel Besitz zu erwerben, angeführten Argumente kann behauptet werden, dass das erwähnte, dem soeben behandelten sibi solvere entsprechende a se exigere des Vormunds gar keine Eigentumsübertragung einschliesst, woraus die Möglichkeit eines Besitzerwerbs durch den Vormund abgeleitet werden könnte. Mutmasslich handelt es sich hier umgekehrt darum, dass dem Vormund gehörendes Geld für den usus des *Mündels* verwandt wird, wodurch der erstere sich von Verantwortlichkeit in der actio tutelæ befreit.

Man merke auch, dass, *wenn* wirklich das als ein a se exigere des Vormunds

Bezeichnete diesen von einer ursprünglichen Schuld an den Mündel ipso iure befreien soll, was Eigentumsübertragung voraussetzt, der Ausdruck im uneigentlichen Sinne angewandt wird und eine Bezahlung des Vormunds an den *Mündel* selbst bedeutet, wobei dieser das Geld unter der auctoritas *desselben* Vormunds empfängt. Dies ist der Fall bei Tryph. D. 46,1 69. Es heisst zuerst, dass, wenn der Vormund selbst im Verhältnis zum Mündel ein sponsorischer Bürge für eine dritte Person ist, er als redlicher Vormund, also um sich von der actio tutelæ zu befreien, a se exigere muss, weil ein solcher Bürge automatisch nach gewisser Zeit (laut Gaius I. 3,121 nach zwei Jahren) befreit wird. Sonst verliert ja der Mündel gerade durch den Vormund selbst den Vorteil, den er durch die sponsio desselben haben sollte. Dieses a se exigere ist indessen dann nicht eine rechtlich geltende Bezahlung der Schuld des Vormunds als *sponsor*, sondern nur eine Erfüllung der Pflicht desselben als *tutor*. Er hat jedoch die actio mandati gegen den Hauptschuldner, weil man die materielle causa des debitum — die sponsio — nicht den titulus actionis — die tutela — berücksichtigen soll. Er befreit nämlich, auch wenn er *nach* der Befreiung von der Bürgenschuld bezahlt, den Hauptschuldner, und der materielle Anlass zu dieser befreienden Bezahlung ist die ursprüngliche, im Auftrag des Hauptschuldners aufgenommene sponsio. Danach wird die nähere Erklärung gegeben: licet enim is tutor, qui [fideiussor] ⟨sponsor⟩ apud pupillum pro reo est obligatus, solvit se auctore pupillo, quia reo promittendi liberato et ipse tutor idemque [fideiussor] ⟨sponsor⟩ liberabitur, quod sua auctoritate efficere non potest, tamen et si non pro se solvendi animo, sed pro Titio fecit, ut maxime eum liberet, habebit cum eo mandati actionem. D. h. obgleich der Vormund-sponsor mit sich selbst als auctor bei dem Empfang des Mündels ihm bezahlt, nur um sich selbst als *tutor* zu befreien, und dabei derart verfährt, dass er im Namen des Hauptschuldners bezahlt und so *ihn* befreit — sich selbst kann er nicht unmittelbar durch eigene auctoritas befreien —, obgleich er also gar nicht *als* sponsor im eigenen Namen bezahlt, hat er die actio mandati gegen den Hauptschuldner, natürlich, weil es nur infolge seiner ursprünglichen sponsio für ihn als tutor notwendig wurde, die Hauptschuld einzulösen. Diese ausserordentlich feine juridische Entscheidung, die von Mommsen (Krüger, Dig. 12) missverstanden wird, weshalb er unberechtigte Textänderung vornimmt, beweist, dass das a se exigere, insofern es Eigentumsübertragung einschliesst, eine Bezahlung des Vormunds an den Mündel mit der auctoritas des ersteren bedeutet. Sonst wäre die am Schlusse gegebene Erklärung sinnlos.

Weiter ist zu beachten, dass die solutio seitens der Schuldner des Mündels an den Vormund nicht Eigentum auf den ersteren, sondern nur auf den letzteren überträgt. Dies kann daraus geschlossen werden, dass Ulp. und Paulus (D. 46,3, 14,1 u. 6 und D. 26,7, 46,7) die Ipsoiure-Befreiung der an den Vormund bezahlenden Schuldner davon abhängig machen, dass *nicht* die Administration des Vormunds oder speziell der Empfang der Schuldbezahlungen vom Prætor

verboten ist, und umgekehrt positiv diese Befreiung auf eine besondere *Einwilligung* — natürlich des Prætors — zurückführen: nisi *interdicta* eis fuerit a prætore administratio . . ., nisi *prohibitum* fuerit ei solvi . . ., tutoribus *concessum est* a debitoribus pupilli pecuniam exigere. Wenn der Vormund als solcher durch den Empfang im Namen des Mündels ihm erwürbe, wäre die Verfügung des Prætors vollkommen bedeutungslos. Ohne weiteres würde dann die Bezahlung an ihn die Schuldner befreien. Andererseits kann die Vollmacht des Prætors nur bewirken, dass die Schuldner rechtsgültig an den Vormund bezahlen können. Sie kann nicht auf die *zivilrechtliche* Frage, ob der Vormund den Mündel im Eigentumserwerb vertreten kann, einwirken. Man beachte: ganz ebenso wie der Prætor eine causa possidendi zu einer iusta machen und so sogar die Realisation des zivilen Eigentumsrechts verhindern kann, obgleich er nicht über dieses Recht selbst gegen die zivilen Rechtsprinzipien zu bestimmen vermag, so kann er über die Rechtsgültigkeit einer solutio an eine andere Person als die forderungsberechtigte v :fügen und sogar die Realisation des dieser gehörigen Rechts hemmen, oogleich es nicht in seiner Macht steht, die zivilen, das Forderungsrecht selbst bestimmenden Grundsätze zu modifizieren. Wir werden das letztere später besonders bei der Behandlung der Institute bonorum emptio und bonorum possessio beweisen.

Dass in den fraglichen Ausdruck — a se exigere — wie in den korrespondierenden — sibi solvere — nicht der von Last gedachte Sinn hineingelegt werden darf, geht weiter daraus hervor, dass sie auch betreffs des negotiorum gestor gebraucht werden. Siehe D. 3,5, 5,14, l. c. l. 17 u. 18 pr. und l. 37. Niemand kann annehmen, dass dieser ohne Ratihabition seitens des dominus Eigentum von ihm oder auf ihn übertragen kann. Arnò, der die Eigentumsübertragung sowohl im Falle des Vormunds als in dem des negotiorum gestor durch die einseitigen Akte des a se exigere und sibi solvere behauptet, meint Arch. giur. 56 (1896), S. 264[2] mit Rümelin, dass die Ratihabition »Eigentum ex tunc überträgt und von dem blossen Accept einer Traditionsofferte wohl zu unterscheiden ist». Auch wenn dies richtig ist, so beweist doch die Notwendigkeit der Ratihabition, dass das a se exigere, bezw. das sibi solvere nicht an sich selbst Eigentumsübertragung bezeichnen. Was aber die Ratihabition betrifft, ist es wohl möglich, dass sie, rücksichtlich der bona fide vorgenommenen Akte des Vormunds ebenso wie des neg. gestor, allgemein gegeben, diese zu Prokuratoren machen und *darum* den bezüglichen Akten, sei es ex tunc oder ex nunc, die Kraft verleihen kann, Besitz und Eigentum zu übertragen. Dass der *Prokurator* für den dominus durch das Possidieren alieno nomine (dabei Mandat oder Ratihabition vorausgesetzt, siehe oben S. 90[3] u. 115[1]) Besitz und Eigentum konstituieren kann, geht aus Celsus D. 41,2,18 pr. hervor. Mutmasslich kann er dann auch als blosser detentor einer res des dominus durch dessen Mandat oder Ratihabition sich selbst als Possessor und Eigentümer konstituieren. Dies bedeutet jedoch nichts betreffs des Vormunds

und des neg. gestor *als solcher*, welchen es gerade an Mandat oder Ratihabition fehlt. Man merke auch, dass bezüglich des letzteren das a semet ipso exigere als ein blosses rationibus creditoris pecuniam a se debitam inferre bezeichnet wird: Tryph. D. 3, 5, 37.

Die Interpolationen, die den Besitzerwerb durch den Vormund betreffen, sind sehr interessant. *Praktisch* gesehen ist die Stellung des Vormunds derjenigen des Prokurators gleichartig. Und dieselben Gründe, die die Besitzvermittlung durch den letzteren praktisch wünschenswert machen, gelten auch für den ersteren. Deshalb erschien besonders die Ausschliessung des Vormunds den Kompilatoren als eine Anomalie. Nach althergebrachten *Rechtsanschauungen* war jedoch die Stellung des Prokurators eine ganz andere als die des Vormunds. Die erstere *konnte* als eine Quasi-Sklavenstellung betrachtet werden, weil der Prokurator, sei es, dass er libera administratio negotiorum erhalten hatte, sei es, dass er für eine besondere Art von negotia, z. B. Schuldeneintreibung erwählt worden war, jedenfalls vom dominus Instruktionen empfing. Dagegen war es unmöglich, den Vormund als einen Diener des Mündels anzusehen. Deshalb war es auch für die klassische Jurisprudenz, die durch ihre scholastischen Rechtsgesichtspunkte gebunden war und sogar den nur körperlichen Besitzerwerb durch eine andere Person in der Weise fassen musste, dass der Vermittler ein Zubehör zu dem Subjekt der Vermittlung war, unmöglich, den Vormund als zur Vermittlung fähig zu betrachten.

Die Möglichkeit eines constitutum possessorium für den Nicht-Eigentümer durch blosse retentio ususfructus kann jedenfalls erst auf Grund des Diocletianischen Reskriptes a. 296 (Vat. fr. 313) in Frage kommen (siehe LAST, a. a. O. S. 168), womit doch nicht gesagt sein soll, dass sie notwendig daraus folgt. Sie gehört also der nachklassischen Zeit an.

Was die societas omnium bonorum, in welcher omnes res communicantur (Paulus D. 17,2,1,1), betrifft, scheint die Annahme ganz unmöglich zu sein, dass ein wirkliches constitutum possessorium durch die detentio des ursprünglichen Eigentümers im Namen der socii den Eigentumsübergang vermittelt, da das Eigentum unmittelbar auf alle übergeht, auch wenn der ursprüngliche Eigentümer die Sache nicht detiniert. Wenn ein blosser Besitzerwerb aller socii durch die Possidierung eines socius möglich ist, so ist diese Möglichkeit durch die allgemeine Gemeinschaft rücksichtlich des Eigentumsrechts zu erklären. Diese rechtliche Gemeinschaft macht dann auch den Besitz gemeinsam, wegen dessen Zusammengehörigkeit mit dem Eigentum; jedenfalls liegt hier kein Grund vor, ein constitutum possessorium anzunehmen.

Schliesslich soll erwähnt werden, dass Ulp. D. 24,1,3,12 über Celsus erzählt: Sed si debitorem suum ei (scil. uxori) solvere iusserit, hic quæritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. Et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestæ ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse. Denselben Sinn muss Pomp. D. 47,2, 44 pr. haben: Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt. Last, a. a. O. S. 45 meint, dass laut Celsus »die Ehegattin zunächst für den Ehemann und dieser für sich selbst den Besitz an den Geldstücken erwerben wolle». Damit würden die beiden Akte, die hier nach Celsus zu einem zusammengezogen werden sollen, diese sein: 1. Die Ehegattin empfängt zuerst für den Ehemann und erwirbt ihm durch seinen eigenen Erwerbswillen. 2. Die Ehegattin empfängt von ihm durch traditio brevi manu, welcher Akt jedoch infolge des zivilrechtlichen Hindernisses für eine Donation des Ehegatten an die Ehegattin nichtig ist. Der erste Akt würde ein constitutum possessorium (durch detentio) sein. Diese Auffassungsweise ist jedoch aus zwei Gründen unmöglich. a. Celsus vergleicht ja den Fall mit der solutio eines Schuldners iussu creditoris an einen falschen Prokurator für den Gläubiger des Gläubigers, welcher Prokurator dabei für einen Dieb erklärt wird. Wenn er durch den Empfang den Gläubiger *bestiehlt*, der einen iussus, ihm zu bezahlen, gegeben hat, kann er wohl nicht durch eben diese Handlung *demselben* Besitz erwerben wollen. b. Wenn die Meinung die von Celsus behauptete wäre, würde dieser (gleichwie Pomponius) gelehrt haben, dass *jede freie Person* durch das Detinieren im Namen einer anderen ihr erwerben könne. Beachte, dass nach Last's Darstellung der Celsischen Ansicht sogar ein falscher Prokurator einer *anderen* Person als dem vermeinten dominus zu erwerben fähig wäre. Es ist allerdings wahr, dass Celsus seinen eigenen Weg in Besitzfragen gegangen zu sein scheint. *So weit* von dem gewöhnlichen Wege hat er sich jedoch nicht entfernt, wie man deutlich aus D. 41, 2,18 pr. sieht, wo, wie oben S. 115 nachgewiesen wurde, die fragliche Möglichkeit in Wirklichkeit auf einen Prokurator im Verhältnis zum dominus eingeschränkt ist. Last beruft sich auf die Worte: quod per alium accipias, te accipere. Auch wenn diese tautologischen Worte kein späterer Zusatz eines Paraphrasten sind, so sind sie jedenfalls für unsere Frage nichtssagend. Alles hängt daran, *auf welche Weise* man durch einen anderen empfangen kann. Warum wählt man nicht die entschieden einfachste Auslegungsweise? Wenn der Gläubiger dem

Bei der Konstituierung von Besitz für den Eigentümer durch das Mieten des Besitzenden von ihm ist es nicht bloss so, dass die körperliche Macht des Besitzers rücksichtlich der Sache durch den Mietvertrag und die Detinierung seitens des Mieters gleichzeitig ausgeübt und *aufrechterhalten* wird, sondern der Mieter *erzeugt* hier selbst durch die gleichen Mittel bei dem Eigentümer-Vermieter die körperliche Macht über das Ding, die er gebraucht und aufrechterhält. Um die Möglichkeit der Prozedur zu verstehen, muss man in Betracht ziehen, dass der Eigentümer-Vermieter *als* Eigentümer prinzipiell das *Recht* zu possidieren hat. Dieses Recht ist wie jedes dingliche Recht eine innere, mystische, hinter der

---

Schuldner den iussus, einer dritten Person zu bezahlen, gibt und damit diese Person beschenken oder ihr eine Schuld bezahlen oder ein Darlehen geben will, so beabsichtigt er natürlich, einen unnötigen Umweg zu vermeiden. Anstatt den Schuldner *sich* bezahlen zu lassen und dann das erhaltene Geld der dritten Person selbst zu überbringen, ordnet er an, dass der Schuldner unmittelbar ihr das Geld als Gabe etc. von ihm leiste. Man versteht ja dann leicht, wie römische Juristen die Ansicht haben konnten, dass im Vollziehen des iussus seitens des Schuldners eigentlich zwei Akte vorliegen. Der Schuldner gibt dem Gläubiger und dieser der dritten Person. Bei Celsus a. a. O. heisst es: debitorem creditori dare, creditorem uxori. Eine natürlichere und berechtigtere juristische Fiktion ist kaum denkbar. Die dritte Person ist hier nur so vermittelnd, dass, wenn nicht ihr und auch nicht dem Gläubiger selbst das Geld gegeben wird, ja der Schuldner nicht den iussus vollzieht, auch nicht auf andere Weise die Schuld bezahlt. Auf diese Weise wird natürlich gar nichts vom Gläubiger empfangen. Wenn aber durch den vorgestellten zweiten Akt zufolge besonderer Hindernisse die dritte Person nichts empfängt, wirkt dies in keiner Weise auf den ersten Akt ein. Der Gläubiger behält dann das Eigentum. (Eine andere Ansicht über die indirekte Schuldbezahlung laut des iussus des Gläubigers hat indessen offenbar Iulianus. *Er* meint, dass nur ein einziger Akt vorliegt. *Dann* wird auch der wirkliche Eigentumsübergang auf die dritte Person für die Befreiung des Schuldners nötig. Ohne diesen Übergang bleibt ja das Eigentumsrecht an dem Gelde bei dem Schuldner. Siehe D. 46,3, 38,1.)

Nachdem alle zweifelhafteren Fälle jetzt behandelt worden sind, kann behauptet werden, dass die Möglichkeit, durch blosse Detinierung im Namen einer anderen Person ihr Besitz zu konstituieren, nach der klassischen Jurisprudenz entweder die Stellung des Detinierenden als Organ der anderen Person oder Eigentum ohne Besitz derselben voraussetzt.

natürlichen Wirklichkeit liegende Kraft, über das Ding zu herrschen. Der Mieter entwickelt durch die Übereinkunft und das Innehaben aus dieser Kraft eine mehr äussere, faktische Macht über dasselbe. Aber ihren mystischen Charakter streift sie damit nicht ab. Die durch Detinierung im Namen einer anderen Person ihr vermittelte physische Macht über Dinge ist im ganzen als ein Mittelding zwischen ius und faktum zu betrachten, ohne eines von beiden zu sein. Sie ist nicht ius, weil sie eine faktische Macht über die Sache voraussetzt, wenn auch nicht bei dem wirklichen Besitzer selbst, so doch immer bei dem *seine* Kraft gebrauchenden und aufrechterhaltenden Vermittler. Aber sie ist auch nicht als bloss faktische Macht zu betrachten, denn der wirkliche Besitzer entbehrt ja einer solchen hinsichtlich des Dinges. Da über dem Besitz, trotzdem seine Unterlage in einer faktischen Macht besteht, bei Besitzvermittlung etwas von der Mystik des Rechtes selbst liegt, kann er dem Einfluss der mystischen Kräfte, die die dinglichen Rechte als solche einschliessen, nicht entgehen.[1]

Aber das Eigentumsrecht ist nicht nur eine innere Kraft, aus welcher eine dem nicht besitzenden Eigentümer detinierende Person zu seinen Gunsten wirklichen Besitz entwickeln kann, sondern es ermöglicht es auch umgekehrt dem nicht besitzenden Eigentümer, einer Person, die selbst die Sache, sei es als wirklicher Besitzer, sei es als bloss naturaliter possidens, innehat, einen anderen Besitz, bezw. wirklichen Besitz zu verschaffen. Es ist bezeugt, dass dies durch ein precario rogare seitens des vorher Besitzenden geschehen kann.[2] Auch kann es durch Verkauf,

---

[1] Vgl. D. 41,2, 49 pr.: Possessio quoque per servum, cuius ususfructus meus est, ex re mea vel ex operis servi adquiritur mihi, cum et naturaliter a fructuario teneatur *et plurimum ex iure possessio mutuetur.*

[2] Iav. 41,2, 21 pr. Interdum eius possessionem, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit. Ven. D. 43, 26, 22 pr.: Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere . . . Iul. D. 43,26,18 (aus B. 13 Iul. Dig.): Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat, womit D. 44,7, 16 (Lenel, Pal. Iul. 217) — demselben julianischen Schriftabschnitt entnommen

— zu vergleichen ist. In der letztgenannten Stelle handelt es sich offenbar darum, dass der nichtbesitzende Fiduziar-Eigentümer die ihm manzipierte Sache precario dem Fiduzianten überlässt. Damit wird die Usukapierung ex lucrativa causa von Seiten des letzteren ausgeschlossen. Als precario accipiens oder Mieter kann der Fiduziant nicht lucri faciendi causa zu possidieren beginnen (über diese Bezeichnung für die fragliche causa possidendi siehe Gaius I. 2,60 und Iul. D. 41,5, 2, 1) und damit usukapieren: dies zufolge der alten Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest, in Verbindung mit der Regel von der res furtiva oder vi possessa als nicht usukapierbar. (Hierüber alsbald.) — Die Möglichkeit, als nicht besitzender Eigentümer Besitz precario zu geben, gleichwie die Möglichkeit, durch Vermieten den eigenen Besitz zu vermitteln, besass grosse praktische Bedeutung bei der Verpfändung im Falle der Fiduzierung. Der Pfandschuldner, der die Sache an den Gläubiger manzipiert hat, konnte sie in seiner Gewalt behalten und verwenden oder auch den Ertrag geniessen, ohne dass deshalb die Sicherheit des Gläubigers wegfiel. Dieser konnte ja zu jeder beliebigen Zeit, wenn der Schuldner Prekarist war, bei Verdacht gegen ihn Interdikt (de precario) verwenden. War der letztere Mieter, hatte er ja immer die actio conducti, unter gewissen Umständen, z. B., wenn er am Betreten des fundus gehindert wurde, auch Interdikt (im angegebenen Falle unde vi). War die Schuld verfallen und doch nicht bezahlt, konnte er die Sache verkaufen und gegen den Mieter, der den Käufer am Antritt des Besitzes hinderte, mit Interdikten vorgehen (betreffs einer res mobilis mit dem Interdikt utrubi, vorbereitet durch actio ad exhib.: über die Verwendung dieses Interdikts in derartigen Lagen alsbald). Natürlich konnte er ja immer von dritter Person gleichwie von dem Mieter selbst, wenn er sich wirklichen Besitz zugeeignet hatte, die Sache vindizieren. Auch war seine Sicherheit nicht durch die eventuelle Usukapierung des Schuldners-Mieters oder Prekaristen gefährdet — eine Possidierung lucri faciendi causa war, ehe die Schuld bezahlt war, nicht möglich. Es konnte auch im eigenen Interesse des Gläubigers liegen, dass der Schuldner die Sache behielt. Sonst musste der erstere für die Verwaltung der Sache bei der actio fiduciæ mit ihrem Prinzip: ut inter bonos bene agier oportet — Cic. de off. 3,17,70 — die Verantwortung tragen und über allen Gewinn Rechenschaft ablegen. Übrigens ist zu beachten, dass der Gläubiger gegenüber dem Schuldner-Prekaristen oder Mieter die actio furti und condictio furtiva hatte, wenn dieser z. B. eine res mobilis d. m. versteckte oder einer anderen Person verkaufte, während ohne precarium oder Miete der Schuldner die Sache rechtlich nicht stehlen konnte (Gaius I. 3, 201, vgl. m. 2,60). Und über den so erhaltenen Ersatz brauchte er in der actio fiduciæ *nicht* Rechenschaft abzulegen (Ulp.-Pap. D. 13,7, 22 pr.; vgl. Pap. 47,2, 80. An den beiden Stellen betrifft die Frage nicht das pignus, sondern die fiducia: Lenel). Andererseits war der *Pfandschuldner* gegenüber der Widerspenstigkeit des Gläubigers hinsichtlich der Remanzipierung gesichert,

nachdem die Schuld bezahlt war. Denn *jetzt* konnte der erstere, der als ursprünglicher Prekarist oder Mieter die Sache in seiner Gewalt hatte, ohne weiteres lucri faciendi causa zu possidieren und zu usukapieren beginnen. Denn man erachtete, dass es eine stillschweigende Voraussetzung des Precario-Verhältnisses wie der Mietübereinkunft war, dass diese bloss gelten sollten, bis die Schuld bezahlt war: Celsus D. 43, 26, 11 (rem pigneratam hier interpoliert für fiduciam: LENEL). Allerdings wird hier bloss vom precario rogare gesprochen, aber da Miete und precario rogare im vorliegenden Falle ganz die gleiche Stellung hinsichtlich der Usukapierungsfrage einnehmen (Gaius a. a. O.), muss m. E. dasselbe von der Miete gegolten haben. (RICCOBONO, Arch. giur. 50, 1893, S. 272 führt zum Beweis für das Aufhören der Miete mit der Schuldbezahlung unrichtig Ulp. D. 19, 2, 9, 6 an, welche Stelle eine ganz andere Sache betrifft: das Aufhören der Miete mit dem *Eigentumserwerb* des Mieters.) Die Möglichkeit der Usukapierung machte den bisherigen Prekaristen oder Mieter unabhängig davon, dass der Gläubiger trotz der Bezahlung der Schuld sich weigerte, die Sache zu remanzipieren. Wahrscheinlich konnte jetzt der Schuldner nicht nur automatisch das zivile Eigentum erwerben, sondern auch einer Vindikation von Seiten des Gläubigers mit der exceptio doli mali begegnen und die actio Publiciana mit der replicatio doli mali gegen die exceptio dominii verwenden. Natürlich konnte ja der Gläubiger die Sache von dem Prekaristen-Schuldner vorher mit der Drohung des Interdikts de precario zurückgefordert haben, auch wenn der Schuldner nichts versäumt und nichts Verdächtiges vorgenommen hatte. Dies lag jedoch kaum im Interesse des Gläubigers. Gegenüber dem nicht säumigen und nicht unrechtmässig mit der Sache verfahrenden Schuldner-Mieter war er wahrscheinlich machtlos. (Vgl. oben S. 86 ff.). — Nach allem zu urteilen war also das genannte Verfahren den Interessen beider Partner so angepasst, dass es allgemein angewandt wurde. Aber für die juridische Verteidigung desselben war die Jurisprudenz auf eine halsbrecherische Mystik angewiesen. Der Eigentümer kann, obgleich er niemals Besitz = wirkliche Herrschaft über das Ding gehabt hat, eine solche Herrschaft dem precario rogans verschaffen, gleichwie er sich selbst durch Vermieten an eine andere Person, die die Sache innehat, dieselbe Herrschaft verschaffen kann, auch wenn er niemals eine faktische Herrschaft erhält. Sabinus, der annahm, dass sowohl der precario dans als auch der precario accipiens Besitz haben (Paulus D. 41,2,3,5), musste sogar sagen, dass der Eigentümer sowohl sich selbst als einer anderen Person wirkliche Herrschaft über das Ding verschaffen konnte, auch wenn er keine wirkliche Herrschaft gehabt hatte und niemals eine solche bekam. Man liess die Mystik des Rechts selbst auf das Gebiet der faktischen Wirklichkeit hinübergreifen und bestimmen, was unter *wirklicher* Herrschaft zu verstehen sei. Und eben durch diese mystisch-irrationale Betrachtungsweise gelang es der römischen Jurisprudenz, den Forderungen des praktischen Lebens, dem aus dem Ge-

Donation oder dergleichen seitens des nicht besitzenden Eigentümers erfolgen.[1]

---

sichtspunkt der Gesellschaft Geforderten entgegenzukommen. Eine wahrhafte Ironie des Lebens!

Man könnte zufolge Ulp.-Iul. D. 43,26,6,3 vermuten, dass man nicht notwendig Eigentümer sein musste, um ohne eigenen Besitz einer anderen Person eine precaria possessio verschaffen zu können, da hier von einem vi deiectus gesprochen wird. Man muss indessen beachten, dass hier das nachfolgende precario dare als eine *Ratihabition* des ursprünglichen Besitzübergangs gilt, der damit als im Augenblicke der Ratihabition wiederholt angesehen wird. (Ein Vorrücken des ursprünglichen Akts ist möglicherweise immer bei der Ratihabition gedacht, da diese vielleicht niemals zurückwirkt: siehe BESELER, Beitr. 4, S. 53). Zu *dieser* Zeit erhält jedoch der Besitzübergang einen anderen Charakter infolge der *Art* der Ratihabition. — Paulus D. 41, 4, 6 pr. bezieht sich deutlich auf ein precario rogare vom Eigentümer.

[1] Pomp. D. 41,3, 32 pr.: Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere und D. 41,1, 21,1: Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit, Paul.-Iul. D. 41, 4,2, 21: Si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. sed si litis æstimationem sufferre maluerim, ait Iulianus causam possessionis mutari ei, qui litis æstimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est, vgl. Gaius D. 41,4,1: Possessor, qui litis æstimationem obtulit, pro emptore incipit possidere und Ulp.-Celsus D. 41, 3, 27. Man könnte auf Grund letzterer Stellen vermuten, dass auch das litis æstimationem sufferre in der *Publiciana* einen neuen Besitz erzeuge. Gegen eine so weite Auffassung der Stellen spricht jedoch die korrespondierende Iulianus-Stelle. Aber *wenn* dies die richtige Auffassung ist, muss beachtet werden, dass in der Publiciana das *dominium* (durch Usukapierung) fingiert wird, warum hier der siegende Kläger als dominus *gegenüber dem Beklagten* gilt. (Natürlich wird das litis æstimationem sufferre als mit Kauf vom dominus analog betrachtet, wie z. B. bei Ulp. D. 41,4,3 und Paulus D. 6,1, 46. Dass hier das dominium — trotz der pronuntiatio des iudex im Vindikationsprozess — nicht sicher besteht, hebt nicht auf, dass es die prinzipielle Grundlage ist. Denn im vorliegenden Verhältnis gilt das pronuntiierte dominium als wirkliches). — Iul. D. 41,3, 33,1 ist besonders bedeutungsvoll, weil sich die Sätze, die hier den wirklichen dominus rücksichtlich der bezüglichen Frage dem bloss als dominus Betrachteten gleichstellen, als Justinianische Interpolationen erweisen: Quod vulgo respondetur ⟨neminem⟩ ipsum sibi causam possessionis mutare [non] posse ⟨—⟩ [totiens verum est, quotiens quis sciret se bona fide non possidere (!) et lucri faciendi causa inciperet possidere idque per hæc probari posse]. So weit folge ich rücksichtlich

Die Mystik, die in der Besitzvermittlung durch Mieter etc. hervortritt und deren Wesen darin besteht, dass der Besitz trotz seiner Eigenschaft als äusserer, körperlicher Macht durch das Recht beeinflusst wird, erreicht in der Tat in der hier behandelten Fähigkeit des blossen Eigentums, unter gewissen Umständen aus sich selbst eine solche Macht zu entwickeln, ihren Gipfel. Wenn auch der

---

der Interpolationsfrage BESELER, Sav. Z. 44 (1924), S. 378. Ein Kommentar ist kaum nötig. Da jedoch BESELER einen besonderen, den Charakter der Interpolation beleuchtenden Umstand nicht beachtet zu haben scheint, mag hier die Aufmerksamkeit darauf gelenkt werden. Die Anfangsworte: Quod vulgo respondetur neminem . . . posse kehren Iul. D. 41,5, 2, 1 wieder, hier mit der Fortsetzung: sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse . . . Diese völlig klaren Worte mit ihrer Berücksichtigung der den Kompilatoren fremden Usukapierung lucri faciendi causa müssen echt sein. *Nun gehören die beiden Äusserungen zu demselben Abschnitt der Digesta des Iulianus* (liber 44). Letzterer aber kann nicht in demselben Abschnitt denselben Ausdruck: quod vulgo . . posse — wohlgemerkt keine herkömmliche Phrase, sondern eine zufällige Wendung (vgl. MARCELLUS D. 41, 2, 19,1: Quod scriptum est apud veteres neminem etc.) — an verschiedenen Stellen angeführt haben: und zwar mit inhaltlich derselben Erklärung, das eine Mal korrekt, das zweite Mal verkehrt. Der Verdacht, dass die Kompilatoren *dieselbe* Julianische Äusserung zweimal verwendet haben, steigert sich zu vollkommener Gewissheit, wenn man beachtet, dass die Worte *lucri faciendi causa* an der verkehrt angeführten Stelle wiederkehren, jetzt jedoch ohne jeden entdeckbaren Sinn, *falls man nicht die echte Iulianusstelle kennte:* quotiens quis sciret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere. Der Satz würde für einen Fall gelten, dessen Möglichkeit — gerade durch den Satz ausgeschlossen sein soll! Es ist deutlich, dass die Kompilatoren die an der echten Julianusstelle vorliegende Hindeutung auf die mögliche Usukapierung lucri faciendi causa, die sie überhaupt nicht anerkennen, streichen wollten und doch den unter solchen Umständen sinnlosen Ausdruck lucri faciendi causa beibehalten haben. Es ist dies ein ausgezeichnetes Beispiel ihres freien Verfahrens. Das bei BESELER und nach ihm hier mit ⟨—⟩ Bezeichnete kann mit voller Gewissheit durch Iul. D. 41,5,2,1 u. 2 von den Worten sic accipiendum est an ersetzt werden. Wir kehren nun zu unserem Thema zurück. Es heisst an unserer Stelle: si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si ⟨postea⟩ eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse [idemque iuris erit, etiam si a non domino emerit, cum existimaret

Eigentümer niemals irgend welche wirkliche Verfügungsmacht gehabt hat, noch jemals erhält, wird er Besitzer, wenn der wirklich Besitzende einen Mietvertrag mit ihm schliesst. Derselbe in Wirklichkeit machtlose Eigentümer kann dem wirklich Besitzenden einen völlig neuen Besitz verschaffen. Es ist von der grössten Bedeutung, dass man die wirkliche Sachlage nicht durch Einführung der

---

eum dominum esse]. idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet pro herede possidere. [hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur]. cum hæc ita recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sint, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? [et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere]. Hierzu ist folgendes zu bemerken. 1. Der erste Fall enthält einen Pleonasmus. Der Besitzer, der in Kenntnis der Sachlage von dem besitzenden non dominus gekauft hat, kann, falls er nicht irrsinnig ist, die Sache nicht von neuem von einer Person kaufen, die er nicht für den dominus hält. Was würde er damit zu gewinnen glauben? Diese Person hätte ja seiner eigenen Ansicht nach weder Besitz noch Eigentumsrecht anzubieten. Darum sollte Iulianus ganz einfach geschrieben haben: sed si postea eundem ab alio emerit, cum existimaret eum dominum esse, incipiet . . . Der Pleonasmus lässt sich gut erklären, wenn Iulianus nur vom wirklichen dominus gesprochen hat, die Kompilatoren aber einen Zusatz betreffend den, welchen der emptor unrichtig für den dominus hält, gemacht haben. Die Kompilatoren zeigen überhaupt eine Tendenz, insofern es möglich ist, die Bedeutung der bona fides bei der possessio zu erweitern. (Siehe z. B. oben S. 54 ff. — andere Beispiele später). 2. Der Zusatz über die Zulänglichkeit der blossen existimatio fehlt *in allen anderen analogen Fällen*, nicht nur bei anderen Juristen, sondern auch bei Iulianus selbst: siehe Iav. D. 41,2, 21 pr., Ven. D. 43, 26, 22 pr., Paulus D. 41, 4, 6 pr., Pomp. D. 41, 3, 32 pr. und D. 41, 1, 21, 1 sowie Iulianus D. 43, 26, 18 und D. 41, 4, 2, 21 (An der letzteren Stelle der Zusatz natürlich nicht im Falle litis æstimatio möglich, wohl aber im Falle donatio vom dominus). 3. Beseler, der die Putativfälle an unserer Stelle für echt erachtet, sagt a. a. O: »In dem Falle, dessen Schilderung Iulian mit hoc amplius einleitet, ist mutator causæ der Thatsachenkomplex, der beim Besitzer die falsche Vorstellung erzeugt». Kann wirklich ein solcher Tatsachenkomplex, der eine objektive Bedeutung nur durch die *Vorstellung* des Besitzers hat, causam possessionis mutare, wenn nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest? »In den übrigen Julianischen Fällen ist mutator causæ ein Vertrag zwischen dem Besitzer und einem Dritten (vgl. (41,2) ^{21} p. (41,3) ^{32} p. (41,4) 2 ^{21} (44, 26) 6^{3}) oder die

klassischen Jurisprudenz fremder Gesichtspunkte verdreht. Man darf nicht denken, dass die fragliche Fähigkeit des Eigentums bei den Römern aus ausserhalb des Rechts liegenden Gesichtspunkten zu erklären wäre. Es ist z. B. vollkommen verkehrt zu sagen, dass die Juristen mit einer solchen Besitzbestimmung dem Zwecke des

---

Erbewerdung des Besitzers». Ist es denkbar, dass ein Vertrag mit einem *solchen* Dritten, der nichts (weder Besitz noch Eigentum) zu geben hat, etwas Neues in bezug auf Besitz verschaffen kann? — Beachte übrigens, dass in keinem der Fälle: Vertrag mit einem Putativ-dominus eine *iusta causa* existimandi erfordert wird. Da der Vertrag mit einem Dritten *an sich* nichts Neues geben kann, sollte wenigstens dieselbe Rechtfertigung der Ansicht über das dominium wie im Falle der nur vorgestellten Erbewerdung des Besitzers verlangt werden. Nicht genug mit dieser Inkonsequenz. Bei dem einen der erwähnten Verträge mit einem Putativ-dominus soll die existimatio bei *dem Besitzer*, in dem anderen bei dem betreffenden »*dominus*» vorhanden sein. Beseler korrigiert den späteren Fall nach dem ersteren. Mit welchem Recht? Ist das eine vernünftiger als das andere? Man könnte gegen die Entscheidung von Beseler einwenden, dass es von einem Gesichtspunkt aus vernünftiger wäre, wenn die Ansicht des *Verkäufers* über sich selbst Bedeutung hätte. Denn wenn er b. f. possessor gewesen ist, hat er Publiciana und könnte auf diese actio durch den Kauf verzichten, wenn ein solcher Verzicht sich als eine Übertragung der Sache selbst betrachten liesse. Was die von Beseler (höchst unvollständig) angeführten Parallelstellen betrifft, so verkennt er, dass in allen diesen mutator causæ ein Vertrag mit dem wirklichen Eigentümer oder dem als Eigentümer geltenden oder einer Person, die durch nachfolgende Ratihabition für jetzt Besitz übertragend gehalten wird, ist. — Pernice, Labeo 2,1 S. 430[1] hält nur den Satz: hoc amplius videtur für verdächtig. Er hat dabei drei Argumente, von welchen nur eines richtig ist: eine wirkliche mutatio causæ finde nicht statt.

Es mag schliesslich bemerkt werden, dass Cassius' responsum D. 41,6,1,2 mit Ulp. Iul. D. 43, 26,6,3 analog ist. Es handelt sich hier um die Usukapierung einer der Ehefrau von ihrem Manne donierten Sache durch die erstere. Eine solche ist nach dem Responsum infolge des Verbots einer solchen Donation, solange die Ehe besteht, unmöglich, nach der Ehescheidung aber, wenn der Mann der Frau *jetzt* gestattet, die Sache zu behalten, möglich. Der Ratihabitions-Gesichtspunkt, durch den der ursprüngliche *natürliche* Besitzübergang in die Gegenwart vorgerückt wird, wodurch er den Charakter einer *wirklichen* Donation erhält, ist hier ganz deutlich. Cassius sagt ja: quasi *nunc* donasse intellegatur.

Riccobono's Darstellung des *klassischen* Standpunkts rücksichtlich des constitutum possessorium und verwandter Phänomene (Traditio ficta Sav. Z. 33, 1912, S. 276) ist allzu summarisch und im wesentlichen unrichtig.

prætorischen Interdiktsschutzes hätten dienen wollen. Auch wenn IHERING's Ansicht, dass der possessorische Interdiktsschutz gewährt wurde, um das Eigentum zu schützen, richtig wäre, so kann man nicht sagen, dass die Juristen die Bedeutung des Eigentums für das Vorhandensein des Besitzes auf die Weise motivierten, dass durch eine Proklamierung dieses Zusammenhangs der prætorische Zweck am besten realisiert wurde. Der Prætor geht ja in seinen possessorischen Interdikten vom Besitz als einem schon bestimmten Begriff, d. h. als wirkliche Macht über ein Ding einschliessend aus. Keineswegs bestimmt er selbst, wie das Wort aufzufassen ist. Und die Juristen, die den Umfang des Begriffs in besonderen Fällen begrenzen, begründen dies regulär schlechterdings nicht mit dem *Nutzen* einer solchen Bestimmungsweise. Hier kann mit vollem Recht gesagt werden, dass die Ausnahmen die Regel bestätigen. Wir haben schon zwei Fälle angeführt, in welchen die Juristen erklären, dass *utilitatis causa* Besitz angenommen worden ist.[1] Diese beiden Fälle aber sind tatsächlich im Verhältnis zum regulären Begriff Grenzfälle, in welchen die Fingierung des fehlenden Moments als höchst natürlich und berechtigt erachtet werden muss: die Fähigkeit des Prokurators, durch Detinierung im Namen des dominus ihm Besitz zu erwerben (die Organstellung des Prokurators wird fingiert) und das Vermögen des infans, mit Hilfe der tutoris auctoritas Besitz zu erwerben (der Wille zum Erwerb wird fingiert). Auch ist zu bedenken, dass, *wenn* die nötige Fiktion allzu gewaltsam erscheinen sollte, wie im Falle des unmittelbaren Erwerbs durch den Vormund, die utilitas nicht hilft.[2] Aber wie es sich auch in diesen Ausnahmefällen verhalten mag, so findet sich nicht die mindeste Andeutung in den Quellen darüber, dass die hier interessierende Besitzvermittlung und der Einfluss des blossen Eigentums auf den Besitz utilitatis causa angenommen wäre. — Wenn wirklich nach der römischen Jurisprudenz der Besitzbegriff nach Nützlichkeitsgründen, unabhängig von seiner schon vorhandenen Bedeutung, zu bestimmen wäre, wozu wären dann alle sorgfältigen Untersuchungen darüber nötig, auf welche *Weise* man besitzt, ob solo animo, ob auch corpore etc? — Übrigens ist zu beachten, dass an dem Ergebnisse der Prü-

[1] Siehe oben S. 105 und 116 f. [2] Siehe oben S. 124.

fung der Besitzfrage nicht allein der Interdiktsschutz, sondern auch die *Usukapierung* hängt. *Diese* kann doch nicht durch den Zweck des *ersteren* bestimmt sein. — Sehr bedeutungsvoll ist auch die Bezeichnung der *wirklichen* possessio als *civilis* possessio. (Wir werden später beweisen, dass eine offene Vergewaltigung der Quellen vorliegt, wenn man die civilis possessio der klassischen Jurisprudenz für einen Besitz hält, der von einem *an sich ziviles Eigentum übertragenden Akt* abhängt). Wenn der wirkliche Besitz civilis possessio ist, so wird er durch das *Zivilrecht*, keineswegs durch Utilitätsgründe bestimmt. Und da *gleichwohl* der Besitz nach der klassischen Jurisprudenz ein Faktum ist, bedeutet dies, dass das Recht die faktische Herrschaft bestimmt. — Man hat viel vom römischen Besitzbegriff als durch die allgemeine praktische Anschauung betreffs der faktischen Machtverhältnisse bestimmt gesprochen. Es ist allerdings ganz sicher, dass die verlangte *körperliche* Macht nicht im eigentlichen Sinne zu fassen ist. Damit ist von selbst klar, dass man für das Bestimmen des Vorhandenseins dieser Macht von der allgemeinen Auffassungsweise abhängig wird. Natürlich habe ich im eigentlichen Sinne keine körperliche Macht über eine Sache, die in meinem Schreibtischschube verwahrt ist, besonders wenn ich mich vom Hause entfernt habe. Und doch zweifelt kein römischer Jurist, dass ich in solchem Falle besitze, falls die Sache nicht während meiner Abwesenheit gestohlen ist. Natürlich ist hier die allgemeine Auffassung, die nur mit dem für den Verlust der äusseren Macht *praktisch* Bedeutungsvollen rechnet, entscheidend. Aber sofern rechtliche Gesichtspunkte in der Besitzfrage vorherrschen, spielt die allgemeine praktische Auffassung keine Rolle mehr. Wenn im angenommenen Falle mein Sklave die Sache gestohlen und versteckt hat, habe ich nach der letzteren den Besitz verloren, *nicht* dagegen vom juridischen Gesichtspunkte. Ebensowenig betrachtet natürlich die praktische Anschauung den Verpächter unter allen Umständen als den wirklich Besitzenden. Wenn der Pächter den fundus mit einem Haufen von Sklaven bebaut und dadurch fähig ist, den dominus selbst vom Zutritt auszuschliessen, besitzt unzweifelhaft nach der allgemeinen praktischen Auffassung *er* die wirkliche Macht, aber die Jurisprudenz betrachtet ebenso sicher den Ver-

pächter als den wirklichen Besitzer, solange er nicht *faktisch* am Betreten verhindert wird. Wenn man hier wirtschaftliche Gesichtspunkte verwendet und die wirtschaftliche Überlegenheit des Verpächters im Verhältnis zum fundus als Grund für den Besitz des letzteren anführt, so ist dies gleichfalls unrichtig. Denn in dieser Beziehung beruht, insofern es sich um die Pachtzeit handelt, alles auf dem Inhalt des Pachtvertrags, der natürlich dem Pächter grössere Einkünfte aus dem fundus verschaffen kann als dem Verpächter. Aus diesem Gesichtspunkte sollte übrigens der Pfandschuldner, nicht der Pfandgläubiger für den eigentlich Besitzenden erachtet werden. Der *erstere* hat ja den grösseren wirtschaftlichen Vorteil von dem Pfande, da er durch die Verpfändung die nötigen Darlehensmittel erhalten kann. Der letztere gewinnt durch das Innehaben des Pfandes nur Sicherheit für eine *schon bestehende* Schuldforderung. Und doch besitzt nach der römischen Jurisprudenz ad interdicta nur der letztere. Dass der Umstand, dass der Verpächter gewisse Rechtsmittel gegenüber dem seine Macht im Verhältnis zu ihm missbrauchenden Pächter faktisch verwenden kann, nicht für den Besitz des ersteren bestimmend ist, darf als selbstverständlich erachtet werden. Oft ist die Sachlage eine solche, dass, *wenn* diese Rechtsmittel gebraucht werden sollen, der *Pächter*, nicht der Verpächter der wirkliche Besitzer ist.

Hiernach erscheinen alle ausserhalb des Rechts selbst liegenden Gesichtspunkte für die Erklärung der besprochenen Besitzverhältnisse untauglich. Damit aber ist die Mystik da. Wir kommen in anderen Zusammenhängen auf diese Frage zurück.

Die Besitzvermittlung durch Mieter etc. hat ihr Gegenstück in der Weise, auf welche der Besitz auf den Vermittler selbst übertragen werden kann: traditio brevi manu. Da die Vermittlung auf der Übereinkunft über eine blosse Verwendung der Kraft des Vermieters etc. durch den Besitzvermittler und dessen faktischem Innehaben beruht, so ist es konsequent, dass nur eine umgekehrte Übereinkunft nötig ist, um den Vermittler selbst als Besitzer zu konstituieren. Dieser hat ja schon die faktische Macht. Dass diese nicht wirklicher Besitz ist, hängt von der Übereinkunft ab. Also ist nur eine Änderung dieser nötig. Die traditio brevi manu ist *gar keine*

traditio ficta, sondern eine Überlassung des Besitzes, die infolge des in der Besitzvermittlung hervortretenden Einflusses des Rechts auf die Besitzfrage in der angegebenen unkörperlichen Weise geschehen soll.

Die fragliche Besitzvermittlung wird auch durch die Fälle beleuchtet, in welchen naturalis possessio *ohne* Besitzvermittlung stattfindet, wie in der Übung des ususfructus und der missio in possessionem rei servandæ causa. Weder der Usufruktuar noch der missus stehen in einem solchen durch Vereinbarung bestimmten Verhältnisse zu dem die Rechte des dominus Ausübenden, das sie zu Besitzvermittlern machen könnte. Andererseits schliesst nach der klassischen Jurisprudenz weder Übung des ususfructus noch das in possessione esse rei servandæ causa eine wirkliche possessio ein. Hier spielt wieder das Recht eine entscheidende Rolle in der Besitzfrage. In keinem von diesen Fällen geht das (zivile oder prætorische) Recht auf den Besitz. Nur ein Verwenden oder Konservieren der Sache ist der eigentliche Inhalt des Rechts. Die Folge davon wird, dass die faktische Macht dieser Personen als ein blosser Schein — naturalis possessio — nicht als wirkliche Macht zu erachten ist. Aber gerade deshalb bedeutet die Ausübung der verbleibenden Rechte des dominus eine wirkliche possessio. Der *diese* Rechte Ausübende possidiert, nicht der den ususfructus Übende oder die missio Empfangende, obgleich die letzteren unstreitig die *eigentliche* Macht über die Sache haben. Es ist deshalb deutlich, dass, wenn ein Usufruktuar oder ein missus den die Rechte des dominus Übenden an dieser Übung hindert, z. B. daran, auf dem Boden zu bauen, er den *Besitzer* in seinem Besitz stört. Wenn aber der Usufruktuar oder der missus in seinem uti frui, bezw. rem servare gehindert wird, so ist dies keine Besitzstörung. Jedoch liegt auch keine Besitzstörung vor, wenn der die Rechte des dominus Übende verhindert wird, in die Sphäre des Usufruktuars oder des missus einzugreifen. Damit greifen die letzteren gar nicht in den *Besitz* ein. Diese Verhältnisse machen sich in den Interdikten uti possidetis directum und utile und utrubi geltend.[1]

[1] Ven. D. 41,2, 52 pr.: Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: *nam neque*

impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat. § 1. Hiermit ist Ulp. D. 43, 17, 3, 2 zu vergleichen: Hoc interdictum (scil. u. p.) sufficit ei, qui ædificare in suo prohibetur. [etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione]? Hier handelt es sich um das oben S. 88 f. berührte Interdikt u. p. mit einseitiger Richtung, insofern nur eine der Parteien *materiell* reus ist. Wir wollen nun das wahrscheinliche *formelle* Verfahren erörtern. *Formell* müssen beide Parteien im Interdiktsstreit zugleich als Kläger und Beklagter auftreten, jede für sich die fiktive vis üben, Sponsionen geben und empfangen etc., was alles zu seinem Wesen gehört (Ulp. l. c. § 1, Gaius I. 4,166 und 170, Cicero pro Cæc. 16,45). Der Prætor zwingt den materiellen reus, als formelle Partei im fraglichen Streit zu agieren (im Weigerungsfalle gibt er gewisse, gefährliche interdicta secundaria: Gaius I. 4, 170). Der materielle reus unterliegt, wenn der materielle Kläger im Momente des Interdikts wirklicher Besitzer war, d. h. die Rechte des dominus übte. Doch ist anzunehmen, dass der von ihm behauptete Versuch des Gegners, ihn am Bebauen des Bodens zu hindern, sich als wirklich erweisen muss. Der Beweis für die Unwahrheit dieser Behauptung muss die Gültigkeit aller formellen Akte im Streite vernichten — gleichwie die falsche demonstratio das iudicium nichtig macht (Gaius I. 4, 58). Hier ist nun besonders der Fall von Interesse, dass der materiell Beklagte ein Usufruktuar ist. Im nachfolgenden § (der schon in einem anderen Zusammenhang oben S. 88 f. behandelt ist) wird ein inquilinus, der die Reparation des Hauses verbietet, vorausgesetzt. Natürlich kann ebensogut ein Usufruktuar des Bodens in Betracht kommen. Aus dem Parallelfalle können wir bestimmt schliessen, dass der Kläger beweisen muss, dass er durch das beabsichtigte Bebauen den Usufruktuar nicht an dem *uti frui* hindern würde. Wenn der Mieter des Hauses diesen Schutz gegenüber dem dominus im Interdikt u. p. geniesst, so muss ihn der dingliches Recht ausübende Usufruktuar umsomehr haben. — Ulp. D. 43, 17, 4: In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat ⟨—⟩. idem erit probandum et si usu[s]⟨m⟩[fructus] quis sibi defendat [possessionem], et ita scribit Pomponius . . . Es ist offenbar, dass die *Kompilatoren* die Ulpianische Äusserung auf das reguläre Interdikt u. p. bezogen haben, während Ulp. selbst zwischen diesem und dem interd. u. p. utile (Vat. fr. 90) unterschieden haben muss. (Die Weise, in welcher sie die beiden Interdikte haben zusammenschlagen können, geht aus dem kompilatorischen Ausdruck: usus possessio hervor. Der usus oder usus fructus Übende wird als *diesen* possidierend betrachtet.) Dann aber ist auch offenbar, dass nach Ulp. im Falle: 'einer behauptet usus fructus, ein anderer possessio' nicht *ein* Interdikt hinreichend sein kann. Lenel, Ed.[2], S. 457 sagt allerdings, dass sich auch hier der Streit darum dreht, wer den ususfructus hat. »Denn, wenn der eine Teil nicht Sachbesitz, sondern bloss tatsächliches uti frui

behauptete, konnte der andere Teil mit der Behauptung des blossen possidere nicht gehört werden — sein possidere wäre ja mit dem uti frui des Gegners durchaus verträglich, also keine Negation der Gegenbehauptung — vielmehr konnte er nur mit *der* Behauptung durchdringen, er selbst habe das Grundstück tatsächlich im *Genuss* gehabt: daraus ergab sich aber von selbst die Formel 'uti utimini fruimini'». Aber der wirkliche Besitzer *kann* nicht tatsächliches uti frui behaupten, da dieses juridisch ein Recht bedeutet, dessen Ausübung Besitz ausschliesst. Man bemerke weiterhin, dass in iudicio nicht prinzipiell geprüft wird, ob der eine oder der andere Besitzer, bezw. Usufruktuar ist, sondern ob »Gewalt» gegen das Interdikt geschehen ist. Vgl. Bruns, Die Besitzklagen (1874), S. 28 ff. gegen Ihering. Aber wenn auch der eine nur Besitz, der andere nur ususfructus behauptet, kann der letztere sehr gut »Gewalt» gegen das Interdikt verübt haben. Wenn er nicht *im Momente des Interdikts* ausübender Ususfruktuar war, wird die spätere fiktive vis eine interdiktswidrige Störung des Besitzes des anderen, der dann einen *solchen* Besitz hat, der den ususfructus ausschliesst. Umgekehrt hat die andere Partei durch die fiktive vis »Gewalt» gegen das Interdikt begangen, wenn sie nicht einen solchen Besitz hatte, der den ususfructus der Gegenpartei ausschloss. Natürlich hat Lenel insofern recht, als der Streit sich *materiell* um die Frage dreht, wer den wirklichen Genuss im Momente des Interdikts hat. *Formell* aber muss entschieden werden, ob der Besitz des einen, der ususfructus des anderen durch die fiktive vis gegen das Interdikt gestört worden ist, und die formellen Behauptungen müssen Besitzbehauptung *gegen* die Behauptung des ususfructus der anderen Partei und umgekehrt sein. Der eine behauptet von dem ususfructus des anderen nicht berührten Besitz, der andere stellt *dagegen* seinen ususfructus. Es ist dann aber notwendig, dass in unserem Falle *sowohl* das direkte Interdikt u. p. *als* das interdictum utile gegeben werden. Und die sponsio gleichwie die restipulatio der den Besitz behauptenden Partei werden nach dem letzteren, die des Gegners nach dem ersteren Interdikte beurteilt. Mutmasslich hat deshalb Ulp. die Notwendigkeit der beiden Interdikte im fraglichen Falle behauptet. Es ist sicher, dass, wenn, wie Lenel meint, nur das interdictum utile gegeben würde, der den ususfructus Behauptende einen unberechtigten Vorteil im Streite erhielte. Da der Gegner sich nur den Besitz vorbehält, das fragliche Interdikt aber nur die Störung des *ususfructus* Übenden verbietet, kann *er* niemals wegen »Gewalt» gegen das Interdikt verurteilt werden. — Um ein Interdikt utrubi mit materiell einseitiger Richtung, analog den in Ulp. D. 43, 17, 3, 2—3 behandelten Fällen der Verwendung des Interdikts u. p., gegenüber dem den Besitzer an Ausübung seines Besitzes hindernden Usufruktuar oder missus in possessionem rei servandæ causa dreht sich Ulp.-Iul. D. 10, 4, 5, 1: um ein solches Interdikt als eine vorbereitende actio ad exhibendum erfordernd (über actio ad exhibendum als Vorbereitung für Interdikte siehe Ulp. D. 10, 4, 3, 5): Iulianus autem ita scribit ad exhibendum

Indessen ist zu bemerken, dass hier eine gewisse Schwierigkeit unvermeidlich ist. Denn der ususfructus Übende und der missus haben doch in wesentlichen Teilen die physische Macht inne. Der erstere scheint ja ganz dieselbe Macht über das Ding zu haben wie z. B. der Pächter. Also würde der angebliche Possessor hier jedenfalls in we-

actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat: inde Iulianus quærit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandæ causæ sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur. Offenbar wird hier vorausgesetzt, dass der Kläger, der ursprünglicher Besitzer ist, in seinem Besitz vom Usufruktuar, bezw. dem missus so gestört worden ist, dass er seinen Besitz verloren hat. Sonst würde nicht verlangt werden, dass die Exhibierung ihm Besitz gibt. Indessen ist diese Einsetzung in den Besitz nicht, wie BESELER, Beitr. 1, S. 19 meint, eine Restitution, so dass exhibere hier im Sinne von restituere verwandt worden wäre. Denn *damit* wird nicht der Verlust durch die vorhergehende Störung, vom Momente der l. c. gerechnet, erstattet. Es ist ja auch aus dem zweimal wiederholten Ausdruck cum quo *agetur* deutlich, dass die Exhibition eine *zukünftige* Aktion vorbereiten soll. Die Aktion aber, für deren Möglichkeit der Besitz des Klägers nötig ist, kann nur eine Aktion aus dem Interdikt utrubi sein — es muss sich um eine res mobilis handeln, da Exhibierung verlangt wird. Dies Interdikt kann nicht verlangt werden, bevor die Sache exhibiert worden ist. Der Kläger aber kann in der Aktion nach diesem Interdikt nicht siegen, wenn er nicht während des im Verhältnis zum Besitz des Gegners grösseren Teils »dieses Jahres» die Sache besessen hat, wobei jedoch der im Verhältnis zu ihm vitiose Besitz des Gegners nicht gilt (Gaius I. 4, 151). Indem der Gegner gezwungen wird, selbst als Kläger und Beklagter im fraglichen Prozess aufzutreten, und dabei notwendig besiegt wird, weil die andere Partei *jetzt* (im Momente des Interdikts) besitzt und sein eigener Besitz im Verhältnis zu ihr vitios ist, bekommt der materielle Kläger Erstattung für die Besitzstörung. BESELER's Interpolationstheorie scheint mir auf einem Missverständnis zu beruhen. Indessen hat die in diesem Zusammenhang vorkommende Gegenüberstellung des Besitzes und des uti frui, bezw. des rem servare besonderes Interesse, weil dadurch, gleichwie Ulp. D. 43, 17,3 2 u. 3, betont wird, dass eine Besitzstörung seitens des Usufruktuars und des missus nicht vorliegt, wenn sie Widerstand gegen Eingriffe in *ihre* Sphäre leisten. Es wird ja bei der Exhibierung nur verlangt, dass der Kläger Besitzer wird, mit Beibehaltung der Übung des ususfructus und des in possessione esse seitens der anderen Parteien. — Über das Verhältnis des Besitzes zum blossen rem servare siehe übrigens Ulp. Pomp. D. 41,2, 10,1 und Paulus D. l. c. l. 3,23.

sentlichen Teilen von der physischen Macht ausgeschlossen sein. Und doch sind der Usufruktuar und der missus nicht als durch ihr Innehaben den körperlichen Besitz des wirklichen Besitzers vermittelnd zu erachten. Gewisse Zeichen indizieren auch, dass die republikanische Jurisprudenz einen anderen Standpunkt in dieser Frage eingenommen und dem ususfructus Übenden wie dem missus den wirklichen Besitz zuerkannt hat.[1] Was es der klassischen Jurisprudenz möglich macht, ihnen den wirklichen Besitz abzusprechen, ist indessen Folgendes. Die genannte Schwierigkeit glaubt man auf die Weise überwinden zu können, dass man auf die rechtliche Grundlage der Übung des ususfructus und des in possessione esse rei servandæ causa hinweist. Das fragliche Recht betrifft nur die accidentalia der Sache, nicht das innere Wesen derselben — die *species* (über die Bedeutung dieses Begriffs später). *Darum* ist es kein Recht auf den Besitz, denn die wirkliche Herrschaft über ein Ding muss dieses innere Wesen treffen. Wie unvollständig nun auch umgekehrt die körperliche Macht des die Rechte des dominus Übenden sein mag, ist doch *diese* Macht eine Herrschaft, die die Beherrschung *des Dings selbst* einschliesst, und kann darum im Gegensatz zur usufruktuarischen Macht und der rei servandæ causa als wirklicher Besitz betrachtet werden. Die Mystik, die hier zugrunde liegt, kann erst später dargestellt und eingehender aus den Quellen nachgewiesen werden.

§ 8.

Vom animo possidere als mystischer Macht.

Wenn der *körperliche* Besitz nicht notwendig mit der faktischen, physischen Gewalt identisch ist, sondern eine rein mystische Macht über das Ding sein kann, die für eine Person dadurch konstituiert

[1] Einerseits ist zu beachten *Cicero* pro Cæcina 39, 94: Cæsenniam possedisse propter usum fructum non negas, vgl. 7,19. Dass es sich hier um die wirkliche, nicht die nur scheinbare possessio handelt, kann kaum bestritten werden. Andererseits siehe Paulus D. 41,2,3,23, wo *Qu. Mucius* kritisiert wird, weil er unter genera possessionum auch die nach Paulus nur scheinbare possessio des missus rechnet.

wird, dass der faktische Machthaber auf Grund einer Übereinkunft mit ihr, ihre physische Kraft rücksichtlich des Dings zu gebrauchen und damit aufrechtzuerhalten, es empfangen hat oder behält, so ist dieses animo possidere *durch und durch* eine mystische Macht, die zwar eine grundlegende faktische Macht physischer Natur, sei es beim Besitzer selbst oder dem Besitzvermittler, voraussetzen mag, aber doch selbst keinerlei faktische Macht ist.

Selbst der Ausdruck animo possidere oder animo retinere possessionem wird eigentlich verwendet, um die Situation zu bezeichnen, die entsteht, wenn wir, ohne dass ein anderer unseren körperlichen Besitz aufhebt, diesen fallen lassen, aber doch nicht die Absicht haben, ihn für die Zukunft aufzugeben.[1] Aber man möge daraus nicht schliessen, dass bloss in diesem Falle ainmo possidiert wird. Die Bezeichnung animo possidere wird auch in besonderen Fällen angewandt, in welchen man noch den körperlichen Besitz hat. Dass der Ausdruck speziell in dem angegebenen Falle verwendet wird,

---

[1] Siehe besonders Gaius I. 4,153 und Ulp. -Proc. D. 43,16,1,25. Als Typus für den Animo-Besitz pflegt man das Weideland anzuführen, das zu gewissen Jahreszeiten aufgegeben wird, um während anderer wieder in Besitz genommen zu werden. Siehe z. B. Paulus D. 41,2,3,11. Riccobono, Arch. giur. 50 (1893), S. 266—267 schliesst aus Gaius I. 4, 153: quin etiam *plerique putant* animo quoque retineri possessionem, dass die Formel nicht alt sei. Man beachte indessen, dass das animo possidere für Gaius *dasselbe* ist wie überhaupt zu possidieren, trotzdem weder der Besitzer selbst noch ein anderer in seinem Namen de facto die Sache innehat. Beachte: animo retineri possessionem, *id est* . . . Dass der Besitz in einem solchen Falle durch den animus behalten wird, ist für Gaius und wohl einen jeden Juristen von selbst klar. Was anderes als die Seele bleibt in dem Menschen, das mit der fraglichen Macht ausgerüstet sein könnte, wenn diese nicht äusserer, physischer Natur ist? *Darüber* kann keine Meinungsverschiedenheit zwischen den älteren Juristen bestanden haben. Der Streit kann nur die Frage betroffen haben, ob es möglich ist, eine Sache zu besitzen, ohne die äussere Macht über dieselbe unmittelbar oder mittelbar zu haben. — Das hohe Alter der Lehre von der Möglichkeit, solo animo zu possidieren, geht deutlich daraus hervor, dass nach *Trebatius einer* iuste, *ein anderer* iniuste dieselbe Sache in solidum possidieren kann (Paulus D. 41, 2, 3, 5). Trebatius muss dabei vorausgesetzt haben, dass der eine (natürlich der iuste possidens) *nicht* corpore possidiert, also in dem animus allein die Macht hat.

hat seinen Grund darin, dass man dann *bloss* animo besitzt.[1] Aber nicht genug damit. Tatsächlich gehört zu jedem für die rechtliche Betrachtung wirklichen Besitz ein *inneres* Element, ein Beherrschen des Dings durch die Seele des Besitzers, auch wenn dies nicht direkt ausgesprochen wird. Die Anwendung der herkömmlichen Bezeichnung *naturalis* possessio auf den Besitz, der nur scheinbar ist, beweist, dass dies von alters her gegolten hat. »*Naturalis*» ist ja hier dasselbe wie »*corporalis*». Wenn der Ausdruck technische Bedeutung hat, will man damit den *bloss* äusseren, körperlichen Charakter des fraglichen Besitzes hervorheben, womit sich auch die blosse Scheinbarkeit der Herrschaft ergibt.[2] Der wirkliche Besitz muss dann etwas anderes, über die bloss äussere Macht Hinausgehendes enthalten, was nur eine ideelle, geistige Macht sein kann. Es wird auch später bewiesen werden, dass die ganze Besitzlehre schon früh von der Idee einer inneren Einheit des Dings — der *species* — durchdrungen ist. Ein Ding, das einer eigenen solchen Einheit entbehrt, kann nicht für sich im eigentlichen Sinne possidiert werden. Nur naturalis possessio ist betreffs eines solchen Dings möglich. Die fragliche Einheit, die selbst bei wirklichem Besitz beherrscht werden muss, kann natürlich nur durch die Seele ergriffen werden.

Aber sei es, dass es sich um ein Possidieren *solo* animo oder animo et corpore handelt, so ist die Bedeutung von *animus* für die ideelle Possidierung nicht zu vermischen mit der Bedeutung, die dieser Begriff nebst dem corpus als Bedingung des Besitz*erwerbs* hat. Im letzteren Falle ist der animus unzweifelhaft der *Besitzwille* oder der Wille, die Sache in unserer Gewalt zu haben.[3] So aber ist der animus beim animo possidere als einem schon gegebenen Besitzen durch die Seele nicht zu fassen. Wenn der, welcher solo animo zu possidieren begonnen hat, von Wahnsinn befallen wird, verliert er infolge

---

[1] Paulus D. 41, 2, 3, 12: Ceterum nostro animo, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum. Beachte, dass anstatt des animo possidere im angegebenen Falle auch gesagt wird: *solo* animo possidere. Siehe Pomp. D. 41, 2, 25, 2, Paulus D. l. c. l. 3, 7, Dioclet. C. 7, 32, 4.

[2] Siehe oben S. 105 ff.

[3] Besonders deutlich bei Neratius und Proculus D. 41, 2, 3, 3. BESELER, Beitr. 4, 162 und Sav. Z. 44 (1924), S. 374 nimmt ohne Grund Interpolation an.

einer rechtsgültigen Fiktion nicht unmittelbar diesen Besitz. Er kann aber auch infolge *der juridischen Nichtigkeit* des Willens des Wahnsinnigen nicht durch eigenen Entschluss die Possidierung aufgeben, also nicht einmal durch einen direkt entgegengesetzten Willen dieselbe verlieren.[1] Die Bedeutung der Gleichgültigkeit eines direkt negativen Besitzwillens in diesem Falle steigert sich, wenn man in Betracht zieht, dass auch, wenn *der Mündel* (solo) animo possidiert, was keine rechtsgültige Fiktion voraussetzt, er durch den Willen, den Besitz aufzugeben, ihn ohne die tutoris auctoritas nicht verliert.[2] Hier muss in entsprechender Weise die juridische Nichtigkeit eines Willens des Mündels ohne die genannte auctoritas im Falle der Verschlechterung seiner Lage entscheidend sein.[3] Offenkundig ist der animus als Besitzwille als ein Bestandteil des *Erwerbsakts* zu betrachten, gehört aber nicht zum *Behalten* des Besitzes durch den animus. In entsprechender Weise ist der Wille, den Besitz aufzugeben, als ein Glied in dem den Besitz auflösenden *contrarius actus* bedeutungsvoll und sogar das einzige, was für das Verlieren des Besitzes, der nur durch den animus besteht, notwendig ist.[4] Aber die *Willenslosigkeit* gleichwie der faktische direkt negative Besitzwille, der infolge seiner juridischen Nichtigkeit als ein *contrarius actus* nicht fungieren kann, ist für den Bestand des animo possidere vollkommen gleichgültig. Der Erwerbsakt, als einen auf den Besitz gerichteten *Willensakt* einschliessend — erachtet man — schafft selbst

---

[1] Proc. D. 41, 2, 27: Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere. »Amittere» und »desinere» müssen hier, soll das Ganze nicht sinnlos werden, *durch eigene Tätigkeit* verlieren, bezw. aufhören bedeuten. Sonst würde ja kein anderer den fraglichen saltus, z. B. durch Kauf vom curator in Besitz nehmen können. Vgl. die Bedeutung des amittere bei Paulus D. 41, 2, 8 = D. 50, 17, 153 unten. Über die Fortsetzung des Besitzes bei beginnendem Wahnsinn als ein utilitatis causa receptum siehe Pap. D. 41, 3, 43, 6. Über den Willen des furiosus als juridisch nichtig siehe Pomp. D. 50, 17, 40.

[2] Ulp. D. 41, 2, 29. Über eine Interpolationstheorie später.

[3] Gaius I. 2, 82—84.

[4] Der Ausdruck in contrarium agere von dem fraglichen Willensakt bei Paulus D. 41, 2, 8 = D. 50, 17, 153 angewandt.

eine Kraft in der Seele, womit diese über das Ding herrscht. Aber diese Kraft ist gar nicht selbst eine natürliche Kraft des Willens.

Diese Sachlage kommt auch darin zum Ausdruck, dass die konstitutive Bestimmung, die den Erwerbswillen auszeichnet — man will als Käufer, als Erbe (pro emptore, pro herede) etc. oder ohne Rechtsgrund heimlich oder gewaltsam (clam, vi) etc. Besitz erlangen, man will bona oder mala fide erwerben — nach der juristischen Betrachtung unveränderlich als charakteristisch für den hierdurch bestimmten Besitz besteht, solange sich dieser überhaupt als dieselbe körperliche Macht über das Ding vorfindet. Sie besteht als eine Bestimmung des Besitzes selbst, auch wenn während seiner Fortdauer ein dadurch charakterisierter Besitzwille nicht länger vorhanden sein kann.[1]

[1] Siehe über das clam possidere als sich erhaltend, auch wenn der ursprüngliche Besitzer davon in Kenntnis gesetzt worden ist, und umgekehrt betreffs des vi possidere Afric.-Iul. D. 41, 2, 40, 2, Ulp. D. 41, 2, 6 pr. (aus der Fortsetzung § 1 kann keineswegs der Schluss gezogen werden, dass Labeo eine andere Meinung gehabt habe: so Rotondi Scr. giur. III, S. 131 und 175. Labeo unterscheidet hier zwischen zwei Fällen. 1. Der fundus des abwesenden animo Possidierenden wird ohne sein Wissen besetzt. 2. Er wird durch Gewalt bei seiner Rückkehr besetzt. Im *ersten* Falle liegt ein clam possidere vor, im *anderen* Falle ein vi possidere) und Paulus D. 41, 3, 4, 27.

In ähnlicher Weise ist die mala oder bona fides im Besitze nach dem *Erwerbsakte* zu bestimmen: siehe z. B. Gaius I. 2, 43 u. 51, Paulus D. 41, 3, 15, 2 u. 3, Pap. D. 41, 3, 44, 2. Besonders wichtig ist natürlich das Zeugnis des Gaius, warum wir I. 2, 43 vollständig anführen und erläutern: Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis conpetit, quæ non a domino nobis traditæ fuerint, sive mancipi sint eæ res, sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse. Man bemerke, dass »usucapio» sich hier unmöglich auf den *Anfang* der Usukapierung beziehen kann, so dass »usucapio conpetit» die Möglichkeit, eine Usukapierung zu *beginnen*, bedeuten würde. Denn sie *fängt* gleichzeitig mit dem Empfang bona fide *an*. Hier aber wird von einem *der Vergangenheit* angehörenden Empfang bona fide als Bedingung für die usucapio gesprochen: si modo . . . *acceperimus*, cum *crederemus*. Darum muss sich usucapio hier auf die *fortdauernde* Usukapierung beziehen. Was Gaius betrifft, ist übrigens zu beachten, dass er abwechselnd als Bedingung für die usucapio den Empfang bona fide und die possessio bonæ fidei nennt: vgl. z. B. I. 2, 43 mit § 45 und § 51. (Ein ähnlicher Wechsel bei Paulus D. 41, 3, 15, 2.) Also: wenn ein possessor bonæ fidei die Sache empfangen hat, bleibt er nach wie vor possessor bonæ fidei. — Es handelt

sich allerdings in den hier erwähnten Stellen zunächst um die Bedingung für die *Usukapierung*. Aber man kann den Bestand der letzteren trotz wirklicher späterer mala fides nicht auf andere Weise gerechtfertigt haben als so, dass die Ausgangslage den juridischen Charakter des Besitzes bestimmt. Vgl. übrigens die Bezeichnungsweise bezüglich des clam und des vi possidere und den soeben erwähnten Wechsel in der Ausdrucksweise einiger Juristen zwischen dem b. f. accipere und dem b. f. possidere.

Es gibt allerdings gewisse Quellenstellen, die zu beweisen scheinen, dass die Regel nicht ausnahmslos gegolten hat. Aber diese Stellen sind entweder in der fraglichen Beziehung interpoliert oder nur scheinbar in angegebener Richtung beweisfähig.

1. Paulus D. 41, 1, 48 pr.: Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos [interim] facit, non tantum eos . . nec interest, ea res, quam bona fide emi⟨t⟩, [longo tempore] ⟨usu⟩capi possit nec ne, veluti si pupilli(?) sit aut vi possessa aut præsidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonæ fidei emptori. § 1: In contrarium quæritur, [si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam] ⟨—⟩. Pomponius verendum, ne non [sit bonæ fidei possessor] ⟨fructus suos faciat⟩, quamvis capiat: hoc enim ad ius, [id est capionem] illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat: [nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit]. Man beachte *erstens*, dass die Worte Pomponius — possideat im überlieferten Texte nicht in den Zusammenhang hineinpassen. Denn ob die b. f. possessio vorliegt, ist natürlich ebensowohl eine quaestio facti, insofern sie Bedingung für die Usukapierung ist, als insofern sie den Erwerb der Früchte bedingt. Und diese Frage muss in beiden Fällen auf dieselbe Weise beantwortet werden. Dass die usucapio (gleichwie der Erwerb der Früchte) im Gegensatz dazu das ius, nicht das factum betrifft, kann unmöglich ein Grund sein, die Tatsachenfrage über das Vorhandensein der b. f. possessio in den beiden Fällen auf verschiedene Weise zu beantworten. — Man beachte *zweitens*, dass in pr. dasselbe von Paulus bejaht, was in § 1 von Pomp. verneint wird, ohne dass der Verfasser hierauf hinweist. Denn nach dem pr. soll ja der *bonæ fidei emptor* = is, qui bona fide emit *als solcher* »non dubie» die Früchte zu seinen machen. Natürlich wird bei dem Ausdruck b. f. emptor ausser der Tatsache, dass der Kauf b. f. geschehen ist, vorausgesetzt, dass wirkliche ununterbrochene possessio pro emptore vorliegt. Sonst aber wird *weiter nichts* damit angenommen, wie man aus demselben Paulus D. 41, 4, 2, 13 u. 19 sieht. Doch wird in § 1 behauptet, dass Pomp. der Ansicht gewesen sein soll, der (ununterbrochen pro emptore possidierende) b. f. emptor erwerbe unter gewissen Umständen die Früchte *nicht*. Und *dies* wird vom Verf. als dem Vorhergehenden nicht widerstreitend dargestellt. *In contrarium* quæ-

ritur . . . als ob hier etwas anderes als in pr. vorausgesetzt wäre. Wenn in pr. gesagt wäre, dass der b. f. emptor unzweifelhaft die Früchte erwerbe, *solange* er nicht weiss, dass die Sache einem anderen gehört, wäre alles in der fraglichen Beziehung in Ordnung. So heisst es aber nicht. — Man beachte *drittens* den Personenwechsel in der Frage und der Antwort in § 1. In der ersteren wird die erste Person angewandt: puto, cognovero, faciam, in der letzteren die dritte Person: sit, capiat. Damit wird höchst wahrscheinlich, dass der von Pomponius geprüfte Fall unrichtig dargestellt ist, und dass also die Worte: si eo tempore — meos faciam interpoliert sind. Es ist jedoch nicht unmöglich, mit Anspruch auf eine gewisse Wahrscheinlichkeit anzugeben, um was es sich im echten Texte gehandelt hat. Es gibt ja im *klassischen* Rechte gewisse Fälle, in welchen die b. f. possessio nicht Bedingung für die Usukapierung ist. In diesen erfolgt sie ex causa lucrativa. So bei der usucapio pro herede und der fiducia (Gaius I. 2, 52 ff.). Wenn man annimmt, dass die hier vorliegende Rechtslage als von Pomponius behandelt dargestellt worden ist, wird das Ganze verständlich. Dann wird die Hervorhebung des Umstandes, dass die Frage über die Usukapierung eine quæstio iuris ist, diejenige über die b. f. possessio eine quæstio facti, wirklich bedeutungsvoll. Man darf nicht aus dem Vorhandensein der ersteren auf das der letzteren schliessen, sondern *diese* Frage muss selbständig erledigt werden. Dann wird auch der logische Zusammenhang nicht unterbrochen. Im pr. wird gesagt, dass die propter vitium rei vorhandene Unmöglichkeit der Usukapierung nicht den Erwerb der Früchte durch den b. f. emptor aufhebt. In § 1 wird umgekehrt gesagt, dass, wenn die Usukapierung trotz der mala fides im Besitze stattfindet, der Fruchterwerb nicht angenommen werden darf. Die Kompilatoren, die die fragliche unredliche Usukapierung vollständig aufheben wollten, haben den echten Text nicht unverändert aufnehmen können. Aber wegen ihres Interesses, *insofern es überhaupt möglich war*, die Unredlichkeit jeder positiven Rechtsfolge zu berauben, haben sie die Gelegenheit ergriffen und die mala fides superveniens im Falle des Fruchterwerbs Relevanz bekommen lassen. — Man bemerke auch, dass IULIANUS D. 22, 1, 25, 2 sich rücksichtlich des nach dem überlieferten Texte von Pomponius behandelten Falles in entgegengesetzter Richtung äussert: Bonæ fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quæritur. respondi: bonæ fidei emptor, quod ad percipiendos fructus ⟨pertinet?⟩, intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit, nam et servus alienus, quem bona fide emero, tamdiu ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit. Es ist nicht nötig, das Wort »quæritur» hier anders zu deuten, als dass Iul. eine ihm gestellte Frage beantwortet hat. Dem Worte folgt ja unmittelbar: »respondi». — Die Schlussworte in der angeführten Stelle Paulus D. 41, 1, 48, 1 geben nur eine sinnlose Wiederholung und sind mutmasslich eine Paraphrase.

2. Ulp. D. 41, 1, 23, 1: [Tamdiu autem adquirit, quamdiu bona fide servit: ceterum si coeperit scire esse eum (se?) alienum vel liberum, videamus, an ei adquirit (!); Quæstio in eo est: utrum initium spectamus (!) an singula momenta: et magis est, ut singula momenta spectemus]. a. Das Wissen des bona fide serviens selbst wird hier entscheidend, was sonst nicht vorkommt. Aus Gaius I. 2, 86, 92, 93 u. 95 und ULPIANUS, Reg. 19, 21 kann man ja sehen, dass der Ausdruck bona fide servire nur eine Umschreibung für den eigentlich korrekten: bona fide possideri ist. b. Der modus des Verbs adquirit ist fehlerhaft. c. Man erwartet anstatt des »spectamus» spectandum est. Die Kompilatoren haben hier aus demselben Grunde wie im Falle 1 interpoliert. (Die genannten Sprachfehler beweisen an sich nicht, dass Interpolation vorliegt. Denn solche Sprachfehler können immer auf der Nachlässigkeit des Abschreibers beruhen. Aber in Verbindung mit der sachlichen Schwierigkeit, die erste Meinung als klassisch anzusehen, gewinnen diese Fehler keine geringe Bedeutung als Indizien für den Eingriff der Kompilatoren. Hierzu kommt, dass der Stil des Absatzes im Ganzen schlecht ist.)

3. Pomp. D. 41, 10, 4 pr.; Si ancillam furtivam emisti fide bona ⟨quodque⟩ ex ea natum et apud te conceptum est, ita possedisti, ut intra [constitutum usucapioni tempus] cognosceres matrem eius furtivam esse, Trebatius omni modo, quod ita possessum esset, usucaptum esse. ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris intra [statutum tempus], cuius id mancipium esset, aut si scieris neque potueris certiorem dominum facere, aut si potueris quoque et feceris certiorem, usucaperes: sin vero, cum scires et posses, non feceris certiorem, contra esse. tum enim clam possedisse videberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest. PERNICE, Labeo 2, 1, S. 454 f. bemerkt, dass Pomponius damit nicht nur mit Iul. D. 41, 1, 40, 2, sondern auch mit sich selbst in Widerstreit kommt, insofern Ulpianus an ihm Rückhalt für die Meinung findet, dass die clandestina possessio als solche durch den Charakter der *Besitznahme* konstituiert wird. Aus diesem Grunde nimmt er, wie ZANZUCCHI in seiner gründlichen Untersuchung über La successio e l'accessio possessionis nell' usucapione Arch. giur. 72 (1904), S. 246 f., Interpolation an. Das Argument *scheint* unwiderleglich zu sein. Jedoch können starke Gründe für die Echtheit angeführt werden. Die Sprache der langen Periode, die von den Kompilatoren interpoliert sein soll, ist im Ganzen logisch und grammatisch tadellos. Dazu kommt, dass es sich hier um eine bei den klassischen Juristen viel erörterte und sehr umstrittene spezielle Frage handelt, die nicht eigentlich die Bedeutung der mala fides superveniens betrifft. Man beachte nämlich, dass hier die Usukapierbarkeit des Kindes einer ancilla *furtiva* diskutiert wird. Aber in einem solchen Falle bildet *die Furtivität der Hauptsache* ein *objektives* Hindernis. Dass hierin die Schwierigkeit lag, sieht man aus Scævola bei Ulp. D. 41, 3, 10, 2, der erklärt, dass, auch wenn das Kind bei dem Erben des Diebs geboren und von ihm verkauft ist, Usukapierung stattfinden könnte,

weil es nicht als ein Teil der Mutter anzusehen sei. Dies wird gegenüber Marcellus gesagt, der Usukapierung im angegebenen Falle verneint. Der letztere hat offenbar dabei vorausgesetzt, dass die Furtivität der Mutter auf das Kind übergeht, wenn es bei dem Erben, der die rechtliche Stellung des Verstorbenen rücksichtlich der Mutter übernimmt, geboren ist, obgleich er sich in Unkenntnis über den Diebstahl befindet und also *das Kind* als solches niemals gestohlen ist. Es ist derselbe Gedanke, der die Ansicht bestimmt, dass der Erbe des Diebs selbst, obgleich er nicht weiss, dass das bei ihm geborene Kind einer gestohlenen Sklavin gehört, nicht usukapiert: Paulus D. 41, 3, 2, 15: Heres, qui *in ius defuncti* succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et peperit, non tamen usucapiet, vgl. Ulp. D. 6, 2, 11, 2: sed heres furis hanc actionem (die Publiciana) non habet, quia *vitiorum defuncti successor* est, vgl. Pap. D. 44, 3, 11. PARTSCH's gleichartige Theorie, dass die Furtivität des Kindes nach der römischen Jurisprudenz die Usukapierung des Erben, bei welchem es erzeugt und geboren ist, ausschliesse, wird von SUMAN, Riv. It. 59 (1917) S. 245 f. deshalb bestritten, weil das subjektive vitium des Erblassers, nicht das objektive der Sklavin nach den Quellen Bedeutung habe. Ebenso schon APPLETON, Hist. de la propr. prét., I, S. 121 n. Was aber ist das »vitium» des Erblassers? Nur die mala fides? Nein: es ist auch die objektiv iniusta causa, die das *furtum* einschliesst. *Dieses* vitium wirkt im Erben fort und verhindert seine Usukapierung. Also verhindert die Furtivität der ancilla hier die Usukapierung des Kindes. Merke auch, dass der Erblasser niemals ein vitium bezüglich des *Kindes* gehabt hat, das bei ihm nicht einmal erzeugt war. Also geht nur sein vitium betreffs der Sklavin über. Wie kann aber dieses vitium als blosse mala fides auf die Stellung des *Erben* zum Kinde einwirken, der ja kein solches vitium rücksichtlich des Kindes übernommen hat und faktisch keine mala fides hat? Ulp. D. 47, 2, 48, 5 heisst es: Ancilla si subripiatur prægnas vel apud furem concepit, *partus furtivus est*, sive apud furem edatur, sive apud bonæ fidei possessorem . . . Wie könnte dies der Fall sein, wenn nicht die *Furtivität* der ancilla in objektiver Weise auf das Kind einwirkte? Das Kind kann doch nicht als subjektiv gestohlen betrachtet werden, wenn es erst bei dem b. f. possessor als ein besonderes Ding existiert. Warum wird bei Paulus, Iul. und Ulp. (siehe unten) gefordert, dass das Kind bei dem *b. f. emptor* etc. sogar *erzeugt* worden ist, wenn man nicht annähme, dass andernfalls eine *objektive* Furtivität von der Mutter ausginge? SUMAN sagt S. 245[1], dass kein römischer Jurist die Furtivität des bei dem Erben erzeugten Kindes behaupte. Die Ulp. D. 41, 3, 10, 2 dem Marcellus zugeschriebenen Worte vel apud furis heredem seien interpoliert! In der Tat kann nur der den Marcellus an dieser Stelle bekämpfende Scævola als der römische Jurist angeführt werden, der die fragliche Furtivität verneint habe. *Er aber bestreitet hier ausdrücklich die von Ulp. D. 45, 2, 48, 5 ausgesprochene Meinung*, dass *der bei dem Dieb erzeugte partus unter allen Umständen ein partus*

furtivus ist. Er hat also eine besondere Ansicht. Wie wäre es übrigens zu erklären, dass man nur, wenn die vom b. f. emptor etc. possidierte ancilla *furtiva* ist, die fortdauernde ignorantia bezügl. der res als aliena fordert? Warum verlangt man weiter in diesem Falle regulär die ignorantia ihrer *Furtivität?* (Siehe unten.) Beides wäre unverständlich, falls nur die mala fides — sei es direkt, sei es indirekt als vererbtes vitium — bei der Possidierung der ancilla, die bei dem possessor gebiert, also eben nicht die Furtivität der ancilla an sich, die Usukapierung des Kindes verhinderte.

Die rechtliche Identität zwischen dem Dieb und dem das Kind ursprünglich Possidierenden + die Zusammengehörigkeit von Mutter und Kind verursachen, meint man also, unbedingt die Übertragung der Furtivität von der ersteren auf das letztere. Aber wie wird die rechtliche Lage, wenn die genannte persönliche Identität nicht vorliegt? Siegt *dann* die Zusammengehörigkeit von Mutter und Kind? Hier wechseln die Meinungen. Nur das kann allgemein gesagt werden, dass, wenn das Kind bei dem b. f. emptor des Sklaven erzeugt und geboren ist, die Übertragung der Furtivität gehindert werden kann. Aber rücksichtlich der näheren Bedingungen lassen sich wenigstens zwei kontrastierende Meinungen unterscheiden. Trebatius soll nach Pomp. D. 41, 10, 4 pr. angenommen haben, dass der b. f. emptor der ancilla furtiva, der während der gehörigen Usukapionszeit das Kind possidiert, *omni modo* usukapiere, also ganz unabhängig davon, dass er möglicherweise vor dem Ablauf der Zeit die Furtivität der Mutter gekannt hat. Nach dieser Meinung wird die causa der b. f. emptio von der Sklavin auf das Kind übertragen, und damit wird die Übertragung der Furtivität gehindert. Ulpianus hat wahrscheinlich dieselbe Ansicht gehabt. D. 6, 2, 11, 2 sagt er nämlich, dass, wenn das Kind bei dem b. f. emptor erzeugt ist, dieser die actio Publiciana bekommt, auch wenn er es niemals possidiert hat. Dies deutet darauf hin, dass sein mögliches Wissen von der Furtivität der Sklavin nach ihrer Besitznahme irrelevant ist. In dieselbe Richtung weist D. 47, 2, 48, 5. Eine andere Ansicht aber hat Paulus nach D. 41, 3, 4, 18: Si antequam (scil. ancilla furtiva) pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. quod si, cum iam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit. Man beachte, dass die Unkenntnis hier für relevant erklärt wird, wenn die Sklavin ursprünglich *gestohlen* ist. Sie ist also als Gegenwirkung gegen das Hindernis der Furtivität bei der Usukapierung nötig. Man beachte auch, dass es sich in den analogen Stellen, wie Pomp. D. 41, 10, 4 pr., Ulp.-Iul. D. 6, 2, 11, 3, Iul. D. 41, 3, 33 pr., um Unkenntnis über die *Furtivität* der Sklavin handelt. Es kann deshalb vermutet werden, dass auch Paulus a. a. O. die Unkenntnis der Furtivität gemeint hat, obgleich er von Unkenntnis darüber, dass die ancilla aliena ist, spricht. D. h. es ist nicht die blosse mala fides, die hier die Usukapierung aufhebt. Man bedenke weiter, dass die stärksten Gründe für die Ansicht angeführt werden

können, dass die mala fides superveniens rücksichtlich der Sklavin, sogar die vor der Geburt des Kindes vorliegende, nach den klassischen Juristen für seine Usukapierung irrelevant ist, wenn man b. f. aus irgend welcher causa eine ursprünglich *nicht* gestohlene Sklavin in Besitz genommen hat und diese bei dem possessor schwanger geworden ist und geboren hat. Der b. f. possessor erwirbt ja die Früchte, unabhängig von dem späteren Wissen. Allerdings wird die Nachkommenschaft nicht als *Frucht* behandelt. Deshalb wird sie nicht unmittelbar das *Eigentum* des Besitzers. Nur Usukapierung ist möglich. Da jedoch die Verwandtschaft mit dem blossen Ertrag offenbar ist, lässt sich schwer denken, dass man nicht gleich unmittelbar die Usukapierung habe eintreten lassen. Hierzu kommt, dass Paulus a. a. O. und Iulianus (hierüber alsbald) die causa der possessio der Mutter als causa für die Usukapierung des Kindes gelten lassen— auch im Falle der ancilla furtiva, wenn auch hier nur unter gewissen Bedingungen. Dies aber bedeutet ja, dass die genannte causa in der Possidierung des Kindes fortwirkt und es darum keine besondere causa für die letztere gibt, woraus auch folgt, dass die mala fides bei dieser Possidierung an sich bedeutungslos sein muss. Dieser Schluss wird auch durch Pap. D. 41, 3, 44, 2 bestätigt: Etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet, nonnumquam tamen evenit, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus, veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide coepi[t] possidere, non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovi[t] . . . Hier wird ja vom besonderen Falle: der *Furtivität* der ancilla abstrahiert und erklärt, dass infolge der Fortwirkung der ursprünglichen causa die bona fides rücksichtlich der späteren Possidierung des Kindes gleichgültig ist. Vgl. Appleton, a. a. O. I, S. 258 ff. Man hat also gar kein Recht, der von Paulus besprochenen Unkenntnis als der Bedingung der Usukapierung eine andere Bedeutung beizulegen als die, die immer Usukapierung ausschliessende Furtivität rücksichtlich des Kindes zu beseitigen. Wenn der Besitzer die Furtivität der Mutter kennt, damit gleichsam am Diebstahl teilnimmt und also auf gewisse Weise der Dieb selbst das Kind besitzt, wird die Furtivität der ersteren auf das letztere übertragen und die Usukapierung gehemmt. Doch meint Paulus, dass, wenn einmal durch die Unkenntnis des b. f. emptor die Usukapierung des Kindes infolge der Kraft der ursprünglichen causa (der b. f. emptio) hat beginnen können, sie nicht durch *späteres* Wissen gebrochen werden kann. Hier siegt dann die allgemeine Regel für die Usukapierung pro emptore, derzufolge späteres Wissen irrelevant ist. Dies wird mit den Worten gesagt: quod si, cum iam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit. Zanzucchi meint a. a. O., S. 247 f., dass »emptis rebus» hier im Gegensatz zur Possidierung aus causa lucrativa stehe, und will darauf die Ansicht stützen, dass die klassische Jurisprudenz die mala

fides superveniens in den letzteren Fällen relevant gemacht hat. Etwas Verkehrteres lässt sich nicht denken. Erstens ist nicht davon die Rede, ob die Usukapierung ohne weiteres durch subjektive Veränderung bei dem Possidierenden gebrochen werden kann, sondern davon, ob eine nachfolgende Furtivität der *Sache* — ein *vitium rei* — eintreten und die Usukapierung abbrechen kann. Zweitens wird hier auf die Regel in ihrer Anwendung auf die Usukapierung pro emptore *darum* hingewiesen, weil die hier fragliche Usukapierung gerade eine solche sein muss. Drittens steht hier »emptis rebus» gar nicht im Gegensatz zum Besitz aus causa lucrativa, sondern zu *allen anderen Besitzweisen*. In dem vorhergehenden Paragraphen ist ein Besitz an der ancilla furtiva besprochen, der infolge Übertragung der Sache zum Zwecke der Freilassung eines dem Empfänger gehörigen Sklaven, infolge Tausches, wegen der Bezahlung eines debitum und schliesslich infolge einer Donation erworben wird. In allen diesen Fällen, von welchen nur der letzte den lukrativen Besitz betrifft, soll nach Sabinus und Cassius die Usukapierung des Kindes ausgeschlossen sein — ohne dass Paulus widerspricht. (Eine völlig verkehrte Auslegung des fraglichen § 17 D. 41, 3, 2 gibt APPLETON a. a. O., S. 262[9], doch von SUMAN a. a. O., S. 246 gebilligt. Der § lautet: Sed et si, ut servum meum manumitterem, alius mihi furtivam ancillam dederit, eaque apud me conceperit et peperit, usu me non capturum. idemque fore, si quis eam ancillam mecum permutasset aut in solutum dedisset, item si donasset. Die Worte furtivam ancillam bezieht A. auf die im vorhergehenden § besprochene, von meinem eigenen Sklaven gestohlene Sklavin, die mir nach der Voraussetzung dieses § als Bezahlung für die Freiheit von dem Sklaven überlassen wird. In unserm § werde sie als mir von einem andern überlassen betrachtet. Das vitium des ursprünglichen Diebstahls, welches der dominus selbst verantworte (durch actio noxalis?), wirke hier fort (obgleich er niemals den Besitz durch den Sklaven empfangen hat?). Dabei wird auf den Ausdruck *eam* ancillam hingewiesen. Wenn in dem § bei der *ersten* Bezeichnung der fraglichen ancilla dieser Ausdruck verwendet wäre, würde die Auslegung A:s wahrscheinlich sein. Da jedoch Paulus sie in den Anfangsworten nur als eine furtiva ancilla, die bei mir schwanger geworden ist und geboren hat, bestimmt, ist die Auslegung unmöglich, wenn man annimmt, dass Paulus Latein schreiben konnte. Man merke übrigens, dass im § 16 vorausgesetzt wird, dass der dominus durch den Empfang vom Sklaven—Diebe selbst als dessen Besitznahme — sei es auch betrogen — ratihabierend betrachtet werden kann, womit er den Besitz des Sklaven zu seinem eigenen macht. Hieraus folgt, dass der Besitz des dominus von *Anfang* an vitios ist. Durch Empfang von dem Sklaven entsteht ja kein *neuer* Besitz. (Iulianus D. 41, 4, 9 u. 10 entgeht dieser Konsequenz dadurch, dass er den dominus als einen Käufer betrachtet.) Aber in dem von A. gemeinten Falle hat der dominus den Besitz des Sklaven *niemals* zu *seinem eigenen* gemacht. Am wenigsten ist der Besitz, den er von einer

anderen Person erhalten hat, ein durch den eigenen Sklaven vermittelter Besitz. Wie könnte er dann von dem *diesen* treffenden vitium berührt sein?? Ausserdem wird durch eine solche Auslegung unverständlich, warum nicht unter den aufgezählten Fällen der sonst dominierende der b. f. emptio erwähnt ist. Verantworte ich nicht das vitium meines Sklaven, wenn ich die von ihm gestohlene Sklavin von einer anderen Person *gekauft* habe? Erst im folgenden § wird der emptor erwähnt, aber als im Gegenteil unter einer gewissen Voraussetzung usukapierungsfähig. A. legt S. 263 n. diesen § als nur eine possidierte ancilla aliena betreffend aus. Und doch lautet er: Si antequam pariat alienam esse rescierit emptor, diximus eum non posse usucapere. Das Subjekt im Satz antequam pariat *muss* hier grammatisch auf die im vorhergehenden § erwähnte ancilla bezogen werden. Diese ancilla aber ist eine gestohlene, die bei dem possessor schwanger geworden ist und geboren hat).

Indessen ergibt sich aus dem Angeführten, dass es gar nicht für logisch notwendig erachtet werden darf, dass die Usukapionsregel betreffs des initium als des Entscheidenden hier siegen soll. Wenn sich nach dem Beginn der Usukapierung der b. f. emptor der Furtivität der Sklavin bewusst wird, nimmt er, kann man sagen, auf gewisse Weise am Diebstahl teil und überträgt so die Furtivität auf das bei ihm erzeugte und geborene Kind, wie es umgekehrt der Erbe des wirklichen Diebes tut, bei dem die Sklavin schwanger geworden ist und gebiert, auch wenn er ganz unschuldig ist, weil er die Vitiosität des Besitzes des Verstorbenen objektiv übernimmt. Also kann die Usukapierung, die begonnen hat, gebrochen werden — nicht infolge einer mala fides superveniens, sondern infolge der eintretenden Furtivität der Sache, die durchgehend von den klassischen Juristen als eine objektive Eigenschaft der Sache — ein vitium rei — betrachtet wird. Damit kehren wir zu Pomp. D. 41, 10, 4 pr. zurück. Es ist jetzt offenbar, dass Pomponius sehr wohl eine *dritte* Ansicht betreffs der fraglichen Usukapierung des Sklavenkindes vertreten haben kann: nämlich die, dass das Wissen um die Furtivität der Sklavin sogar eine schon begonnene Usukapierung des b. f. emptor abbricht, wenn der dominus, trotz vorhandener Möglichkeit, nicht benachrichtigt wird. Nun ist wahr, dass die *Motivierung* etwas wunderlich erscheint: tum enim clam possedisse videberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest. Dies scheint, wie schon bemerkt, der Meinung desselben Pomponius zu widerstreiten, dass man nur dann clam possidiert, wenn man so zu possidieren beginnt. Indessen ist zu beachten, dass Pomp. den b. f. emptor gar nicht die Sklavin selbst durch nachträgliche Kenntnis der Furtivität clam possidieren lässt. Nur das Kind betrifft die fragliche clandestina possessio, wie man aus den Worten: neque idem et *pro suo* et clam possidere potest ersieht. *Pro suo* possidiert er natürlich nur das Kind. Die clandestina possessio des Kindes als in unserm Falle eintretend lässt sich indessen *trotz* der angeführten Meinung des Pomponius erklären. Die nach Beginn der Usukapierung vorliegende

Kenntnis der Furtivität der Sklavin macht auch, unter gewisser Bedingung, das Kind furtiv, was es vorher nicht war. *Damit* wird der b. f. emptor rücksichtlich des *Kindes* ein wirklicher Dieb. Durch die Veränderung des objektiven Charakters der Sache wird auch der Besitz selbst ein anderer, und die subjektive Unredlichkeit bestimmt die Art des neuen Besitzes. In dieser Weise aufgefasst gibt auch die Äusserung des Pomponius eine haltbare Motivierung für die Ansicht, dass die nach der schon begonnenen Usukapierung eintretende Furtivität des Kindes die erstere abbricht. Ein *neuer*, vitioser Besitz entsteht. Der alte »pro suo» besteht nicht weiter. Durch diese Auslegung, die sich aus der vorhergehenden Behandlung der Parallelstellen ergibt, fällt der Grund, eine Interpolation anzunehmen, weg, welcher Annahme, wie schon gesagt, auch entgegensteht, dass die Sprache der langen als verdächtig betrachteten Periode ganz tadellos ist. — Man könnte sich darüber wundern, dass Pomponius die causa pro suo für die fragliche Usukapierung verwendet. Indessen ist zu beachten, dass diese causa bei den römischen Juristen bisweilen ein Notbehelf in den Fällen ist, in welchen Usukapierung für notwendig erachtet wird und doch kein zivilrechtlich geltender Erwerbsgrund vorhanden ist. Natürlich hat in unserm Falle der Usukapierende das Kind nicht wirklich gekauft. Unmittelbar kann darum nicht die causa pro emptore angeführt werden. Da jedoch infolge der b. f. emptio der ancilla furtiva, sofern nicht spätere Unredlichkeit vorliegt, Usukapierung eintreten soll, verwendet Pomponius die causa pro suo als unmittelbare causa, womit natürlich nicht verneint ist, dass die Gültigkeit dieser causa auf dem ursprünglichen Kauf beruht. In derselben Weise lässt Paulus nach D. 41, 10, 2 »pro suo» im fraglichen Falle die causa sein. Und doch geht aus Paulus D. 41, 3, 4, 18 unzweifelhaft hervor, dass er den Kauf der Sklavin für die ursprüngliche causa hält — wie sein Lehrmeister Papinianus (siehe oben). — Schliesslich soll bemerkt werden, dass aus der behandelten Pomponiusstelle ganz offenbar nicht geschlossen werden kann, dass er der mala fides superveniens Relevanz beigemessen hat. Denn hier ist ja verbaliter nur die Rede von einem Verbergen als einer *Handlung*, mag sein, dass sie nur negativ ist. — Indessen erhält die Annahme des Pomponius ihre volle Beleuchtung erst durch eine Untersuchung über die Möglichkeit, das Kind der ancilla furtiva in anderen Fällen als der b. f. *emptio* zu usukapieren. Diese Untersuchung kann am besten in Verbindung mit der Behandlung der folgenden Quellenstelle vorgenommen werden.

4. Ulp.-Iul. D. 6, 2, 11, 3: Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore, quo [experiar] ⟨ea pariat⟩ furtivam matrem ignorem. Dies soll mit dem nachfolgenden Paragraphen zusammengestellt werden: Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis

Publicianam habeo, was sich auf die Julianische Äusserung D. 41, 3, 33 pr. bezieht: Non solum bonæ fidei emptores sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillæ furtivæ usu suum facit, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat. CUIACIUS hielt »experior» für einen Schreibfehler und meinte, dass der Digestatext »ea pariat» gehabt habe. PERNICE, a. a. O., S. 456 bestreitet dies, weil die Scholiasten in Bas. »experior» gelesen haben. Er hält das Wort für eine Justinianische Interpolation: die darin enthaltene Forderung der bona fides im Momente der Prozesseröffnung soll Iul. D. 41, 3, 33 pr. widerstreiten, wo die Usukapierung in diesem Falle nur von der bona fides bei der Erzeugung und der Geburt des Sklavenkindes abhängen soll. ZANZUCCHI, a. a. O., S. 251 ff. erachtet diesen Grund nicht für stichhaltig, denn die genannte Iulianusstelle sei interpoliert. Wenn sie echt wäre, würde Iulianus die ignorantia der Furtivität auch im Falle possessio pro herede fordern, was unmöglich wäre, da bei einer *solchen* possessio die bona fides gleichgültig sei. Eine anc. *furt.* unter den res hereditariæ? Die ignorantia wird ja übrigens von Iulianus wegen der Gültigkeit der causa des Ancilla-Besitzes als eines Usukapierungsgrundes rücksichtlich des Kindes gefordert, der die von der Mutter stammende Furtivität besiegt. Auch wenn die bona fides für den Besitz pro herede gleichgültig ist, braucht sie nicht für die Kraft einer solchen causa, das objektive Hindernis der Furtivität auszuschliessen, gleichgültig zu sein. Ausserdem ist in Wirklichkeit gar nicht die bona fides erforderlich, sondern nur die Unkenntnis betreffs der *Furtivität* der Sklavin. KARLOWA, R. Rg. II, S. 402 wendet gegen PERNICE ein, dass Iul. D. 41, 3, 33 pr. nur die Begründung, nicht die eventuelle Unterbrechung der Usukapierung betreffe. Wenn man aber die hier angewandten Tempora näher untersucht, findet man, dass diese Auffassung nicht richtig sein kann. Iul. sagt: ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore *fuerit*, quo furtivam esse matrem eius *ignorabat*. Wenn »usucapi» hier eine *beginnende* Usukapierung bezeichnete, könnte Iul. nicht so geschrieben haben. Denn die ignorantia darf nicht einer vorhergehenden Zeit angehören, sondern muss mit dem Anfang der Usukapierung *gleichzeitig* sein. Iul. aber erklärt im Texte, dass das »usucapi» stattfindet, wenn zu einer als vorhergehend vorausgesetzten Zeit die ignorantia vorhanden ist. Beachte den Ausdruck editus eo tempore *fuerit*, quo . . . *ignorabat*. Das Wort »usucapi» muss sich also auf den *Fortgang* der Usukapierung beziehen. (Vgl. die Auseinandersetzung des Gaius I. 2, 43 oben S. 145.) Das Imperfektum von ignorare kehrt auch im angeführten Referat der Iulianusstelle bei Ulp. D. 6, 2, 11, 4 in derselben Stellung wieder. — Die Meinung des Pernice, dass Interpolation vorliegt, ist also höchst wahrscheinlich. Die Interpolation ist hier auch leicht verständlich. Die Kompila-

toren, die jede Gelegenheit ergreifen, um dem dolus malus entgegenzuwirken, brauchten in unserm Falle, wo starke Meinungsverschiedenheiten in der klassischen Jurisprudenz vorlagen, nur in einer gewissen, schon gegebenen Richtung (siehe Pomp. D. 41, 10, 4 pr. oben S. 148 ff.) bis zur äussersten Grenze zu gehen. Indessen ist zu beachten, dass, auch wenn das umstrittene Wort echt sein würde, daraus nicht der Schluss gezogen werden kann, den KARLOWA und ZANZUCCHI daraus ziehen, dass die mala fides superv. im Besitz aus causa lucrativa relevant ist. Denn erstens handelt es sich hier, wie aus der unter 4. vorgenommenen Untersuchung hervorgeht, nur um die ignorantia der Furtivität der *Sklavin* als dieses objektive Usukapierungshindernis in bezug auf das *Kind* aufhebend. Zweitens darf man die Voraussetzung einer Gabe (sed donata . . .) nur *exempli causa* auffassen. Denn das für den Fall Eigentümliche liegt offenbar nach Iul. darin, dass es sich nicht um *Kauf* handelt. Interdum tamen licet furtiva mater *distracta non sit* . . . Damit aber ist klar, dass gar nicht nur die Usukapierung aus causa lucrativa in unserm Falle unter der aufgestellten Bedingung steht, sondern *jede* andere Usukapierung als die pro emptore. Man beachte nun auch, dass Scævola D. 41, 3, 10, 2, wo er eine gewisse Ansicht betreffs der fraglichen Usukapierung wiederlegen will, als Grund anführt, dass, wenn die Voraussetzung für die Richtigkeit dieser Ansicht zuträfe, nicht einmal der bonæ fidei emptor in unserm Fall usukapieren könnte. *Diese* Möglichkeit ist also so allgemein anerkannt, dass man davon als Beweisgrund ausgehen kann. In gleicher Weise geht Iul. an unserer Stelle vom b. f. emptor als nach allgemeiner Ansicht im angegebenen Falle usukapierungsfähig aus. Dieselbe Hervorhebung des b. f. emptor als selbstverständlich das Ancilla-Kind usukapierend findet sich ja Iul. D. 41, 3, 33 pr.: *Non solum* bonæ fidei emptores etc. Dies ist mit Paulus D. l. c. l. 4, 17 zusammenzustellen, wo erklärt wird, dass Sabinus und Cassius die Usukapierungsfähigkeit gewisser anderer Besitzer als b. f. emptores verneint haben. Paulus, der wenigstens nicht widerspricht, erörtert dann im folgenden Paragraphen die Usukapierungsfähigkeit des b. f. emptor. Iul. will also im Gegensatz zu Sabinus und Cassius sowohl an unserer Stelle als D. 41, 3, 33 pr. die Usukapierungsfähigkeit bezüglich des Kindes der ancilla furtiva auf alle *anderen* Fälle, in welchen überhaupt Usukapierung vorkommen kann, *ausdehnen*. Aber es scheint, als ob er speziell für *diese* Fälle das Erfordernis der ignorantia der Furtivität der Sklavin im Momente der Geburt aufgestellt hätte. *Interdum* tamen licet . . . *si modo*. Die allgemeine Behauptung über die Usukapierung in unserem Falle D. 6, 2, 11, 4 und D. 41, 3, 33 pr. scheint zu bedeuten, dass *immer*, wenn die genannte ignorantia vorhanden ist, usukapiert wird, nicht, dass sie immer notwendig ist. Dies kann auch darauf gestützt werden, dass Ulp. unmittelbar vor der Anführung der Julianischen Meinung D. 6, 2, 11 im Falle der b. f. emptio Usukapierung *ohne* die fragliche ignorantia eintreten zu lassen scheint (siehe oben S. 149).

Dies ist auch nicht unverständlich. Die Römer haben unzweifelhaft den *Kauf* als eine *iustissima causa* für Erwerb betrachtet. Der zivile rechtsübertragende Akt kat'exochen — der Nexumakt — hat ja die Form eines Kaufs. Die *Prokulianer* lassen, wie ex contrario aus Ulp. D. 41, 3, 10 pr. hervorgeht, die bona fides bei dem Kaufvertrage selbst entscheidend sein. (Beachte: et obtinuit Sabini et Cassii sententia *traditionis* initium spectandum, vgl. Iul. D. 6, 2, 7, 17 und Pap. D. 41, 3, 44, 2.) Die Prokulianer lassen also die Kraft des Kaufs so stark sein, dass sein ursprünglicher Charakter sogar die Art der *Besitznahme* infolge des Kaufs bestimmt. Man bemerke auch, dass aus Ulp. D. 6, 2, 7, 11 hervorgeht, dass im prætorischen Edikt eine besondere Partie den *Kauf* behandelt haben muss. Ist die Publiciana *ursprünglich* nur für Käufer gegeben? Man kann sich unter diesen Umständen nicht darüber wundern, dass ursprünglich in unserm Falle nur die b. f. emptio der Sklavin für fähig gehalten wurde, die sonst infolge der Zusammengehörigkeit von Mutter und Kind eintretende Furtivität des Kindes auszuschliessen, und dass einige Juristen sogar das spätere Wissen bei der b. f. emptio für irrelevant erklärt haben.

5. C. 7, 31, 1, 3 (a. 531): Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis præscriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium, quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienæ rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. Die Schlussworte veranlassen ZANZUCCHI, a. a. O., S. 210 ff. zu der Behauptung, dass Iustinianus eine früher vorhandene Bedeutung der mala fides superveniens bei der Usukapierung aus causa lucrativa aufgehoben habe. ZANZ. liest in dem Quod-Satz »quod *et*», was nach besseren HS. möglich ist. Es wird dann auch notwendig, gegen den überlieferten Text »tricennium» anstatt »triennium» zu lesen. »Quod» muss dann auf die ganze vorhergehende Abteilung bezogen werden, d. h. auf die darin gegebenen Vorschriften über die Notwendigkeit der bona fides im Anfang und die Zusammenrechnung der Zeiten nacheinander folgender Besitzer. Der letzte Ut-Satz muss dann als eine Konsequenz dieser Bestimmungen aufgefasst werden. Da in diesem offenbar die Rede vom Verhältnis zwischen dem Besitz des Verstorbenen zu dem seines Erben bezüglich desselben Dings ist, muss auch in der vorigen Abteilung die connumeratio temporum den Verstorbenen und seinen Erben betreffen. D. h. »possessio anterioris iusti possessoris» muss sich auf den Verstorbenen als den Vorgänger seines Erben beziehen. Für diese Auslegung findet ZANZ. eine Stütze in I. I. 2, 6, 12, nach welcher Stelle durch eine Justinianische Konstitution die Bedeutungslosigkeit der mala fides des Erben bei der bona fides des Erblassers für die Usukapierung eingeführt worden sein soll. Diese Konstitution kann nach ZANZ. nur C. 7, 31, 1, 3 sein. Indessen bemerkt KRÜGER,

Sav. Z. 26 (1905), S. 145, dass in der besten HS. der Quod-Satz *nicht* »et» nach »quod» hat, weshalb auch die Textänderung von triennium in tricennium unberechtigt sei. Damit aber verändert sich die ganze Situation. »Quod» hat »triennium» zu seinem Hauptworte und der Quod-Satz ist nur ein parenthetisches Einschiebsel betreffs der für die res mobiles in § 2 bestimmten Usukapierungszeit. Dann ist es gar nicht nötig, den letzten Ut-Satz als eine Konsequenz der vorigen Abteilung zu fassen. Er kann sehr gut nur eine nähere Bestimmung enthalten, in welcher Weise die dort behandelte connumeratio temporum der nacheinander folgenden iusti possessores erfolgen soll. D. h. er kann sehr wohl eine *neue* Bestimmung geben. Man bemerke nun auch, dass es sich in der vorigen Abteilung um *Singularsukzessoren* handeln muss, während der letzte Ut-Satz *Universalsukzessoren* betreffen muss. Denn in der ersteren wird gesagt, dass der Usukapierende ab initio bona fide sein muss, obgleich auch der Besitz des vorhergehenden iustus possessor mit seinem eigenen zusammengelegt werden soll. Es ist bemerkenswert, dass Zanz. (S. 211) dies verkennt. Ein solches Erfordernis besteht nach Iust. nicht für die Universalsukzessoren, wie wir bestimmt aus Inst. 2, 6, 12 wissen. Ist es übrigens denkbar, dass Iust., wie nachlässig seine Gesetze auch ausgefertigt sein mögen, den Vorgänger des *Erben* durch das blosse »anterior possessor» bezeichnen würde? In der lex C. 7, 33, 11 (a. 528) finden wir den korrespondierenden Ausdruck *prior possessor*. Da aber wird über die longi temporis præscriptio angeordnet, dass man, auch wenn man bona fide aus causa lucrativa die Sache die bestimmte Zeit über possidiert hat, in üblicher Weise diese præscriptio geniesst, d. h. die Zeit *prioris possessoris* soll mitgerechnet werden. Auch hier wird ja die Notwendigkeit der bona fides jedes einzelnen possessor behauptet, weshalb es sich nicht um Universalsukzessoren handeln kann, für welche nach Inst. 2, 6, 12 schon vor Iust. die mala fides bei der bona fides des Vorgängers bedeutungslos sein soll. Es ist aber ebenso klar, dass im letzten Ut-Satze die Rede von Universalsukzessoren ist, da hier die bona fides des *antecessor* offenbar für die possessio des *successor* bestimmend sein soll. Man beachte hier den Ausdruck *antecessor*, der natürlich die dem *sucessor* entsprechende Bezeichnung für den Vorgänger dieses letzteren ist. *Successor* aber bedeutet, wenn der Ausdruck ohne besondere Restriktionen angewandt wird, in der juridischen Terminologie, deren Iust. sich bedient, den Erben oder den, der heredis loco ist, wie der bonorum possessor. Siehe z. B. D. 4, 2, 14, 2 u. 16, 2; 4, 3, 17, 1; 6, 2, 7, 12; 9, 3, 5, 5; 9, 4, 42, 2; 41, 4, 2, 19; 42, 5, 9, 8; 47, 1, 1 pr. Damit wird auch bestätigt, dass Iust. in der vorigen Abteilung nicht den Vorgänger des *Erben* mit »anterior possessor» bezeichnet haben kann. *Dieser* war als solcher nach der üblichen Terminologie gerade als *antecessor* zu bezeichnen. Indessen meint Krüger, dass der Text im letzten Ut-Satz korrumpiert sei. Bei »iusto titulo» fehle es dem ablativus absolutus am Participium. Er liest: iusto titulo possessionis antece⟨dente posse⟩ssoris. Dann würde der Satz

natürlich nicht das Verhältnis zwischen dem Besitz des Verstorbenen und dem seines Erben betreffen. Diese Textänderung aber erscheint vollkommen unbegründet: »iusto titulo» ist ein tadelloser ablativus absolutus = wenn der titulus justus ist. Ausserdem wird durch dieselbe unverständlich, welche Konstitution Iust. I. 2, 6, 12 meinen sollte. Welche andere Konstitution sollte die Grundsätze der longi temporis præscriptio (»diutina possessio») über die successores auf die usucapio übertragen haben? Man vergleiche I. 2, 6, 12: quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit . . . und C. 7, 31, 1, 4 unmittelbar nach dem hier behandelten Paragraphen: Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quæ ei subdita est . . . sowie den Anfang des § 3: Hoc tantum modo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, *secundum quod exigit longi temporis præscriptio* . . .Iust., der in den vorhergehenden Paragraphen die longi temporis præscriptio rücksichtlich nicht italischer fundi in usucapio verwandelt, die Zeit der ersteren auf die usucapio der italischen fundi überträgt und die Usukapierungszeit für die res mobiles auf drei Jahre verlängert, hat ja damit das römische Usukapierungsinstitut von Grund aus aufgehoben und ein neues geschaffen. Er will dieses neue Institut rücksichtlich der Art der Zeitberechnung von den in dieser Hinsicht für die longi temporis præscriptio geltenden Prinzipien bestimmt sein lassen. So nun auch bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Besitze des Verstorbenen und dem seines Erben. — Man mag indessen nicht glauben, dass diese Prinzipien in jeder Rücksicht für die römische Usukapierung neu gewesen sein müssen. Auf die neue *Justinianische* Usukapierung sind sie jedoch in den Augen des Kaisers durch ihn selbst von der longi temporis præscriptio übertragen. Was besonders das Verhältnis zwischen dem Besitz des antecessor und dem des successor betrifft, enthält die Justinianische Bestimmung nichts Neues. Denn schon vorher war unzweifelhaft auch bei der Usukapierung die mala fides des Erben bei bona fides des Verstorbenen allgemein bedeutungslos und umgekehrt, doch nur, wenn nicht in der Zwischenzeit eine dritte Person durch eigenen Besitz die Kontinuität gebrochen hatte. Man erachtete nämlich unter dieser Voraussetzung den Erben als in die rechtliche Kraft des Verstorbenen eintretend: Paulus D. 4, 6, 30 pr. und 41, 3, 15 pr., Iav. D. l. c. l. 20, Pap. D. l. c. l. 43 pr. Dass auch das vacuum tempus vom Tode bis zum Antritt des Erben in die Usukapierungszeit eingerechnet werden darf (Ner. D. 41, 3, 40, Pap. D. l. c. l. 43 pr. und l. 44, 3, Pomp. D. 41, 4, 6, 2, Iul. D. l. c. l. 7, pr.), zeigt, dass die Fortsetzung der Usukapierung hier gar nicht in sich schliesst, der *Besitz* des Erben gelte als eine unmittelbare Fortsetzung desjenigen des Erblassers. Dies wird auch direkt verneint: Paulus D. 41, 2, 30, 5, Pap. D. 44, 3, 11, Ulp. Scævola D. 47, 4, 1, 15. Siehe auch Ulp. D. 41, 2, 13, 4 und Scævola D. 44, 3, 14, 1: über die accessio *possessionum* im Interdikt utrubi — die Zeit des Erblassers soll mit der Zeit des Erben zusammengerechnet werden. Wenn es sich um *denselben*

Besitz handelte, wäre ein solches Verfahren sinnlos. Es ist nur das *Usukapierungsrecht*, das unmittelbar fortgesetzt wird, und dies geschieht vollkommen unabhängig davon, ob überhaupt der Erbe irgend welchen Besitz erwirbt, wenn nur kein anderer Besitz erworben hat. Dasselbe gilt umgekehrt für das von der Person des Erblassers abhängige Usukapierungshindernis: Paulus D. 41, 3, 4, 15, Pomp. l. c. l. 24, 1, Pap. D. 44, 3, 11. D. h. auch wenn der Erbe, ohne dass eine dritte Person in der Zwischenzeit die Sache in Besitz genommen hat, ihren Besitz als Erbe ohne Fehler erwirbt, usukapiert er nicht, wenn die causa des Erblassers vitios war. Dies nicht, weil der spätere *Besitz* selbst eine unmittelbare Fortsetzung des früheren ist, sondern weil *der Mangel* an *Usukapierungsrecht* auf den Erben übergeht. Deshalb berührt diese Frage nicht die, ob im *selben* Besitz die mala fides superveniens Relevanz hat oder nicht. Immer ist der neue Besitz des Erben, wenn er ihn mala fide erwirbt, eine possessio mit mala fides: Afric.-Iul. D. 41, 1, 40. *Allgemeine* Sätze gibt es allerdings nicht in den Dig., die *direkt* die Irrelevanz der mala fides superveniens betreffs des Erben aussagen. Dagegen finden sich mehrere allgemeine Sätze, die die Wirkungslosigkeit der bona fides des Erben bei mala fides des Verstorbenen statuieren: Paulus D. 41, 3, 4, 15, Pomp. l. c. l. 24, 1, Pap. D. 44, 3, 11. (Ich lasse hier die Theorie betr. durchgehender Interpolationen in den bezüglichen Fällen beiseite, da keine Widerlegung nötig zu sein scheint. Es handelt sich hier um ein konsequent durchgeführtes Institut, wo der eine Satz den anderen voraussetzt. Man muss eine hoch ausgebildete juridische Kunstfertigkeit bei den Kompilatoren voraussetzen, wenn sie dieses System selbst aufgestellt haben sollten. Auch lassen sich keine sprachlichen Gründe anführen). Aber da die genannten Sätze nur die Kehrseite der Irrelevanz der mala fides superveniens betreffs des Erben darstellen, muss auch die letztere allgemein gegolten haben, obgleich sie nur für die b. f. emptio *direkt* bezeugt ist: Ulp. D. 6, 2, 7, 12, Pap. D. 41, 3, 43 pr., Paulus D. 41, 4, 2, 19. Der Schluss ex contrario, den ZANZ. hieraus zieht, ist ganz unberechtigt. Welche haarsträubenden Konsequenzen würden sich in der Possessionslehre ergeben, wenn man, wo die Juristen den b. f. emptor hervorheben, ex contrario schlösse! Noch unberechtigter ist es, wenn ZANZ. aus dem angeführten Verhältnis folgert, dass vor Iust. gerade die *causa lucrativa* ausgeschlossen war. — Aus dem Angeführten geht hervor, dass sich die Schlussworte in C. 7, 31, 1, 3: licet ex titulo lucrativo ea coepta est, kaum auf den letzten Ut-Satz betreffs des antecessor und des successor beziehen können, als ob Iust. rücksichtlich der causa lucrativa etwas Neues betr. der mala fides superveniens bestimmt hätte. Irgend welche Andeutung über eine Ausnahme für den lukrativen Erwerb bezüglich dieses Falles findet sich nicht in den Dig. Indessen wissen wir, dass Iust. in einer früheren Konstitution eine Änderung für die *longi temporis præscriptio*, deren Prinzipien ja hier angewandt werden sollen, gerade betreffs der Bedeutung der causa lucrativa eingeführt hat. Die fragliche Ersitzung hatte vorher bei

einer solchen causa nicht uneingeschränkt gegolten, da die exceptio longi temporis durch die replicatio legis Cinciæ zurückgeschlagen werden konnte (siehe KRÜGER, a. a. O., S. 147). Die schon genannte Konstitution von a. 528 C. 7, 33, 11 erklärt, dass die lukrative causa kein Hindernis sein soll: memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competat *nec occassione lucrativæ causæ repellatur*. Auf *diese* Bestimmung, die wie die Prinzipien der longi temporis præscriptio überhaupt auf die jetzt umgebildete Usukapierung übertragen werden soll, beziehen sich die Worte: licet ex titulo lucrativo ea coepta est. Eine solche Auffassung stimmt mit der Ausdrucksweise in der bezüglichen lex gut überein, wenn man der besten HS. folgt. Man beachte, dass der letzte Ut-Satz als die beiden vorhergehenden kopulierten Ut-Sätze näher bestimmender Nebensatz aufzufassen ist. Dann kann natürlich auch der Licet-Satz ein Nebensatz zu diesen als Hauptsätzen sein. Man bemerke das Wort *eam* im ersten Ut-Satze: Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus bona fide *eam* capiat. Dieses Wort muss sprachlich auf die im zunächst vorhergehenden Paragraphen genannte *res mobilis* bezogen werden. Und doch handelt es sich hier um *jede Sache*, die überhaupt usukapiert werden kann! Das Subjekt im selben Satze muss sprachlich der eine res mobilis Usukapierende sein, und doch wird ein jeder, der überhaupt usukapiert, gemeint. Ja, es ist sehr zweifelhaft, ob nicht der Verf. bei dem Wort *eam* an die im vorhergehenden Paragraphen besprochene usucapio überhaupt gedacht hat, wie sonderbar dies auch scheinen mag: usucapionem capiat im Sinne: usucapio erwirbt! Mit den nachfolgenden Worten: et ut continuetur *ei* possessio . . . stimmt eine *solche* Auslegung tatsächlich am besten überein. Man sieht, mit welcher unerhörten Nachlässigkeit das Gesetz abgefasst ist! Unter solchen Umständen kann man das Wort *ea* im Licet-Satz sehr gut auf die zunächst genannte iusta detentio beziehen und doch den Inhalt des Satzes als nicht besonders die Irrelevanz der mala fides superveniens, sondern die præscriptio longi temporis und damit usucapio gebende possessio überhaupt betreffend auffassen. »Alles dies gilt für die longi temporis præscriptio wie für die usucapio, *auch wenn* die fragliche possessio ex causa lucrativa begonnen hat», scheint Iust. sagen zu wollen. Dies musste hier besonders betont werden, weil jetzt die Prinzipien der l. t. p. auf die neue usucapio übertragen werden sollten, die erstere aber ganz kürzlich bei der lukrativen possessio nicht uneingeschränkt anwendbar war. — Es mag hinzugefügt werden, dass eine Veränderung von Seiten des *Iustinianus* zu *Gunsten* der mala fides an sich höchst unwahrscheinlich ist, da die Kompilatoren, wie wir schon gefunden haben und weiter zeigen werden, jede Gelegenheit ergreifen, um die *positive* Kraft der bona fides in Besitzfragen zu erhöhen und sie der possessio mit *faktischer* mala fides zu entziehen. Schliesslich ist zu bemerken, dass, auch wenn die Änderung des Iust., wie ZANZ. und mehrere meinen, die Usukapierung des Erben mit Hinsicht auf die Bedeutung *seiner* mala fides superveniens bei der

Denselben Sinn hat »der Satz der Alten»: nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest, wenn auch hier die Sachlage in einer besonderen Weise hervortritt. Aus der Auslegung dieses Satzes durch die Juristen geht hervor, dass er anwendbar ist, wenn man mit einer gewissen causa körperlich besitzt — sei es als bloss naturaliter possidens, sei es als wirklicher possessor — und nur den *Willen* verändert, um mit einer causa für *wirklichen* Besitz oder mit einer neuen causa für solchen Besitz zu possidieren. Ein solcher Versuch hat kein Ergebnis. Man possidiert trotz des Willens noch immer auf die alte Weise. Damit die neue causa, mit welcher man possidieren will, wirklich gelten soll, muss man *einer anderen Person* oder seinem eigenen direkten Übergang in die Stellung des Eigentümers eine neue Kraft, die Sache körperlich zu besitzen, entnehmen. Dies kann in rechtlicher, aber auch in widerrechtlicher Weise geschehen. Das *erstere* trifft ein, wenn man, obgleich selbst tatsächlich, aber nur naturaliter possidierend, durch Übereinkunft mit dem vom juridischen Gesichtspunkte aus wirklichen Besitzer *dessen* Besitz erwirbt. Besonders ist hier die traditio brevi manu an den nur naturaliter Possidierenden zu nennen. Dasselbe kann indessen auch

---

causa lucrativa betreffen sollte, die fragliche lex gar nichts in der Frage über die Bedeutung der mala fides superv. beweist, wenn der *Besitz* derselbe ist. Es ist, wie soeben nachgewiesen wurde, nur ein erstaunliches Missverständnis, wenn man die continuatio der *Usukapierung* in der Person des Erben als eine continuatio des Besitzes ansieht, was eine direkte Vergewaltigung der Quellen ist.

Es soll hinzugefügt werden, dass SUMAN, Riv. It. 59 (1917), S. 252 ff. richtig zwischen Singular- und Universalsukzession als *beide* in der fraglichen Stelle von Iustinianus behandelt unterschieden hat. Da er jedoch im übrigen den Text wie ZANZ. liest und auslegt, kann er die Gedankenfolge nicht klar darstellen.

Aus dem Angeführten geht als Ergebnis hervor, dass die bona fides bei der possessio als im *Erwerbsakte* vorhanden *unter allen Umständen* den Besitz in seiner Fortdauer bestimmt — und dies nicht nach dem einen oder anderen Juristen, sondern nach der *allgemeinen* Meinung zu den verschiedensten Zeiten, obgleich IUSTINIANUS gewisse Modifikationen macht, um der faktischen mala fides entgegenzuwirken. Es ist auch zu beachten, dass, wenn es Stellen gibt, die die Bedeutung der *mala fides* superveniens zu erweisen *scheinen*, sich jedenfalls keine Stelle findet, die, sei es auch nur scheinbar, die Kraft der *bona* fides superveniens beweist.

durch Vertrag mit dem blossen *Eigentümer* geschehen. Dieser kann, wie oben nachgewiesen wurde[1], obgleich er nicht selbst besitzt, durch blosse Vereinbarung einer anderen Person, die selbst nur tatsächlich oder mit juridischer Realität besitzt, neuen Besitz geben — neu entstehenden wirklichen oder einen anderen wirklichen als den vorher bestehenden oder nur naturalis possessio, die an die Stelle des vorigen wirklichen Besitzes tritt. Natürlich hat auch der *unmittelbare* Übergang der besitzenden Person in die Stellung als Eigentümer, d. h. ohne negotium mit einer anderen Person, dieselbe Wirkung. Das *letztere* findet statt, wenn der einer anderen Person Besitz Vermittelnde sich durch rechtswidrige äussere Handlung den Besitz des wirklich Besitzenden aneignet. In diesen Fällen findet also der Satz trotz der scheinbaren Fortsetzung derselben faktischen Macht keine Anwendung, weil man in Wirklichkeit einer anderen Person oder sich *selbst* neue Besitzkraft entnimmt.[2]

---

[1] Siehe oben S. 113 ff.

[2] Allgemeines über den Satz Marc. D. 41, 2, 19, 1: Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit und Iul. D. 41, 5, 2, 1: Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur . . .

Erläuterungen des Sinnes durch Beispiele für die *Anwendung* des Satzes: Iul. a. a. O., Forts.: et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse § 2. Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui⟨a⟩ existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit. Der Pächter, der Depositar, der Kommodatar und der von der Erbschaft ausgeschlossene oder mit Miterben eingesetzte filius familias können nicht nach dem Tod des Oberhaupts durch blossen Beschluss, die vermietete, deponierte, geliehene Sache oder das vorher Donierte überhaupt oder pro parte coheredum jetzt lucri faciendi causa pro herede zu possidieren, ihre possessorische Stellung verändern. Sie haben fortdauernd nur naturalis possessio. Paulus D. 41, 6, 1, 2: Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio, item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usu-

Die causa des *Erwerbswillens* bleibt als eine geistige Kraft bestehen, die von der Beschaffenheit des *späteren* Willens unabhängig

---

capionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. Die vom Gatten beschenkte Frau kann vor der Auflösung der Ehe infolge des zivilrechtlichen Verbots einer solchen donatio nicht wirklich pro donato possidieren. Nach der Auflösung kann sie nicht pro donato zu possidieren beginnen, wenn kein neuer Donationsakt vorliegt (hierüber in § 2), weil der blosse Beschluss, jetzt pro donato zu possidieren, keine Kraft haben kann. — Denselben Sinn hat die Einschränkung der lukrativen Usureceptio bei der fiducia: si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit . . . Gaius I. 2, 60. Doch kann die fragliche Einschränkung nicht *nur* aus dem Satz abgeleitet werden. Denn der Prekarist und der Lokatar können immer durch furtive Handlung oder Gewalt neuen Besitz erwerben, in welchem Falle der Satz nicht gilt (worüber alsbald). Wenn dies nicht *gegen* die allgemeine Regel für die Okkupation seitens des Fiduzianten (Gaius I. 3, 201) ein wirkliches clam, bezw. vi possidere in sich schlösse, würden der Prekarist und der Lokatar auf diesem Wege zur usureceptio fähig sein. Dass aber im genannten Falle ausnahmsweise die Okkupierung rechtswidrig ist, ist leicht daraus zu erklären, dass der Fiduziant dann nicht *nur* als solcher gegenüber dem Fiduziar zu betrachten ist, sondern *auch* als Prekarist gegenüber dem precario dans, bezw. als Lokatar gegenüber dem Lokator. In *dieser* Eigenschaft kann er wirklich stehlen, bezw. widerrechtliche Gewalt üben. Insofern ist die Darstellung bei Niemeyer, Sav. Z. 12 (1892), S. 303, der die Unmöglichkeit der Usureceptio nur aus dem Satze erklärt, unvollständig. Riccobono, Arch. giur. 50 (1893), S. 271 meint, dass der Satz gar nicht für unseren Fall von Bedeutung sei. Das Bestimmende sei nur, dass der Lokatar und der Prekarist nicht Usukapionsbesitz haben. Können sie aber nicht durch den Beschluss, lucri faciendi causa zu besitzen, ihre schlechte Possidierungsweise beenden und hierauf usukapieren? Dass *dies* nicht möglich ist, ist ebensowohl aus dem Satze zu erklären wie die entsprechende Unmöglichkeit im Falle eines blossen Beschlusses, pro herede zu possidieren, worüber Iul. in D. 41, 5, 2, 1 spricht.

Erläuterungen des Sinnes durch Beispiele für die *Nicht-Anwendung* des Satzes. 1. *Rechtliche* Ableitung neuer Besitzkraft von einer anderen Person oder von der Person selbst. a. Die andere Person ist wirklicher Besitzer: Paulus D. 41, 2, 3, 20: Sed si is qui apud me deposuit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, *non videbor causam possessionis mihi mutare*, qui ne possidebam quidem. Vgl. Ulp.-Nerva-Proculus-Marcellus: D. 12, 1, 9, 9: Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi hæc posse ⟨me⟩ (Mo.) aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur. (Näheres über die Stelle alsbald.) Besondere Komplikationen, die nicht im Texte angeführt sind, aber den Sinn erläutern: Ulp.-

ist, solange nicht die faktische physische Macht aufgehört hat. Dieses Prinzip äussert sich in dem alten Satze: nemo sibi ipse . . .

Iul. D. 43, 26, 6, 3: Iul. ait eum, qui vi alterum deiecit, ab eodem precario rogavit, *desinere vi possidere et incipere precario neque existimar[e] ⟨-i⟩ sibi ipsum causam possessionis mutare*, cum voluntate eius, quem deiecit, coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse [dominium] ⟨usu⟩capere. Die nachfolgende Ratihabition in gewisser Beziehung lässt den ursprünglichen Besitzübergang auch in die gegenwärtige Zeit fallen, obgleich jetzt mit einem anderen Charakter. (Siehe oben S. 130). Der vorige Besitzer ist also auch jetzt als Besitzer zu betrachten. Als solcher überträgt er neue Besitzkraft auf den Dejizienten. Paulus-Celsus D. 41, 6, 1, 2: . . . item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si [eam?] ⟨iam?⟩ (Mo.) maritus concesserit, *quasi nunc donasse intellegatur*. Derselbe Ratihabitions-Gesichtspunkt wie im vorhergehenden Falle. (Siehe oben S. 133.) Celsus D. 41, 2, 18: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: *nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio*. Es handelt sich hier, wie oben S. 115 nachgewiesen worden ist, um einen *Prokurator*, der *nomine domini* die Sache von sich selbst als wirklichem Besitzer empfängt und so seinen Besitz auf den dominus überträgt; hier beruht also die Umwandlung seines eigenen Besitzes in eine blosse naturalis possessio auf einem wirklichen Akt der Übertragung des Besitzes auf eine andere Person. Das Eigentümliche für diesen Fall ist die Verwandlung von wirklichem Besitz in blosse detentio in Verbindung mit der Prokuratorstellung der fraglichen Person. Auch hier gilt indessen die allgemeine Regel. Eine *andere* Person, die hier selbst empfängt, gibt, wenn auch im Momente der Annahme selbst, dem Besitz Übertragenden eine *neue* Besitzkraft.

b. Die andere Person ist Eigentümer ohne Besitz, oder der Besitzer selbst wird Eigentümer: Iul. D. 41, 3, 33, 1. Die Stelle lautet, wenn die kompilatorischen Zusätze, worüber oben S. 130 ff., weggelassen werden: si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem ⟨postea⟩ a domino emerit, *incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse*. idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. cum hæc igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? Drei Fälle, in welchen der Satz infolge neuen Besitzerwerbs durch den Eigentümer nicht verwendbar sei, sind hier erwähnt. 1. Der wirklich Besitzende erwirbt durch Kauf vom Eigentümer eine andere wirkliche possessio. 2. Der Besitzvermittelnde, nur naturaliter possidierend, erwirbt wirklichen Besitz durch Kauf vom Eigentümer. 3. Dieselben erwerben

neue wirkliche possessio, bezw. wirkliche possessio durch ihren unmittelbaren Übergang in die Stellung des zivilen oder bonitarischen Eigentümers: Erbschaft oder bonorum possessio. Beachte: in 1 und 2 erhält der Käufer durch die Kaufübereinkunft mit dem Eigentümer neuen Besitz und *damit* selbst Eigentum (wenn auch nur bonitarisches an den res mancipi). Sein eigenes Eigentum ist also nicht der Grund seines neuen Besitzes. In 3 aber ist gerade das eintretende Eigentumsrecht der Person selbst der Grund ihres neuen Besitzes. Paulus-Iul. D. 41, 4, 2, 21 . . . sed si litis æstimationem sufferre maluerim, ait Iulianus *causam possessionis mutari* ei, qui litis æstimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset, vgl. Gaius l. c. l. 1 und Celsus D. 41, 3, 27. Eine dem Falle 1 im vorhergehenden Beispiel ähnliche Bedeutung. Ebenso Pomp. D. 41, 3, 32 pr.: Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, *desinet* eam pro furtiva possidere et *incipiet* pro suo possidere und Ven. D. 43, 26, 22 pr.: Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere. *nec existimandos mutare sibi causam possessionis*, quibus a domino concedatur precario possidere, vgl. Iul. l. c. l. 18 und Iav. D. 41, 2, 21 pr. Marc. D. 41, 2, 19 pr.: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quæro, utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit und Iav. l. c. l. 21, 3: Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur behandeln den umgekehrten Fall: der wirkliche Besitzer wird naturalis possessor durch blosse Miete vom wirklichen dominus. Dieser Fall wird jedoch nicht ausdrücklich negativ auf den Causa-Satz bezogen. Mutmasslich meint man, dass die Formulierung des letzteren nicht auf die naturalis possessio passt. Man spricht nicht gern von *causa* possessionis im Zusammenhang mit der blossen naturalis possessio, obgleich es von selbst klar ist, dass auch diese possessio einen als causa bei dem Empfang fungierenden Rechtsgrund haben kann. Man findet eine Erörterung über den Satz als positiv für die naturalis possessio geltend nur bei Iul. D. 41, 5, 2, 1. Indessen ist es vollkommen sicher, dass das in dem Satz ausgedrückte Prinzip jedenfalls den Übergang von naturalis possessio in wirklichen Besitz ohne Ableitung neuer Besitzkraft von einer anderen Person oder der zum Eigentümer gewordenen Person selbst verhindert. Deshalb sind nun auch die Stellen, die unten unter 2 behandelt werden, negativ auf das Prinzip des Satzes zu beziehen, obgleich in diesem Zusammenhange nicht von letzterem gesprochen wird.

2. *Widerrechtliche* Ableitung neuer Besitzkraft von einer anderen Person, der man Besitz vermittelt. Paulus D. 41, 2, 3, 18: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris [et infitiandi animum habeas?] plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrec-

tatione fieri non potest [nec animo furtum admittatur?]. Das Eingeklammerte sind wahrscheinlich Glossen, da es überflüssig und schlecht in das Ganze eingefügt ist. BESELER, Sav. Z. 44 (1924), S. 377 macht sehr gewaltsame Eingriffe in den Text. Paulus habe gesagt, dass das wirkliche furtum des Depositars *nicht* den Besitz des Deponenten aufhebe. Aber falls kein loco movere vorliegt, finde nicht einmal ein furtum statt. Als Grund dieser den *Inhalt* selbst berührenden Veränderung führt BESELER (S. 379) nur an, dass nach IUSTINIANUS der animus sibi possidendi des Besitzvermittlers dem wirklich Besitzenden den Besitz entziehe. Doch widerstreiten ja gerade die Worte, die nach B. von den Kompilatoren herstammen sollen: *possessorem me manere* einer solchen Ansicht, für die sich keinerlei Stütze anführen lässt. Es ist ja auch höchst unwahrscheinlich, dass IUST. die Stellung des wirklich Besitzenden gegenüber dem Besitzvermittler hätte verschlechtern wollen — derselbe Iust., der ein besonderes Gesetz (C. 7, 32, 12) zum *Schutze* des ersteren gegeben hat. Dass in diesem Falle nach der klassischen Jurisprudenz der Satz: nemo ipse sibi . . . *nicht* im Wege steht, geht ja unzweifelhaft aus Marc. D. 43, 16, 12 und Pap. l. c. l. 18 pr. hervor, nach welchen Stellen der Pächter sich selbst Besitz verschafft, wenn er den Verpächter am Eintritt in den fundus hindert. — Indessen ist in der zitierten Paulusstelle besonders zu beachten, dass nach den *Sabinianern* das loco movere eine Bedingung für den Diebstahl seitens des Depositars als solchen sein soll. Man kann daraus zwar schliessen, dass die *Prokulianer* bei Besitzvermittlung eine solche die Sache direkt betreffende Handlung nicht für notwendig gehalten haben. Keineswegs aber darf man daraus folgern, dass sie überhaupt keine äussere Handlung für die Besitzaneignung gefordert hätten. Diese Ansicht kann auch nicht auf die Quellen gestützt werden. Entweder wird die Ableugnung des depositum oder die Verweigerung der Zurückerstattung einer geliehenen Sache hervorgehoben, obgleich immer auch der animus possidendi notwendig ist. Marcellus D. 41, 2, 20: Si quis rem, quam utendam ⟨alicui⟩ dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tum quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quæpiam fuit iusta [et rationabilis?] causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret. BESELER, a. a. O., S. 377 lässt Marcellus sagen, dass die Verweigerung der Zurückerstattung *niemals* ein possessione dominum intervertere sein kann. Dann wäre die genannte Äusserung des Paulus über die Meinung der *Sabinianer* unverständlich. Der *Prokulianer* Marcellus würde dann auch ein loco movere fordern. Auch bestehen keine sprachlichen oder logischen Gründe für die Annahme einer Interpolation. Die hier angeführte Marcellusstelle entspricht vollständig der D. 43, 16, 12, welche demselben Buche der Marcellischen Digesta entnommen ist. Bei einer res immobilis hat die Verweigerung des Zutritts seitens des Vermittlers ganz dieselbe Bedeutung wie bei einer res mobilis

die Verweigerung der Zurückerstattung. In beiden Fällen wird der Besitzer durch den Vermittler von der Ausübung des ihm gemäss dem Vertrage verbleibenden Besitzes ausgeschlossen, wenn letzterer keine iusta causa für sein Verfahren aufweisen kann. (Bezüglich der Marc. D. 41, 2, 20 gemeinten iusta causa vgl. den umgekehrten Fall Iul. D. 47, 2, 60.) Celsus D. 47, 2, 68 pr.: Infitiando depositum nemo facit furtum [nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est Glosse?] sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactylioteca, quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit. Die Worte: apiscatur possessionem eius dürften so auszulegen sein: auf die Sache Beschlag legt. Bas. 60, 12, V, S. 520 (Heimb.) Schol. übersetzt: ἐπιλάβεται τοῦ παρατεθέντος πράγματος; d. h. die Worte werden hier nicht im technischen Sinne verwandt. In den Schlussworten berücksichtigt Celsus offenbar negativ die Sabinianische Anschauung über die Notwendigkeit eines loco movere. Vgl. Ulp.-Mela D. 47, 2, 52, 7: Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror. (Beachte, dass der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner Usukapionsbesitz vermittelt!) — Ebenso wie die Prokulianer für den unrechtmässigen Erwerb eines *neuen* körperlichen Besitzes nicht eine direkt die Sache betreffende äussere Handlung fordern, so ist nach Neratius und Proculus für den *ursprünglichen* Erwerb eines solchen Besitzes eine direkte Einwirkung auf die Sache nicht nötig. Es handelt sich um den Gegensatz in dieser Beziehung zwischen Neratius und Proculus einerseits und Sabinus andererseits Paulus D. 41, 2, 3, 3: Neratius et Proculus [et] solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni id animus implet ... quidam putant Sabini sententiam veriorem esse nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio. Die Forderung des Sabinus auf ein loco movere in diesem Falle, welche der älteren Ansicht Ausdruck gibt (siehe Pomp. Labeo D. 10, 4, 15), beruht hier auf dem Gedanken, dass ohne dies nicht einmal *naturalis* possessio vorliege. Dies geht aus der Motivierung hervor: quia non sit sub *custodia* nostra. Dass der Ausdruck custodia betreffs des Besitzes sich auf die faktische Macht bezieht, mag diese wirkliche possessio einschliessen, oder nicht, kann man aus Paulus-Nerva fil. D. l. c. § 13, vgl. mit Pap.-Nerva fil. D. l. c. l. 47 folgern. (In letzterer Stelle wird von custodia als faktischer Macht bei der blossen naturalis possessio gesprochen.) Man darf also nicht glauben, dass die Meinungsverschiedenheit *an sich* die Frage betroffen habe, ob die naturalis possessio durch einen späteren animus possidendi vervollständigt werden könne oder nicht. *Wenn* einmal die naturalis possessio als mit dem blossen Wissen um den Schatz vorhanden angesehen wurde, so war es nur konsequent anzunehmen, dass mit

als ein Hindernis für den Versuch, die fragliche Kraft im eigennützigen Interesse zu verändern, solange nicht gesagt werden kann, dass neue faktische, physische Macht gewonnen ist.

---

dem animus possidendi auch wirklicher Besitz eintrat; denn eine solche naturalis possessio würde ja gar keine causa haben — weder einen Vertrag noch ususfructus oder missio in possessionem rei servandæ causa — die als bleibende causa für die naturalis possessio nach dem Satze: nemo sibi ipse . . . den Effekt des animus possidendi verhindern könnte. Sabinus verneint die Wirkung eines späteren animus possidendi, insofern dieser nicht mit einem loco movere verbunden ist, weil erst damit das körperliche Element des Besitzes gegeben werde. Schliesslich tritt der erwähnte Gegensatz zwischen den Schulen in einer Meinungsverschiedenheit betreffs der Bedingungen für den rechtmässigen Erwerb eines neuen Besitzes bei dem depositum hervor. Ulp. D. 12, 1, 9, 9: Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi hæc ⟨me⟩ (Mommsen) posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: [animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici]. Dass das Eingeklammerte ein späterer Zusatz ist, ist offenbar. Anstatt in der zweiten wird in der dritten Person gesprochen. Auch ist es wenigstens ein unklassischer Ausdruck, dass der Besitzvermittler durch den animus zu possidieren beginnt. Nur die Übereinkunft in umgekehrter Richtung macht ihn zum wirklichen Besitzer, mag sein, dass in dieser der Empfang des Geldes als mutuum, also auch ein animus possidendi eingeschlossen ist. Indessen ist an der Stelle bemerkenswert, dass die Prokulianer gegen die Sabinianer für den unmittelbaren *rechtlichen* Besitzübergang bei dem depositum *kein* loco movere fordern. Das Charakteristische des depositum ist ja, dass es *nur* zu *verwahren* ist. Die Sabinianer haben offenbar gemeint, dass der äussere, den blossen Verwahrungszweck bezeichnende Zustand des Dinges für rechtlichen Besitzübergang aufgehoben werden müsse. Sie haben also ein loco movere gefordert. Nach den Prokulianern aber ist die blosse Übereinkunft hinreichend. Dies hat natürlich seine Parallele in den verschiedenen Meinungen beider Schulen über den entsprechenden unrechtmässigen Besitzübergang. Ferrini hat in seinem, übrigens ausgezeichneten Aufsatz Arch. giur. 47 (1891) den fraglichen Streit der Schulen missverstanden. Er meint nämlich S. 437 ff., dass die Prokulianer jede äussere Handlung im vorliegenden Falle für an sich bedeutungslos gehalten haben. Nur als eine Manifestation des *Willens* habe sie Bedeutung. Die Ableugnung des depositum, die Verweigerung der Zurückerstattung und die das Besitzverhältnis auflösende Übereinkunft sind jedoch nicht nur Ausdruck einer Absicht. Vielmehr wird hierdurch der wirkliche Besitzer in der Rechtsausübung bezüglich der Sache gehemmt, die mit seinem Besitz zusammenhängt, obgleich diese Hemmung nur dann einen Besitzverlust in sich schliesst, wenn der Vermittler *auch* den animus possidendi hat. Oder der

Es ist weiter zu beachten, dass man für den freiwilligen Verlust eines Besitzes sowohl Entschluss, nicht mehr zu possidieren, wie

---

wirkliche Besitzer hebt selbst das Besitzverhältnis durch eine die vorhergehende auflösende Übereinkunft auf, welche gar nicht nur einen animus possidendi seitens des Vermittlers in sich schliesst. Vollkommen verkehrt ist FERRINI's, a. a. O., S. 458, Begründung der Ansicht, dass die venditio des detentor — mit Kenntnis — ein furtum ist (siehe z. B. Paulus D. 41, 3, 4, 10). Eine solche venditio soll »una sufficientissima manifestatione della volontà del detentore» sein. Die venditio, die nach Gaius 2,50 und Iul. D. 41, 3, 33, 4 hier als durch traditio vollendet zu betrachten ist, ist ja eine direkte äussere Besitzübertragung auf eine dritte Person. Wenn FERRINI's Auslegung richtig wäre, so wäre auch BESELER's Annahme weitgehender Interpolationen — besonders in den Prokulianischen Äusserungen — zutreffend. Denn der Satz: nemo sibi ipse . . . würde *dann* unbedingt auch die Prokulianer an solchen Behauptungen hindern. B. scheint sie auf dieselbe Weise wie F. zu verstehen. Worauf würde er sonst seine Meinung über die Justinianische Veränderung — der animus possidendi des Vermittlers sei hinreichend — a. a. O., S. 379 gründen? — Indessen führt FERRINI zur Stütze seiner Meinung auch eine Stelle an, die sowohl von ihm und BESELER als allgemein missverstanden wird. Pap. D. 41, 2, 47: Si rem mobilem, apud te depositam aut ex commodato tibi ⟨permissam⟩ (Mommsen), possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est: cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit: idque Nerva filius libris de usucapionibus rettulit. idem scribit aliam causam esse hominis commodati omissa custodia: nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit, videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere. [igitur earum quidem rerum, quæ ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.] Die letzten eingeklammerten Worte sind wahrscheinlich eine zusammenfassende Glosse: siehe EISELE, Sav. Z. 13 (1892), S. 142. Die Worte cuius rei — consuevit betrachtet BESELER, Beitr. 3, 89 als unsinnig und deshalb als interpoliert. Ebenso streicht er die Worte commodati omissa custodia. Indessen ist zu bemerken, dass wir die im Texte besprochene Stelle des Nerva filius bei Paulus D. 41, 2, 3, 13 wiederfinden, wo Nerva im Referat des Paulus dieselbe Meinung vertritt — teilweise mit denselben Ausdrücken. Besonders finden wir hier dieselbe Bezeichnung für die faktische Besitzmacht: *custodia* wieder. Es ist darum sehr unwahrscheinlich, dass in unserer Stelle die Erzählung über Nerva, den Papinianus hier als Quelle benutzt, von den Kompilatoren eingeschoben sein sollte. In der späteren Sav. Z. 44 (1924), S. 377 korrigiert B. so, dass er die Worte: cuius rei

auch das körperliche Aufgeben der Sache fordert.[1] Deshalb und weil die *subjektive* Änderung der causa mit beibehaltener identischer

---

forsitan illa ratio est, quod streicht, aber rerum — consuevit mit Ausnahme von quamvis — veteris beibehält. Damit werden indessen notwendig die Worte: idque Nerva — *rettulit* ausschliesslich auf die rerum — consuevit bezogen, welche durch B:s Korrektur vollkommen aus dem Zusammenhang mit den Anfangsworten gelöst werden. Und doch muss *rettulit* = 'führte an' auf das in letzteren erwähnte *responsum* bezogen werden. (Die Worte: quamvis eas nemo alius *invaserit* mögen der klassischen juridischen Ausdrucksweise fremd sein, doch sind sie jedenfalls gutes Latein. Nerva kann in dieser Hinsicht seinen besonderen Stil gehabt haben. Indessen ist der Sinn auch ohne diese Worte deutlich, weshalb wir die Frage ihrer Echtheit unentschieden lassen können). — Der »Unsinn» der begründenden Worte: cuius rei — est beruht ausschliesslich auf einer verfehlten Übersetzung der Anfangsworte. Auch wenn sie ein späterer Zusatz wären, müssten sie doch einen erkennbaren Sinn haben. Man muss dann das Vorhergehende so auslegen, dass sie verständlich werden. Nun bezieht sich das Nachfolgende auf die Wirkung des freiwilligen Verlusts der natürlichen Macht. Das vorher genannte responsum muss sich dann auch darauf beziehen. D. h.: si . . . possidere neque reddere constitueris ist eine Konstruktion ἀπὸ κοινοῦ, so dass neque zu den beiden Verben gehört. Auch darf das constituere nicht in nur subjektivem Sinne gefasst werden. Der Beschluss ist als realisiert gedacht. Der Depositar oder Kommodatar gibt die faktische Macht über eine res mobilis auf, ohne die Sache zurückzugeben. Der Deponent, bezw. der Kommodant verliert unmittelbar den Besitz. Der Grund dieser Entscheidung, sagt der referierende Nerva, ist vielleicht der, dass *im allgemeinen* (»consuevit») die Unterlassung, die natürliche Macht zu behalten, bezüglich der res mobiles unmittelbaren Besitzverlust mit sich führt. Doch macht Nerva eine Ausnahme für den geliehenen Sklaven — das depositum eines Sklaven, der also nicht gebraucht werden durfte, kommt wohl im allgemeinen nicht vor. Dieser kann den alten Besitz an sich selbst durch den Vorsatz, zu dem dominus zurückzukehren, aufrechterhalten. In diesem Falle wird der Besitz erst durch Eingreifen einer dritten Person verloren. — Man findet also, dass die Stelle gar nichts mit dem Satz: nemo sibi ipse . . . zu schaffen hat, den sie nach der gewöhnlichen Auslegung aufheben würde.

[1] Paulus sagt D. 41, 2, 8 = D. 50, 17, 153: quemadmodum (ut) nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in quo utrumque in contrarium actum est. »Amittitur» muss hier wie im oben angeführten D. 41, 2, 27 bedeuten: geht durch eigene Tätigkeit verloren. Sonst wäre das Fortfallen des Besitzes durch die geheime Possidierung eines andern eine Unmöglichkeit. Wenn ein anderer heimlich die von mir possidierte Sache in Besitz nimmt, kann nicht gesagt werden, dass ich den Gedanken, selbst zu besitzen, aufgegeben habe. Es ist im übrigen klar, dass es bei jedem Verlust

Besitzkraft bedeutungslos ist, ist anzunehmen, dass der blosse Beschluss, nicht länger zu possidieren, gar *keine* Folge bezüglich des Besitzes hat. Man verliert *nicht einmal* die Possidierung animo, so dass man nur den blossen körperlichen Besitz behält.

Alles weist also darauf hin, dass »possidere animo» nicht eine natürliche Macht der Seele über das Ding ausdrückt, sondern eine über dem natürlichen Leben stehende mystische Gewalt, wenn es auch für sein *Zustandekommen* eines natürlichen Besitzwillens bedürfen sollte. Umgekehrt schliesst »possidere corpore» eine faktische, natürliche Gewalt über das Ding in sich ein, die allerdings in gewissen Fällen von einer anderen Person als der wirklich possidierenden selbst innegehabt werden kann. Bemerkenswert ist auch, dass, *soweit* die wirkliche körperliche possessio nicht mit dem faktischen Haben zusammenfällt, sondern in mystischer Weise bei einer anderen Person als dem faktischen Inhaber vorhanden ist, obgleich

---

der Möglichkeit, nach Belieben das körperliche Haben wieder aufzunehmen, für das Verlieren des eigenen Besitzes eines besonderen negativen Besitzwillens nicht bedarf. Siehe Paulus-Nerva fil., D. 41, 2, 3, 13, Pap.-Nerva fil. l. c. l. 47 und Gaius D. 41, 3, 5. (Über eine mögliche Ausnahme von der Regel betreffs der Possidierung bloss 'animo' später). Der Sinn der angeführten Äusserung von Paulus muss sein, dass für freiwilligen Besitzverlust das unmittelbare körperliche Aufgeben der Sache (damit nicht notwendig der Verlust der Möglichkeit, sie wieder in seine Gewalt zu nehmen) *und* der Beschluss, nicht weiter zu possidieren, erforderlich sind. Aus dem Vorstehenden folgt indessen, dass Paulus D. 41, 2, 3, 6: In amittenda quoque possessione affectio eius, qui possidet, intuenda est, itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem; igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest von fremder Hand verändert sein muss. Wie Beseler Beitr. 3, S. 146 bemerkt, wird *quoque* nur begreiflich, wenn der ursprüngliche Text gelautet hat: et corpus et affectio intuenda sunt . . . o. dgl. und *non* protinus . . . Was mit igitur beginnt, ist mutmasslich eine Glosse. In Pap. D. 41, 2, 44, 2: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus sind offenbar die Worte: vel animo vel etiam corpore später hinzugefügt (so auch B. a. a. O.), da sie dem Nachfolgenden widerstreiten. Beachte: der Satz si modo eo animo inde digressi fuissemus . . . setzt ein Aufgeben sowohl animo wie corpore voraus. Übrigens muss der ursprüngliche Text eius *fundi quem* gehabt haben. Beachte den Ausdruck *digressi* und im Nachfolgenden *coloni* corpore. Über Ulp. D. 41, 2, 17, 1, siehe B. a. a. O.

dieser selbständig, nicht als blosses Organ die Sache hat, dies auf dem Einfluss der *Rechtsstellung* des faktischen Inhabers bezüglich der Sache, wenngleich auch auf seinem negativen *Besitzwillen* beim Empfang beruht. Aber die Rechtsstellung einer Person bezüglich einer Sache bezieht sich natürlich, ebenso wie der Besitzwille, auf seinen animus, nicht auf das corpus. Der Pächter und ihm gleichgestellte Besitzvermittler vermitteln dem Oberhaupt den körperlichen Besitz, weil sie infolge der Übereinkunft bezüglich des Dings nur das Recht oder die Pflicht haben, die Besitzkraft des Oberhaupts zu gebrauchen und aufrechtzuerhalten, und weil sie das Ding *als* blosse Besitzvermittler, Pächter, Depositar etc. empfangen haben.[1] Der Usufruktuar und der missus in possessionem rei servandæ causa besitzen nicht selbst, trotzdem sie selbst die Sache innehaben und doch nicht den Besitz vermitteln, weil die *Rechte*, die sie als solche ausüben, nicht auf die Sache selbst gehen.[2]

Die mystische, übersinnliche Bedeutung von animo possidere kommt zum Ausdruck in gewissen Ausnahmen von der für die Bedingungen des Besitzerwerbs geltenden Regel. Nach dieser kann man Besitz bloss durch den animus als Besitzwillen und das corpus gewinnen.[3] Diese Regel, die von dem Grundsatz bestimmt ist, dass der Besitz seinem Begriff nach sowohl animus als auch corpus betrifft, erleidet gewisse Ausnahmen. Eine solche bezieht sich auf den Besitzerwerb des Eigentümers. Dieser beginnt zu possidieren, sofern er nur durch irgend ein negotium mit dem Possessor-Nichteigentümer die körperliche Macht über die Sache erwirbt, unabhängig davon, ob der Besitzwille vorhanden ist. Doch gilt dies nicht, wenn der Eigentümer die faktische Macht durch ein negotium erhält, bei welchem der Widerpart hinsichtlich der Possession, nicht des Eigentumsrechts als überlegen erscheint. Mit der nämlichen Einschränkung erwirbt der Eigentümer, der seine eigene Sache als precaria possessio oder als Pfand empfängt, damit

---

[1] Siehe oben S. 89. Über die Bedeutung der Rechtsstellung des faktischen Inhabers und die des negativen Besitzwillens bei dem Empfang ausführlich später. [2] Siehe oben S. 137.

[3] Siehe z. B. Paulus Sent. 5, 2, 1, D. 41, 2, 3, 1. Neratius Proculus l. c. § 3, Diocl. C. 7, 32, 4.

einen solchen Besitz, der von den Mängeln frei ist, die der precaria possessio, bezw. dem Pfandbesitze anhaften.[1] Diese Sachlage lässt

[1] Wir haben oben S. 113[1] mit Belegen gezeigt, dass der Possessor, der dem Eigentümer vermietet, verleiht, bei ihm deponiert, ihm die Sache unter Überlassung verpfändet oder ihm die Detinierung derselben precario überträgt, infolge der Nichtigkeit derartiger Akte in einer solchen Situation und der daraus folgenden Unfähigkeit des Inhabers, durch sie Besitz zu vermitteln, seinen eigenen Besitz verliert. Aus den angeführten Belegstellen folgt auch, dass der Eigentümer nur scheinbar precario besitzen kann. Aber wir haben auch gezeigt, dass dies wenigstens nach Ulpianus, Venuleius und Tertullianus nicht gilt, wenn das fragliche negotium mit dem Widerpart *als blossem Possessor* eingegangen wird. Hieraus folgt nun zwar nicht unmittelbar, dass der Eigentümer, der infolge des scheinbaren negotium die Sache in seine Gewalt bekommen hat, anstatt des ursprünglichen Possessors den wirklichen Besitz erhält und dass der nur scheinbar precario oder als Pfandgläubiger besitzende Eigentümer einen Besitz erhält, frei von den Mängeln, die mit einer solchen Art zu besitzen verbunden sind. Aber zwei Umstände weisen in entscheidender Weise in diese Richtung. Wenn wirklich der Eigentümer, der nicht um sein Eigentumsrecht weiss und deshalb von einer anderen Person den Besitz precario empfangen hat, jeden Besitzes ermangelte, käme er infolge seines tatsächlichen, ihm nicht bekannten Eigentumsrechts in possessorischer Hinsicht in eine *schlechtere* Stellung gegenüber einer aussenstehenden Person als der Nichteigentümer, der die precaria possessio erhalten hat. Dasselbe gilt mutatis mutandis auch gegenüber dem Verpfänder selbst, wenn der Eigentümer, der in Unkenntnis seine eigene Sache als Pfand empfangen hat, damit jeden Besitzes ermangeln sollte. Aber wenn er in diesen Fällen überhaupt besitzt, kann er dies nicht als Prekarist oder Pfandgläubiger, sondern er muss ganz einfach als Eigentümer, mit dem Recht des Eigentümers, besitzen, also mit einer besseren Stellung als solche Personen. Wenn Afric.-Iul. D. 41, 2, 40, 3 sagt: Si servum meum bonæ fidei emptori clam abduxerim, respondit non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione neque conductione suæ rei dominum teneri et non posse causam clandestinæ possessionis ab his duabus causis separari, geht aus der Ausdrucksweise selbst hervor (merke: neque — neque dominum teneri), dass Iul. den Eigentümer von den Nachteilen in possessorischer Hinsicht, die in clam ebenso wie in precario possidere liegen, befreien, nicht ihm die Vorteile, die er damit erhalten könnte, aberkennen will. Damit ist nicht gesagt, dass alle Juristen eine Anwendung des Satzes über die precaria possessio oder conductio des Eigentümers auf clandestina possessio gebilligt hätten. Dass wenigstens Paulus angenommen hat, auch der Eigentümer könne iniuste besitzen, scheint aus D. 41, 3, 4, 12 hervorzugehen. (Doch dürfte wohl kaum die allgemein anerkannte Lehre, dass der Eigentümer sowohl den Pfandgläubiger als auch den bonæ fidei pos-

sich nur so begreifen, dass man sich dachte, das Eigentum gebe, wenn man nur die Sache in seiner körperlichen Gewalt hat, selbst das ideelle

---

sessor bestehlen kann, mit der angeführten Ansicht des Afric.-Iul. im Widerspruch stehen. Dass die Sache vom Eigentümer gestohlen worden ist, enthält nicht notwendig, dass er als sie im juridischen Sinne clam oder vi possidierend angesehen werden soll). Aber die eventuelle Meinungsverschiedenheit in dieser Hinsicht dreht sich jedenfalls nicht um den allgemein anerkannten Satz, dass der Eigentümer — mit der angegebenen Ausnahme — nicht precario besitzen kann. Dass durch diesen Satz der Eigentümer einen Vorteil haben sollte, war für Afric.-Iul eine Prämisse, was voraussetzt, dass auch dies allgemein anerkannt war. Aber galt das Angeführte für den Eigentümer als nur scheinbar precario possidierend, so muss dasselbe für ihn als nur scheinbaren Pfandbesitzer gegolten haben. Die angeführte Stellung des Eigentümers als nur scheinbaren Prekaristen oder Pfandbesitzers weist indessen in die Richtung, dass, auch wenn der Eigentümer infolge eines Schein-negotium mit dem wirklichen Possessor nur scheinbarer besitzvermittelnder naturalis possessor ist, er von den Mängeln frei sein soll, an denen eine solche possessio leidet. Ein anderes Faktum, das auf dieselbe Privilegierung des Eigentümers hindeutet, ist Papinianus' Äusserung D. 41, 3, 44, 4: Filius familias emptor alienæ rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quæsitam nec possidere possit? Vgl. l. c. § 7 in fine. Also: der wirkliche paterfamilias hat, subjektiv betrachtet, infolge von Unkenntnis seiner wirklichen Rechtsstellung, die Sache mit einer als Grundlage für wirklichen Besitz untauglichen causa — pro emptore *als* filius fam. — inne. Aber diesem Mangel in der subjektiven causa wird durch seine wirkliche Rechtsstellung abgeholfen, so dass er wirklich possidiert (pro emptore). (Riccobono, Arch. giur. 50, 1893, S. 236 ff. sucht durch eine weitläufige Auseinandersetzung zu beweisen, dass eine Person, die filius fam. zu sein glaubt, sehr gut eine Sache für sich haben wollen kann und dass darum diese Stelle nichts gegen die Savignysche Theorie über die Notwendigkeit eines qualifizierten animus possidendi beweist. Das Ganze ist unverständlich. Wie kann diejenige Person, die nicht im rechtlichen Sinne besitzen zu können glaubt, doch im selben Sinne besitzen wollen? Kann ein vernünftiger Mensch beschliessen, nach dem Mond zu spazieren?) Aber der Eigentümer, der in Unkenntnis seiner Rechtsstellung die Sache subjektiv als conductor etc. innehat, hat gleichfalls infolge seiner Unkenntnis eine als Grund für wirklichen Besitz untaugliche causa. Der in Unkenntnis scheinbar precario oder die Sache als Pfand possidierende Eigentümer hat damit eine hinsichtlich des *festen* Besitzes — auch als Usukapierungsgrund — mangelhafte causa. Ex analogia muss dann auch in diesen Fällen der Mangelhaftigkeit der psychischen causa durch das wirkliche Recht abgeholfen sein.

Moment des Besitzes — das possidere animo —, weshalb auch sowohl der Besitzwille beim Erwerb fehlen kann als, wenn ein solcher vorhanden ist, seine Mängel bezüglich der causa wegfallen. Dies gilt jedoch nur, wenn der Eigentümer nicht selbst bewusst sein Recht beiseite schiebt, um sich mit einer blossen naturalis possessio oder einem mangelhaften wirklichen Besitz zu begnügen.[1]

Eine andere Ausnahme von der Regel, die gleichfalls den mystischen Charakter des possidere animo zeigt, ist der Fall, dass der die faktische Macht Erwerbende ein filius fam. zu sein glaubt, obgleich er pater fam. ist und darum keinen wirklichen Besitzwillen hat. Sein wirklicher status in Verbindung mit seinem Willen, die Sache auf Grund einer causa nur zu detinieren, die als wirklicher Possessionsgrund gelten würde, wenn er pater fam. zu sein glaubte, gibt hier das possidere animo mit der fraglichen causa.[2] — Als eine dritte derartige Ausnahme *könnte* der Fall angeführt werden, dass der wirkliche Besitzer durch Miete vom Eigentümer diesen als wirklichen Besitzer konstituiert oder umgekehrt der nicht besitzende Eigentümer dem wirklichen oder bloss natürlichen Besitzer durch blossen Vertrag einen neuen Besitz gibt.[3] Da hier kein besonderer Empfang des Besitzes stattfindet, könnte gesagt werden, dass die rechtliche Stellung des Eigentümers nebst dem Recht des Vertrags das ideelle Besitzelement gebe. Unzweifelhaft hat wirklich das Recht hier die entscheidende Bedeutung. Es kann aber behauptet werden, dass der Besitzwille im Vertrag selbst eingeschlossen sei und dass er deshalb nicht in diesem Falle durch das Recht *ersetzt* wird.[4]

---

[1] Ausserdem dürfte nicht allgemein bei dem faktischen Erwerb von Besitz vi aut clam dessen Charakter von iniusta possessio als durch das Eigentumsrecht wegfallend angesehen worden sein. Siehe oben S. 113[1] und 174.

[2] Siehe oben S. 175.

[3] Siehe oben S. 113 ff.

[4] Riccobono, Arch. giur. 50 (1893), S. 274—275 führt verschiedene Stellen an, aus welchen folgen soll, dass *einige* Juristen die objektive Rechtslage als für den Unterschied zwischen possessio und detentio bestimmend betrachtet haben und sagt: »cosi sono, secondo me, esauriti i fr.[i] che *materialmente* riportano la causa, la esistenza o non del contratto, come decisiva per la questione del possesso». Ohne Unterschied sind dabei drei Fälle zusammengestellt: 1. Der Lokator *behält* die possessio durch den Lokatar. 2. Das constitutum

Der innere Zusammenhang zwischen dem possidere animo und dem Eigentumsrecht tritt auch in der Lehre vom Besitz am servus fugitivus hervor. Der Eigentümer, nicht der b. f. possessor, possidiert animo nach Cassius, Iulianus, Gaius (den Sabinianern überhaupt?), Paulus und Ulpianus ratione iuris, nach Nerva fil. und wahrscheinlich auch Pomp. utilitatis causa den servus fugitivus. Die ratio iuris, die von den ersteren angeführt wird, ist die, dass der Sklave seinem dominus nicht einmal den körperlichen Besitz einer Sache entziehen kann, weil der dominus durch den Körper des stehlenden Sklaven den Besitz behält. Deshalb kann er auch nicht seinem dominus durch Flucht den Besitz an sich selbst entziehen, obgleich in diesem Falle der dominus nicht durch den Körper des Sklaven besitzen kann und daher nur animo possidiert. Doch besitzt der dominus nur ad usucapionem, nämlich wenn er ein blosses dominium in bonis hat. (In diesem Falle hat die Möglichkeit des dominus, das dominium ex iure Quiritium zu erwerben, eine besondere Bedeutung, weil er nur als quiritischer Eigentümer den Sklaven durch manumissio *nach* der lex Iunia zu einem römischen Bürger kreieren kann: *vor* der lex Iunia kann er ihm, wenn er nicht Eigen-

---

possessorium durch Miete. 3. Der Besitz geht für den Besitzer verloren, wenn der dominus die Sache als Lokatar oder Pfandgläubiger empfängt (die Lokation, bezw. die Verpfändung gilt dann nicht). Von diesen Fällen berührt natürlich der erste nicht die von Paulus und anderen angenommene Notwendigkeit des animus possidendi, die nur für den *Besitzerwerb* gilt. Wenn der erwähnte Fall doch in dieser Frage Bedeutung haben sollte, warum werden dann nicht alle anderen Fragmente angeführt, in welchen er besprochen wird, z. B. Ulp. D. 43, 16, 1, 22, Marcianus 41, 2, 37, Florentinus D. 16, 3, 17, Pomp. D. 13, 6, 8.? Was den zweiten Fall betrifft, warum wird nicht auch Marcellus D. 41, 2, 19 pr. angeführt: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quæro, utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit? Und weiterhin: warum werden nicht die Fragmente, die gleichartige Konstituierungen der possessio durch blosse Übereinkunft besprechen, erwähnt, z. B. Iav. D. 41, 2, 21 pr., Iul. D. 43, 26, 18, D. 44, 7, 16, Pomp. D. 41, 3, 32 pr. u. 41, 1, 21, 1, Paulus D. 41, 4, 2, 21 und 41, 6, 1, 2? Eine solche Untersuchungsmethode macht es Riccobono möglich, einen prinzipiellen Unterschied zwischen Cassius, Iavolenus und Iulianus einerseits und der später mit Papinianus, Ulpianus und Paulus siegenden Theorie über die Bedeutung des animus possidendi andererseits zu konstatieren.

tümer ex iure Qu. ist, nicht einmal die wirkliche libertas geben.[1]) Für das interdictum utrubi nützt der Besitz nur mittelbar, insofern der dominus auf Grund der iusta possessio die accessio temporis geltend machen kann. Was den Besitzerwerb durch einen so possidierten Sklaven betrifft, ist die Entscheidung der Frage davon abhängig, ob man den Besitz am Sklaven als ratione iuris geltend oder nur als utilitatis causa angenommen ansieht. Im ersteren Falle wird der Erwerb anerkannt, im letzteren nicht, weil aus dem ut. c. Angenommenen nicht die gewöhnlichen juridischen Konsequenzen gezogen werden dürfen.[2]

---

[1] Siehe oben S. 77 ff.

[2] Die übliche Darstellung der Possidierung des servus fugitivus ist völlig verkehrt und schliesst eine *offene* Vergewaltigung der Quellen in sich, weil man annimmt, dass auch der *b. f. possessor* den Sklaven, der ihm entflohen ist, possidiere und usukapiere. *Alle* Quellenstellen (mit Ausnahme einer offenbar interpolierten), die die fragliche Possidierung erwähnen oder voraussetzen, sprechen vom dominus, gar nicht vom b. f. possessor. Wir führen zuerst die Stellen an, die nicht von Usukapierung handeln: Paulus Sent. 4, 14, 3: Quotiens numerus servorum propter legem Fufiam Caniniam ineundus est, fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur, computandi sunt. Hier ist servus fugitivus derjenige, der seinem dominus entflohen ist. (Lex F. C. betrifft das Recht, die eigenen Sklaven durch Testament freizulassen). Paulus a. a. O. 2, 31, 37: Servus, qui in fuga est, a *domino* quidem possidetur, sed *dominus* furti actione eius nomine non tenetur. Ulp. Vat. fr. 89 (in der Hauptsache = D. 7, 1, 12, 3): Zuerst wird erzählt, dass nach Pomp. der Usufruktuar den ususfructus des servus fugitivus, der Rechtshandlungen für ihn vornimmt, nicht als ihn nicht gebrauchend verliert: um so weniger, als man den ususfructus eines unverwendbaren anwesenden Sklaven nicht verliert. Danach heisst es: Iulianus tamen . . . scribit, etiam si non stipuletur quid servus fugitivus intra annum mancipiove accipiat, tamen retineri usum fructum, nam qua ratione, inquit, retinetur a *proprietatis domino* possessio, etiamsi in fuga servus sit, pari ratione etiam usus fructus non amittitur. (Über den fraglichen Grund alsbald). Ulp. D. 41, 2, 13: Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto, nec est simile fugitivo: namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione . . . Alles weist darauf hin, dass hier der Herr des Sklaven gemeint ist. 1. Hinsichtlich der Steine handelt es sich um den Besitz des dominus. 2. »Nos» bedeutet sonst, wenn das Wort in Verbindung mit dem Sklaven ohne die Restriktion: quem bona fide possidemus o. dgl.

vorkommt, den wirklichen dominus. (Hierüber alsbald.) 3. Der Grund für die Entscheidung, dass der Sklave uns nicht des Besitzes anderer Dinge berauben kann, gilt nur für den dominus. Siehe Iul. D. 41, 3, 33, 6: quia servus *dominum suum* possessione non subvertit . . . nam quantum ad usucapiones attinet, servi subtrahendo res non faciunt deteriorem *dominorum* condicionem. Siehe auch die Parallelstelle Gaius D. 41, 2, 15: sed si is, qui *in potestate nostra* est, subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem, [quia per huiusmodi personas adquiritur nobis possessio]. et hæc ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem. Dass Gaius unter is, qui in nostra potestate est, einerseits den fil. fam., andererseits den Sklaven, der uns in bonis oder auch pleno iure gehört, versteht, geht aus S. 74[1] oben in Verbindung mit Gaius I. 2, 86 und Paulus D. 50, 16, 215: 'Potestatis' verbo plura significantur . . . in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium hervor. (Das Eingeklammerte muss eine Interpolation sein — eine Glosse? Besitz kann auch durch den Prokurator erworben werden. Dieser kann jedoch seinem dominus Besitz entziehen. Der Sklave, den wir b. f. possidieren, erwirbt uns possessio, und doch wird die Konsequenz auf die Sklaven eingeschränkt, die wir in potestate haben). — Paulus D. 41, 3, 15, 1: Si servus, quem possidebam, fugerit, [si] (etsi) (Mo.) pro libero se gerat, videbitur a *domino* possideri, womit Paulus D. 41, 2, 3, 10: Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat [ut fecit Spartacus] et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a *domino* possideri zu vergleichen ist. Über das Verhältnis zwischen den beiden Stellen siehe Rotondi, Scr. giur. III, S. 161 ff. Besondere Bedeutung haben die Stellen, die von Besitzerwerb durch den servus fugitivus sprechen, sei es dass dieser bejaht oder verneint wird, weil man dabei voraussetzt, dass der Besitz am Sklaven selbst ein hinreichender, bezw. nicht hinreichender Grund für einen solchen Erwerb ist: Paulus D. 41, 2, 1, 14: Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi. sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, Cassii et Iuliani sententia est. Man beachte: 1:0. Unmittelbar vorher § 5 sagt Paulus: Item adquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate est . . . Hier wird natürlich vorausgesetzt, dass der Sklave oder der filius in potestate *demjenigen* gehört, der durch ihn erwirbt. Im nächsten § heisst es: Sed et per eum, quem bona fide possidemus . . . Es wäre dann höchst sonderbar, wenn Paulus, der in § 14 in ähnlicher Weise wie in § 5 von »unserm» Erwerb durch den servus fugitivus spricht, *dabei* mit dem Erwerbenden nicht nur den dominus, sondern auch den b. f. possessor meinte. 2:0. Wenn Paulus hier an den servus fugitivus im Verhältnis zum jeweiligen

Besitzer, dem er entflohen ist, dächte, so wäre auch der *m. f.* possessor als nach Cassius und Iulianus durch den ihm entflohenen Sklaven erwerbend angesehen. Dies aber ist unmöglich. Wir kehren alsbald zu der Paulusstelle zurück. — Hermog. D. 41, 2, 50, 1: Per servum in fuga agentem, si neque ab alio possideatur neque se liberum esse credat, possessio nobis adquiritur. Da es sich hier nicht um den servus fugitivus im Verhältnis zum jeweiligen Besitzer handeln kann, muss sich »nobis» auf den Eigentümer beziehen. — Pomp. D. 6, 2, 15: Si servus *meus*, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditæ per eum nactus non sim. Vgl. Pomp. D. 41, 1, 54, 4. (Die Worte quem non possidet — über den servus fugitivus — müssen hier als nur reguläre possessio verneinend betrachtet werden, da schon zur Zeit des Nerva filius eine possessio ad usucapionem allgemein angenommen worden ist, wenn dies auch nach Nerva nur utilitatis causa gilt: Paulus D. 41, 2, 1, 14.)

Wir gehen jetzt zu den Stellen über, die von der Usukapierung des servus fugitivus handeln: Ulp. D. 47, 2, 17, 3: Illud quæsitum est, si cum in fuga esset servus, furtum domino fecisset, an æque posset habere actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum bona fide possidere coeperit. Movet quæstionem, quod, quamvis possidere servum eo tempore, quo in fuga est, videor, attamen furti actione non teneor, quasi non sit in mea potestate: quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Iulianus scribit. Rotondi, Scr. giur. 3, S. 145 sagt: »Questo effetto sul decorso dell'usucapione — s'intende, non nel caso del testo, ma quando il possessore non fosse giò anche proprietario — par pacifico». Vgl. Zanzucchi, Arch. giur. 72 (1904), S. 373[3]: »Epperò (weil der serv. fug. »furtum sui facit») se non potrà mai aversi usucapione nel caso che il servo sia fuggito a *domino*, quando invece sia fuggito ad un possessore di buona fede *l'usucapio* che costui ne avesse incoata continuerà ad aver corso giovando anche il tempo della fuga». Und doch ist unzweifelhaft, wie auch von Rotondi anerkannt wird, das Ego-Subjekt im Satze: quod enim videor der dominus. (Siehe auch Bas. 60, 17 sch. 9, V, S. 467, Heimb.) Zum selben Ergebnis führt die schon oben angeführte Stelle Paulus-Nerva fil. D. 41, 2, 1, 14. Dass die Worte a *nobis* eum possideri ideoque interim usucapi auf den *dominus* bezogen werden *müssen*, wurde schon bewiesen. (Bas. 50, 2, 1, V, S. 47 (Heimb.) hat: Τὸν φυγάδα μου δοῦλον ... διὰ χρονίας νομῆς δεσπόζω.)

Man scheint wirklich zu meinen, dass der *dominus* als solcher in den Quellen nicht als usukapierend dargestellt werden könnte, als ob man die Bezeichnung »dominus» nicht auch für den bloss *bonitarischen* und usukapierungsfähigen Eigentümer gebrauchte! Dies wird ja unmittelbar durch Gaius I. 2, 40 widerlegt: sed postea divisionem accepit dominium, vgl. 2, 92: Idem placet de eo, qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus: itaque quod extra duas istas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel

ad *dominum*, si servus est. Dominus schliesst hier notwendig, wenn § 88 berücksichtigt wird (nach welchem *nur* dem bonitarischen Eigentümer, wenn ein anderer quiritischer Eigentümer ist, ex omnibus causis erworben wird), denjenigen ein, dem der Sklave nur in bonis gehört. »Alienus servus» ist hier der Sklave, der dem b. f. possessor nicht in bonis gehört; vgl. Ulp. Reg. 19, 20. Siehe übrigens über die Ausdrücke noster, tuus und alicuius in bonis est oben S. 74. Aus der Darstellung des Gaius können wir auch schliessen, dass *überall*, wo in den Dig. vom Erwerb des dominus durch den Sklaven gesprochen wird, unter diesen Begriff sowohl der nur bonitarische Eigentümer wie der pleno iure fällt. Der, welcher nudum ius Qu. hat, ist dagegen ausgeschlossen. Wie zahlreich sind dann die Stellen in den D., wo der »dominus» den nur bonitarischen Eigentümer in sich schliesst! Hier mag nur Pomp. D. 41, 1, 54, 4 genannt werden! Bonfante, Sul cosiddetto dominio bonitario, Scr. giur. II, 1918, S. 383 ff. führt eine Menge Digestastellen an, in welchen das in bonis alicuius esse dasselbe wie rem suam esse o. dgl. bedeutet und das blosse b. f. possideri ausgeschlossen ist. Hier mögen nur Gaius D. 20, 4, 11, 3 und 36, 1, 65 (63) pr., Pomp. D. 21, 2, 16, 2, Ulp. D. 43, 32, 1, 5 und 47, 8, 2, 22 als besonders beweiskräftig erwähnt werden. Aber Bonfante, der von dem alten Vorurteil, das nur bonitarische Eigentum sei prætorisch (siehe oben S. 75), in die Irre geführt wird, erklärt S. 378, dass alle Digestastellen, die den nur bonitarischen Eigentümer als »dominus» bezeichnen, als interpoliert erschienen. Dies ist, wie schon nachgewiesen wurde, *ganz sicher* unrichtig. Indessen haben die von B. — allerdings höchst unvollständig — angeführten und als interpoliert betrachteten Stellen für unsere Frage über die Usukapierung des serv. fug. durch den dominus ein besonderes Interesse, insofern sie das possidere ex secundo decreto bei der Unterlassung der cautio damni infecti betreffen, weil auch hier der nur bonitarische dominus als usukapierend dargestellt ist. Man beachte, dass nach Iust. das dominium in diesem Falle nur durch Usukapierung erworben wird. Vielleicht sind gerade die unzweifelhaft interpolierten Stellen, die die Notwendigkeit der Usukapierung hervorheben, in dieser Beziehung am meisten beweisend: Paulus D. 39, 2, 5 pr.: Prætoris officium est, ut missus in possessionem etiam eam (!) per longi temporis spatium in suum dominium capere possit. Was heisst das? Den Besitz selbst usukapieren? Weiter: es ist ein verkehrter Ausdruck, dass prætoris officium dies *sein* sollte, dass der missus usukapieren kann. Paulus D. 41, 2, 3, 23 fin.: possidere nobis et per longam possessionem capere prætor causa cognita permittit. Der Prætor *gestattet* die Usukapierung! Iul. D. 10, 3, 5: Sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a prætore eas ædes possidere et ex hoc dominium earum nancisceremur . . . Das dominium nancisci kann sich hier nicht auf *das* dominium beziehen, das sonst mit dem possidere infolge der Unterlassung der cautio damni infecti gegeben sein soll. Denn von diesem wird niemals als von dem fraglichen possidere verursacht gesprochen. Es handelt sich notwendig um die Usukapion, die oft im Falle

d. i. als etwas zu der Possidierung Hinzukommendes, obgleich von derselben verursacht, dargestellt wird. Die Usukapion wird indessen hier als Bedingung für eine gewisse Anwendung des iudicium com. div. betrachtet. Sonst aber wird die Verwendbarkeit dieses iud. als unmittelbar mit dem fraglichen possidere *vor* der Usukapion gegeben behandelt. Siehe Ulp. l. c. l. 7, 9. Dies ist auch natürlich, wenn der Besitz in diesem Falle bonitarisches Eigentum einschliesst. Africanus D. 39, 2, 44, 1: Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepit . . . Dass hier dominium capere usukapieren bedeutet, geht sowohl aus dem Ausdruck wie aus der Parallelstelle Paulus l. c. l. 18, 15 hervor. Aber an unserer Stelle wird das Retentionsrecht, das infolge nicht erstatteter Reparationskosten gegenüber einem Pfandgläubiger des ursprünglichen Eigentümers bestehen soll, von der *Usukapierung* des Besitzers abhängig. Dies ist absurd, wenn letzterer unmittelbar bonitarischer Eigentümer ist. Paulus D. 39, 2, 18, 15 . . . cum alioquin, si is, qui iussu prætoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit, utile interdictum unde vi vel Publicianam habere potest . . . Beseler, Beitr. 3, S. 103 fragt mit vollem Recht: »Wieviel mag an diesem sonderbaren Stück echt sein?» Dass Iust. die Usukapierung des Besitzers in unserm Falle annimmt, geht deutlich aus diesen Interpolationen hervor. (Dies wird auch von Bonfante selbst anerkannt: S. 378[1]). Ist es aber dann denkbar, dass die *Kompilatoren*, die nur *ein* dominium anerkennen, in die Dig. die Bezeichnung dominus, bezw. ius dominii für die Rechtsstellung des ex secundo decreto Possidierenden eingeführt hätten? Nach Bonfante haben sie sich gegen die Benennung possessio in einem Falle, wo der Besitz als absolut hervortritt, gesträubt. Dieser Ausdruck sei »troppo scolorito» und allzu wenig von dem in possessione esse unterschieden. Deswegen hätten sie die Bezeichnung dominus o. dgl. angewandt oder hinzugefügt. Aber gerade daraus, dass die Kompilatoren das wirkliche dominium nur mit der Usukapierung eintreten lassen, folgt, dass sie den fraglichen Besitz iussu prætoris gar nicht als absolut geltend betrachten und dass sie den ursprünglichen Eigentümer schützen wollen. Dies wird ja auch durch die angeführten Interpolationen völlig bestätigt. Bezüglich des iud. com. div. wird der bedeutungsvolle Zeitpunkt ans Ende der Usukapierung verschoben. Das Retentionsrecht gegenüber dem Pfandgläubiger wird von der Usukapierung abhängig. Zuweilen erblickt man das Unterschiedsmerkmal zwischen dem in possessione esse und dem possidere wesentlich darin, dass der Prætor die Usukapierung »gestattet»: So Paulus D. 39, 2, 5 pr. u. 41, 2, 3, 23. Im besonderen ist wichtig, dass man das ursprüngliche Prinzip: mit dem wirklichen possidere iussu prætoris causa cognita hört die Möglichkeit der cautio auf, erschüttert. So Ulp. D. 39, 2, 15, 33: Posteaquam autem quis possidere iure dominii a prætore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo: ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur: et est hoc verissimum *seposito eo, quod quibusdam vel ætate*

vel qua alia iusta causa subvenitur. Die Worte von seposito widerstreiten dem absoluten nequaquam. *Obgleich* das ursprüngliche possidere nur nach der causæ cognitio des Prætors selbst gegeben wird, kann es, einmal gegeben, dem Besitzer durch Prüfung *späterer* iustæ causæ entzogen werden! Das Wort quibusdam ohne Angabe der gemeinten Personen ist auch bemerkenswert. Die fraglichen Worte müssen für interpoliert gehalten werden. Sie offenbaren die auch in anderen Anzeichen hervortretende Tendenz der Kompilatoren, die Bedeutung der Grenze zwischen dem in possessione esse und dem possidere im Falle cautio d. i. zu vermindern. (Hiermit wird nicht gesagt, dass die Kompilatoren ihren Standpunkt durchgedacht hätten, auch nicht, dass sie denselben konsequent hätten durchführen wollen. Nur die Tendenz, das übernommene Institut zu lockern und erst die Usukapierung *absolut* entscheidend zu machen, ist augenfällig.) Indessen geht aus dem Angeführten hervor, dass die Worte Ulp. D. 7, 1, 7, 1: . . . et iure dominii possessurum eas ædes . . . nicht (von Iust.) interpoliert sein können. Dasselbe gilt bezüglich der Worte Paulus D. 23, 5, 1 pr. . . . deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit . . . und der Worte Ulp. D. 39, 2, 15, 16, die auf: non prius incipere per longum tempus dominium capere folgen: quam secundo decreto a prætore dominus constituatur. Dass die Kompilatoren an letzterer Stelle eine Person *dasselbe* dominium, das sie schon hat, durch Usukapierung erwerben lassen wollten, ist wohl doch undenkbar. Aber dass sie den Widerstreit zwischen dem ursprünglichen Texte und ihren eigenen Intentionen nicht beachten, ist ja sehr gewöhnlich. Die Worte in § 17: . . . ambo ædium fiunt domini . . . und . . . constituto domino eo . . . können auch nicht interpoliert sein, ebensowenig die Worte in § 33: Posteaquam autem quis possidere iure dominii a prætore iussus est . . .

Aus dem Angeführten folgt, dass die klassische Jurisprudenz gar nicht nur im Falle servus fugitivus *ausdrücklich* den *dominus* usukapieren lässt. — Schon Erman Sav. Z. 11 (1890), S. 262 ff. hat Argumente dafür gegeben, dass in den Dig. der Ausdruck dominus für den bloss bonitarischen Eigentümer angewandt wird, und besonders die Unrichtigkeit der gewöhnlichen Interpolationstheorie betreffs gewisser Stellen, die den Besitzer im Falle d. i. für dominus erklären, nachweisen wollen. Seine Argumente sind jedoch nicht immer durchschlagend. Vor allem wird seine Position unmöglich, weil er die alte Meinung festhält, das blosse in bonis esse bestehe darin, dass man prætorische Aktionen habe. Daher muss er sagen, dass die Juristen ohne weiteres die gewöhnliche »Sprache des Lebens» in unserem Falle übernommen und auf so gewichtige Rechtssätze wie denjenigen über den Sklavenerwerb angewandt hätten: und zwar, obgleich das bezügliche dominium gar *kein* Recht an der Sache, nicht einmal soviel wie ein Servitutsrecht enthalten soll! Die Absurdität eines solchen Standpunkts wird scharf dadurch beleuchtet, dass Erman auf solche Anwendungen des Terminus dominus wie bezüglich des Oberhaupts im Verhältnis zum cognitor oder des Kridars im Verhältnis zu seinem ganzen Vermögen

— Schuldforderungen einbegriffen — hinweist, als ob irgend welche Analogie vorläge! In diesen Fällen handelt es sich ja *nur* um eine Bezeichnung, die man angemessen gefunden hat und die gar kein Missverständnis veranlassen kann. In unserem Falle aber erhält die Bezeichnung die Bedeutung, dass *damit* auch eine Subsumtion unter für das zivile dominium aufgestellte Regeln proklamiert wird!

Was nun besonders die Usukapierung des Sklaven, der einem nur in bonis gehört, betrifft, so hat diese, wie im Texte gesagt ist, für den Eigentümer die grösste Bedeutung, weil er ihn ohne Usukapierung *vor* der lex Iunia nicht frei, *nach* diesem Gesetze nicht zu einem civis Romanus machen kann. APPLETON, La propr. prét. I, S. 194⁰ sagt über den nur bonitarischen Eigentümer: »Il ne peut pas faire de l'esclave qu'il a in bonis un citoyen romain en l'affranchissant; l'esclave est libre, mais seulement en qualité de Latin-Junien. Ce n'est pas le maître qui en souffre, bien au contraire, car la succession de son affranchi ne pourra lui être enlevée ni par les enfants de cet affranchi ni par ses héritiers testamentaires . . .» Deshalb soll hier der Verlust des quiritischen Eigentums bedeutungslos sein. Als ob der dominus sich nicht einen grösseren Ersatz für die Kreierung des Sklaven zu einem römischen Bürger als für die reine Freilassung desselben von diesem selbst oder einer dritten Person bedingen könnte! Dabei werden auch die Imponderabilia nicht beachtet, die in Zusammenhang mit dem patronatus über einen römischen Bürger stehen. Auch der quiritische Eigentümer *kann* übrigens den Sklaven zu einem Latinus Iunianus machen. Der nur bonitarische kann ihn umgekehrt nicht zu einem römischen Bürger machen. Natürlich ist es das Beste, tun zu können, was man für gut findet. — War nicht beim Marktkaufe sogar das gewöhnliche Verfahren die blosse traditio des Sklaven (ohne die lästige Manzipation) mit stipulatio dupli für Eviction? War also die Usukapierung des Eigentümers hinsichtlich der Sklaven nicht ein im Rechtsleben gewöhnlicher Fall?

Paulus D. 6, 1, 21: Si a bonæ fidei possessore ⟨lite contestata⟩ fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. nam si integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori et fructus eius temporis quo ⟨lite contestata⟩ possedit præstet. quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat . . . si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat . . . BESELER, Beitr. 3, S. 180 hält ohne jeden Grund die Worte requiremus — custodiri und si vero — cedat für interpoliert. Sie entwickeln nur die Bedeutung des Umstandes, dass der Sklave auf Grund der *culpa* des Besitzers geflohen ist. Dass dieser in einem solchen Falle verurteilt werden soll, geht aus der Parallelstelle Ulp.-Iul. D. 21, 2, 21, 3 hervor. Aber dass vor »fugerit servus»

im Anfang »lite contestata» ausgelassen sein muss, wie vor »possedit præstet», ist offenbar. Denn wenn der Sklave vor der l. c. geflohen ist, fehlt es dem b. f. possessor an Passivlegitimation. Der Ersatz des Ertrags kann sich auch nur auf die Zeit *nach* der l. c. beziehen. Daraus folgt, dass die Worte si *interea* eum usuceperat gar nicht speziell die Zeit nach der Flucht, sondern die ganze Zeit nach der l. c. betreffen. Aus diesen Worten kann also nicht geschlossen werden, dass der b. f. possessor den servus fugitivus während der *Flucht* usukapiere. Er kann natürlich *vor* der Flucht, *nach* der l. c., usukapiert haben. Wer wirklich nach dieser Stelle während der Flucht vom b. f. possessor den Sklaven usukapieren kann, ist deutlich angegeben. Es heisst nämlich über den Fall, dass der b. f. possessor nicht schon usukapiert hat, wo der an der Flucht unschuldige possessor nicht de re persequenda zu kavieren braucht: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? Rotondi bezieht offenbar (S. 146) das Subjekt im Satze quamvis . . . auf den b. f. possessor. Dies widerstreitet sowohl der Ausdrucksweise wie der Vernunft. Wenn der *b. f. possessor* während der Flucht usukapiert, ist natürlich absolut nötig, dass er, wenn er doch selbst absolviert wird, dem petitor die Verfolgungsmöglichkeit sichert. Dann kann letzterer ja in die Lage kommen, dass der Beklagte Eigentümer ist, der Sklave sich aber bei einer dritten Person befindet. Gegenüber dieser ist der petitor machtlos, wenn ihm nicht die Aktion des Beklagten übertragen wird. Man merke nun auch, dass nach Iulianus, dessen Meinung am Ende D. 6, 1, 21 erwähnt wird, im fraglichen Falle — der unschuldige Beklagte hat noch nicht usukapiert — letzterer nur *das* kavieren muss, dass er den Sklaven, wenn er diesen in Besitz genommen hat, dem petitor überlassen wird. Vgl. D. 21, 2, 21, 3: . . . si adprehensum hominem restituisset . . . Wenn umgekehrt nach dem Wortlaut der petitor selbst als Subjekt aufgefasst wird, ist der Sinn klar: Warum sollte nicht der petitor die Sache verfolgen können, obgleich er selbst während der Flucht usukapiert? Der gedachte Fall ist der, dass der petitor als bon. possessor oder bon. emptor eine rei vindicatio durch actio ficticia Serviana oder Rutiliana vornimmt (Gaius I. 4, 34 u. 35) oder als ein anderer bonitarischer Eigentümer in der Eigenschaft eines procurator in rem suam für den quiritischen Eigentümer die Sache vindiziert. Wenn auch der bonitarische Eigentümer während der Flucht insofern in eine veränderte Lage kommt, als er selbst quiritischer Eigentümer wird, so verliert er keineswegs dadurch das Vindikationsvermögen — will man sagen. Man merke weiter, dass nur die hier gegebene Auslegung, nach der der bonitarische Eigentümer auch den dem b. f. possessor entflohenen Sklaven usukapiert (weil dieser nicht *selbst* den dominus von seinem Besitz ausschliessen kann) mit Paulus D. 41, 3, 15, 1: Si servus, quem possidebam, fugerit, [si] ⟨etsi⟩ (Mo.) pro libero se gerat, videbitur a *domino* possideri, vgl. Paulus D. 41, 2, 3, 10, übereinstimmt. Beseler, a. a. O. betrachtet die Worte: quo minus — usucapiat als interpoliert. Wenn dies

richtig ist, sind sie eine vorjustinianische Glosse. Der Glossator hat dann jedenfalls die hier dargestellte Auffassung gehabt. — Ulp. D. 44, 3, 8: In accessione temporis et id tempus, quo in fuga sit servus, *domino* eius procedere verum est. Dass diese Worte nicht *unmittelbar* die Usukapierung betreffen, ist allerdings klar, weil in dieser die Possidierung ad usucapionem des dominus während der Zeit der Flucht *dieselbe* wie die vorhergehende oder nachfolgende ist und also nicht »accedit». Die Behauptung muss das interdictum utrubi unmittelbar betreffen. Jedoch wird hier die Usukapierung vorausgesetzt. Bevor wir dies erweisen, mag die Theorie von Zanzucchi (a. a. O., S. 373 f.) und Rotondi (a. a. O., S. 147) über eine justinianische Interpolation der Worte in accessione temporis geprüft werden. Obgleich es sich hier nicht um Usukapierung, sondern um das interdictum utrubi handele, könne nicht von accessio temporis die Rede sein, weil auch in dieser Hinsicht der servus fugitivus possidiert werde. Rotondi verweist auf Ulp. D. 41, 2, 13 pr., welche Stelle vom utrubi spreche. Dass letzteres richtig ist, beweist jedoch nicht, dass die Worte: namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione ohne weiteres die Possidierung nach dem utrubi aussagen. Riccobono's Theorie, dass possidere ohne nähere Bestimmung in den Quellen den Interdiktsbesitz ausdrückt, ist nicht richtig. Siehe oben S. 107[3]. Es muss wohl als eine verkehrte Methode angesehen werden, gegen die bestimmt ausgesprochene Meinung des Ulpianus selbst (D. 47, 2, 17, 3) und die Erklärung des Nerva filius über das ursprünglich receptum (D. 41, 2, 1, 14) das einfache possideri Ulp. D. 41, 2, 13 pr. (wie Paulus Sent. 2, 31 37 und 4, 14, 3) als Interdiktsbesitz aufzufassen. Was den Umstand betrifft, dass Ulp. unzweifelhaft D. 41, 2, 13 pr. das utrubi behandelt, kann man keineswegs daraus schliessen, dass das possideri hier Interdiktsbesitz bezeichne. Wenn der fragliche Besitz beim utrubi überhaupt Bedeutung hat, ist natürlich die Gegenüberstellung des servus fugitivus und der lapides demersi, die *keine* Bedeutung haben, weil sie auf keine Weise possidiert werden, gut verständlich. Aber gerade Ulp. D. 44, 3, 8 wird der Besitz des Sklaven bezüglich der accessio temporis beim utrubi für bedeutungsvoll erklärt!! Man kann sich auch keineswegs auf den Umstand berufen, dass man nach Cassius und Iulianus (D. 41, 2, 1, 14) durch den servus fugitivus Besitz erwirbt. Derselbe Iulianus sagt doch D. 47, 2, 17, 3, dass der Besitz dieses Sklaven nur ad usucapionem gelte. Man braucht ja nicht einmal wirklich zu possidieren, um durch einen Sklaven Besitz zu erwerben, wie im Falle des ususfructus. Man *fragt* sogar, ob nicht durch die Personen, die wir manu mancipioque haben und also nicht einmal naturaliter zu possidieren brauchen, Besitz erworben werden könne: Gaius I. 2, 90. Um so mehr ist verständlich, dass man die Möglichkeit eines Besitzerwerbs durch den servus fugitivus, den wir doch *wirklich* possidieren, obgleich nur ad usucapionem, hat behaupten können. Wenn Nerva filius und der ihm anscheinend folgende Pomp. diese Möglichkeit verneinen (siehe

oben S. 179), ist dies nur eine Anwendung des Satzes: Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias (Paulus D. 1, 3, 14 = 50, 17, 171 pr. aus demselben Abschnitt des Werkes ad edictum wie das Referat des Paulus über Nerva filius). Nerva behauptet ja, dass die allgemeine Anerkennung des fraglichen Besitzes ein *utilitatis causa* receptum ist. Es folgt aus dem Angeführten, dass die Worte in accessione temporis gerade darum, weil die Stelle das utrubi behandelt, in Ulpianus' Darstellung notwendig sind. Gegen die Interpolationstheorie kann auch gesagt werden, dass es höchst sonderbar wäre, wenn die *Kompilatoren*, die offenbar die Bedeutung und den Umfang des possidere animo sonst erweitern wollen (hierüber alsbald), sie hier umgekehrt einschränken sollten. Wenn aber die Echtheit der umstrittenen Worte angenommen werden muss, so fragt man, *wie* die Zeit, während welcher der Sklave ein Flüchtling ist, als eine accessio mitgerechnet werden kann. Natürlich wird vorausgesetzt, dass ein auch körperlicher Besitz vorausgegangen oder nachgefolgt ist, der also als wirklicher unmittelbarer Interdiktsbesitz gilt. Zu der Zeit dieses Besitzes darf die Zeit der Flucht hinzugerechnet werden. Doch muss immer während der Akzessionszeit nach den hier geltenden Regeln ein wirklicher Besitz bestanden haben. Da der vorausgesetzte Besitz nicht an sich selbst Interdiktsbesitz ist, muss er als ad usucapionem geltend gedacht sein. Man kann ja wohl verstehen, dass die Juristen eine iusta possessio, wie der Usukapionsbesitz es ist, nicht für bedeutungslos im Interdiktsstreit halten können und dass sie den Besitz, der an sich nur ad usucapionem gilt, wenigstens betreffs der accessio im utrubi anerkennen.

Rotondi sagt a. a. O., S. 146: »un presupposto costante, come risulta dagli incisi segnati, è che il possessore di buona fede possa compiere l'usucapione del servo anche durante la fuga». Tatsächlich hat R. keine einzige den fraglichen Besitz betreffende Stelle anführen können, wo es sich um den b. f. possessor handelt!

Es ist indessen kurios, dass die byzantinische Jurisprudenz, die auf Grund der Justinianischen Aufhebung jedes besonderen bonitarischen Eigentums keine Usukapierung durch den dominus anerkennen kann und die Stellung des b. f. possessor möglichst der des dominus annähern will, ganz einfach den b. f. possessor für den dominus der Quellen substituiert! So heisst es z. B. in einem Sch. zu Ulp. D. 47, 2, 17, 3 (Sch. 14, Bas. 60, 12, 17, V,S. 467 Heimb.): Τρέχει γὰρ τοῖς καλῇ πίστει νομεῦσι καὶ ὁ χρόνος, ὃν ἐν φυγῇ διάγει ὁ δοῦλος .., ὥς βιβ. ν'. τιτ. β'. κεφ. α'. θεμ. θ' ... Die Stelle, auf welche hier hingewiesen wird, lautet jedoch: Τὸν φυγάδα μου (beachte!) δοῦλον εἰ μηδεὶς κατέσχε, καὶ ἔχειν δοκῶ, καὶ νέμομαι δὶ αὐτοῦ καὶ διὰ χρονίας νομῆς δεσπόζω: dies nach Paulus D. 41, 2, 1, 14. Die Auslegung der l. 21 D. 6, 1 Suppl. Zach. S. 15, Bas. 15, 1, 21, Sch. 77 (Steph.) wird aus diesem Grunde verworren. Auch die Kompilatoren haben mutmasslich auf dieselbe Weise für den dominus den b. f. possessor substituiert. Sonst wären die vielen Stellen, wo nur

Wenn das possidere animo eine mystische Kraft der Seele hinsichtlich des Dinges bedeutet, versteht man gut einen früher vollkommen unerklärlichen Sprachgebrauch. Man findet nämlich, dass

---

der dominus als besitzend oder usukapierend dargestellt wird, nicht ihrer Korrektur entgangen. Eine Interpolation Ulp. D. 10, 4, 5, 6 beleuchtet ihre Auffassung: Item si quis facultatem restituendi non habeat, *licet possideat*, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga servus sit . . . Hier wird vorausgesetzt, dass der blosse possessor, welchem der Sklave entflohen ist, possidiert. Aber dass die Stelle interpoliert ist, ergibt sich aus Folgendem. 1. Die facultas *restituendi* soll für die Gebundenheit durch actio ad exhibendum entscheidend sein. Warum wird nicht von der facultas *exhibendi* selbst gesprochen? 2. Nicht einmal das Fehlen dieser Fähigkeit verhindert immer die Gebundenheit durch die actio ad exhibendum. Wenn ein dolo malo desinere possidere vorliegt, ist man nach Ulp. der fraglichen actio unterworfen. Um so mehr muss diese Unterwerfung eintreten, wenn man, wie hier vorausgesetzt wird, wirklich possidiert, das Vermögen zu exhibieren aber durch dolus malus verloren hat: man hat z. B. den Sklaven zur Flucht verleitet. 3. Der ganze nachfolgende Teil des § 6 — sein Hauptteil — ist interpoliert, wie Beseler, Beitr. 1, S. 35 vollkommen überzeugend nachgewiesen hat.

Rotondi gibt in einem Aufsatz La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso »solo animo», Scr. giur. 3, S. 271 f., eine durchgehend unrichtige zusammenfassende Darstellung der fraglichen Theorie. 1. Paulus kann gar nicht der römische Jurist gewesen sein, der zuerst ein possidere solo animo in diesem Falle gelehrt hat, obgleich gerade er zufällig an zwei Stellen D. 41, 2, 3, 10 — doch von Lenel mit Recht für interpoliert gehalten — und Sent. 4, 14, 3 diesen Ausdruck betreffs des Besitzes des servus fugitivus gebraucht. (An den anderen von R. S. 272 als Belege angeführten Stellen steht nichts über poss. *animo*.) Auch für die vielen Juristen, die *vor* Paulus die Sache selbst angenommen haben, war es natürlich klar, dass ein solcher Besitz nicht körperlich ist, sondern im animus wurzelt. 2. Der logische Grund der juridischen Entscheidung ist nicht in der nötigen Weise beachtet: dass nämlich der Sklave als eine blosse dem *Eigentümer* gehörende Sache infolge dieser Stellung dem dominus die possessio keiner Sache durch Diebstahl entziehen kann. *Darum* kann er *selbst* den dominus nicht von dem Besitz an ihm selbst durch Flucht ausschliessen. Für Rotondi ist die Lehre nur eine Erweichung des ursprünglichen Besitzbegriffs, was nicht richtig ist. Es wird nicht beachtet, dass die Lehre hinsichtlich ihrer Gründe logisch der Theorie entspricht, dass der *Eigentümer* mit dem, subjektiv betrachtet, bloss körperlichen Besitz ausgerüstet, also ohne animus possidendi, im allgemeinen den vollständigen Besitz, objektiv betrachtet, hat (siehe oben S. 173 ff.), ebenso wie er, ohne die Sache empfangen zu haben, durch blosse Übereinkunft mit dem wirklichen Besitzer, den Besitz erwerben und einer anderen selbst besitzenden Person einen neuen

das körperliche Element des Besitzes als dessen Faktum bezeichnet und dieses Faktum dem possidere animo gegenübergestellt wird.[1] Hier

---

Besitz durch blosse Übereinkunft verschaffen kann, obgleich er selbst ursprünglich keinen Besitz hat (siehe oben S. 113 ff. u. 127 ff.). 3. Der animus, durch welchen der dominus den servus fugitivus possidiert, wird unrichtig bestimmt. Keineswegs bedeutet der animus hier »niente più che la volontà di non perdere il possesso (o la non volontà di perderlo) e la speranza di riaffermarlo in pratica, se e quando sarà possibile» (S. 272). In Wirklichkeit kann höchstens bei dem possessor des servus fugitivus ein Wille, ihn zu beherrschen, *wenn* einmal die Möglichkeit dieser Beherrschung eintreten sollte, vorliegen. Kann ein solcher Wille, dessen Realisation nur hypothetisch ist, eine wirkliche *possessio* des Sklaven im natürlichen Sinne auch bei der grössten Erweichung des Besitzbegriffes bedeuten? *Wo* wird übrigens in den Quellen gesagt, dass der possidierende dominus einen solchen Willen haben muss? Wir haben oben S. 144 nachgewiesen, dass bei dem possidere solo animo im Falle des verlassenen fundus oder saltus sogar der reine Beschluss, nicht weiter zu possidieren, bedeutungslos ist, wenn er nicht als ein rechtsgültiger contrarius actus fungieren kann. Deshalb ist das possidere solo animo in diesem Falle gar keine Beherrschung durch den blossen Willen, sondern eine geheimnisvolle Macht des Geistes über das Ding. Natürlich muss der animus auch in dem hier fraglichen Falle denselben Sinn haben, da man auch hier durch den solus animus possidiert.

[1] Ulp. D. 41, 2, 29: Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. [Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest. Eine überflüssige Glosse?] Der Sinn dieser Stelle, die schon oben S. 144 mehr beiläufig herangezogen worden ist, hier aber näher analysiert werden soll, ist von Albertario, Corso di diritto romano 2 (1914) S. 24, Vasalli Miscellanea critica di diritto romano 2 (1914) S. 33 und Rotondi, Scr. giur. 3, S. 221 f. völlig missverstanden worden. Infolgedessen werden die Worte non ut animo, sed ut corpore desinat possidere für interpoliert erklärt. Ulpianus soll nur sagen, dass der Mündel ohne die tutoris auctoritas den Besitz verlieren kann, weil dieser eine res facti ist. Iust. aber meine, dass der Mündel niemals das possidere *animo* ohne die t. a. verlieren könne, sondern ohne diese immer den körperlich verlorenen Besitz durch den animus behalte. 1:0 ist undenkbar, dass amittere hier verlieren ohne weiteres bedeutet, also incl. durch äussere Gewalt. Die Notwendigkeit der tutoris auctoritas kann natürlich nur bei freiwilligen Akten in Frage kommen. Amittere muss hier wie Proculus D. 41, 2, 27 und Paulus D. 41, 3, 43, 6 = D. 50, 17, 153 (siehe oben S. 144[1]) *durch eigene Tätigkeit* verlieren bedeuten. In korrespondierender Weise bedeutet desinere hier: freiwillig aufhören wie auch D. 41, 2, 27. 2:0 ist die natürlichste Übersetzung des Satzes non ut — possi-

bedeutet der animus das mystische Kraftelement des Besitzes im Gegensatz zur dazu auch gehörenden faktischen Macht. Ganz dasselbe wird durch den Gegensatz: corpus oder factum und *ius* als die beiden Elemente der possessio ausgedrückt. Mit der Bezeichnung *ius* soll hier gesagt werden, dass der Besitzende eine mystische, dem dominium analoge Kraft innehat. Diese macht es für einen jeden unmöglich, seinen Besitz auf *rechtliche* Weise anzugreifen, wenn man nicht selbst ziviles Recht an der Sache im gewöhnlichen Sinne, d. h. dominium oder usus fructus oder das quasi zivile Pfandrecht geltend machen, also die Sache oder ihren usus fructus oder das quasi zivile

---

dere: 'nicht so, dass er durch die Seele, sondern durch den Körper sein Possidieren aufgibt'. So übersetzen die Bas. 50, 2, 27 (Heimb. V, S. 51): Ἄνηβος ἄνευ ἐπιτρόπου σώματι, οὐ μὴν ψυχῇ ἀφίσταται νομῆς. Lateinisch nach Heimb.: Impubes sine tutore corpore, non animo, a possessione desistit. Aber auch wenn man die minder natürliche Übersetzung anwendet: 'nicht so, dass der Mündel seine zur Seele gehörende Possidierung aufgibt, sondern so, dass er die zum Körper gehörende fallen lässt', ist das Resultat dasselbe. Denn es handelt sich, wie man aus dem ersten, nicht umstrittenen Satz sieht, nur um die Art, auf die der Mündel ohne die t. a. seinen Besitz *überhaupt*, nicht einen Teil desselben aufgeben kann. Dies kann ohne die t. a. nicht so geschehen, dass er *beschliesst*, nicht weiter zu possidieren, sondern nur so, dass er seine faktische Macht fallen lässt. Da niemand nach der klassischen Jurisprudenz den Besitz, der eine unmittelbare faktische Macht einschliesst, nur durch den animus verlieren kann (siehe oben S. 170 ff.), bezieht sich unsere Stelle auf den Fall solo animo possidere, welches der Mündel nicht ohne die t. a. durch blossen Beschluss fallen lassen kann, obgleich er immer, sowohl wenn der Besitz unmittelbar an den Körper gebunden ist, als wenn er solo animo besteht, denselben durch den freiwilligen Verlust jeder faktischen Macht (auch der Möglichkeit, die Beherrschung wiederaufzunehmen) aufgeben kann. Das hat natürlich seinen Grund darin, dass der Besitz durch die Seele unter Rechtsregeln steht (siehe oben S. 144), während das körperliche Element nur als ein Faktum zu betrachten ist. Die Stelle ist eine offenkundige Parallele zu Proc. D. 41, 2, 27, wo vom *furiosus* gesagt wird, dass er selbst niemals den Besitz, der solo animo besteht, aufgeben kann, während der *Mündel* nach l. 29 es ohne die t. a. nicht vermag, falls er nicht die Möglichkeit, die Sache faktisch zu beherrschen, freiwillig verliert. Und wenn man die erstere Stelle nicht für interpoliert hält, hat man kein Recht, unsere Stelle, die in der Ausdrucksweise und im Gedanken — natürlich mutatis mutandis — ihr folgt, für interpoliert zu erklären. Jedenfalls gibt die Interpolationstheorie nur einem radikalen Missverständnis der Stelle Ausdruck. — Wie man dieses Zeugnis dem des

Pfandrecht vindizieren kann. (In der actio Publiciana wird, wie bekannt ist, das Eigentum fingiert. In den prætorischen Interdiktsaktionen liegt, auch wenn der Besitz eines anderen davon getroffen wird, gar kein Angriff auf den Besitz — sei es rechtlicher oder unrechtmässiger — von Seiten des Klägers vor. Es handelt sich hier nur um die Gehorsamspflicht gegen den Prætor, während bei der Vindikation die gegen den Besitz des Beklagten tätige Kraft das Recht des Klägers ist). Umgekehrt gibt jeder andere Angriff auf den Besitz, also jede Zueignung vi oder clam, eine gegenüber dem Verletzten *vitiosa* oder *iniusta* possessio, h. e. Besitz *ohne Recht*. Hierher gehört

---

Marcianus D. 41, 1, 11 entgegensetzen zu können geglaubt hat (siehe Riccobono, Sav. Z. 31, 1910, S. 363, womit Rotondi a. a. O., S. 221 zu vergleichen ist), ist unverständlich. An letzterer Stelle wird nach einer Erklärung über die Möglichkeit der Entäusserung des *Eigentums* seitens des Mündels gesagt, dass nicht einmal possessio, die naturalis est, ohne die t. a. entäussert werden kann. »Naturalis», vom Besitze ausgesagt, bezeichnet hier offenbar *seine* Gebundenheit an die körperliche Macht. Vgl. Iav. D. 41, 2, 23 pr.: . . . possessio tamen nisi *naturaliter* comprehensa ad nos (scil. heredes) pertinet, Paulus l. c. l. 3, 3 und Gaius D. 41, 3, 5. Damit wird der *Besitz* dem *Rechte* entgegengesetzt. Dass die Entäusserung des Besitzes ohne die t. a. unmöglich ist, scheint sich auf verschiedene Dinge zu beziehen. Es dürfte einschliessen, dass die Überlassung des Besitzes nach vorhergehender gültiger Eigentumsübertragung (einer res manc.) ohne die t. a. ungültig ist, so dass er durch die actio Publ. ohne exceptio dominii zurückgefordert werden kann. Es dürfte auch einschliessen, dass die Übertragung des Besitzes auf Grund eines Kaufs ohne die t. a. ungültig ist, so dass er durch die Publiciana oder Vindikation zurückgefordert werden kann, d. h. die exceptio dom., bezw. rei venditæ ac traditæ kann nicht verwendet werden. Um den umgekehrten Fall handelt es sich Paulus Vat. fr. 1, wo nach Proculus und Celsus die ohne die t. a. von der Frau in tutela bewusst gekaufte res mancipi *pro emptore* possidiert werden soll, weil die Frau ohne die t. a. »*possessionem* alienare» könne. Marcianus will vielleicht besonders sagen, dass dies nicht für den Verkauf des Mündels ohne die t. a. gilt, weil dieser ohne die t. a. *nicht* »possessionem alienare» könne. Der Käufer könne also nicht die genannte exceptio verwenden. Es kann sich endlich auf die Möglichkeit beziehen, durch den Empfang b. f. ohne die t. a. vom Mündel einen ratione iuris *usukapierungsfähigen* Besitz zu erwerben. Diese Möglichkeit wird Paulus Vat. fr. 1 von Sabinus und Cassius betreffs des Verkaufs einer res mancipi seitens einer Frau in tutela ohne die t. a. angenommen. Die Usukapierung in derselben Situation im Falle Mündel ist mutmasslich nur ein utilitatis causa receptum. Jedenfalls ist es sinnlos, mit Ricc. und Rot. zu sagen, unsere Stelle widerstreite dem Satze,

auch der Fall, dass der allerdings freiwillige Besitzübergang auf einem precarium beruht, zu welcher Übereinkunft gehört, dass der Prekarist in Zukunft nicht gegen den Willen des precario dans die Sache behält. Deshalb kann er kein Recht gegen den precario dans selbst erhalten. Doch ist jeder Besitz, also auch der vi oder clam oder precario, gegen *einen jeden anderen* als den, gegenüber welchem man vi etc. possidiert, ein *ius*, so dass ein jeder *andere* ihn nur durch Vindikation rechtmässig angreifen kann. Der fragliche Besitz ist gegen einen jeden anderen *iusta* possessio. Nur die ursprüngliche Gegenpartei bekommt selbst keine iniusta oder vitiosa pos-

---

dass der Mündel den Besitz auch ohne die t. a. *verlieren* kann. Der vermeintliche Widerspruch ist sogar für Ricc. wenigstens *ein* Grund, die Interpolation der Marcianusstelle anzunehmen!! Wenn die Worte et ne quidem possessionem, quæ naturalis est, ut Sabinianis visum est wirklich eine Interpolation sind, was gar nicht bewiesen ist, weisen sie ja doch auf den Standpunkt der »Sabinianer» hin. Und dass diese Angabe wahr ist, hat man keinen Anlass zu bezweifeln.

Ulp.-Scæv. D. 47, 4, 1, 15 heisst es: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quæ facti est et animi. Man könnte die Worte et animi auf Grund ihrer Stellung nach dem Verb als einen späteren Zusatz ansehen. Ein weiterer Grund für die Annahme einer Interpolation ist der Umstand, dass Scævola wahrscheinlich bei »possessionem» auch an die naturalis possessio gedacht hat, weil, auch wenn die hereditas eine naturalis possessio haben könnte, Diebstahl möglich wäre. Wenigstens scheint dies aus Marc.-Iul.-Scævola D. 47, 2, 69 (68), l. 70 (69), l. 71 (70) hervorzugehen. Wenn aber auch die Worte et animi eventuell ein späterer Zusatz sind, bedeutet hier »factum» die notwendige Verbindung der possessio überhaupt mit *physischer* Macht. Es handelt sich ja hier um den Unterschied zwischen dem *Besitz* und dem *Recht*. Die hereditas kann *Rechte* in sich schliessen, die auf den heres übergehen, aber sie kann keinen *Besitz* übertragen, weil dieser im Gegensatz zum Rechte eine physische Macht erfordert. (Vgl. oben S. 159). Das Wort factum hat also hier dieselbe Bedeutung, und der Zweck seiner Anwendung ist derselbe wie die Bedeutung, bezw. der Anwendungszweck des Wortes naturalis (naturaliter) in Marc. D. 41, 1, 11 und Iav. D. 41, 2, 23 pr. In der vorher erörterten Stelle Ulp. D. 41, 2, 29 wird ja das »factum» des Besitzes ausdrücklich dem körperlichen Element desselben gleichgestellt. Dasselbe ist vom Ausdruck factum Pap. D. 4, 6, 19: causa vero facti (im Gegensatz zu Rechten) non continentur postliminio und Tryph. D. 49, 15, 12, 2: Facti autem causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt (ebenso betreffs der possessio) zu sagen.

sessio durch das possidere vi etc. gegenüber dem selbst vi etc. Possidierenden.[1]

[1] Pap. D. 41, 2, 49, 1: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia *possessio non tantum corporis, sed et iuris est.* Der animus ist das Rechtselement in der possessio, welches diese von der rechtlichen Selbständigkeit des Subjekts abhängig macht. Wer rechtlich in der Gewalt eines andern ist, kann nicht die selbständige Rechtsmacht über das Ding haben, welche die possessio — diese Bastardbildung von Recht und Faktum — einschliesst. ROTONDI a. a. O., S. 207[3], der sonst VASALLI in der Frage über die Interpolation der ius possessionis besprechenden Stellen folgt, scheint in diesem Falle keine Interpolation anzunehmen. Was würde eine solche Theorie rechtfertigen? In der Tat wird die Echtheit in entscheidender Weise durch Ulp. D. 45, 1, 38, 6 bestätigt: Hi, qui sunt in aliena potestate, his, in quorum sunt potestate, habere licere stipulari possunt ea ratione, qua cetera quoque his possunt stipulari. Sed si servus fuerit stipulatus sibi habere ⟨licere⟩, quæsitum est, an recte stipulatus videatur. et ait Iulianus libro quinquagensimo secundo digestorum, si servus stipuletur sibi habere licere aut per se non fieri, quo minus habere stipulatori liceat, promittat: stipulatio, inquit, non committitur, quamvis auferri res ei et ipse auferre eandem possit: non enim *factum* sed *ius* in hac stipulatione vertitur. cum vero stipulatur per promissorem non fieri, quo minus sibi ire agere liceat, non *ius* stipulationis, inquit, sed *factum* versatur. Sed videtur mihi, licet iuris verba continet hæc stipulatio 'habere licere', tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filio familias videatur actum esse de possessione retinenda aut non auferenda et vires habeat stipulatio. Hier ist Folgendes zu bemerken. 1. »Habere licere» hat zwei Bedeutungen als Inhalt einer Stipulation. Entweder bedeutet es, dass *niemand* durch Eviktion mir den Besitz entzieht, oder dass der *promissor* (bezw. seine Erben) nicht auf diese Weise verfährt. Über den ersten Fall, wo poena oder quanti ea res est notwendig ist, handeln die vorhergehenden §§ 2 u. 3. Den zweiten, wo der promissor, damit die Stipulation verfallen kann, Eigentümer sein oder werden muss, erörtern pr. und §§ 1, 4 u. 5. Hierüber auch im angeführten § 6. 2. Dass jemand durch Eviktion seines Besitzes oder dessen, was dazu gehört, beraubt wird, wird in § 3 als eine Entziehung oder Minderung seines Rechts bezeichnet: habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex *iure* quod habuit. Hier *kann* natürlich das *ius*, dessen man beraubt wird, nicht ein subjektives Recht im gewöhnlichen Sinne — sei es auch nur ein Recht auf die possessio selbst — sein. Denn wenn der Besitzer ein solches Recht gehabt hätte, wäre die Eviktion unmöglich gewesen. Das Recht, das einem hier entzogen wird, muss ein *im* Besitz selbst liegendes Recht bedeuten. 3. Bei der Stipulation, in welcher habere licere im Verhältnis zu irgend jemand versprochen wird, handelt es sich um eine vom Promissor dem Stipulator verkaufte und überlassene Sache. Im anderen Falle, wo der promissor nur

Damit wird verständlich, weshalb die klassische Jurisprudenz

---

verpflichtet wird, nicht selbst die Sache zu evinzieren, wenn er Eigentümer ist oder wird, handelt es sich nicht notwendig um einen Kauf. Wenn er selbst ursprünglicher Eigentümer ist, kann er vernünftigerweise nicht versprechen, dass er die von ihm an den Stipulator verkaufte und überlassene Sache diesem nicht evinzieren wird. Denn dann gehört sie ja dem Stipulator. In diesem Falle kann der Besitz jede beliebige Natur haben. Ich verspreche unter der Voraussetzung, dass ich Eigentümer bin oder es in Zukunft werde, mein Recht nicht gegen den Stipulator geltend zu machen. Also: in § 6 handelt es sich um eine Stipulation des Inhaltes, dass der promissor nicht das im Besitze selbst liegende Recht auf Grund höheren Rechtes angreifen wird. Das fragliche Recht kann als solches nur durch höheres Recht angegriffen werden, obgleich es durch seinen Zusammenhang mit der physischen Macht mittelbar durch Entziehung *dieser* Macht unfreiwillig verloren werden kann. Im letzteren Falle wird es jedoch nicht *rechtlich* entzogen, sondern es liegt ein iniustum vor. Über dieses Recht spricht Paulus D. 43, 17, 2: auch eine gegen eine andere Person als die Gegenpartei iniusta possessio hat im interd. u. p. Kraft: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet. Vgl. auch Ulp. D. 7, 6, 5 pr.: quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen *iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.* ROTONDI, a. a. O., S. 208[2] sagt, dass es hier »è recisamente smentito che il possesso sia per questo un diritto», als ob nicht ganz deutlich wäre, dass nullum ius hier ein von der faktischen Macht unabhängiges Recht bedeutet! Um dasselbe Recht handelt es sich, wenn Gaius I. 4, 151 die possessio überhaupt als *iusta* gegen einen jeden, von welchem man nicht clam, vi oder precario Besitz ableitet, und als vitiosa gegenüber einer solchen Gegenpartei bezeichnet. Beachte: sed et si *vitiosam* habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario *ab adversario* adquisitam, non datur accessio; nam ei ⟨possessio⟩ sua nihil prodest. Ebenso muss dann in den Worten: itaque si nostræ possessioni iuncta alterius *iusta* possessio exsuperet adversarii possessionem . . . »iusta» sich auf den »adversarius» beziehen. Dieselbe relative Bedeutung der Vitiosität bei Ulp. D. 41, 2, 13, 13: Præterea ne vitiosæ quidem possessioni ulla potest accedere: sed nec vitiosa ei, quæ vitiosa non est. In § 7 ist ja eine possessio precaria als in gewissem Falle accessio gebend angenommen, *doch nicht* precaria ab adversario. In § 8 wird gefragt, ob nicht eine gewisse gegenüber dem Possidierenden selbst clam erworbene possessio ihm accessio gebe. Im allgemeinen verhindert also nicht die Eigenschaft: vi aut clam aut precario adquisita, dass die possessio accessio temporis im utrubi gibt. Nur wenn sie so *ab adversario* erworben ist, kann sie nicht accessio geben. Dieselbe relative Bedeutung haben die Worte iusta und iniusta an der soeben genannten Stelle Paulus D. 43, 17, 2: iusta enim an iniusta *adversus ceteros* possessio sit,

die bloss körperliche Gewalt ohne animus als *naturalis* possessio

---

in hoc interdicto nihil refert . . ., wobei mit darunter zu verstehen ist: wenn sie nur nicht gegen den adversarius iniusta ist. Es wäre indessen verkehrt, wenn man in die fraglichen Worte nur *die* relative Bedeutung hineinlegte, dass die possessio als iusta gegenüber dem adversarius im Interdiktsstreit zum Sieg führt, als vitiosa nicht. Dies würde in sich schliessen, dass die römischen Juristen hier die Ausdrücke ohne jeden Zusammenhang mit ihrer ursprünglichen, auch bei ihnen selbst fortlebenden Bedeutung verwandt hätten. Dass die Worte iustus und iniustus ursprünglich zivilrechtliche Bedeutung gehabt und mystische Kräfte, bezw. Kraftlosigkeit bezeichnet haben, wird später in einer besonderen Untersuchung nachgewiesen werden. Hier mögen nur die alten Kunstausdrücke iustum piumque bellum, iustus rogator, iustum matrimonium, iustum dominium, iustum testamentum (iudicium legitimum = iustum) in Erinnerung gebracht werden. Was die klassischen Juristen selbst betrifft, so sei bemerkt, dass iusta possessio im absoluten Sinne die possessio bonæ fidei als usukapionsfähig bedeutet. So z. B. Gaius I. 2, 95 und Afric.-Iul. D. 9, 4, 28. Vgl. auch den Ausdruck iustum initium possidendi im selben Sinne bei Ulp. D. 44, 3, 5 pr. Sehr gewöhnlich ist der korrespondierende Ausdruck vitium, vitiosa possessio betreffs der possessio m. f. Siehe Karlowa, R. Rg. II, S. 393[1]. Es ist ja bekannt, dass man bei der possessio b. f. eine iusta causa (wenigstens als Putativtitel), also einen zivilrechtlich geltenden Grund des Besitzes voraussetzt. Dass »iustus» hier eine zivilrechtliche Kraft und »vitiosus» einen Mangel an solcher Kraft bedeutet, ist unzweifelhaft. Aber eine possessio, die so iusta ist, ist auch notwendig iusta im Sinne der Interdikte. Weiter ist im selben Sinne die possessio gegen einen jeden iusta, die sich auf eine zivilrechtlich iusta causa = einen an sich ziviles Eigentum begründenden Akt mit oder ohne bona fides berufen kann. Ist es unter diesen Umständen denkbar, dass die Ausdrücke iustus, bezw. iniustus oder vitiosus bezüglich der Interdikte nicht mit dem Zivilrecht in Verbindung ständen? Man erkennt das Absurde der entgegengesetzten Meinung, wenn man Paulus D. 43, 17, 2 die Worte: Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert übersetzen wollte: 'ob der Besitz gegen *andere* als die Gegenpartei Interdiktssieg bringt oder nicht, ist in diesem Interdikt gleichgültig'. Eine solche Trivialität muss man Paulus zuschreiben, wenn man die Worte iusta und iniusta hier nicht zivilrechtlich auffasst. — Beachte indessen, dass auch der Besitz, der vi oder clam oder precario besteht, als iustus im Verhältnis zu einem jeden anderen als dem, von welchem man Besitz ableitet, bezeichnet wird. In dieser Anwendung des Wortes aber kann man unmöglich einen anderen zivilrechtlichen Sinn finden als den, dass der Besitz *in sich selbst* ein Recht schliesst, das jedoch nur gegen jede andere Person als die unmittelbare Gegenpartei gilt. Darin aber muss eingeschlossen sein, dass der Besitz nur durch höheres Recht rechtlich angegriffen werden kann

oder naturaliter tenere = eine zur natürlichen Welt gehörende

---

und jeder andere Angriff eine iniusta poss. gibt. Dann bedeutet natürlich umgekehrt iniustus oder vitiosus hier die Abwesenheit jedes Rechts, so dass die unmittelbare Gegenpartei eine iusta poss. durch die gewaltsame oder heimliche Zurücknahme der Sache erwirbt. Letzteres tritt unmittelbar in der zum klassischen Recht gehörenden exceptio vitiosæ possessionis im Interdikt unde vi hervor: Paulus Sent. 5, 6, 7: Qui vi aut clam aut precario possidet, ab adversario impune deicitur und Gaius I. 4, 154: namque eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, inpune deicio. Man kann auch mit der allerhöchsten Wahrscheinlichkeit behaupten, dass dasselbe mutatis mutandis für die Interdikte retinendæ possessionis causa gilt. D. h. das possidere vi aut clam im Verhältnis zu dem gegenüber dem Possidierenden selbst ursprünglich vi aut clam aut precario Besitzenden fällt hier nicht unter die exceptio vitiosæ possessionis. Bei dieser Auffassung versteht man gut, weshalb auch die precaria possessio als iniusta gegen die unmittelbare Gegenpartei angesehen wird, obgleich sie unmöglich ein unrechtmässig erworbener Besitz sein kann. Das precarium hat infolge seiner inneren Natur zum Unterschied von jeder anderen Besitzerlaubnis keine Kraft, ein ius für den Empfangenden gegenüber dem Gebenden zu begründen. — Also sagt Ulp. in dem zitierten § 6 (45, 1, 38), dass nach Iul. der Sklave oder der fil. fam. nicht sibi habere licere stipulieren, auch nicht der Gegenpartei habere licere als von ihnen selbst nicht zu verhindernd versprechen können, weil diese Worte sich auf das im Besitze liegende Recht beziehen, und der Sklave oder der fil. fam. dieses Recht nicht haben könnten, wie sie es nicht anzugreifen vermöchten. Dies schliesse nicht aus, dass ihnen die Sache weggenommen werden könne, wie sie selbst sie dem Besitzer wegnehmen könnten. Denn ein solcher Angriff sei gegen das zum Besitz gehörende factum = die physische Macht, nicht gegen das Recht gerichtet. Ulpianus wendet ein, dass allerdings die Worte habere licere rechtliche Bedeutung haben, aber die Stipulation sibi habere licere des Sklaven oder des fil. fam. so aufzufassen sei, dass Evinzierung des durch den Sklaven oder den fil. fam. behaltenen Besitzes seitens des promissor nicht geschehen dürfte. — Bonfante, La possessio civilis e la possessio naturalis, Scr. giur. 3 (1921), S. 555 hebt scharf den hier vorliegenden Gegensatz zwischen dem ius und dem factum hervor. Aber er verdreht allzu offenbar den Sinn dieses Gegensatzes, wenn er das »ius» hier als vom »factum» unabhängiges Recht fasst. Auf diese Weise wird das fragliche Recht ein Recht *auf* die possessio, welches der dominus oder der, der zur Publiciana fähig ist, haben soll (siehe S. 577). Es ist nicht nötig, die Absurditäten auseinanderzusetzen, zu welchen man durch eine solche Auffassung des »habere» im »habere licere» kommt. Der Eigentümer oder der zur Publiciana Fähige sollte sich das Behalten des Eigentums, bezw. der Fähigkeit zur Publ. ausbedingen!! Wir kommen auf die Auffassung von B. bei der Behandlung der Frage über die civilis possessio zurück. Auch der

§ 7 in der fraglichen lex wird erst bei dieser Gelegenheit erörtert werden, obgleich er mit dem § 6 in engstem Zusammenhang steht, weil er das iure *civili* possidere betrifft. — Durch die hier gegebene Erörterung der Stelle Ulp. D. 45, 1, 38, 6 wird es offenbar, dass die oben angeführte Stelle Pap. D. 41, 2, 49, 1 in der Tat dasselbe aussagt: die, welche »in aliena potestate» sind, können nicht habere possidere, weil dies nicht allein zum corpus, sondern auch zum ius gehört. Nur ein Unterschied in der Ausdrucksweise liegt vor. Hier wird nämlich das corpus anstatt des factum dem ius entgegengestellt. Jede Befugnis, hier von Interpolation zu reden, fällt damit weg. Auch die Stelle Ulp. 43, 8, 2, 38: Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur . . . (über das Innehaben des auf öffentlichem Gelände hergestellten opus) erweist sich damit als echt. — Pap. D. 41, 2, 49 pr.: Possessio quoque per servum, cuius usus fructus meus est, ex re mea vel ex operis servi adquiritur mihi, cum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuetur ist sowohl mit Ulp. D. 45, 1, 38, 6 als mit Pap. l. c. § 1 gleichartig. Der Cum-Satz ist wohl so zu übersetzen: 'da einerseits der Sklave von dem, der zum usus fructus an ihm berechtigt ist und denselben geniesst, naturaliter detiniert wird, andererseits der Besitz im höchsten Grade vieles vom Rechte borgt'. D. h. der Usufruktuar kann durch den Sklaven Besitz erwerben, weil dieser von ihm körperlich possidiert wird und das Recht an demselben hier ebensogut wie in vielen anderen Fällen den wirklichen Besitz (natürlich hinsichtlich seiner rechtlichen Seite) ersetzen kann. (Man vergleiche, was oben S. 177 ff. über die Possidierung des servus fugitivus durch den dominus gesagt ist). Wie Rotondi, a. a. O., S. 207[3], die Äusserung als »vero enigmatico» bezeichnen kann, ist selbst ein — Rätsel. — Man beachte insbesondere, dass es sich in den hier angeführten, den Gegensatz corpus oder factum und ius hervorhebenden Stellen keineswegs um zwei Arten des wirklichen Besitzes — rechtlichen und nur körperlichen — handelt, sondern nur um zwei Elemente des Besitzes. Der erstere Gegensatz ist justinianisch (darüber alsbald), nicht der letztere.

Gegen die hier dargestellte Ansicht über die zwei Elemente im Besitze: corpus (factum) und ius kann nur *eine* Digestastelle angeführt werden, nämlich Paulus D. 41, 2, 1, 4: Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem. Hier sind indessen die Worte quoniam — possessionem interpoliert. Erstens: der Satz: res facti kann nicht durch ius civile infirmiert werden, ist betreffs wirklicher possessio im Munde eines klassischen Juristen unmöglich. Jeder solche Jurist weiss, dass in der Frage nach dem Vorhandensein wirklichen Besitzes nicht das faktische Haben das Entscheidende ist, sondern gerade auch das ius civile die Sachlage bestimmt. Wenn der filius fam. oder der servus faktisch die Sache innehat und sie dem pater fam., bezw. dem dominus entzieht, hat er doch keinen wirklichen Be-

sitz. Was bestimmt hier die Sachlage? Das ius civile. Umgekehrt besitzt der pater fam., bezw. der dominus (wenigstens wenn die physische Macht ex peculiari causa erworben ist). Und doch hat keine dieser Personen die wirkliche Macht! Die Beispiele der »Infirmierung» der »res facti» als wirklichen Besitzes können natürlich vervielfältigt werden. Man möge nicht auf den § 3 l. c. hinweisen, um die fragliche Unmöglichkeit nach der klassischen Jurisprudenz zu behaupten. Allerdings sagt hier Paulus von Ofilius und Nerva filius, dass diese gelehrt haben: etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse [pupillum] ⟨infantem⟩ (siehe oben S. 116[3]). Der Grund sei dieser: eam enim rem facti, non iuris esse. Hier handelt es sich aber nur darum, dass der infans-pupillus, der an sich ohne Hindernis seitens des Rechts possidieren kann, die Bedingungen für das Possidierungsvermögen erfüllt, wenn er nur den erforderlichen Verstand hat. Vgl. Paulus l. c. l. 32, 2, nach welcher Stelle die tutoris auctoritas als den Verstandesmangel des Infans ersetzend *fiktiv* angesehen werden soll. (Siehe oben a. a. O.) Die Frage, ob wirklich der infans den nötigen Verstand habe, ist natürlich nur eine Faktumfrage — keine Rechtsfrage. Vgl. Gaius III, 208 . . . ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere, was natürlich auch eine Frage über das *Faktum* ist, obgleich obligatio selbst das *ius* betrifft. Vgl. Last, Iher. Jahrb. 62 (1913), S. 12—13. (Last ist jedoch unklar, weil er nicht zwischen dem »animus» im »animus possidendi» und dem im »animo possidere» unterscheidet). — Man bemerke übrigens, dass in Paulus D. 41, 2, 1, 4 vorausgesetzt wird, die blosse naturalis possessio könne wirklicher Besitz sein, und dass die *Kompilatoren* die feste klassische Grenze zwischen der blossen naturalis possessio (detentio) und dem wirklichen Besitz verwischt haben. Darüber ausführlich unten. Es mag hier nur erwähnt werden, dass die Kompilatoren, die, wie aus der Interpolation D. 5, 3, 13, 1 (et placet nobis . . .) hervorgeht, die Ansicht des Iulianus über die possessio pro possessore im Falle Donation vom Gatten oder der Gattin aufgenommen haben, in Ulp. D. 43, 16, 1, 10 diesen wirklichen Besitz unter die blosse naturalis possessio eingefügt haben. An unserer Stelle handelt es sich auch gerade um diese possessio. Es ist natürlich, dass, wenn man die blosse naturalis possessio als wirklichen Besitz betrachtet, das ius civile in der Frage, ob wirklicher Besitz vorliegt, bedeutungslos wird. — Zweitens: der Nachtrag et quid attinet . . . ist gleichfalls im Munde eines klassischen Juristen unmöglich. Nichts hindert nach der klassischen Jurisprudenz, dass der Besitz einer Sache aufgegeben wird und doch niemand Besitz an ihr erhält, auch wenn jemand sie empfangen hat. Z. B.: Ich übertrage sie auf dich als Gläubiger, du empfängst sie als Kommodatar. Niemand besitzt. Das Sinnlose der Worte tritt scharf hervor, wenn man an den Fall denkt, dass jemand einem Irrsinnigen eine Sache gibt. Da der Donator selbst nicht besitzen will, verliert er nach den Worten (ubi noluit possidere) den Besitz. Der Irrsinnige erwirbt den Besitz! Quid attinet

faktische Macht im Gegensatz zu *civilis* possessio als der, zu welcher auch animus und damit ius zivile gehört, bezeichnet.[1]

---

dicere non possidere furiosum, muss der Verfasser sagen. (Eine entsprechende verfehlte Auseinandersetzung wird Paulus D. 41, 2, 1, 20 zugeschrieben. Auch hier gehen die Kompilatoren von der Voraussetzung aus, dass *einer* possidieren muss, wenn eine Person die Sache innehat: siehe oben S. 118.) Weiter ist zu beachten, dass PAULUS nicht gesagt haben kann: ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem, weil das Paulus D. 41, 2, 8 = D. 50, 17, 153 widerstreiten würde (siehe oben S. 171[1]). Warum aber brauchten die Kompilatoren die fragliche verkehrte Motivierung hinzuzufügen, wenn in der herkömmlichen Jurisprudenz der Satz gegolten hätte, dass der Besitz nur eine res facti ist und deshalb durch ius civile nicht infirmiert werden kann? Hat Paulus vielleicht das gerade Gegenteil gesagt, d. h. dass im Falle der Donation seitens des Gatten oder der Gattin der Empfänger *nicht* besitzt, weil der Besitz nicht nur eine res facti ist, sondern auch zum animus oder ius gehört und darum durch ius civile infirmiert werden kann? Wir kommen auf diese Frage später zurück.

Indessen ist andererseits deutlich, dass das Recht, das im Besitze liegt, vom »factum», d. h. der physischen Macht ganz abhängig ist (über Stellen, wo die Hervorhebung des »factum» des Besitzes diese Bedeutung hat, siehe oben S. 192). Man kann aber unter dieser Voraussetzung natürlich nicht, wie IHERING, Iher. Jahrb. 32 (1893), S. 68 f. u. 71 f., das fragliche Recht als ein Recht *auf* den Besitz selbst bestimmen. Man kann dabei von der Frage absehen, ob IHERING's bekannte Definition des subjektiven Rechts auf das römische oder irgend ein geschichtliches Rechtssystem anwendbar ist. Wenn das Recht mit dem Untergang der faktischen Macht verschwindet, kann es unmöglich ein Recht auf diese Macht sein, was voraussetzt, dass es von dieser selbst unabhängig ist. Es kann sich nur um eine *innere*, an die *äussere* Macht geknüpfte Beherrschung des Dings handeln, die als solche innere Macht nur von einer anderen inneren Macht über das Ding besiegt werden kann. Die siegende Macht muss natürlich von jeder faktischen Macht unabhängig sein. Sie muss eigentlich Eigentumsrecht sein, obgleich ein besonderer Inhalt des Besitzrechtes dem Besitzenden auch durch den usus fructus eines anderen entzogen werden kann. Indessen kann nur die römische Lehre von der species des Dinges, worüber später, die römische Vorstellungsart bezüglich des animus oder des ius im wirklichen Besitze völlig verständlich machen.

[1] Da der im Texte genannte Gegensatz als klassisch bestritten worden ist, vor allem in dem angeführten Aufsatz von RICCOBONO in Sav. Z. 31 (1910) *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse*, ist es notwendig, etwas näher auf die Sache einzugehen. R. behauptet, dass civilis possessio für die klassische Jurisprudenz die possessio bedeutet, welche »durchaus den Grundprinzipien des Zivilrechts untersteht»: S. 331. D. h., es wird eine zivilrechtlich iusta causa gefordert, die als solche gewisse zivilrechtliche Folgen der possessio mit sich

führt, wie die Möglichkeit zu Eigentumserwerb und usucapio (damit auch actio Publiciana und accessio possessionis bei der Usukapierung): S. 332. Dagegen steht auf der *einen* Seite naturalis possessio, auf der *anderen* Seite die possessio, die bloss Interdiksschutz, d. h. bloss honorarrechtliche Rechtsfolgen mit sich bringt: siehe besonders die Zusammenfassung S. 338 und B. I. D. R. 23 (1911), S. 10. Bevor wir auf RICCOBONO's Art, die betreffenden Quellenstellen zu behandeln, eingehen, worauf natürlich das Hauptgewicht liegt, mögen einige allgemeine Erörterungen über die Annehmbarkeit der einen oder anderen Auffassung vorausgeschickt werden.

Zunächst ist gegen R. zu bemerken, dass *civilis obligatio* in *naturalis obligatio* und *civilis ratio* in *naturalis ratio* ihre bezüglichen Gegensätze haben. Indessen kann andererseits angeführt werden, dass das ius civile nicht bloss dem ius naturæ entgegengestellt wird (mit Ausschluss des zivilrechtlich rezipierten Teils desselben, gewöhnlich als ius gentium bezeichnet), sondern auch dem ius honorarium, und man könnte behaupten, dass bei civilis possessio, die auch als iure civili possidere bezeichnet wird, gerade an ius civile im Gegensatz zum ius honorarium, allerdings zugleich zum ius naturæ, gedacht wird: possessio bloss ad interdicta wäre dann eine possessio nach dem ius honorarium.

Aber *erstens* findet sich in den Quellen keine einzige Andeutung, dass possidere bloss ad interdicta identisch mit possidere iure honorario sei. *Zweitens* ist es gewiss nicht so, dass der Prætor bestimmte, was possessio im rechtlichen Sinne ist, um welche rechtliche possessio es sich auch handeln mag. Der Prætor geht in seinen Interdikten von einem gewissen Verhältnis zwischen Person und Sache als wirklicher possessio aus und knüpft daran gewisse Interdiktsfolgen. Nie bestimmt er selbst, was als possessio betrachtet werden soll. (Siehe oben S. 134). *Drittens* ist Folgendes zu beachten: Soweit objektives Recht die Möglichkeit für wirkliche possessio *einschränkt*, sei es nun als civilis possessio in RICCOBONO's Sinne oder als possessio ad interdicta, so ist es stets *ius civile*, das in Frage kommt. Sehen wir von dem Mangel an animus possidendi ab, welcher Mangel *im allgemeinen* eine scheinbar vorhandene possessio zu einer bloss corporalis oder naturalis p. und damit zu einem blossen Schein macht, so haben wir folgende von R. selbst S. 328 ff. aufgezählte Fälle, wo possessio zu einer bloss naturalis p. aus rechtlichen Gründen wird. a. Unfähigkeit, Vermögensrechte zu haben (Vermögensunfähigkeit). Betrifft Sklaven oder Freie in patria potestate. b. Die Sache ist dem Privatrecht entzogen, z. B. locus religiosus oder sacer. c. Die juridische Unselbständigkeit der Sache derart, dass sie nicht als solche, sondern nur als Teil oder Akzidenz einer anderen Gegenstand des Eigentumsrechts sein kann. In diesen Fällen handelt es sich ausschliesslich um Zivilrecht und dies, trotzdem auch die possessio, die bloss iure honorario gelten sollte, darunter fällt. — Es ist auch unmöglich zu sagen, dass honorarrechtliche Grundsätze für die Existenz einer possessio bloss ad interdicta *positiv* bestimmend wären. Spricht man von solchen Grund-

sätzen als diese possessio positiv bestimmend, so muss man von dem Honorarrecht abstrahieren, das den Interdiktsschutz bestimmt, der infolge vorausgesetzter wirklicher possessio gewährt wird. Dieses Honorarrecht kann natürlich nicht das Dasein der possessio selbst konstituieren. Es muss sich also um solches Honorarrecht handeln, das aus dem Gebiete der possessorischen Interdikte herausfällt. Aber wenn auch ein bloss honorarrechtlich bedeutungsvolles negotium (z. B. das pignus vor der zivilrechtlichen Rezipierung der actio pigneraticia) eine causa possessionis sein konnte, folgt daraus keineswegs, dass das Vorhandensein von *wirklicher possessio* mit dieser causa durch das Honorarrecht bestimmt wäre. Eine Sache für sich ist es, dass ein negotium als solches Gültigkeit auf Grund gewissen Rechts hat, eine andere Sache, dass es als causa possessionis taugt. Auch ein possidere vi oder clam ist betreffs der possessio bloss ad interdicta möglich. Doch wird wohl niemand behaupten wollen, dass Gewalt oder Diebstahl, wenn man von dem possessorischen Gesichtspunkte absieht, sei es honorarrechtlich oder zivilrechtlich gebilligt würden. Es gibt kein anderes Prinzip für die Entscheidung der Frage, welche causæ possessionis für wirkliche possessio und welche bloss für naturalis possessio tauglich sind, als dies, dass die ersteren taugliche Motive für den Willen, wirklich zu possidieren, beim Erwerb sind, die letzteren nicht. Dass depositum, commodatum, locatio conductio und das precarium, das auf das blosse rem tenere geht, nicht causæ für wirkliche possessio sein können, beruht darauf, dass der, welcher als Depositar etc. empfängt, damit erklärt, dass er nur die körperliche Possessionskraft des anderen realisieren und gebrauchen will (siehe oben S. 108 ff.), d. h. er wolle nicht selbst jene innere Macht über das Ding haben, die zur wirklichen possessio gehört. Der beim Empfang so erklärte Wille bestimmt negativ das Verhältnis des animus zur Sache, solange dieselbe physische Macht besteht. (Siehe oben S. 162 ff.). Der, welcher als Usufruktuar oder als missus in possessionem rei servandæ causa das Ding innezuhaben beginnt, hat keine causa für wirkliche possessio, weil das fragliche Recht selbst sich nicht auf solche possessio bezieht. (Siehe oben S. 137 ff.). Dass umgekehrt pignus als causa für wirkliche possessio taugt, beruht darauf, dass der als Pfandgläubiger Empfangende damit erklärt, dass er wirklich possidieren und daher auch die innere Macht, die dazu gehört, haben will. Dasselbe ist von dem zu sagen, der eine Sache auf Grund eines auf sie selbst gehenden precarium empfängt. (Über die Anlässe, weshalb der Pfandgläubiger den fraglichen Willen beim Empfang immer erklären muss, und der Depositar etc. ihn bei derselben Gelegenheit nie erklärt, später). Dass der, welcher vi oder clam zu possidieren beginnt, damit einen Willen, die vollständige Gewalt über das Ding, also auch die innere Macht über dasselbe zu haben, ausdrückt, ist ja ohne weiteres verständlich. Deshalb besitzt er auch wirklich. Aber sehen wir von den möglichen causæ possessionis ab, so ist es nicht möglich, irgendwelche honorarrechtliche Grundsätze zu entdecken, die positiv die

Existenz der wirklichen possessio bestimmen. Andererseits ist unzweifelhaft, dass zivilrechtliche Prinzipien die Existenz wirklicher possessio positiv bestimmen — gleichgültig, ob diese nur ad interdicta besteht oder nicht. Infolge der zivilen Gewalt des dominus über den Sklaven kann der erstere durch den letzteren possidieren, ja sogar Besitz erwerben, falls der Sklave selbst vom dominus possidiert wird. Die zivilrechtlichen Regeln für den Rechtserwerb durch den, der bona fide servit, und durch den Usufruktuarsklaven ex re nostra vel ex operis suis sind auch für den Besitzerwerb bestimmend: Gaius I. 2, 94 und Pap. D. 41, 2, 49, pr., verglichen mit Gaius I. 2, 91 und 92. (Dass es zu Gaius' Zeit noch eine Streitfrage war, ob durch den Usufruktuarsklaven possidiert werden könnte, beruht natürlich bloss darauf, dass man ausser den zivilrechtlichen Bedingungen für die Possidierung mit Hinsicht auf deren besondere Beschaffenheit fordern zu müssen meinte, dass der besitzvermittelnde Sklave selbst possidiert wird. Die vielleicht durch Pap. siegende Meinung berief sich in dieser Hinsicht darauf, dass der seinen usus fructus Ausübende doch den Sklaven »naturaliter» beherrscht. (Siehe oben S. 197). Das zivile Eigentumsrecht macht in entsprechender Weise den Eigentümer zum wirklichen Besitzer, wenn er nur die Sache faktisch beherrscht, gleichwie es seinen Besitz von seiner eventuellen Mangelhaftigkeit befreit. Hier macht also das zivile Eigentumsrecht den animus possidendi überflüssig. Nur dann ist das zivile Eigentum in den angegebenen Fällen unwirksam, wenn der Eigentümer, seiner Stellung bewusst, von der Gegenpartei, als im Besitze überlegen, die Sache bezüglich ihres Besitzes als gemietet, precario oder als Pfand empfängt. (Siehe oben S. 173 ff.). Dasselbe zivile Recht macht eine Person zum Besitzer durch das blosse Vermieten an einen anderen, der selbst besitzt — also auch wenn die vermietende Person die wirkliche Macht niemals erlangt hat. (Siehe oben S. 113 ff.). Auf Grund desselben Rechtes kann eine nicht besitzende Person einer anderen durch blosse Übereinkunft wirklichen oder neuen wirklichen Besitz verschaffen. (Siehe oben S. 127 ff.). *Viertens* mag Folgendes bemerkt werden, wenn man den Gegensatz: iure civile possidere und iure honorario possidere (die blosse Interdiktspossession) als die Rechtsfolgen betreffend fasst. In dem einen Fall, kann man sagen, sind die Rechtsfolgen, z. B. die usucapio, zivil, im anderen nur prætorisch — Interdikte mit dazu gehörenden Aktionen. Dann würde der »Gegensatz» nicht in gleicher Hinsicht gelten. Denn die zivilen Rechtsfolgen gehen aus dem *Bestand* des Besitzes, die honorarrechtlichen dagegen gehen aus der *Aufhebung* des Besitzes oder der *Verhinderung* der Besitzergreifung hervor. Zwar scheinen die interdicta retinendæ possessionis causa vom Vorhandensein des Besitzes auszugehen. Aber dies wird nur hinsichtlich des Moments für den Interdiktserlass oder einer diesem vorhergehenden Zeit gefordert. Das, was in den fraglichen Interdikten verboten wird, ist die Aufhebung des Besitzes oder die Verhinderung der Besitzergreifung, und in den Interdiktsaktionen, durch die allein das ursprüngliche Interdikt Kraft erhält, ist der Rechtsgrund nur der, dass die Possession gegen

das Interdikt — wenn auch nur fiktiv — aufgehoben oder verhindert worden ist. Und wohl zu merken: die Rechtsfolgen der Aufhebung oder Verhinderung des Besitzes *konnten* als Rechtsverfolgungen desselben nur honorarrechtlich sein. Keine zivile rechtsverfolgende Aktion ist möglich, da das Recht, das zur possessio gehört, nicht ein Recht zum *Behalten* derselben ist, welches in den genannten Fällen abgefordert werden könnte, sondern nur ein Recht, das mit dem wirklichen Vorhandensein der Possession unzertrennlich zusammengehört und deshalb mit dieser untergeht. (Siehe oben S. 199).

Nun könnte es indessen als sinnlos erscheinen, dass sogar eine zivilrechtlich *iniusta* causa eine possessio geben könnte, die iure civili besteht. Ja, wenn possessio iure civili in der Weise gälte, dass das Zivilrecht ein Recht zum *Behalten* der Possession gäbe, so wäre es absurd, dass eine solche causa gelten könnte. Aber es handelt sich, wie schon gesagt worden ist, nicht darum. Insofern zu der possessio ein Recht gehört, ist dieses ein Recht, das mit der possessio untergeht — ein Bastard von eigentlichem Recht und Faktum. Seine zivile Kraft erweist es so, dass es auf rechtlichem Wege nur in der Weise wegfallen kann, dass ein eigentliches Recht an der Sache selbst geltend gemacht wird, was in sich schliesst, dass jeder andere Angriff auf den Besitz ein iniustum oder vitium im Besitze gibt. Der vi aut clam aut precario Possidierende possidiert indessen iuste, also mit ius nur gegen einen jeden *ausser* der unmittelbaren Gegenpartei selbst. Deshalb gibt der von dieser ausgehende Angriff gegen den fraglichen Besitz niemals eine iniusta poss. (Siehe oben S. 196). Dass andere causæ als solche, welche für den Erwerb des eigentlichen ius gelten, für dieses bastardartige ius zivilrechtlich in Frage kommen können, nur sie Motive für den Willen, solches Recht zu erwerben, zu sein vermögen, ist durchaus nicht unverständlich.

Schliesslich: Wenn man an das — wie nachgewiesen wurde — zu jeder wirklichen possessio gehörende subjektive Recht denkt und nach dem hier bestimmenden objektiven Recht fragt, so kann allem Anscheine nach nur das ius civile in Frage kommen. Denn prætor ius non facere potest. D. h. er kann nicht eine solche Ordnung konstituieren, nach welcher die einzelnen Personen wirkliche Rechte erhalten würden. Der Prætor kann z. B. durch die Gestattung der bon. possessio den Empfänger zum bonitarischen Eigentümer der Erbschaftssachen machen. Aber dass der bon. possessor auf diese Weise wirkliche Rechte an den Sachen erhält (siehe oben S. 70 ff.), das beruht nur auf dem Zivilrechte.

Nach diesen allgemeinen Erörterungen sollen die von Riccobono angeführten Quellenstellen, enthaltend die Ausdrücke iure civili oder civiliter possidere oder civilis possessio, die von ihm für echt angesehen werden, und auf welche er seine Theorie stützen will, untersucht werden.

1. Iav. D. 41, 2, 23, 2: Item quæro, si vinxero liberum hominem, ut eum possideam, an omnia quæ[si] possidebat, ego possideam per illum. Respon-

dit: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto: quod cum ita sic habeat, multo minus per eum res eius a te possidebuntur [neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo]. R., der wohlgemerkt die hier eingeklammerten Worte für echt hält (mit der Einschränkung, dass Iav. wahrscheinlich iure civili anstatt civiliter geschrieben habe: S. 331[3]), sagt unmittelbar nach dem Zitate: »Also die 'possessio civilis' erkennt man daran, dass sie durchaus den Grundprinzipien des Zivilrechts untersteht. Ihr Merkmal besteht in dem gerechten Grunde der Besitzerlangung.» Wenn R. seine Aufmerksamkeit auf die Worte nach hominem liberum vor multo minus: *eum te possidere non puto* gerichtet hätte, hätte er dies nicht sagen können. Denn dann hätte er unbedingt gefunden, dass »civiliter in mea potestate habeo» ganz einfach das »possideo» bezeichnet. Diese Worte kommen ja in einem das Vorhergehende erklärenden Zusatze vor. Aber R. hat gerade die relevanten Worte in seinem Zitate ausgelassen und nur durch . . . bezeichnet! Indessen ist der ganze Zusatz wahrscheinlich eine vorjustinianische Glosse. Man bemerke erstens den Wechsel des Numerus der Subjekte in den Sätzen possidere possimus und . . . . non habeo. (Ein ganz gleichartiger Numeruswechsel, D. 45, 1, 38, 8, ist anderswo: S. 361 u. ein ausreichender Grund für R. zu Annahme einer Interpolation). Zweitens geht die Erklärung viel zu weit. Allerdings können wir durch eine Person, zu der wir kein anderes Verhältnis haben, als dass sie von uns physisch gebunden ist, nicht possidieren, weil unsere Gewalt keine wirkliche Besitzmacht über sie darstellt. Aber wir können ohne jede potestas oder possessio, z. B. durch locatio conductio einen andern uns Besitz vermitteln lassen; ja, wir können gerade nach Iavolenus (D. 41, 2, 21, 3) als *Eigentümer* durch Vermieten an den bisherigen Besitzer sogar Besitz *erlangen*!!(Dass eine Glosse vorliegt, ist auch Bremer's Meinung. Seine Gründe kenne ich nicht).

2. Ulp. D. 45, 1, 38, 7: Hæc quoque stipulatio: 'possidere mihi licere spondes'? utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. Sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. Hier erhält ja die civilis possessio, scheint es, ihren Gegensatz gerade in naturalis possessio. Aber nach R. S. 334 u. 362 soll die Schwierigkeit, die hier erörtert wird, darin bestehen, dass eine infolge von Stipulation erworbene possessio eine possessio sein würde, welche an sich zivile Rechtsfolgen hat. Eine *solche* possessio könne der Sklave nicht erwerben. Dies werde auch durch die Worte: quamvis civili iure non possideat bestätigt. Es ist aber absurd, dass die Einlösung der Stipulation possidere licere, welche Einlösung nur eine Unterlassung in sich schliesst, dem Stipulanten den *Erwerb* des Besitzes geben würde. Es ist auch undenkbar, dass Ulpianus diese Schwierigkeit — dass nämlich der Sklave nicht einen Besitz *ex iusta causa* empfangen könnte — auch wenn sie in unserm Falle vor-

handen wäre, hätte hervorheben wollen. Eine viel einfachere und leichtfasslichere Schwierigkeit liegt offenbar für Ulp. vor. Der Sklave kann ja überhaupt nicht wirklich possidieren. Aber das wäre übrigens ein ganz verfehlter Gedankengang gewesen. Denn hier handelt es sich ja um die Frage, ob die Stipulation *auf Grund ihres Inhalts* Kraft haben kann. Zum Inhalt gehört aber doch bloss possidere licere des Sklaven überhaupt, keineswegs eine gewisse *Art* davon. Die Schwierigkeit *kann* dann nur die sein, dass der Sklave überhaupt nicht *wirklich* (im rechtlichen Sinne) possidieren kann. Diese fällt indessen nach Ulp. fort, wenn »possidere» so ausgedehnt aufgefasst wird, dass es auch die scheinbare possessio als faktisches Haben mit umfasst. Aufklärend ist ja auch der vorher (oben S. 193 f.) kommentierte § 6, wo des Sklaven habere licere als Stipulationsinhalt erörtert wird und die Untersuchung sich darum dreht, inwieweit auf *factum* oder *ius* abgezielt wird. Also beweist die Stelle aufs deutlichste gegen Riccobono, dass die klassische Jurisprudenz die civilis possessio der naturalis gegenüberstellt.

3. Iul. D. 41, 5, 2, 1: Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Richtig sagt R. S. 340, dass Iul., wie aus den Beispielen im selben § und § 2 hervorgeht, mit naturalis possessio das blosse rem tenere meint. Aber R. bemerkt weiter, dass Iul. die Regel: causam poss. etc. auch bei possessio pro possessore gelten lasse. Da nun letztere, die keine iusta causa hat, nicht civilis possessio sein kann, nehme Iul. auch eine dritte Art von possessio als unter der Regel stehend an — possessio ad interdicta —, und hier seien civilis und naturalis possessio bloss zwecks Bezeichnung der Extreme zusammengestellt. Also: trotz des hier vorkommenden offenbaren Dualismus der possessio (beachte, dass *Iulianus* der Dualismus: civilis und naturalis obligatio vertraut ist!) soll der Verfasser an eine dritte Art von possessio gedacht haben. Der Beweisgrund ist der, dass die possessio pro possessore nicht civilis possessio sein könne. Aber besonders diese Frage ist ja der Streitpunkt, der durch die Untersuchung der Quellenstellen entschieden werden soll! Eine erstaunenswerte Logik! (Unter derselben Verwendung des probandum als Beweisgrund erklärt R. das Wort civiliter D. 10, 4, 7, 1 für interpoliert: S. 353—354. Hierüber später).

4. Paulus D. 24, 1, 26 pr.: Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meæ donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia licet illa iure civili possidere non intellegatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat. R. verwendet diese Stelle, um zu beweisen, dass bei dem iure civili possidere die iusta causa das Entscheidende sei: S. 330. Im Falle der Schenkung zwischen Ehegatten sei wegen des Verbots derselben die donatio keine iusta causa. Deshalb besitze die beschenkte Ehefrau nicht iure civili. Indessen ist auch die Auslegung möglich, dass sie durch das ius civile verhindert wird, wirklich zu possidieren. D. h. der Satz: licet illa iure

civili possidere non intellegatur kann zu übersetzen sein: obgleich sie auf *Grund* des ius civile nicht für possidierend zu halten ist. Weshalb der Satz nicht so aufgefasst werden könnte, hat R. keineswegs nachgewiesen. Er hat aber auch nicht klar gemacht, warum, wenn iure civili als ein modus des possidere angesehen wird, dieser modus nicht nur das possidere im rechtlichen Sinne im Gegensatz zur naturalis possessio bezeichnen sollte. Der Beweisgrund ist also sehr schwach. Aber alles spricht auch hier dafür, dass iure civili — soweit ein modus gemeint wird — im Gegensatz zu naturaliter gebraucht wird. a. Es wäre höchst sonderbar, wenn Paulus meinte, dass die Beschenkte nur eine gewisse *Art* von juridischem Besitze entbehrte, und doch den donationis causa nach dem Befehl des Käufers ihr die Sache zum Besitze überliefernden Verkäufer *nur darum* befreit sein liesse, weil er nichts mehr zu überliefern habe: quia ... nihil habet quod tradat. Wenn die Ehefrau doch den wirklichen Besitz durch die Übergabe erwürbe, warum gibt dann Paulus nicht daneben *diesen* Grund für die Befreiung an, sondern nur den, dass der Verkäufer selbst den Besitz der Sache verloren hat? Der Akt wäre ja als Besitzübertragung vollendet, obgleich der Besitz nicht auf Grund der Donation bestände. b. Paulus D. 41, 6, 1, 2 fin. sagt: possidere autem uxorem rem a viro donatam IULIANUS putat. Warum ist nicht seine eigene Meinung angeführt? c. Paulus D. 41, 2, 1, 4 wird gesagt, dass *die meisten* in unserem Falle wirklichen Besitz annehmen. Die ganze Motivierung aber ist eine Justinianische Interpolation. (Siehe oben S. 197 ff.). d. Ulp. D. 5, 3, 13, 1, wo Iulianus' Meinung über die hier vorliegende possessio pro possessore angeführt wird, ist die Zustimmung: *et placet nobis nicht* Ulpianisch, sondern Justinianisch. Siehe R. selbst S. 331[4]. Warum haben die Kompilatoren nicht Ulpianus selbst angeführt, der doch hier seine eigene Meinung ausgesprochen haben *muss?* Beachte das Vorhergehende: item ... quæritur ... Man kann hieraus mit grosser Wahrscheinlichkeit schliessen, dass die Kompilatoren Ulp. D. 41, 2, 16: Quod uxor viro aut vir uxori donavit, *pro possessore* possidetur die kursiv gedruckten Worte für *naturaliter* eingeschoben haben. e. An *drei* unzweifelhaft echten Stellen wird die Meinung des *Iulianus* über das Vorhandensein eines wirklichen Besitzes (pro possessore) angeführt, ohne dass der Referent selbst Stellung nimmt: D. 5, 3, 13, 1, D. 24,1, 19 pr. fin., D. 41, 6, 1, 2 fin. Es scheint, als ob Iulianus eine besondere Meinung gehabt hätte, die aber nicht durchgedrungen ist. Man kann auch gut den Grund verstehen. Der Titel pro possessore würde nach Iul. in dem pro donato inhærieren: D. 5, 3, 13, 1. *Dieser* ist aber hier unmöglich. Die Kompilatoren haben sich indessen der Julianischen Meinung angeschlossen. Doch betrachten sie, die feste Grenzlinie gegen wirklichen Besitz aufhebend, den fraglichen Besitz zugleich als naturalis, wie aus der von R. nachgewiesenen Interpolation D. 43, 16, 1, 9 u. 10 hervorgeht. Es lag ihnen daran, dass derselbe als *wirklicher* Besitz, also nicht als ein solcher bloss natürlicher Besitz, der wie der des colonus nur scheinbar ist, angesehen wurde. Sonst würde er nicht unter das Inter-

---

dikt unde vi fallen. (R:s Wiederherstellung des echten Textes S. 346 ist wahrscheinlich nicht richtig, weil sie voraussetzt, dass Ulp. die possessio der beschenkten Gattin als iniusta im Sinne der Interdikte betrachtet hätte, d. h. als vi aut clam aut precario erworben. ROTONDI, Scr. giur 3, S. 233 u. verteidigt R. gegen einen gleichartigen Einwand von SUMAN, Iusta et iniusta possessio (Atti del R. Ist. Veneto 1917) damit, dass hier »un esempio estremo — per così dire — non uno normale» vorliege. Beachte indessen alle anderen von Ulp. D. 5, 3, 13, 1 erwähnten Fälle, wo der titulus pro poss. an einer sonst rechtlichen causa haftet, und vergleiche LABEO's Meinung über den, der wissentlich von einer Frau ohne tutoris auctoritas eine res m. gekauft hat, als pro possessore possidierend: Vat. Fr. 1. Sollte denn in allen diesen analogen Fällen eine possessio iniusta im Sinne der Interdikte vorliegen? Doch ist es unzweifelhaft richtig, dass die Kompilatoren hier *den* nach ihrer Ansicht natürlichen Besitz, der nicht nur scheinbar ist, also den usufruktuarischen und den der beschenkten Gattin in das Geltungsbereich des erwähnten Interdikts haben einfügen wollen, während die klassische Jurisprudenz, für welche jeder bloss natürliche Besitz nur scheinbarer Besitz — ein blosses *tenere* war, solchen Besitz vom ursprünglichen Interdikt vollständig ausschloss. Wahrscheinlicher als die Annahme von R. ist an sich *die* Hypothese, dass der echte Ulpianische Text gerade die Zweiheit: civilis und naturalis possessio oder civilis possessio und naturaliter tenere gehabt, aber jede Anwendung des Interdikts auf den letzteren Besitz hier, wie im Vat. Fr. 91, verneint hat, womit auch der fragliche Besitz der Gattin ausgeschlossen war. Die Kompilatoren haben dieses Ergebnis für eine praktisch schädliche Konsequenz juridischer Subtilitäten gehalten — nicht einmal das interdictum utile, worüber im Vat. Fr. 91, würde verwendbar sein — und anstatt der ursprünglichen Verneinung betreffs der naturalis possessio eine Bejahung eingeschoben. Natürlich kann im Zusammenhang damit eine Erklärung über die Irrelevanz der Vitiosität des Besitzes adversus ceteros erwähnt worden sein, obgleich der fragliche Besitz der Gattin kaum infolge dieser Irrelevanz unter das Interdikt gebracht worden sein kann). f. Paulus D. 24, 1, 36 pr. betrachtet die Donation als causa possidendi, was undenkbar wäre, wenn Paulus nicht den Besitz als bloss natürlich ansähe. Vgl. Ulp. l. c. l. 47. Dieser Umstand gewinnt dadurch an Bedeutung, dass Paulus sich hier auf PEDIUS beruft. Dieser, der vor Iulianus schrieb, *kann* hinsichtlich Paulus D. 41, 6, 1, 2, wo *letzterer* als derjenige, der wirklichen Besitz in unserm Falle behauptet hat, dargestellt wird, nichts anderes als eine causa für naturalis possessio gemeint haben. g. Die vorher unter 2 und 3 angeführten Stellen mit ihrer Dualität von civilis und naturalis possessio sind so unzweideutig, dass R:s Auslegung der Worte: licet illa iure civili possidere non intellegatur Paulus D. 24, 1, 26 falsch sein *muss*. Sie werfen sogar ein gewisses Licht wenigstens auf die Lehre des Paulus vom Besitz der beschenkten Gattin, wenn man sie mit den angeführten Worten zusammenstellt. Die Ungewiss-

heit, die bei der blossen Betrachtung des direkt hierher gehörigen Materials bestehen bleiben könnte, wird wenigstens betreffs der Meinung des Paulus durch die Berücksichtigung der erwähnten Stellen aufgehoben.

In der Tat weisen die von R. angeführten Kernstellen entweder ganz offenbar oder doch so, dass eine ausreichende Analyse die Unrichtigkeit seiner Meinung wahrscheinlich macht, in gerade entgegengesetzte Richtung. Soviel betreffs der *klassischen* Jurisprudenz.

Wenn wir aber die *Justinianische* Terminologie untersuchen, durch die nach R. die Dualität possessio civilis und naturalis im Sinne juridischen, bezw. juridisch irrelevanten Besitzes eingeführt worden sein soll, werden wir finden, dass gerade in dieser die possessio civilis die von R. als klassisch angenommene Bedeutung erhält und dass umgekehrt die naturalis possessio nicht nur den so von alters her bezeichneten Besitz umfasst, sondern sogar einen jeden, der überhaupt nicht ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne besteht. Wir werden also finden, dass der Besitz vi oder clam oder precario, der ex pignoris causa ebensogut wie der usufruktuarische, der des missus rei servandæ causa und der des Depositars, des Kommodatars etc. als naturalis bezeichnet wird. Indessen wird hier innerhalb des natürlichen Besitzes zwischen wirklichem und nur scheinbarem Besitz unterschieden.

1. *Possessio vi oder clam.*

a. Iav. 41, 2, 24 pr.: Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non *corporalem* possessionem, sed *iustam* potest adquirere. Hier wird also die possessio vi als corporalis = naturalis bezeichnet und gegen *iusta* possessio gestellt. Aus dem Nachfolgenden sieht man, dass *iusta* hier dasselbe ist wie ex iusta causa. Die possessio vi ist also naturalis possessio. Dass Interpolation vorliegt, ist allzu offenbar, da die Grenzlinie zwischen dem nur natürlichen Besitz, der in den possessorischen Interdikten keine Bedeutung hat, und dem Interdiktsbesitz selbst in der klassischen Jurisprudenz sehr scharf gezogen wird.

b. Ulp. D. 43, 17, 3 pr.: [Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam: ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.] Beseler, Beitr. 4, S. 76 betrachtet die Worte quod qualiter. . . iniustum als offenbare Paraphrase. Betreffs des Übrigen wirft er die Frage auf, ob es von Iulianus herstammt oder ein Einschiebsel eines Ulpianischen Zitats aus einer Sabinianischen Schrift oder reines Paraphrastenwerk ist. Er meint also, dass es die Paulus D. 41, 2, 3, 5 dargestellte Ansicht über den Doppelbesitz ausdrückt. Dies ist völlig verfehlt. Es heisst an letzterer Stelle: Sabinus tamen scribit eum, qui precario dederit, et ipsum possidere et eum, qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Nun ist zu beachten,

dass, wenn man von der Bedeutung der Worte iustus und iniustus bezüglich der Usukapierungsmöglichkeit absieht und nur an ihre Bedeutung betreffs des Besitzes selbst als eines ius oder nicht denkt, welche letztere Bedeutung allein in den Interdikten Relevanz hat, um die es sich hier handelt, so gelten sie nie für die klassische Jurisprudenz im absoluten Sinne. Der Besitz, der im Verhältnis zu einer Person iustus ist, kann in Beziehung auf eine andere iniustus sein. (Siehe oben S. 194). Also dies, dass *einer* iuste, ein *anderer* iniuste possidieren kann, bezieht sich unbedingt auf zwei Personen, von welchen die eine gegenüber der anderen iuste, bezw. iniuste besitzen könnte. Der, welcher iuste besitzt, verliert dann seinen Besitz ebensowohl, wenn eine dritte Person gegenüber dem ursprünglich in Beziehung auf ihn iniuste Possidierenden iniuste possidiert, wie wenn der dritte Besitzer gegenüber einem jeden iuste besitzt. Diese Auffassung wird ja dadurch bestätigt, dass Sabinus nur von dem precario dans im Verhältnis zum Prekaristen spricht, also gar nicht vom precario dans im Verhältnis zu einem Dritten, der gegenüber dem Prekaristen selbst iniuste besitzt. Beachte nun, dass bei Ulp. a. a. O. die possessio, die iusta sein soll, diesen Charakter im absoluten Sinne hat, ebenso wie die, die iniusta sein soll, es im selben Sinne ist. Die iusta possessio wird als eine possessio ex *iusta causa* bestimmt, woraus natürlich folgt, dass die iniusta possessio ein solcher Besitz ist, der einer iusta causa ermangelt. Hiermit steht in innerem Zusammenhang, dass hier das *precarium* ausgelassen ist: ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam. Bei Paulus a. a. O. ist *nur* das precarium erwähnt und dabei als iniusta possessio bestimmt. Es ist von selbst klar, dass es, wenn man die *Erwerbsweise* betrachtet, unmöglich sein muss, den Prekaristen, der den Besitz *auf Grund des Willens* des ursprünglich Possidierenden empfängt, für unrechtmässig besitzend zu erklären. Dieser Besitz kann nur in *dem* Sinne iniustus sein, dass der Prekarist infolge der Natur der Übereinkunft kein ius gegenüber dem *precario dans* selbst erhalten kann. Man beachte nun auch, dass drei Stellen, in welchen die precaria possessio als iusta betrachtet wird, offenbare Merkmale von Interpolation zeigen, und dass eine vierte gleichartige Stelle ex analogia wahrscheinlich auch als interpoliert anzusehen ist. α. Betreffs Paulus D. 9, 4, 22, 1 mit dem Ausdruck opinione domini = C. 6, 2, 21, 3 (Iust.) cogitatione domini für bona fides siehe oben S. 59. β. Gaius D. 6, 2, 13, 1: [Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pigneraticiæ et precariæ possessiones iustæ sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse]. Die ganze Erklärung ist unnötig, da die Publ. ihrer Idee nach Usukapierungsfähigkeit einschliesst. Non *solet* competere unsinnig. Eo *animo*... ut credat se dominum esse: eine der klassischen Jurisprudenz fremde Ausdrucksweise, aber als eine Nachbildung von opinione, bezw. cogitatione domini (oben) verständlich: Rotondi a. a. O. S. 233, vgl. Beseler, Beitr. 4, S. 78. γ. Ulp. D.

10, 3, 7: Inter prædones autem hoc iudicium (com. div.) locum non habet, nec si precario possideant, locum habebit, nec si clam, quia iniusta possessio est ista [precaria vero iusta quidem, sed quæ non pergat ad iudicii vigorem]. Beachte, dass die sonderbaren Worte sed quæ non pergat (!) ad iudicii vigorem, die die Motivierung geben sollen, nur das declarandum wiederholen. Vgl. Rotondi, a. a. O., S. 232. δ. Iul. D. 43, 26, 19: Duo in solidum precario habere non magis possunt quam duo in solidum vi possidere aut clam: [nam neque iustæ neque iniustæ possessiones duæ concurrere possunt]. Allerdings ist die Interpolation hier nicht gleich sicher wie in den anderen Fällen. Die Motivierung könnte sich auf Trebatius beziehen und der Ausdruck duæ iustæ darauf beruhen. Die natürlichste Auffassungsweise ist jedoch die, dass 'iustæ' auf Besitze precario, 'iniustæ' auf Besitze vi oder clam zu beziehen ist. Wenn diese Auslegung richtig ist, muss ex analogia ein Justinianischer Zusatz für vorliegend angesehen werden. Auf die Betrachtung der precaria possessio als iusta seitens der Kompilatoren fällt ein scharfes Licht durch Pomp. D. 43, 26, 15, 4, wo entschieden wird, dass sowohl der precario dans als der prec. accipiens possidieren, jedoch ohne jede Berücksichtigung des von Trebatius angegebenen Grundes: der eine possidiert iuste, der andere iniuste. Diese Entscheidung ist offenbar Justinianisch, worüber alsbald. — Indessen bedenke man, dass die Ausschliessung der precaria possessio (als iusta) Ulp. D. 43, 17, 3 pr. und die damit im Zusammenhang stehende Betrachtung der iusta possessio als die ex iusta causa eine notwendige Voraussetzung für die ganze Erörterung ist. Denn ohne einen solchen Ausgangspunkt kann nicht gesagt werden, dass einer *an sich selbst* iuste, bezw. iniuste possidiert. Nur unter dieser Voraussetzung kann man die Worte: si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego erklären, insofern damit gesagt werden soll, dass ego *iuste* possideo, tu *iniuste* possides. Denn sonst possidiert »tu» gegenüber mir iuste. Nach Beseler deuten die Worte ex iusta causa anstatt iuste möglicherweise auf Paraphrastenwerk. Er sieht nicht, dass ohne die fragliche Identifizierung das ganze Räsonnement hinfällig wird und dass eine radikale Umwälzung der klassischen Anschauung vorliegt, infolge deren die hier dargestellte Meinung der Sabinianischen Auffassung völlig fremd ist. Wenn die Eigenschaft iustus bezüglich des Besitzes die Rechtmässigkeit des Erwerbs betrifft, so kann sie nicht anders als absolut gelten und umgekehrt. Wenn aber dieselbe Eigenschaft ein im Besitze liegendes ius — eine rechtliche Macht — ist, so kann sie natürlich relativ vorhanden sein. Die fragliche Macht kann im Verhältnis zu einer bestimmten Person verloren gehen. Umgekehrt kann natürlich die Eigenschaft iniustus als eine Machtlosigkeit nur relativ sein. Weiter ist selbstverständlich, dass unter der letzteren Voraussetzung die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit des Erwerbs nicht absolut entscheidend sein kann. Der Erwerb precario ist unzweifelhaft rechtmässig, und doch kann er infolge seiner inneren Natur nach der klassi-

schen Jurisprudenz kein Recht gegen den precario dans geben. Umgekehrt kann allerdings der unrechtmässige Erwerb kein ius gegenüber dem Verletzten begründen, sehr wohl aber gegenüber anderen Personen. Ein scharfes Licht fällt dadurch auf die fragliche Umwälzung, dass die Byzantiner das Wort vitiosa possessio bei Ulp. D. 41, 2, 13, 13, wo es sich um die accessio temporis im utrubi handelt, mit ἐπίψογος νομή übersetzen: Bas. 50, 2, 12 fin.; 5, S. 50 Heimb., vgl. l. c. 52; 5, S. 54, wo dieselbe possessio mit ὑπ' αἰτίαν bezeichnet wird. Die Vitiosität wird also als einen *tadelnswerten* Besitz einschliessend aufgefasst! Es war ja eine durchgehende Tendenz der Justinianer, das moralisch Richtige gegen juridische Subtilitäten zu schützen, dem Unrichtigen entgegenzuwirken. Siehe oben S. 146 ff. betreffs der bona, bezw. mala fides. Ein Ausfluss dieses Strebens ist es auch, dass sie die Vitiosität des Besitzes als absolut, als eine *schlechte* Eigenschaft desselben auffassen, wodurch die Ausscheidung der precaria possessio bedingt wurde. Sie können aber ihren neuen Begriff der Vitiosität, bezw. der Eigenschaft iustus des Besitzes nicht auf andere Weise praktisch anwenden als so, dass sie den durch Gewalt oder heimliche Besitznahme Verletzten den Besitz behalten lassen — sogar gegenüber *jedem* iniuste Possidierenden. Die alte Bestimmung, dass der vi oder clam Besitzende gegen einen jeden, der nicht unmittelbar verletzt ist, stets seinen Besitz geltend machen kann, wollten sie nicht aufheben, wenn er auch nach ihnen nicht immer siegen muss. — Indessen liegt nun auch in dem fraglichen neuen Begriff einer absoluten Vitiosität des Besitzes vi oder clam, dass derselbe nur naturalis ist. Es fehlt ihm ja an *jedem* ius. Dass aber die Beherrschung durch den *animus* sich auf das ius bezieht, war seit der klassischen Jurisprudenz klar. Also schliesst die neue Betrachtungsweise in sich, dass man im fraglichen Falle nur *corpore* herrscht. Ebenso wie bei dem unter a. besprochenen Iavolenus die Bezeichnung corporalis im Zusammenhang mit der Entgegensetzung gegen die iusta possessio steht, schliesst iniusta possessio an unserer Stelle reine Körperlichkeit ein. Nun wird ja allerdings von den Kompilatoren auch die precaria possessio als naturalis bezeichnet, worüber alsbald. Dies aber beruht darauf, dass man nunmehr für das possessorische ius nicht nur eine beliebige »iusta causa» fordert, sondern eine solche, die in einem an sich ziviles Eigentum übertragenden Akt liegt; hierüber gleichfalls alsbald.

c. Iav. D. 41, 2, 23, 1: In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: [corporaliter] tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur. Das anscheinend unschuldige Wort corporaliter ist hier von den Kompilatoren in besonderer Absicht eingeschoben. Man beachte, dass es gar nicht in den Zusammenhang passt. Denn wenn der captivus eigene Sklaven zurücklässt, könnte er, wenn nicht ein *rechtliches* Hindernis vorläge, in gewöhnlicher Weise fortdauernd durch sie gerade körperlich besitzen. Das fragliche rechtliche Hindernis wird durch die Worte neque — possideantur angegeben.

Dieser negative Grund bezieht sich gar nicht auf den Verlust der *physischen* Fähigkeit. Denn wenn man einen freien Mann bindet, hört dieser damit keineswegs auf zu possidieren. *Die* possessio an einem freien Menschen, die das eigene Possidierungsvermögen dieses Menschen ausschliesst, muss im *rechtlichen* Sinne bestehen und also ein *rechtliches* Hindernis bilden. »Corporaliter» kann also hier nicht die *Weise* des Besitzverlustes als im Fortfall des physischen Vermögens liegend bezeichnen. Das Wort muss sich auf die *Art* von Besitz, die der Gefangene verliere, beziehen. Er verliere *nur* den körperlichen, nicht den animo bestehenden. Dass dies indessen der Stelle selbst widerstreitet, folgt aus den Worten: neque — possideantur, in welchen eingeschlossen ist, dass er *jeden* Besitz verliert. Das fragliche Wort ist also Justinianisch. Die hier gegebene Auslegung wird durch Bas. 50, 2, 22; 5, S. 51 Heimb. bestätigt, wo hinsichtlich des Digestatextes gesagt wird: Οἱ αἰχμαλωτισθέντες νομίμως ἀλλ᾽ οὐχὶ σωματικῶς τὰ οἰκεῖα νέμονται. Über die angenommene Interpolation siehe Rotondi, Scr. giur. 3, S. 50 ff., der die hier eingeschobene Auffassungsweise mit einem von ihm S. 43 ff. angeführten und kommentierten Scholion von Balsamo in Verbindung bringt. Indessen bedenke man, dass, wenn der captivus den Besitz animo behält, jeder Okkupant der possessio des captivus vi aut clam possidiert und doch nur körperlichen Besitz hat. (Es handelt sich jedoch hier nur um eine Tendenz, die zwar besonders bezeichnend, aber keineswegs durchgeführt ist, da ja die Usukapierung des Gefangenen auch nach Iust. mit einer Ausnahme unterbrochen zu werden scheint).

d. Pomp. D. 41, 2, 25, 2: Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius [corpore] ingressus sit, [ut potior sit illius corporalis possessio], an vero . . . Sowohl das Wort corpore wie der Ut-Satz sind von Iust. interpoliert. Das erstere, weil der bezügliche Ausdruck nicht verwendet worden sein kann, um die Art des ingredi, das ja unmöglich anders als körperlich geschehen kann, zu bezeichnen, sondern hier auf den vorausgesetzten rein körperlichen Charakter des clam erworbenen Besitzes hinweisen muss. Der Ut-Satz sagt, dass der rein körperliche heimliche Besitz des Okkupanten mächtiger als der solo animo der Gegenpartei sein könnte. Dies aber schliesst in sich, dass er im Interdikt retinendæ possessionis causa letzteren besiegen kann, trotzdem er nur körperlich ist. Also wird die Körperlichkeit des Besitzes clam vorausgesetzt, sowohl mit dem Worte corpore als im Ut-Satz, womit auch die Justinianische Interpolation klar ist. Die zwei anderen an dieser Stelle erwähnten Eventualitäten bezüglich des Zeitpunkts für den Verlust des Besitzes solo animo durch den Okkupanten betreffen nicht die Frage, ob der clam Possidierende rein körperlich besitzt oder nicht, sondern nur die, ob ein Besitz clam überhaupt gegenüber dem solo animo Besitzenden Kraft haben kann.

e. Ulp. D. 43, 16, 1, 9 u. 10: Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possidet: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.

Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti. Unzweifelhaft hat RICCOBONO nachgewiesen, dass eine Interpolation von Iustinianus vorliegt, der die naturalis possessio des Usufruktuars, wie man aus l. c. l. 3, 13 ff. sieht, unter das Interdikt unde vi gestellt hat, ebenso wie er (D. 43, 17, 4) dieselbe possessio unter das Interdikt u. p. fallen lässt. Indessen haben die Kompilatoren zugleich die Julianische Anschauung über den Besitz der beschenkten Gattin als eine possessio pro possessore, mit dem Titel pro donato vereint, Ulp. D. 5, 3, 13, 1 (wahrscheinlich auch Ulp. D.41,2,16) zu ihrer eigenen gemacht. (Siehe oben S. 198 u. 206 f.). Also betrachten sie hier, wo sie doch den fraglichen Besitz als naturalis bezeichnen, eine possessio pro possessore, mit der pro donato vereint, als naturalis. *Umsomehr* müssen sie die eigentliche possessio pro possessore für naturalis gehalten haben. — RICCOBONO's Annahme, dass die Kompilatoren hier einer Distraktion zum Opfer gefallen seien, ist schon von ALBERTARIO, B. I. D. R. 27 (1914), S. 282 ff. gründlich widerlegt. In der Tat müssten die Distraktionen der Kompilatoren, wenn die angeführte Stelle auf reiner Vergesslichkeit beruhte, sehr mannigfaltig und wunderbar konsequent sein!!

ROTONDI a. a. O., S. 239 sagt: »Nessun testo del Corpus iuris qualifica, per quanto io so, come *possessio naturalis* il possesso del ladro o del predone . . .». Die Unrichtigkeit dieses Satzes ergibt sich aus dem Augeführten. In Wirklichkeit wird er durch *fünf* besondere Stellen widerlegt. Nur wenn man es für erforderlich hält, dass direkt gesagt wird: der Dieb und der Gewalttäter haben nur naturalis possessio, ist der Satz richtig. Eine solche Forderung aber ist sinnlos.

2. *Possessio precaria.*

a. Pomp. D. 43, 26, 15, 4: Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. [placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.] BESELER, Beitr. 4, S. 77 sagt: »*Placet* ist oft unecht und Form kaiserlicher Decision. *Aliquid penes aliquem* est statt *ab aliquo possidetur. Hominem:* vorher ist nicht von einem Sklaven die Rede. *Non discesserit animo possessione* statt *animo possessionem retineat* ist verschroben. Falsche tempora. Justinian hat in Sabins Sinne dezidiert.» Der Grund 1. zwar nicht beweisend. Aber »Placet» ohne »mihi» scheint einzuschliessen, dass die Sache zur Zeit des Pomp. entschieden gewesen sei, was nicht der Fall gewesen sein kann: beachte den Schulenstreit (Paulus D. 41, 2, 3, 5). Der Grund 2 vielleicht stärker. Beachte jedoch Ulp. D. 43, 26, 20 und Iul. D. 41, 3, 33, 4. Der Grund 3 beachtenswert. Der Grund 4 falsch, weil der von B. als richtig dargestellte Ausdruck das zu Beweisende zum Beweisgrund machen würde. Der Grund 5 beachtenswert. Der entscheidende Beweis einer Interpolation liegt in den Worten: quia possideat corpore, vom precario possidens

ausgesagt, welche Worte letzterem eine *naturalis* possessio zuschreiben. Dies ist für die klassische Jurisprudenz unmöglich. »Justinian hat in Sabins Sinne dezidiert», sagt B. Wenn man nach dem Grunde und Sinne der Sabinischen Entscheidung in der Beleuchtung, die sie durch Trebatius erhält, fragt, so erscheint diese Behauptung als durchaus unrichtig. Für SABINUS ist die precaria possessio *iniusta* gegenüber dem precario dans. Und *dies* macht seine Entscheidung möglich, wenn ihn auch *daneben* noch etwas anderes bestimmt haben dürfte. (Hierüber später). Für IUSTINIANUS ist dieselbe possessio *iusta*. Für *ersteren* ist sie wirklicher und damit *nicht* natürlicher Besitz. Für *letzteren* ist sie wirklicher, *jedoch* natürlicher Besitz. *Dies* macht es für ihn möglich, den precario dans Besitz behalten zu lassen — animo. Obgleich zwei iustæ Possessionen derselben Sache nach Iust. unmöglich sein sollen und normaliter sowohl der precario dans wie der Prekarist selbst den Besitz iuste erworben haben, können sie doch nach ihm immer *Teile* desselben Besitzes innehaben — der eine den Besitz animo, der andere den Besitz corpore.

b. Ven. D. 43, 26, 22, 1: Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit, Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri. [nam quo magis naturaliter possideretur], nullum locum esse tutoris auctoritati. Das Eingeklammerte, das eine wunderliche Formulierung hat, ist mutmasslich eine Justinianische Interpolation. (Doch ist dies nicht ganz sicher, weil durch das Wort magis bezeichnet werden könnte, dass das faktische — körperliche Element stärker in der precaria possessio als z. B. in der possessio pro emptore hervortrete).

3. *Possessio pignoris.*

a. Ulp. D. 10, 4, 3, 15: Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui [civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni]. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. Über die Justinianische Interpolation des Eingeklammerten siehe BESELER, Beitr. 1, S. 21 und RICCOBONO, a. a. O., S. 349.

b. Pap. D. 13, 7, 40, 2: Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quæ [corporalis] apud eum fuit, restituere debet . . .

c. Paulus D. 41, 2, 1, 15: Per servum [corporaliter] pignori datum non adquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem) nec creditori, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat. Paulus referiert hier Iul. D. 41, 1, 37 pr.: Per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione nec [traditione] ⟨mancipio accipiendo?⟩ nec ullo alio modo per eum servum quicquam adquiritur, quamvis possessio penes eum sit. An der Hauptstelle fehlt also das Wort corporaliter. Man bemerke, dass es von Paulus nicht eingeführt worden sein kann, um die Konstituierung des Faustpfands zum Unterschied vom Vertragspfande zu bezeichnen. Eine solche Bezeichnungsweise ist an sich unklar und der

klassischen Jurisprudenz fremd: vgl. FEHR, Beitr. zur Lehre vom röm. Pfandr. S. 118, der doch Interpolation nicht anzunehmen scheint. Man beachte weiter, dass bei Paulus das erste Glied im Akk. cum infin. mit dem zweiten nicht sprachlich zusammenstimmt: non adquirere nos possessionem einerseits, nec creditori andererseits. Schliesslich gehört nec bei Paulus zum 'creditori', bei Iulianus zur 'possessio'. Nur letzteres schenkt der Begründung: quia nec stipulatione ... klaren Sinn. Man kann deshalb vermuten, dass das ganze erste Glied ein Justinianischer Zusatz ist, wenn auch dieser von einer anderen Julianischen Äusserung genommen sein sollte. Indessen ist die Absicht, in welcher das Wort corporaliter gebraucht ist, ganz offenbar. Der *Pfandschuldner*, will man sagen, besitzt den Sklaven nur ad usucapionem, also nur animo, der *Pfandgläubiger* nur corpore.

Wir fügen hinzu, dass sowohl precaria possessio (oben S. 209 f.) wie possessio pignoris (Belege: Gaius D. 6, 2, 12, 1 und Paulus D. 9 4, 22, 1) nach Iust. iustæ sind, und dass iusta possessio nach ihm absolute Bedeutung hat (= ex iusta causa, doch nicht notwendig eigentumsbegründende causa: oben S. 210). Weiter ist hinzuzufügen, dass das Innehaben der Sache seitens des als Usufruktuar Hervortretenden für Iust., wie man aus Ulp. D. 43, 16, 1, 9 in Verbindung mit l. c. l. 3, 13 ff. und D. 43, 17, 4 sieht, allerdings naturalis possessio, jedoch wirklicher Besitz ist, während die naturalis possessio infolge des depositum, commodatum, locatio conductio nie als wirklicher Besitz dargestellt wird. (Deshalb wird Ulp. D. 43, 16, 1, 10, obgleich naturalis possessio unter das Interdikt unde vi fallen soll, der *colonus* ausgenommen.)

Wir können auf Grund der angeführten ganz oder teilweise interpolierten Stellen und ihrer Besprechung sowie unter Berücksichtigung des zuletzt Hinzugefügten mit Anspruch auf hohe Wahrscheinlichkeit folgendes Justinianische System der possessio aufstellen:

I. Wirklicher Besitz.

a. Iusta possessio = ex iusta causa.

α. Possessio ex iusta causa im eigentlichen Sinne = eigentumsbegründende causa: nicht naturalis possessio, also *civilis possessio*.

β. Possessio auf Grund gewisser anderer iusta causa: besonders pignus, precarium, ususfructus, missio in poss. rei servandæ causa: *naturalis possessio*.

b. Iniusta possessio = rechtswidrig erworbene: die vi oder clam, aber auch andere possessio pro possessore: *naturalis possessio*.

II. Scheinbarer Besitz:

immer *naturalis possessio*: der auf Grund von depositum, commodatum, locatio conductio. Dieser ist nur scheinbar, weil bei demselben immer eine andere Person die wirklich possidierende ist, die *durch* den detentor possidiert.

Dem ist hinzuzufügen, dass der sequester, über den allerdings keine speziellen *Justinianischen* Zeugnisse vorliegen, unter I, a, β fallen muss. (Dasselbe

ist wahrscheinlich über den Emphyteuta und den Superfiziar zu sagen, insofern Iust., wie im allgemeinen angenommen wird, hier wirklichen Besitz hat behaupten wollen).

Dem aufgestellten Schema widerstreitet wenigstens nicht die Kaiserkonstitution C. 7, 32, 10 (a. 314), die wahrscheinlich von den Kompilatoren berührt ist. Hier wird nämlich zwischen *der* corporalis possessio, die legitima ist, und der, die nur zum Scheine besteht, unterschieden. Die legitima possessio aber soll sowohl iure wie corpore existieren können. Beide Possessionen sollen indessen aufhören, wenn die litis contestatio erfolgt ist. Dann soll nämlich der Besitzer super iure possessionis vaccillare ac dubitare. Es scheint sich also hier um zwei Arten von iustæ possessiones zu handeln: die durch den animus (das ius) und die durch das corpus, welche beide durch die l. c. unwirksam werden. Mutmasslich meint man, dass solcher Besitz nicht weiter im Interdiktsstreit und in der præscriptio oder exceptio temporis verwandt werden darf.

Man beachte, dass die Justinianische Auffassung der possessio iure civili als der ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne erworbenen im engsten Zusammenhang mit der neuen Anschauung der Eigenschaften iustus und iniustus bereffs der possessio steht. Da hier allein der Rechtsgrund, auf den man sich berufen kann, Relevanz hat und die Idee eines im wirklichen Besitze als solchen liegenden Rechts dem Iust. fremd ist, so kann unmöglich der Besitz ein ziviles Recht an der Sache selbst auf andere Weise als so einschliessen, dass man sie durch einen an sich eigentumsbegründenden Akt erhalten hat.

Mehrere der hier als den Justinianischen Standpunkt beleuchtend angeführten Interpolationen sind schon von Rotondi, Albertario, Bonfante u. a. zum selben Zweck in Erwägung gezogen worden. Meines Wissens ist jedoch bisher keine vollständige und systematische Erörterung des hieher gehörigen Materials gegeben worden, insbesondere nicht unter Beachtung der radikalen Umwälzung betreffs des Rechtselements im Besitze, welche Umwälzung bei Iust. mit dem ganzen moralisch betonten Charakter dieser Jurisprudenz zusammenhängt. Die üblichen Darstellungen sind ausserdem in wesentlichen Punkten falsch. Bei Riccobono und Rotondi ist dies ja offenbar. Albertario B. I. D. R. 27 (1914), S. 275—295 steht der hier gegebenen Darstellung des *Justinianischen* Standpunkts äusserlich betrachtet sehr nahe. Da er aber die völlig unbegründete Meinung von R. über den Standpunkt der klassischen Jurisprudenz übernommen hat, kann er die eigentliche Bedeutung der veränderten Lage nicht erkennen. Für ihn beschränkt sich die Veränderung auf die Terminologie — der reine Besitz werde jetzt naturalis possessio genannt — und eine daraus folgende Ausdehnung des possessorischen Schutzes auf die detentio, obgleich nicht in allen Fällen durchgeführt. Dasselbe ist von Bonfante zu sagen, der sich La 'poss. civilis' e la 'poss. naturalis', Scr. giur. 3, S. 596 ff. in der Polemik zwischen Albertario und Riccobono hauptsächlich ersterem anschliesst.

Die Justinianische Lehre, die unmittelbar aus dem Corpus iuris abgeleitet werden kann, wird durch die Darstellung der Byzantiner beleuchtet, wie sie selbst umgekehrt Licht auf die Anschauung der letzteren wirft. Zunächst ist hier zu bemerken, dass bei den Byzantinern dem Ausdruck φυσικὴ νομή oder σωματικὴ νομή folgende Ausdrücke entgegengesetzt werden: 1. ἔννομος (νόμιμος) νομή oder 2. πολιτικῶς νέμεσθαι oder 3. nur ἐννόμως und ἐννόμως zugleich mit πολιτικῶς νέμεσθαι oder 4. ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή = κυρίως νέμεσθαι. Beispiele für Fall 1: Suppl. Zachariæ Bas. 15, 4, 5, Sch. Cyr. 28 (zu D. 10, 4, 5, 4 u. 5), S. 54; Bas. 23, 3, 38, Sch. 13, (zu D. 22, 1, 38, 10), 2, S. 715, Heimb.; Bas. 50, 2, 22 (zu D. 41, 2, 23, 1), 5, S. 51, Heimb.; Bas. 50, 2, 61 (zu C. 7, 32, 10), 5, S. 54, Heimb.; Theophil. ad inst. 4, 15, 5; Sch. Bals. bei Rotondi a. a. O., S. 43. Beispiele für Fall 2: Suppl. Zach. Bas. 15, 1, 9, Sch. Steph. 24 u. 25 (zu D. 6, 1, 9), S. 6 u. 7; a. a. O. Bas. 15, 4, 3 (zu D. 10, 4, 3, 15), S. 53; Bas. 50, 5, 3 (zu D. 41, 5, 2, 1), 5, S. 67, Heimb.; Bas. 60, 17, 7 (zu D. 43, 16, 1, 9) Text und Sch. 13, 5, S. 574, Heimb. Beispiele für Fall 3: Suppl. Zach. Bas. 15, 4, 3 (zu D. 10, 4, 3, 15) Anon. 25, S. 53; Bas. 60, 17, 7 (zu D. 43, 16, 1, 9) Sch. 13, 5, S. 574, Heimb. Beispiele für Fall 4: Theophil. ad. inst. 3, 29, 2; Suppl. Zach. Bas. 15, 1, 9 (zu D. 6, 1, 9) Sch. Steph. 28, S. 7; Bas. 50, 2, 61 (zu C. 7, 32, 10), 5, S. 54, Heimb. (νομὴ κατὰ τοὺς νόμους = ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή). Dem sei hinzugefügt, dass die Bezeichnung νομὴ κυρίως ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή eine herkömmliche Phrase zu sein scheint: Suppl. Zach. S. 7, Sch. Steph. 28 (oben), S. 53, Sch. 25 (oben) und Bas. 23, 1, 43 (zu D. 12, 1, 41) Sch. Steph. 19, 2, S. 640, Heimb.

Wir fragen: was ist ἔννομος νομή, bezw. πολιτικῶς νέμεσθαι und ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν, insofern sie — jedes für sich — der φυσικὴ νομή entgegengesetzt werden? Zunächst: fällt die possessio vi oder clam darunter? 1. Bas. 50, 2, 12 (zu D. 41, 2, 13, 13), 5, S. 50, Heimb.: Ἐπίψογος δὲ νομὴ τῇ ἐννόμῳ, ἢ τὸ ἐναντίον, οὐ προστίθεται. ἐπίψογος = vitiosa. Man erinnere sich, dass bei Iust. iusta und iniusta possessio im absoluten Sinne einander entgegengesetzt werden (siehe oben S. 210). 2. A. a. O. zu D. l. c. § 12: πᾶσα προσθήκη τῷ κυρίως νεμομένῳ προστίθεται. Beachte, dass κυρίως νέμεσθαι, das hier im Gegensatz zu iniusta possessio steht, sonst durchgehend ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν bedeutet. 3. A. a. O. 15 zu D. l. c. l. 16: Τὸ ἀπὸ ἑνὸς τῶν συνοικούντων θατέρῳ δωρηθὲν οὐκ ἔστιν ἐννόμου νομῆς. Das Entsprechende in D. l. 16 ist pro possessore possidetur. Kann bestimmter ausgesagt werden, dass ἔννομος νομή, bezw. κυρίως νέμεσθαι nicht vi oder clam bestehen kann? 4. In Sch. Balsamo a. a. O. verwendet der gelehrte Kanonist bei der Entgegensetzung des ψυχῇ und des φυσικῶς νέμεσθαι den Ausdruck δεσπόζειν im Sinne Eigentümer sein. ψυχῇ δεσπόζοντος bedeutet also für ihn animus domini. 5. Wenn man annimmt, dass auch der prædo ψυχῇ δεσπόζοντος besitzen sollte, sondert man völlig die Bedeutung dieses Ausdrucks vom Justinianischen opinione domini (D. 9, 4, 22, 1 oben S. 59), domini cogita-

tione (C. 6, 2, 21, 3) und eo animo, ut credat se dominum esse (D. 6, 2, 13, 1 oben S. 209). Und doch übersetzen die Byzantiner die fraglichen Ausdrücke mit sowohl ψυχῇ δεσπόζοντος wie ψυχῇ δεσπότου: Cyrillus gebraucht Bas. 60, 5, 22 Sch. 1, 5, S. 357 Heimb. den ersteren Ausdruck, der Text Bas. 15, 2, 13, 2, S. 172, Heimb. den letzteren. Dagegen ist gut verständlich, dass man in den fraglichen Ausdruck auch die Bedeutung der possessio ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne hineinlegen konnte. Denn der so ex iusta causa Possidierende besitzt mit einem für den Eigentumserwerb geltenden Rechtsgrund. Da wir sogar hinsichtlich der klassischen Jurisprudenz gefunden haben, dass der animus im engsten Zusammenhang mit dem Rechtselement des Besitzes steht, ist es nicht wunderlich, dass man seit Iust., der, wie auch nachgewiesen wurde, kein anderes Recht im Besitze als das den Rechtsgrund betreffende anerkannte, den animus domini als den für den Eigentumserwerb geltenden Rechtsgrund auffasste. Man beachte auch, dass, obgleich die Kompilatoren D. 6, 2, 13, 1 und 9, 4, 22, 1 an die possessio b. f. denken, es sich doch zugleich bei den Ausdrücken eo animo, ut etc. und opinione domini um für den dominus geltende causæ handelt. Denn an den beiden Stellen ist die Rede von in dieser Hinsicht mangelhaften causæ. 6. Bas. 15, 1, 9, Sch. Steph. 24 (Suppl. Zach. S. 6) wird gesagt, dass einige meinen, nur der Besitz, der in den Interdikten u. p. und utr. Relevanz hat, gebe Passivlegitimation in der rei vindicatio. Dieser Besitz wird negativ so bestimmt: τουτέστι νεκ ουι νεκ κλαμ νεκουε πρεκαριω, also *ohne* den Zusatz ab adversario. Weiter heisst es, dass nach dieser Meinung der Depositar, der Kommodatar und der missus in poss. ausgeschlossen seien, weil sie nicht πολιτικῶς, sondern φυσικῶς ἢ πραετωρίως possidieren und nicht selbst οὐσουκαπιτεύειν können. Dass gerade diese Fälle als ausgeschlossene erwähnt werden, beruht auf dem Digestatexte. Aber dass der Verf. ohne weiteres vom Begriffe der possessio ad interdicta u. p. und. utr. die possessio vi oder clam oder prec. ausschliessen will, und dass er πολιτικῶς νέμεσθαι, das mit jener possessio identisch sein soll, als Usukapionsbesitz hinsichtlich der causa fasst, ist offenbar. 7. In einem Sch. zu Bas. 16, 17, 7 (D. 43, 16, 1, 9) 5, S. 574 Heimb. heisst es als Erklärung der Worte Ἐκεῖνος ἐκβάλλεται ὁ νεμόμενος ἢ πολιτικῶς ἢ φυσικῶς: ἢ πολιτικῶς] ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δωρεᾶς. (Das Nachfolgende: φυσικῶς δὲ, ὡς ὁ καλῇ oder κακῇ πίστει νομεύς. ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα ist hinsichtlich der Worte ὁ καλῇ (κακῇ) πίστει offenbar korrumpiert. Sie drücken, wie sie auch gelesen werden, keinen Gegensatz gegen die Erklärung von πολιτικῶς aus. Die ihnen nachfolgenden Worte beziehen sich deutlich auf die Schenkung zwischen Ehegatten, welche an der entsprechenden Digestenstelle als Beispiel für naturalis possessio angeführt wird. Über eine solche Schenkung pflegt man ja zu sagen, dass die darauf beruhende possessio hinsichtlich ihres Rechts von ius civile infirmiert wird). 8. Es ist aus philologischen Gründen höchst unwahrscheinlich, dass ἔννομος νομή einen in-

iustus Besitz umfassen könnte. — Rotondi a. a. O., S. 243 sagt über die echte ψυχὴ δεσπόζοντος, die mit dem animus possidendi identisch sein soll: »l'ha, indiscutibilmente, anche il ladro e il predone». Also nur ein Missverständnis während der späteren Entwicklung soll die andere Meinung veranlasst haben. Welche Byzantinische Quellenstelle oder welcher vernünftige Grund wird für eine solche Auslegung angeführt? Tatsächlich fehlt es an jeder Begründung.

Es ist weiter deutlich, dass die possessio pignoris und die poss. precaria nicht unter ἔννομος etc. νομή fallen können. Denn dass man bei einer solchen possessio nicht die ψυχὴ δεσπόζοντος haben kann, sollte wohl von niemand bestritten werden können. Die erstere wird direkt als φυσικὴ νομή Suppl. Zach. Bas. 15, 4, 4, Sch. Anon. 25, S. 53 bezeichnet. Die letztere wird von dem πολιτικῶς νέμεσθαι l. c. Bas. 15, 1, 9, Sch. Steph. 24, S. 6, ausgeschlossen.

Es bleibt dann als die einzige mögliche Bedeutung der ἔννομος etc. νομή der Usukapionsbesitz, hinsichtlich seiner causa betrachtet. Man könnte nur fragen, ob nicht auch die bona fides erforderlich ist. Es wäre jedoch absurd vorauszusetzen, dass man als besonderen Besitz ad interdicta u. p. und utrubi, den man sowohl Bas. 5, S. 54, Heimb. (oben) als Suppl. Zach. S. 6 Sch. 24 (oben) und S. 53 Sch. 25 (oben) durch ἔννομος etc. νομή bezeichnet, nur den Besitz b. f. angenommen hätte. Die einzige Stelle, die man im Ernste anführen könnte, um nachzuweisen, dass man auch die bona fides für den Besitz ψυχῇ δεσπόζοντος forderte, ist ein Sch. Suppl. Zach. S. 53 (25), wo nach den Worten τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπιόνι gesagt wird: κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. Aber dass dieses anonyme Sch. nichts hinsichtlich der allgemeinen Anschauung in der Frage beweist, geht daraus hervor, dass hier zwischen der ἔννομος νομή und der νομὴ ψυχῇ δεσπόζοντος unterschieden wird, während sonst diese beiden in einer grossen Anzahl Stellen und von höchst angesehenen Verfassern identifiziert werden. Unmittelbare Zeugnisse für die Bedeutung ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne sind folgende zwei: 1. 5, S. 574, Heimb. (oben) ἢ πολιτικῶς] ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δωρεᾶς. 2. Ius gr. rom. Zach. 2, S. 263: πολλάκις γὰρ νεμόμετα τῷ σώματι, ἀλλ' οὐ τῇ ψυχῇ, οἷον ὅταν μὴ κατὰ δίκαιον λόγον μηδὲ ὡς δεσπόται νεμόμετα, ἀλλὰ ἀδίκως ἢ κατὰ μίσθωσιν ἢ ἄλλῳ τοιούτῳ τρόπῳ τινί und ὅτε δὲ καὶ ψυχῇ, ἤγουν κατὰ δίκαιον λόγον καὶ κατὰ δεσποτεῖαν τοῦ πράγματος. Rotondi, der diese Stelle angeführt hat, sagt a. a. O., S. 242, dass hiermit die possessio m. f. von der νομὴ ψυχῇ ausgeschlossen sei. Dies ist völlig verkehrt. Denn man fordert ja hier *sowohl* δίκαιος λόγος *wie* ὡς δεσπότης νέμεσθαι. Dann kann natürlich nicht letzteres bona fide possidere bedeuten, was ja immer δίκαιος λόγος (wenigstens als Putativtitel) einschliesst. Negativ werden die Bedingungen als nicht ἀδίκως *und* nicht κατὰ μίσθωσιν etc. bestimmt. Der ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne Possidierende besitzt ja gerade weder ἀδίκως noch κατὰ

μίσθωσιν etc. Der Ausdruck, ὡς δεσπότης νέμεσθαι muss, wenn man nicht annehmen will, dass der Verfasser geradezu verworren schreibt, ganz einfach bedeuten: auf dieselbe Weise wie ein dominus possidieren oder sich beim Possidieren als dominus gerieren, was natürlich auch ein prædo vermag.

Man kann indessen fragen, wie man den Besitz vi oder clam oder precario und den Pfandbesitz von den Interdikten u. p. und utr. ausschliessen zu können glaubte, was man getan haben muss, wenn unsere Darstellung richtig ist. Man bedenke aber, dass der erstere Besitz nicht gegen die unmittelbare Gegenpartei gelten soll. Deshalb war der so Possidierende jedenfalls nicht unter allen Umständen Besitzer im Sinne der fraglichen Interdikte. Was den Besitz ex causa pignoris berifft, lag ja der Gedanke nahe, dass die fraglichen Interdikte ursprünglich zum Eigentumsstreit gehörten und dass in diesem Streite derjenige, der das Eigentum behauptete, nicht zugleich den blossen Pfandbesitz geltend machen konnte. So räsonniert offenbar Steph. Suppl. Zach. S. 7, Sch. 25. Also war jedenfalls der Pfandbesitz nicht eigentlicher Besitz im fraglichen Sinne. Man muss auch in Betracht ziehen, dass Bas. mit Scholien eine Darstellung des geltenden Gesetzes sein wollte. *Dieses* aber ging ja von der klassischen Jurisprudenz aus. Der Versuch, die neue Begriffswelt in die alte Schale zu pressen, musste unvermeidlich grosse Schwierigkeiten mit sich bringen. (Bei den abendländischen Glossatoren — siehe z. B. Rotondi a. a. O., S. 245 ff. — wird die Besitzlehre noch verworrener, weil sie die beiden Gedankenschichten — die klassische und die justinianisch-byzantinische — nicht voneinander zu sondern vermochten). — Es ist indessen höchst wahrscheinlich, dass, wenn man wirklich, wie es Suppl. Zach. S. 53, Sch. 25 (oben) und Heimb. 5, S. 574 (oben) der Fall ist — doch sind beide Scholien ohne grössere Beweiskraft —, zwischen der blossen ἔννομος νομή und dem πολιτικῶς νέμεσθαι unterscheidet und dabei die erstere auf die Interdikte bezieht, man an einen Besitz ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne *ohne* bona fides denkt, welcher der eigentliche Interdiktsbesitz sein soll. Dass es sich nicht um einen allumfassenden Interdiktsbesitz im klassischen Sinne handeln kann, geht sowohl aus der vorhergehenden Darstellung wie aus der ausdrücklichen Ausschliessung des Pfandbesitzes an der ersteren Stelle hervor.

Schliesslich ist zu erwähnen, dass δίκαιος betreffs des Besitzes für die Byzantiner der allgemeinere Begriff im Verhältnis zu ἔννομος ist, insofern *jede* possessio ex iusta causa, also auch aus einer solchen causa, die nicht für Eigentum gilt, als δίκαιος bezeichnet wird. Beispiele: Bas. 15, 2, 13 (zu D. 6, 2, 13, 1), 2, S. 172, Heimb.; Sch. 29 dazu Steph. Suppl. Zach. S. 48; Bas. 60, 5, 22 (zu D. 9, 4, 22 pr. u. § 1) Sch. 1, 5, S. 357 Heimb. (In den zwei ersteren Stellen wird δίκαιος νομή von dem Pfandbesitz und der precaria possessio, in der letzten vom Besitze des Depositars und des Kommodatars gesagt. Nach dem Zusammenhang muss auch der Pfandbesitz gemeint sein).

Hiernach ist offenbar, dass das oben S. 215 auf Grund unmittelbarer Un-

§ 9.

Über die Vermittlung des blossen possidere animo durch eine andere Person.

Wir haben in § 7 gezeigt, dass der Pächter und ihm gleichgestellte Besitzvermittler infolge der Übereinkunft und des Empfangs auf Grund dieser nur die *physische* Kraft des Oberhaupts zur Possidierung gebrauchen und zugleich aktualisieren. Sie detinieren nicht aus eigener Kraft, aber sie vermitteln durch ihr faktisches Innehaben die Realisation der physischen Kraft der Hauptperson. *Diese* besitzt deshalb körperlich durch die genannten

---

tersuchung gewisser Interpolationen in den Dig. gegebene Justinianische Schema über den Besitz völlig mit dem aus Bas. hervorgehenden übereinstimmt. Die beiden Untersuchungen stützen sich also.

Bonfante, a. a. O. S. 598, der ohne jede eingehendere Erörterung der Quellenstellen die Behauptung wagt, dass ἔννομος νομή den blossen juridischen Besitz bedeute im Gegensatz zu πολιτικὴ νομή als possessio ex iusta causa, sagt, dass der von Riccobono als klassisch hingestellte Besitz byzantinisch sei. Er beruft sich besonders auf Sch. 24 Steph. Suppl. Zach. S. 7, das den Unterschied zwischen natürlichem und prætorischem Besitze einführe. Der von Steph. gemeinte Unterschied betrifft indessen keineswegs den von R. gemeinten. Prætorischer Besitz ist hier bloss solcher natürlicher Besitz im weiteren Sinne, der durch die missio in possessionem rei servandæ causa zustande kommt. In Wirklichkeit ist die Theorie von R., als ein Ganzes betrachtet, weder klassisch noch Justinianisch noch byzantinisch, aber der von R. verwandte Begriff der possessio civilis ist justinianisch-byzantinisch.

Bonfante's eigene Theorie, a. a. O., S. 577, dass civilis possessio in der klassischen Jurisprudenz jede rechtliche Stellung in Beziehung auf eine Sache, auf Grund deren man eine actio in rem hat, also auch das reine Eigentum und die blosse Fähigkeit zur Publiciana umfasse, entbehrt nicht nur jeder Stütze in den Quellen, sondern widerstreitet ihnen direkt. Kein römischer Jurist kann z. B. sagen, dass ein Eigentümer, dessen Sache bei dem b. f. possessor ist, sie selbst auf irgend welche Weise possidiert. — Bonfante vereinigt in irreführender Weise die bonorum possessio und die herkömmlich angenommene possessio des Untereigentümers mit der possessio an *Sachen* zu einem Begriff. Bei der Gegenüberstellung von civilis und naturalis possessio handelt es sich sowohl bei Iust. wie in der klassischen Jurisprudenz nur um die possessio an *Sachen*. In den angegebenen Fällen aber denkt man ausschliesslich an ein Innehaben von an sich anderen gehörigen *Rechten*.

Vermittler, während es ihnen an eigener Besitzkraft fehlt.[1] Durch die spätere Untersuchung in § 8 über das zu jedem wirklichen Besitze gehörende possidere animo oder die innere rechtliche Macht, die die römischen Juristen als Grundlage für das körperliche Innehaben bei wirklichem Besitz annehmen, wird die fragliche Mystik weiter beleuchtet. Die Vermittler sind als solche von jedem *Rechte* des Besitzes ausgeschlossen. Aber sie gebrauchen die mit diesem Rechte gegebenen physischen Kräfte des wirklichen Besitzers. *Damit* aber erhalten sie umgekehrt das Recht des Besitzers aufrecht, weil dieses Recht die eigentümliche Beschaffenheit hat, dass es unmittelbar mit seinem physischen Nichtgebrauch verloren geht.

Es ist die in der Übereinkunft eingeschlossene *Rechtsstellung* in possessorischer Hinsicht, die das wirkliche possessorische Verhältnis bestimmt, indem der Vermittler die faktische Macht auf Grund der Übereinkunft erhalten hat. Gemäss dieser hat er nur auf angegebene Weise den Besitz zu vermitteln, d. h. er soll von jedem *Recht* des Besitzes ausgeschlossen sein, aber die mit diesem gegebenen, der Hauptperson innewohnenden Kräfte zur physischen Beherrschung gebrauchen und so das Recht dieser Person, das vom wirklichen Gebrauch der genannten Kräfte abhängt, aufrechterhalten. *Deshalb* wird er, *wenn* er die faktische Macht auf Grund der Übereinkunft empfängt, ein solcher Vermittler. Also wird das wirkliche possessorische Rechtsverhältnis durch die rechtliche Kraft des Vertrags beim Empfang bestimmt. Dieser muss deshalb immer insoweit rechtliche Gültigkeit haben, dass er das erwähnte Verhältnis beim Empfang zu bestimmen *vermag*, was nicht immer der Fall ist: wenn der »Lokatar», der »Depositar» etc. Eigentümer ist, ohne dies zu wissen, so ist der Vertrag in der genannten possessorischen Beziehung ungültig.[2] Dagegen braucht der Vertrag an sich selbst — unabhängig von der Besitzfrage — keine rechtliche Gültigkeit zu haben, um das fragliche possessorische Verhältnis bestimmen zu

[1] Siehe oben S. 107 ff.

[2] Siehe oben S. 89, 113[1] u. 174[1]. Wenn wir an der erstgenannten Stelle beiläufig unter Zitierung des Iav. D. 41, 3, 21 die Gültigkeit des Lokationsvertrags als Bedingung für die bezügliche Besitzvermittlung darstellten, handelte es sich natürlich nur um die hier fragliche Gültigkeit.

können, wie man besonders aus der precario rogatio ersieht, die auf ein blosses rem tenere geht, welche Übereinkunft keine andere rechtliche Kraft hat als die, den Empfänger zu einem blossen Besitzvermittler zu machen.[1]

Wir haben indessen auch schon Anlass gehabt, daran zu erinnern, dass der Faustpfandgläubiger, der doch selbst wirklichen Besitz hat — also auch den Besitz animo oder die possessorische Rechtsmacht — Besitz zu Gunsten des Pfandschuldners vermittelt — — jedoch bloss ad usucapionem, also nur hinsichtlich der ideellen oder rechtlichen Seite desselben.[2] Die Ursache dieses Verhältnisses zwischen den fraglichen Parteien muss natürlich ebenso wie im Falle Pacht u. dgl. in der Natur der Übereinkunft gesucht werden. Die Parteien verständigen sich darüber, dass der Gläubiger das ius des Besitzes innehaben soll, doch bloss so, dass er das ius des Schuldners in seinem eigenen Besitz, der auch corpore besteht, ausübt und zugleich aufrechterhält. Er soll im Verhältnis zum Schuldner pro alieno, aber doch selbst wirklich besitzen.[3] Indessen ist von selbst

---

[1] Über die im Texte erwähnte precario rogatio siehe oben S. 110[1].

[2] Siehe oben S. 109—110.

[3] Bezüglich des Ausdrucks pro alieno siehe Paulus D. 14, 3, 13 pr.: Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus. Wie rein formal der Ausdruck zu fassen ist, also an sich ohne Beziehung auf den Zweck des Besitzes, geht aus § 2 a. a. O. hervor: Si mandavero tibi, ut fundum emas, ea causa traditum tibi [diutina possessione] ⟨usu⟩ capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere. Natürlich besitzt im letzteren Falle der redliche Mandatar gar nicht im eigenen Interesse, während der Pfandgläubiger ebenso sicher im eigenen Interesse possidiert. Jedoch possidiert ersterer pro suo und usukapiert deshalb, letzterer dagegen pro alieno und usukapiert deshalb nicht. 'Pro alieno' kann also nur das Innehaben des Besitzes des anderen hinsichtlich seiner rechtlichen Seite bedeuten.

Was den Umstand betrifft, dass der Pfandvertrag selbst die possessorische Stellung des Pfandgläubigers bestimmt, so gibt es vielleicht keine Quellenstelle, die dies direkt aussagt. Das beruht dann darauf, dass der Zusammenhang für den römischen Juristen von selbst klar war. Man beachte, dass der Fachausdruck für die das Faustpfand konstituierende Transaktion wenigstens ursprünglich *pignori dare*, bezw. *pignori accipere* (siehe Fehr, Beitr. zur Lehre vom röm. Pfandr., 1910, S. 113[8]) war, obgleich später die bezüglichen Ausdrücke auch eine allgemeinere Bedeutung erhielten (siehe die Zusammenstellung bei Fehr, S. 112 ff. u. 124 ff.). Beim *Empfang* wird ja immer die pos-

klar, dass er, damit das fragliche possessorische Verhältnis wirklich eintritt, auch den Besitz *auf Grund* der in gewisser Weise possessorisch beschaffenen Pfandübereinkunft empfangen muss. Er muss wirklich *pignori* accipere. In diesem Empfang liegt *infolge der Art der Verständigung* ein animus possidendi eingeschlossen, ebenso wie im Empfang auf Grund einer Miete o. dgl. infolge der Art der Verständigung ein *negativer* Besitzwille eingeschlossen ist. Aber die possessio, die der Pfandgläubiger als solcher erwerben will, ist nicht eine beliebige, sondern gerade *die*, die er gemäss des Vertrags haben soll: also nur ein Innehaben der Rechtsmacht des Pfandschuldners.

Dasselbe gilt für jeden Besitzerwerb auf Grund einer Übereinkunft. Man will nicht eine beliebige possessorische Rechtsmacht erwerben, sondern die pro emptore, pro dote, pro donato etc. Nur bei der possessio pro possessore, bei welcher sich der Besitzer beim Erwerb auf *keinen* Rechtsgrund, nicht einmal auf einen an sich ungültigen Vertrag zu berufen vermag, kann gesagt werden, dass ein abstrakter animus possidendi vorliegt.[1] Hierbei ist auch zu

---

sessorische Lage bestimmt. Wenn nun der Faustpfandgläubiger *pignori* die Sache empfangen muss, so kann dies nichts anderes bedeuten, als dass seine possessorische Stellung durch den für den *Pfandvertrag* konstitutiven Inhalt bestimmt wird. Direkter wird die für den Besitz bestimmende Kraft der Übereinkunft für den analogen Fall des *sequester* ausgesprochen, nämlich Flor. D. 16, 3, 17, 1: Rei depositæ proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: *id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Hier kann wohl nicht bezweifelt werden, dass der Verf. die possessorische Stellung sowohl bezüglich des normalen depositum wie des depositum bei einem sequester vom vorausgesetzten Inhalt der Übereinkunft beim Empfang bestimmt sein lässt. Weiter: was anders kann die Besitzverhältnisse in den Fällen: precario rem tenere und precario possidere begründen als der faktische Inhalt der Übereinkunft betreffs des precarium? Man vergleiche Iul. D. 41, 3, 33, 6 fin.: et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat mit Pomp. D. 43, 26, 15, 4: Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat . . .

[1] Es sollte klar sein, dass, wenn Paulus, Sent. 5, 2, 1 sagt: Possessionem adquirimus et animo et corpore . . . er mit dem animus nicht ohne weiters einen abstrakten animus possidendi meint, sondern den *wirklichen* Besitzwillen beim Erwerb, der natürlich bei Kauf, Schenkung etc. auf eine possessio pro *emptore*, pro *donato* etc. geht.

bemerken, dass die zivilrechtliche Kraft der Übereinkunft *an sich* belanglos ist, wenn sie nur insofern gültig ist, dass der Wille, auf Grund derselben zu possidieren, wirklich possessorische Kraft hat. So fehlt es ja der Übereinkunft über ein precarium an jeder rechtlichen Kraft an sich, und doch hat sie, wenn man sich über precaria possessio verständigt, insofern rechtliche Kraft, als man auf Grund derselben wirklich precario possidiert. Im allgemeinen scheint in dieser Hinsicht die Regel gegolten zu haben, dass, wenn ein Vertrag, der überhaupt possessorische causa sein kann, mit seiner durch seine Natur bestimmten Idee nicht übereinstimmt, man doch auf Grund desselben als einer rechtlichen Kraft besitzt, falls man seine Mangelhaftigkeit nicht kennt. (Natürlich gilt dies nicht für error iuris). Wenn man aber den Mangel kennt, possidiert man pro possessore, wenn auch in Verbindung mit der causa des Vertrags. D. h. das zum Besitz gehörende ius ist durch den abstrakten Besitzwillen, nicht durch die rechtliche Kraft des Vertrags, primär bestimmt.[1]

---

[1] Ulp. D. 5, 3, 13, 1: Omnibus etiam titulis hic pro possessore hæret et quasi iniunctus est. denique et pro emptore titulo hæret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Im Folgenden wird das Entsprechende betreffs einer an sich ungültigen dotis datio sowie betreffs einer solutio ex falsa causa legati dargestellt. Es folgt hieraus notwendig, dass man, wenn man die objektive Mangelhaftigkeit der Transaktion nicht kennt, wirklich pro emptore etc. possidiert. (Eine andere Frage ist natürlich, ob man pro emptore etc. *usukapiert*). Man vergleiche hiermit Paulus (Ulpianus?) Vat. fr. 1: ⟨Qui a muliere⟩ sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominæ percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest . . . Hier wird vorausgesetzt, dass man auch, wenn der Kauf an sich nichtig ist, pro emptore possidiert, falls man die Mangelhaftigkeit nicht kennt. Beachte, dass der Gegensatz zwischen Labeo's Meinung einerseits, Proculus' und Celsus' (mutmasslich auch Sabinus' und Cassius') Ansicht andererseits die Sachlage bei *Kenntnis* des Mangels betrifft. In *diesem* Falle hängt die Entscheidung der Frage, ob pro possessore oder pro emptore possidiert wird, davon ab, ob man annimmt, dass der Verkauf einer res mancipi seitens eines Weibes in tutela ohne die tutoris auctoritas bezüglich des *Besitzes* gültig sein kann. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Ansicht man über die Fähigkeit des Weibes

hat, den *Besitz* ohne t. a. zu entäussern. Obgleich das Weib in tutela ohne die t. a. nicht selbst obligiert werden kann, ist es ihm nach Proc. und Celsus doch möglich, den *Besitz* einer res mancipi wirklich zu entäussern, ebenso wie es den Ertrag sogar zum Eigentumserwerb durch perceptio überlassen kann. Damit kann es durch Prästation seinerseits den Kauf gültig machen. (Hinsichtlich einer res nec manc. kann es sogar das Eigentumsrecht an der Sache entäussern). Dieselbe Meinung scheinen Sabinus und Cassius gehabt zu haben. Sie haben nämlich erklärt, dass der um den Mangel wissende Empfänger nicht *bona fide* gekauft hat. Dies setzt voraus, dass er nach ihnen doch wirklich pro emptore besitzt. Nach Labeo sollte überhaupt kein Kauf vorliegen, weshalb der um den Mangel wissende Empfänger nur pro possessore besitzen kann. — Wir können hieraus folgenden Schluss hinsichtlich des Kaufs von einem *Mündel* ziehen. Da *die* Ausnahme von der allgemeinen Regel betreffs des Erfordernisses der t. a. bei Verschlechterung der Rechtslage durch negotia, dass man doch alles ausser den res mancipi entäussern kann, nur für das *Weib* in tutela gilt, scheint der *Mündel* durch Prästation seinerseits einen Verkauf überhaupt nicht gültig machen zu können. Deshalb muss in diesem Falle zwar der den Mangel nicht kennende Empfänger pro emptore possidieren, aber der wissende possidiert nur pro possessore. Dies scheint auch durch die Quellen bestätigt zu werden. 1. Marcianus D. 41, 1, 11: Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi præsente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quæ est naturalis, ut Sabinianis visum est: quæ sententia vera est. Auch wenn diese Stelle interpoliert ist, was, jedoch aus unzureichenden Gründen (über einen solchen Grund siehe oben S. 192), von Riccobono u. a. angenommen wird, kann die Angabe über die Meinung der Sabinianer nicht bezweifelt werden. — Die Unfähigkeit zur alienatio (des Besitzes) dürfte nach der schon S. 191 f. gegebenen Auseinandersetzung folgende Momente einschliessen: a. Die Kraftlosigkeit der exc. dom. bei der Publ., wenn nach gültiger Eigentumsübertragung der Eigentümer den Besitz ohne die t. a. erhält. b. Die Kraftlosigkeit der exc. dom., bezw. rei venditæ ac traditæ, wenn die Sache nach vorhergehendem Kaufe ohne die t. a. überliefert wird und der Mündel die Publ. oder Vindikation anstrengt. c. Der Mangel der Usukapierungsfähigkeit ratione iuris, auch wenn der Käufer bona fide ist. Dem dürfte indessen auf Grund von Ulp. D. 5, 3, 13, 1 und Paulus Vat. fr. 1 hinzugefügt werden können, dass der Käufer in mala fides betreffs der t. a. nach der Marcianusstelle nur pro possessore possidiert. 2. Gaius D. 6, 2, 13 pr.: Quæcumque sunt iustæ causæ adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio (Publ.). § 1: Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus ... ist von den Kompilatoren eingeschoben. (Siehe oben S. 209). § 2: Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore [lege non prohibente] se emisse. [sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide

emisse videtur.] Betreffs der letzten eingeklammerten Worte ist zu bemerken: a. Sowohl aus dem pr. als aus dem Charakter des Einschubs in § 1 geht hervor, dass Gaius hier die Bedingung für die Publiciana betreffs der objektiven Beschaffenheit der causa bestimmen will: sie muss iusta sein, so dass ein *wirklicher* Kauf etc. vorliegt. In den Schlussworten aber wird ohne jeden Zusammenhang mit dem Vorhergehenden plötzlich die *bona fides* erwähnt. Auch die zunächst vorhergehenden Worte: Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore se emisse müssen sich auf den *objektiven* Charakter des Kaufs beziehen, da hier der Fall: die Unterlassung der t. a. infolge des Irrtums des Käufers, z. B. über das Alter des Mündels — welcher Irrtum im unzweifelhaft echten Vat. fr. 1 Bedeutung für die bona fides hat und auch *ebenso* wie der betreffs der Tutoreigenschaft einer Person haben *muss* — ausgelassen ist. b. Wäre der ganze § hinsichtlich seines Inhalts echt, müsste geschrieben worden sein: probare debet se vero tutore auctore *aut* deceptum falso tutore auctore emisse. Der Digestatext entbehrt ja sogar formalen Zusammenhang. c. Der eben besprochene Fall: der Irrtum des Käufers über das Erfordernis der t. a., der hier ausgelassen ist, muss von Gaius im Zusammenhang mit den Bedingungen für eine emptio *bona fide* erwähnt worden sein. — Nach dem echten Gaius possidiert — scheint es — zwar der deceptus pro emptore und, wenn er die Sache für die des Mündels hält, bona fide, weil die *Auffassung* betreffs des Kaufs in Beziehung auf die possessio prävaliert. Aber er hat nicht die Publiciana, weil *objektiv* kein gültiger Kauf, also keine iusta causa vorliegt. Vgl. Gaius I. 4, 36. Die Kompilatoren wollen ihm die Publ. geben. (Dass er jedoch schon nach klassischer Jurisprudenz, ebenso wie der, welcher in Unkenntnis vom furiosus kauft, usukapiert, ist zwar sicher: siehe Karlowa, R. Rg. 2, S. 391. Dass man aber *allgemein* diese Meinung gehabt oder aus dieser Annahme utilitatis causa (?) die Anwendbarkeit der *Publ.* gefolgert hat, ist nicht notwendig). 3. Paulus D. 18, 1, 27: [Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit. at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit]. Man beachte hinsichtlich dieser das pro emptore possidere im vorliegenden Falle voraussetzenden Worte, dass sie nicht nur beinahe vollständig der Ausdrucksweise des Vat. fr. 1 folgen, sondern auch einen notwendig auf Übersehen beruhenden Fehler enthalten: das Wort *sciens* vor sine tutoris auctoritate fehlt. Es ist jedoch schlechthin notwendig. Es ist sicher, dass Paulus, der Vat. fr. 1 geschrieben hat, den über das Erfordernis einer t. a. — nicht aus error iuris — irrenden Käufer für b. f. emptor hält, wenn er im übrigen in bona fides ist. Hierzu kommt, dass der letztere Teil der Stelle den ersteren mit seinem *a quolibet* für unrichtig erklärt. Schliesslich widerstreitet die Angabe über Sabinus hier der des Marc. D. 41, 1, 11. Nach dieser Stelle ist der fragliche »Käufer« nicht nur nicht *b. f.* emptor, sondern er besitzt nicht einmal pro emptore. Es ist also höchst wahrscheinlich, dass eine Interpolation

Also prävaliert die Auffassung des Empfängers. Nur wenn dieser Eigentümer ist und sein Recht nicht kennt, kann die Übereinkunft nicht die causa possessionis bestimmen, weil eine solche Person unmittelbar mit der naturalis possessio auch wirklich besitzt.[1]

---

seitens der Kompilatoren vorliegt, die den Unterschied zwischen der alten Stellung des Weibes in tutela und der des Mündels übersehen. — LENEL sagt Pal. Paulus 1782, I S. 1276[3], über MOMMSEN's u. a. Annahme einer Interpolation: non satis constare videtur. Die Gründe, die angeführt werden *können*, scheinen jedoch hinreichend zu sein.

[1] Über das letztere siehe oben S. 113[1], S. 174[1] und 175 f.

Nach SAVIGNY, Das Recht des Besitzes 1. Aufl. (1803) ist für wirklichen Besitz theoretisch der Wille, wie ein dominus zu besitzen — animus domini — erforderlich. Deshalb ist nach ihm der Besitz des Pfandgläubigers ebenso wie der des Prekaristen und des Sequester eine Art »abgeleiteter Besitz», der in der Tat eine theoretische Anomalie wird. Der Besitz wird aus praktischen Gründen angenommen — um diese am Interdiktsschutz teilhaben zu lassen. Nach IHERING, Der Besitzwille (1889), vgl. Iher. Jahrb. 32 (1893), ist für den Besitz nur der einfache animus rem detinendi erforderlich. Damit wird für ihn der Nichtbesitz des Pächters und anderer dgl. Besitzvermittler eine theoretische Anomalie. Deren Ausschliessung von wirklichem Besitz ist nach ihm durch praktische Gründe veranlasst. (Siehe die klare zusammenfassende Darstellung bei GIRARD, Man. S. 275).

Zwischen diesen beiden absurden Grundanschauungen — absurd deshalb, weil ihre Vertreter durch ihr Übersehen des mystischen Elements im römischen Besitz: der *inneren* Macht (animo) über den Gegenstand zu der Annahme getrieben werden, dass die römischen Juristen einen Begriff von Besitz als wirklicher Macht gehabt und doch Beliebiges unter den Begriff subsumieren zu können geglaubt haben — bewegen sich die gewöhnlichen Erklärungsversuche. Sie sind alle ebenso wie die von SAVIGNY und IHERING infolge des genannten Übersehens verfehlt.

Innerhalb des SAVIGNY'schen Gedankenkreises bewegt sich BEKKER, Das Recht des Besitzes (1880). Der juridische Sachenbesitz sei Eigentumsbesitz, durch den animus domini gekennzeichnet. Aber daneben habe sich aus praktischen Gründen ein Interdiktsschutz für die Ausübung gewisser Rechte an der Sache entwickelt, wodurch »Rechtsbesitz» entstanden sei. Der erforderliche animus sei in diesem Falle nur darauf gerichtet, ein gewisses Recht an der Sache auszuüben. Der Begriff soll auch durch die Ausdehnung der Passivlegitimation im Vindikationsprozess auf den detentor als solchen ermöglicht worden sein. Dieser »Rechtsbesitz» könnte neben dem Eigentumsbesitz bestehen. Zu demselben gehöre sowohl die Ausübung von ususfructus wie Pfandbesitz. Als Beweis für letzteres wird angeführt, dass, wenn der Pfandgläubiger vom

Eigentümer gehindert wurde, die Sache zu gebrauchen, dies kein Stören des Pfandbesitzes wäre: so im lebenden Recht, das im Widerspruch zu dem Dogma vom Pfandbesitz als reinem Sachenbesitz gestanden haben soll, einem Dogma, welches jedoch in einem ursprünglich vorausgesetzten blossen »Rechtsbesitz» seine Unterlage gehabt habe. Siehe besonders S. 166 ff., 172 ff. und 181 f. (Zusammenfassung). Man kann sich schwer eine den Tatsachen fremdere Konstruktion denken. Es gibt gar keine Stütze dafür, dass die Römer *jemals* den Pfandbesitz als einen Rechtsbesitz betrachtet haben, welcher Besitz in dem von B. gebrauchten Sinne jedenfalls für sie nur ein Quasi-Besitz war. Die scharfe römische Scheidung in possessorischer Hinsicht zwischen dem ausübenden Usufruktuar, der juridisch *durchaus nicht besitzt*, und dem Pfandgläubiger, der, soweit er das Pfand innehat, juridisch *voll und ganz* besitzt, wird ja völlig unverständlich, da doch beide gleich effektiven Interdiktsschutz genossen.

Sohm bewegt sich auch in demselben Gedankenkreis, obgleich er sich Ihering etwas nähert. Er sucht den Besitz des Pfandgläubigers (wie auch des Prekaristen) im Gegensatz zu dem Nichtbesitz des Depositars und anderer ähnlicher Besitzvermittler so zu erklären, dass der Pfandgläubiger hinsichtlich des Besitzes Herrenwillen hat, indem er jeden andern von der Sache ausschliessen will. »Das Wesen des Besitzes als solchen ist nicht der Genuss der Sache, sondern nur die Ausschliessung anderer von der Sache.»: Inst. 14. Aufl. (1911) S. 424[2]. »Anders als der Faustpfandgläubiger steht der Mieter, Pächter (Kommodatar u. s. w.) zur Sache. Der Mieter hat nicht den Willen, den Vermieter von der Sache auszuschliessen, sondern umgekehrt den Willen, Handlungen des Vermieters in Bezug auf die Sache zu vermitteln (deshalb besitzt der Vermieter juristisch durch den Mieter). Denn der Mieter will nicht ein Sachenrecht, sondern nur ein Forderungsrecht ausüben (das Recht, dass der Vermieter ihn gebrauchen lasse). Jede Gebrauchshandlung des Mieters stellt deshalb juristisch Entgegennahme der Gewährshandlung des Vermieters, d. h. Verwirklichung der Herrschaft des Vermieters über die Sache dar. Nur Fremde schliesst der Mieter von der Sache aus, aber (juristisch) im Dienst als Werkzeug des vermieterischen Besitzes.»: S. 423[1].

»Das Wesen des Besitzes ist . . . die Ausschliessung anderer von der Sache.» Darum hat der Pfandbesitzer 'Herrenwillen' — animus domini — nicht der Mieter, der nicht den Vermieter selbst von der Sache ausschliessen will. Wenn nicht ein grober circulus in der Erklärung des Besitzes vorliegt, kann »die Ausschliessung von der Sache» hier nicht Ausschliessung vom (juridischen) Besitze bedeuten. Der Ausdruck muss also Ausschliessung vom faktischen Innehaben bedeuten. Aber dass der Mieter gemäss der Mietübereinkunft den Vermieter ebensogut wie jeden Aussenstehenden vom faktischen Innehaben der Sache ausschliessen will, ist oben nachgewiesen. Weder begeht er ein furtum usus noch ein furtum rei (des Ertrags), wenn er gegen den späteren

Willen des Vermieters gemäss der Übereinkunft die Sache behält, bezw. sich ihren Ertrag zueignet. Auch gibt das dingliche Recht des Vermieters diesem nicht die Möglichkeit zur Vindikation der Sache gegenüber dem Mieter. Wahrscheinlich kann der Vermieter auch nicht possessorische Interdikte gegen letzteren aus dem Anlasse gebrauchen, dass dieser ihn an Verletzung seiner Rechte verhindern will. Siehe oben S. 86 ff. Was ist dann der Unterschied zwischen dem Pfandbesitzer und dem Mieter in possessorischer Hinsicht? Letzterer will kein *Sachenrecht* ausüben, sagt SOHM. Soll denn *dies* Bedingung für den Besitz sein? Das widerstreitet ja der gleichfalls zitierten Erklärung des »Wesens» des Besitzes! Übrigens ist ja gerade für den Pfandbesitzer auszeichnend, dass er kein Sachenrecht ausüben will. Denn wenn dieser auch sachenrechtlich gestaltete Aktionen hat, fehlt es ihm doch an jedem wirklichen Sachenrecht. Man beachte auch den bei SOHM scharf hervortretenden Zirkel: Der Besitz besteht neben der faktischen Macht im Willen zum wirklichen Besitz = faktischer Macht und Willen zum Besitz ... Die SAVIGNY'sche Besitzlehre verwechselt die allgemeine (jedoch nicht notwendige) Bedingung für den *Erwerb* des Besitzes mit dem Wesen desselben selbst und gerät damit in einen circulus vitiosus. Der Besitz selbst ist gar kein Wille, sondern eine *Macht*. Der animus, der zu demselben gehört, ist nicht ein Wille, sondern die Seele als mit einer Macht über die Substanz des Dinges ausgerüstet. Ob ich diese Macht gebrauchen und ob ich sie, nachdem sie einmal erworben ist, behalten will, ist, solange sie ihre physische Grundlage nicht verloren hat, gleichgültig. Aber der *Erwerb* setzt *im allgemeinen* den Willen, diese geheimnisvolle Macht zu gewinnen, voraus. Siehe oben S. 143 ff. — In der 17. Auflage von SOHMS Inst., bearbeitet von MITTEIS, ist die referierte Darstellung in fraglicher Hinsicht verworfen, aber keine andere akzeptable Erklärung gegeben: siehe S. 270[2].

Innerhalb des IHERING'schen Gedankenkreises bewegt sich BESELER. Er sagt Sav. Z. 44 (1924) S. 375: »*Animus sibi possidendi und animus alteri possidendi*. Diese Begriffe sind der klassischen Besitzlehre fremd. Iherings Kritik ist stichhaltig, trifft aber nicht die Klassiker. Der klassische animus possidendi ist der Wille, die Sache beherrschen zu können, nicht der Wille, die Sache beherrschen zu können und sie selbstnützlich zu beherrschen. In manchen Fällen ist der corpore rem tenens trotz animus possidendi kraft Rechtsnorm nicht Besitzer, sondern Besitzvermittler. In diesen Fällen ist Träger dieser Rechtsfolge eine objektive Sachlage, nicht ein subjektives Moment in der Seele des natürlichen Besitzers.» S. 376: »Aliquis meo nomine in possessione est ist ein harmlos ungenauer Ausdruck des Gedankens 'jemand ist der objektiven Rechtslage nach mein Besitzvermittler'.»

Ist dies wirklich verständlich? Man hat den animus possidendi und die faktische Macht, was allein der bei IHERING und BESELER entdeckbare *Begriff* des Besitzes ist. Doch könne das Recht bestimmen, nicht nur (beachte wohl!),

Man kann fragen, weshalb gerade zur Natur der Pfandvereinbarung, nicht der des Depositum etc. gehören soll, dass der Empfänger selbst die Sache wirklich besitzt. Die Antwort ist einfach.

---

dass unter gewissen Umständen der wirkliche Besitz seine normalen Rechtsfolgen nicht hat, sondern auch, dass *kein Besitz* vorliegen soll! Die Verwechslung des animus sibi possidendi (des Willens eigennützlich die Sache zu possidieren), bezw. des animus alteri possidendi, welche Begriffe wirklich in der klassischen Jurisprudenz keineswegs betreffs der possessorischen Lage Bedeutung haben, mit dem animus *suo nomine*, bezw. alieno nomine possidendi, welche Begriffe in Besitzfragen bei dem *Erwerb* für das Vorhandensein des Besitzes entscheidend sein können, ist erstaunenswert. Man nehme an, dass ich eine Sache gekauft habe und der Verkäufer, der noch nicht zur Lieferung verpflichtet ist, mir die Sache überbringt, kann dann gleichgültig sein, ob ich erkläre, dass ich sie als Mieter oder als Käufer empfange? Aber im einen Falle will ich die Sache nur alieno nomine detinieren, im anderen suo nomine possidieren. Kann beim Empfang von Geld gleichgültig sein, ob ich erkläre, dass ich es als Bezahlung einer Schuld empfange oder als Depositum verwahren will? Um so bedenklicher ist der BESELER'sche Standpunkt, als er auch als Unterlage für eine *Interpolationstheorie* betreffs einer sehr gewichtigen Iulianusstelle (D. 41, 1, 37, 6 siehe oben S. 95—96) verwandt wird.

RICCOBONO, BIDR 23 (1911), S. 18—19 entscheidet salomonisch zwischen SAVIGNY und IHERING. Der erstere soll betreffs der possessio ad interdicta, letzterer betreffs der possessio civilis in RICCOBONO's Sinne Recht haben. Jener Besitz »è un mero fatto, qualificato dalla volontà del soggetto» (S. 18). In bezug auf letzteren Besitz sei dagegen die causa bestimmend. »La volontà in questa figura di possesso è involta nella causa, e vi corrisponde perfettamente. E ciò è naturale; poichè la volontà in tanto ha valore nel diritto in quanto si manifesta all' esteriore». »Nel primo (poss. civ.) è la 'causa' d'acquisto che determina in via diretta la conseguenza del possesso; nel secondo (poss. honoraria = ad interdicta), che sta peraltro fuori gli ordinamenti di diritto, risalta solo la volontà, ed in generale è la volontà che in via diretta imprime al rapporto un carattere proprio» (S. 19). Wir bemerken hierzu nur folgendes. Wenn der tatsächliche Wille die possessio ad interdicta bestimmt, muss ich, wenn ich als Mieter die Sache empfangen habe, sie aber jetzt wirklich possidieren will, z. B. pro herede, wirklicher possessor ad interdicta werden. Dies aber widerstreitet ja dem Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest — nach Iulianus' Auslegung D. 41, 5, 2, 1. Ist der Satz nicht für die fragliche possessio gültig oder ist Iulianus als Ausleger nicht zuverlässig?? Wenn der für den Besitz relevante Wille bezüglich der possessio civilis in der objektiven »causa d'aquisto» eingeschlossen ist, wie kann dann diese possessio zugleich Interdiktsbesitz sein, in welchem der *tatsächliche* Wille entscheidend sein soll? Und doch meint R., dass die erstere possessio letztere in sich schliesst. (Siehe S. 11).

Das ursprüngliche zivile Pfand — die fiducia — wurde ja durch Übertragung des Eigentumsrechts selbst konstituiert. Es ist dann natürlich, dass, als man begann, Verpfändung auch ohne solche Übertragung vorzunehmen, man wenigstens die Konstituierung des dem Eigentumsrecht analogen Rechts, das im Besitze liegt, forderte. (Das Vertragspfand ist ja später). Dazu kommt, dass das vermutlich älteste Faustpfand — das Arrestpfand — *seinen ganzen Sinn* darin haben sollte, dass der Verpfänder von der wirklichen Macht durch den Gläubiger ausgeschlossen wurde, bis er bezahlte oder andere Sicherheit leistete. Früh scheint indessen die Pfandübereinkunft mit der Vereinbarung verbunden worden zu sein, dass das *dominium* selbst unter gewissen Bedingungen an den Gläubiger übergehen sollte.[1] Der Sinn der Übereinkunft wurde dann ja — neben dem angeführten Arrestzweck — offenbar dieser, dass das Behalten der Sache als Unterlage für den eventuellen Übergang des Eigentums dienen sollte. Deshalb musste die Gewalt über das Ding seine *Substanz* betreffen. Als später an die Stelle des Eigentumsübergangs das Verkaufsrecht trat, wurde dieselbe Macht eine Unterlage für die eventuelle Zueignung des *Wertes* der Sache selbst und musste sich dann auch auf die Substanz beziehen. Die faktische Macht des Depositars und derartiger Besitzvermittler hat ja weder den *Zweck*, den Deponenten etc. von der faktischen Macht auszuschliessen, noch die Aufgabe, als Unterlage für Zueignung der Sache selbst oder ihres Wertes zu dienen. Höchstens kommen ja hier der etwaige Gebrauch der Sache oder Zueignung ihrer *Früchte* als beabsichtigte Vorteile für den faktischen Machtinhaber in Frage.

Da der Pfandschuldner das Recht des Besitzes durch den Pfandgläubiger als selbst dieses Recht innehabend und gebrauchend behält, usakapiert er durch letzteren, obgleich er selbst nicht den vollständigen Besitz hat.[2] Dies ist natürlich, da die Grundlage der Usukapierung nur das *Recht* des Besitzes sein kann, welches der Pfandschuldner ja behält. Da er jedoch den Besitz nicht in körperlicher Beziehung hat, mangelt es ihm an Besitz im Sinne der Interdikte, wie er auch nicht für Vindikation und actio ad exhibendum passiv

[1] Siehe Cuq, Man. S. 661.

[2] Siehe oben S. 110[1].

legitimiert ist.[1] Man bemerke, dass in dem einzigen sicheren Parallelfalle betreffs des Besitzes animo: der dominus possidiert animo den servus fugitivus, ganz dieselbe Regel gilt. Nur ad usucapionem hat der Besitz Bedeutung.[2] Dies ist ein *sicherer* Parallelfall, weil der Besitz auch hier *rein* animo besteht und gar nicht in der Fähigkeit, den körperlichen Besitz, wenn man will, zurückzunehmen, seine Unterlage hat, was betreffs des eigentlich als solo animo geltend bezeichneten der Fall ist — nämlich des Besitzes, der so entsteht, dass der Besitzende die unmittelbare körperliche Macht aufgibt, ohne die Absicht zu haben, auf sie für die Zukunft zu verzichten.[3] Da es sich in diesem Falle nur um res immobiles handelt und immer vorausgesetzt wird, dass *kein anderer* die körperliche Macht erhalten hat, ist klar, dass der fragliche Besitz in der bleibenden Fähigkeit, die Sache physisch zurückzunehmen, seine Unterlage hat.[4] Deshalb

---

[1] Letzteres kann trotz hier vorkommender Interpolationen aus Ulp. D. 6, 1, 9 und D. 10, 4, 3, 15 bestimmt gefolgert werden. Natürlich gilt aber immer bezüglich der actio ad exhib. die Regel: dolo malo desinere possidere gibt die Passivlegitimation auch für den Pfandschuldner.

[2] Siehe oben S. 177 ff.

[3] Siehe oben S. 142[1].

[4] Es ist wahr, dass die Voraussetzung, dass kein anderer die körperliche Macht erhalten haben darf, nicht *restriktionslos* für alle Juristen gegolten zu haben scheint. Nach Pomponius D. 41, 2, 25, 2 fragt man, ob, was wir solo animo possidieren, mit der Besitznahme einer anderen Person unmittelbar verloren wird oder erst, wenn wir zurückkehrend am Zutritt gehindert werden, oder wenn wir nur annehmen, dass der Okkupant uns daran hindern werde. Nach Pap. D. l. c. l. 46 soll der fragliche Besitz so lange behalten werden, wie einem die Okkupation durch eine andere Person unbekannt ist. Ex contrario könnte man eine derartige Meinung als die des Paulus aus D. l. c. l. 3, 6 u. 7 folgern, wo betreffs einer *vacua possessio* gesagt wird, dass der Okkupant, der den heimkehrenden dominus zurücktreibt, nicht *vi* zu possidieren scheint. Auch schon Neratius scheint nach Paulus D. l. c. l. 7 zur selben Richtung gehört zu haben. Indessen handelt es sich bei dieser Restriktion nur um eine Übertragung des Satzes von der Notwendigkeit des contrarius actus bei freiwilligem Besitzverlust auf einen Fall des unfreiwilligen Verlusts. Wenn der Besitz *solo* animo besteht, meint man, kann nicht das gewöhnliche Prinzip für unfreiwilligen Besitzverlust betreffs einer res immobilis: die Okkupation einer anderen Person verwendet werden. Hier muss der animus, durch welchen man allein besitzt, auf irgend eine Weise von der Okkupation berührt

kann *hier* — mit ROTONDI — von einer blossen Erweichung des ursprünglichen strengen Besitzbegriffs mit seiner Doppelseitigkeit: physische *und* seelische Macht gesprochen werden, welcher Begriff jedoch von Anfang an von im praktischen Leben ausgebildeten Vorstellungen darüber, was unter wirklicher Macht zu verstehen ist, kaum unberührt gewesen sein kann.[1] Die fragliche Erweichung dürfte hier nur einer bis zur äussersten Grenze gegangenen Einwirkung praktischer Gesichtspunkte Ausdruck geben. Im Gegensatz dazu ist der Besitz animo in den zwei angebenen Fällen eine reine *Rechtskonstruktion*, welche beim Pfandschuldner durch den Begriff des Innehabens von fremdem possessorischen Recht, beim servus fugitivus durch die Vorstellung bestimmt ist, dass der Sklave selbst seinem Eigentümer nicht Besitz entziehen kann. *Deshalb* mangelt es diesen Besitzen vollständig am physischen oder faktischen Element. Nur das *Recht* des Besitzes bleibt, woraus unmittelbar folgt, dass der fragliche Besitz nur ad usucapionem gelten kann.

Wenn man die von Trebatius und Sabinus behauptete besondere Meinung über die Möglichkeit eines Doppelbesitzes in solidum — der eine besitzt iuste, der andere iniuste —[2] berücksichtigt, findet man indessen noch einen vierten Fall von Besitz animo. Der iuste Possidierende kann natürlich nur animo besitzen, während der iniuste Possidierende die Sache auch physisch innehat. Über diesen Fall kann auf Grund der Unvollständigkeit des Quellenmaterials nur dies bestimmt gesagt werden, dass es sich nicht um eine gewöhnliche

werden, was, da es sich um unfreiwilligen Besitzverlust handelt, nur so geschehen kann, dass man die Möglichkeit, den physischen Besitz als ledig zurücknehmen zu wollen, verliert. Und so gewinnt das Prinzip für den freiwilligen Besitzverlust wenigstens eine Quasianwendung auf einen Fall des unfreiwilligen Besitzverlusts auf Grund der hier vorliegenden speziellen Sachlage. So scheint Pap. l. c. zu argumentieren. Da aber jedenfalls der Besitz *dann* verloren ist, wenn der Possessor den Willen, die körperliche Macht über die Sache als der Okkupation zugänglich zurückzunehmen, nicht weiter haben kann, so ist die erwähnte Voraussetzung betreffs der Fähigkeit, diese Macht, wenn man will, aufs neue zu gewinnen, nicht in ihrer prinzipiellen Bedeutung aufgegeben.

[1] Siehe oben S. 135.

[2] Siehe oben S. 208 f. Darüber dass Iulianus diese Meinung nicht zugeschrieben werden darf, siehe oben S. 210. Über die Interpolationen Ulp. D. 43, 17, 3 pr. und Pomp. D. 43, 26, 15, 4 siehe oben S. 208 f. u. 213 f.

Besitzvermittlung handelte — sei es im Sinne einer solchen Vermittlung durch den Depositar u. dgl., sei es im Sinne der Vermittlung durch den Pfandgläubiger — und dass die beiden Possidierenden *im Verhältnis zueinander* iuste, bezw. iniuste besitzen mussten.[1] Natürlich kann eine Besitzvermittlung nur betreffs der precaria possessio vorkommen, welcher Besitz auch allein von Sabinus und Trebatius[2] direkt erwähnt wird. Aber was die Vermittlung durch den Depositar u. dgl. betrifft, so passt sie nicht für diesen Fall, weil der Prekarist selbst besitzt. Eine Vermittlung durch den Prekaristen, die der des Pfandgläubigers ähnlich wäre, scheint zwar an sich nach gewöhnlichen Prinzipien nicht unmöglich zu sein. Doch fehlt es an jedem Zeugnisse für eine solche Ansicht; jedenfalls kann davon bei Sabinus und Trebatius nicht die Rede gewesen sein. Denn der Ausdruck iuste, bezw. iniuste possidieren deutet darauf hin, dass ein Doppelbesitz im Sinne der Interdikte gemeint wird. Wenn es sich aber um einen dem des Pfandschuldners und Pfandgläubigers ähnlichen Doppelbesitz handelte, hätte der precario dans nur Usukapionsbesitz, der Prekarist allein Interdiktsbesitz. Indessen kann man betreffs der precaria possessio an eine *besondere* Besitzvermittlung gedacht haben. Der Prekarist hat ja allerdings gegenüber jedem anderen vollen Besitz. Gegenüber dem precario dans fehlt ihm jedoch jedes *Recht* des Besitzes. Deshalb kann er als im Verhältnis zu diesem nur detinierend und so seinen Besitz vermittelnd betrachtet worden sein. Auf diese Weise vermittelt er sowohl dem precario dans wirklichen Besitz und besitzt zugleich selbst gegenüber anderen. Im übrigen kann nur die Vermutung aufgestellt werden, dass der fragliche Doppelbesitz im allgemeinen so gerechtfertigt worden ist, dass der, von welchem der Besitz vi oder clam oder precario erworben ist, doch selbst durch dasselbe Verfahren gegenüber seiner Gegenpartei eine *vollständige, iusta* possessio gewinnen kann.[3] Die Fähigkeit zum Erwerb einer *iusta*, körperlichen possessio durch ein Verfahren, das an sich zum Erwerb eines solchen Besitzes untaug-

[1] Über letzteres oben S. 209.

[2] Paulus D. 41, 2, 3, 5.

[3] Siehe oben S. 196.

lich ist, würde dann die Ansicht über einen Besitz trotz Abwesenheit physischer Macht veranlasst haben. Dann würde die besondere Hervorhebung der precaria poss. verständlich, weil in diesem Falle *auch* Besitzvermittlung vorhanden sein sollte. Jedenfalls kann nicht behauptet werden, dass hier ein Besitz vorläge der ohne jedes Verhältnis zur physischen Macht, also *rein* animo, bestände und doch nicht nur ad usucapionem gälte.

§ 10.

Was an der Sache wird durch den animus possidiert?

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist es nötig, einleitungsweise eine besonders in den Digesten vorkommende Bedeutung von *species* zu behandeln. HEUMANN-SECKEL gibt als Bedeutungen des Wortes in den Dig. ausser Anschein, Anblick u. dgl. *Form* oder *Gestalt, individuelles Ding* und *Art* an. Indessen findet sich ausserdem eine fünfte Bedeutung, die in der Mitte zwischen den beiden Bedeutungen: Form und individuelles Ding liegt, nämlich die *Einheit* des Dinges, die die Mannigfaltigkeit seiner Elemente zusammenhält und somit sowohl Prinzip für seine Identität beim Wechsel seiner unwesentlichen Bestimmungen ist als auch das Ding zu etwas in sich Geschlossenem, von allem anderen Abgesondertem macht. Ohne irgendwelchen Anspruch auf Vollständigkeit sollen hier einige Fälle des Vorkommens dieser Bedeutung angeführt werden.

Paulus sagt[1]: Item quæcumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedant, ea quamdiu cohærent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, *unitate maioris partis* consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per ean-

[1] D. 6, 1, 23, 5.

dem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit ... at in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam *propriam speciem*, ut singuli homines, singulæ oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse, quod non idem in cohærentibus corporibus eveniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua *uno spiritu continetur*.

Wir analysieren nun diese Äusserung. Was als accessio zu betrachten ist: Fuss oder Arm einer Statue, Fuss eines Tisches, Henkel eines Bechers etc.[1] und als solche zu der Hauptsache und zu deren Eigentümer gehört (»cedunt»), auch wenn es vor der Verbindung mit der Hauptsache einem anderen gehört hat, muss, um vom früheren Eigentümer vindiziert werden zu können, abgetrennt werden, was dieser durch actio ad exhib. erzwingen kann. Aber nach Cassius verhält es sich nicht immer nur so, dass die nicht freigewordene accessio als Moment der Hauptsache deren Eigentümer gehört. Es *kann* auch geschehen, dass sie sogar nach der Abtrennung das Eigentum derselben Person bleibt, obgleich sie vor ihrer Verbindung mit der Hauptsache jemand anders gehört hat. Der von Cassius erwähnte Fall ist der einer Akzession einer Statue, die durch ferruminatio mit der Hauptsache zusammengefügt worden ist. Sie wird von der *unitas* maioris partis konsumiert, erhält ihre Bestimmtheit durch diese, ganz wie der Baum, der in einen anderen Boden überführt worden ist und in ihm Wurzel geschlagen hat, so sehr eine accessio des Bodens wird, dass er, auch davon getrennt, nicht dem Eigentümer seines ursprünglichen Bodens, sondern dem des neuen Bodens gehört.[2] Aber betreffs der Dinge, die aus miteinander nicht zusammenhängenden Körpern bestehen, z. B. einer Schafherde, muss gesagt werden, dass die einzelnen Körper ihre eigentümliche *species* behalten, weshalb sie im Eigentum verschiedener Personen stehen können. Dies also im Gegensatz zur Sachlage bei den Dingen, die aus cohærenten Körpern bestehen. Denn der Arm an

---

[1] Siehe die Beispiele Paulus D. l. c. § 2.

[2] Paulus D. 41, 1, 26, 1.

meiner Statue kann nicht *dein* sein, da das Ganze uno *spiritu* continetur.[1] Hier kann kein Zweifel darüber bestehen, dass mit *unitas* (rei), *species* und dem zusammenhaltenden *spiritus* ein und dasselbe gemeint wird — wenn auch verschiedene Gesichtspunkte bei jeder dieser Bezeichnungen hervortreten. Weiteres hierüber unten.

Sabinus sagt[2], dass der in Gold oder Silber eingeschlossene Edelstein als accessio zu diesen Metallen gehört — »cedere»: ei enim cedit, cuius maior est *species*. Wenn damit die Worte: unitate maioris partis consumi (über den durch ferruminatio zu einer Statue hinzugefügten Arm) in der oben angeführten Äusserung von Cassius, der ja zur selben Richtung gehörte und mit Sabinus beinahe gleichzeitig war, zusammengestellt werden, so wird ja die Bedeutung von *species* als des Dinges innere Einheit vollkommen deutlich.

Paulus behandelt[3] die Frage, ob ein versprochener freier Mensch, nachdem er in Sklaverei verfallen ist, geliefert werden muss. Er meint, dass der Fall nicht dem Versprechen: ex fundo centum amphoras vini gleichgestellt werden darf. Im letzteren Falle verspricht man nicht species (hier = individuelles Ding), sondern genus (= nur allgemein bestimmtes Ding). Es wird hier tacite vorausgesetzt, dass das Versprechen erst dann in Kraft treten soll, wenn wirklich solcher Wein vorliegt. Dann heisst es: homo liber certa *specie continetur*. Dass certa specie hier durch Individualität zu übersetzen ist, ist offenbar. Aber das Wort continetur zeigt auch deutlich, dass die Individualität nicht abstrakt gedacht werden darf. Sie bedeutet hier die innere Einheit, die die Person als Individuum konstituiert.[4] Die Worte homo liber certa specie continetur haben

---

[1] Vgl. hiermit Pomp. D. 41, 3, 30 pr.: tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno *spiritu* et græce ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia . . . Über die Quelle der fraglichen Einteilung bei den Stoikern siehe Plut. Præc. conj., cp. 34 und Achilles Isag. 14, p. 134 (Arnim fr. stoic. vet. 2, 366 und 368).

[2] Bei Ulp. D. 34, 2, 19, 13.

[3] D. 45, 1, 83, 5.

[4] Beseler, Sav. Z. 45 (1925) S. 451 sagt über die angeführten Worte: »überflüssig und lästig». Eine Hervorhebung, dass es sich bei dem fraglichen Versprechen um ein individuum handelt, ist notwendig. Warum lästig? Der Sinn ist doch völlig klar.

ihre offenbare Parallele in den Worten uno spiritu continetur, die Paulus und Pomponius für ein einzelnes Ding gebrauchen.[1]

Iulianus berichtet[2], dass Kaiser Titus vorgeschrieben habe, dass das Erbe gegenüber demjenigen vindiziert werden könne, der Erbsachen empfangen und sie in Geld umgesetzt habe: ac si corpora in *eadem specie* mansissent. Species muss hier mit dinglicher Einheit oder Individualität übersetzt werden, weil die ursprüngliche vindicatio hereditatis auf Grund des Innehabens von Erbschaftssachen natürlich nur in bezug auf solche Dinge möglich war, die sich wirklich im Nachlass fanden.

Gaius berichtet[3], dass der, welcher aus einem in fremdem Eigentum stehenden Stoff eine neue Sache gemacht hat, nach den Prokulianern Eigentümer wird, während nach den Sabinianern der Eigentümer der Materie Eigentümer der neuen Sache wird. Aber von den Beispielen, welche angeführt zu werden pflegen, erachtet er eines als unrichtig, nämlich das Gewinnen von Getreidekörnern aus Ähren: cum enim grana, quæ spicis continentur, *perfectam* habeant *suam speciem*, qui excussit spicas non novam *speciem* facit, sed eam, quæ est, detegit. Das Saatkorn der Ähre hat schon seine eigene, *die Sache von anderem absondernde Einheit* vollkommen ausgebildet in der Ähre. Es hat nicht wie beispielsweise der Balken eines Hauses eine nur potentielle individualisierende Einheit.

Pomponius bei Ulpianus[4]: Der, welcher aus eigenem Wein und dem Honig eines andern Met bereitet, wird Eigentümer, quoniam

---

[1] Siehe oben S. 237[1]. — In einer Parallelstelle, Paulus D. 46, 3, 98, 8, wird folgender Fall besprochen. Ein bestimmter Sklave, der einem anderen als dem promissor gehört, wird ausbedungen. Der dominus lässt ihn frei. Er kann dann nicht gefordert werden. Aber auch wenn er wieder Sklave geworden ist, hat der Stipulator kein Forderungsrecht, weil die Obligation mit der ursprünglichen Veränderung des status absolut verloren ging und er, wieder Sklave geworden, ein anderer ist. Hier wird vorausgesetzt, dass zu der inneren Einheit, durch die ein »homo liber continetur», als wesentliche Bestimmung die Freiheit gehört, weshalb der Sklave mit der Freiheit seine vorherige Individualität verliert und mit dem Verlust der gewonnenen Freiheit eine vollkommen neue Individualität erwirbt.

[2] D. 41, 2, 18 pr.

[3] D. 41, 1, 7, 7, vgl. I. 2, 79.

[4] D. 6, 1, 5, 1.

suam speciem pristinam non continet. Die gleiche Bedeutung von species. Man beachte, dass die Prokulianische Anschauung, die hier vertreten wird, sich darauf *stützt*, dass die alte Sache durch die Spezifikation verschwunden und durch eine neue ersetzt ist. Hierüber alsbald.

Paulus[1]: Wir hören auf zu possidieren, z. B. wenn der Sklave freigelassen wird: item, si quod possidebam in *aliam speciem* translatum sit, veluti vestimentum ex lana factum. Zwar mag bei species hier an individuelles Ding gedacht sein. Aber man muss beachten, dass das ganze Gewicht darauf liegt, dass das Ding *wesentlich* ein anderes geworden ist. D. h. die dingliche Einheit selbst muss eine andere geworden sein, so dass das vorher possidierte Ding nicht mehr existiert. Sonst kann unmöglich gesagt werden, dass man bloss damit zu possidieren aufgehört habe, dass das Ding ein anderes wird. Ist z. B. die Wolle bloss so verändert worden, dass sie gefärbt worden oder schmutzig geworden ist, wo keine *wesentliche* Veränderung vorliegt[2] und also die dingliche Einheit selbst dieselbe ist, so wirkt dies natürlich gar nicht auf die Possidierung ein. Wenn auch hier mit species zunächst individuelles Ding gemeint sein sollte, muss doch dabei an die individualisierende dingliche Einheit selbst gedacht sein.

Alfenus Varus[3]: . . . quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus, qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hæ cotidie ex nostro corpore decederent aliæque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei *species* eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari. Man beachte, dass species hier weder Form noch Art bedeuten kann. Alfenus kann nicht einen lebendigen Menschen für denselben Gegenstand gehalten haben wie seinen Leichnam. Und doch ist die Form im gewöhnlichen Sinne dieselbe! Insbesondere tritt die Unmöglichkeit, species hier als Form aufzufassen, hervor, wenn man beachtet, dass Alfenus im Vorhergehenden als Beispiel

[1] D. 41, 2, 30, 4.

[2] Labeo bei Paulus D. 41, 1, 26, 2.

[3] D. 5, 1, 76.

für die Sachidentität auch das römische Volk als dasselbe im Wechsel seiner Teile anführt. Wenn species Art bedeutete, würden für Alfenus alle Dinge derselben Art auch identisch sein, was er nicht behaupten wollen kann. Es bleibt als mögliche Bedeutung nur die die besonderen Elemente zu einem Ganzen zusammenhaltende Einheit. Es ist ja offenbar, dass das gewöhnliche Bewusstsein bei der Identifizierung besonderer Erscheinungen an eine solche Einheit als kontinuierlich bestehend denkt. Alfenus aber berücksichtigt hier diese natürliche Vorstellungsweise. Das Eigentümliche für ihn wie für die klassischen Juristen überhaupt im Unterschied von der allgemeinen Auffassung liegt gar nicht in der Annahme einer solchen Einheit, sondern in ihrer Bezeichnung als *species*. — Indessen ist zu beachten, dass also schon zur Zeit des Cicero die fragliche Bezeichnungsweise wie die Unterscheidung zwischen der species und der Materie, worüber alsbald, vorgekommen sein muss.[1]

Die Bedeutungsentwicklung ist hier besonders greifbar. *Species* als *Sehen* (von specio) ist subjektiv *Schein*, objektiv *Aussehen*. Hieraus die *charakteristische Form*. Davon die *Art* im Gegensatz zur *Gattung*. Die Art ist die Bestimmtheit, die das Ding von gewissen anderen Dingen scheidet, wenn sie alle in einer Hinsicht als gleich oder als unter eine gewisse Gattung fallend betrachtet werden. In entsprechender Weise ist εἶδος (Stamm ἰδεῖν) eigentlich Aussehen, davon charakteristische Form und Art im Gegensatz zu Gattung (γένος). Die Aristotelische und stoische Philosophie macht indessen aus der wesentlichen Artbestimmtheit des Dinges dessen erhaltende innere Kraft. Von Aristoteles wird diese Bestimmtheit als εἶδος des Dinges bezeichnet — im Gegensatz zu dessen ὕλη. Bei den Stoikern wird sie des Dinges materialistisch gefasstes

[1] HEUMANN-SECKEL führt fünf Beispiele von species als Form oder Gestalt an. Von diesen sind bloss *zwei* richtig angeführt (D. 25, 1, 16 und D. 50, 16, 70). In den übrigen drei Fällen bedeutet species entschieden die individualisierende Einheit des Dinges. — FERRINI, BIDR 2 (1889) S. 184 ff. bemerkt zwar, dass species oft bei den Juristen »l'individualità dell'obbietto» bezeichnet, erkennt aber nicht, dass es sich hier um die individualisierende innere Einheit des Dinges handelt. Die Individualität wird von F. so abstrakt gefasst, dass sie für ihn dasselbe wie »individuelles Ding» überhaupt wird. Noch weniger wird der *Grund* der Bezeichnungsweise untersucht.

πνεῦμα, τόνος, ἕξις, ποιότης, aber auch εἶδος[1]: eine Form des alles durchdringenden Welt-πνεῦμα, der in sich selbst vernünftigen Weltkraft. Von der Aristotelisch-stoischen Philosophie kommt nun auch unzweifelhaft die den römischen Juriskonsulten angehörende Terminologie: *species* als die das Ding zusammenhaltende Kraft, die Prinzip für seine Absonderung von anderem und für seine Identität unter dem Wechsel seiner zufälligen Bestimmtheiten ist.[2] Man beachte, dass immer, wenn es sich für sie darum handelt, ob ein Ding seine species durch Eigenschaftsveränderung verloren hat und damit wirklich ein anderes geworden ist, das Gewicht darauf gelegt wird, ob es eine gewisse für wesentlich angesehene Artbestimmtheit verloren oder eine neue solche erhalten hat. Die Wolle verliert ihre species dadurch, dass aus ihr Kleider geworden sind, aber nicht, wenn sie gefärbt worden ist. Die Olive verliert ihre species, wenn Öl aus ihr entsteht, nicht aber wenn sie weich geworden ist. Der Becher verliert seine species dadurch, dass er eingeschmolzen wird, Becher zu sein aufhört, nicht aber wenn ein Henkel abfällt. Es ist wahr, dass die Sache auch dann eine andere wird, wenn die Materie ohne kontinuierlichen Übergang durch eine andere ersetzt wird. Dies aber betrifft nicht die *Bestimmtheit* der species selbst, sondern nur die Abhängigkeit ihrer *Individualisierung* von der Materie, worüber alsbald. Was zur wesentlichen Bestimmtheit einer Sache gehört, lässt sich natürlich nicht aus der absoluten Natur derselben herleiten, denn wenn man eine Sache an und für sich, ohne Rücksicht auf menschliche Zwecke und Anschauungsweisen betrachtet, kann man überhaupt nicht zwischen ihren wesentlichen und unwesentlichen Eigenschaften unterscheiden. Bloss menschliche Denkgewohnheiten, das Bedürfnis des Verkehrs, substantivische Benennungen u. dgl. bestimmen diese.[3]

---

[1] Siehe z. B. Simpl. in Arist. categ. f. 57 E (Arnim, fr. st. vet. 2, 378), Alex. Aphrod. de anima p. 17, 15, Bruns; 17, 21; 18, 7 (Arnim, 394), de mixtione p. 223, 25 (Arnim, 441), Plut. de Stoic. repugn. cp. 43 p. 1053 f. (Arnim, 449).

[2] Beachte: bei ALFENUS a. a. O. wird von den *Philosophen* gesagt, dass sie die *species* die Dingidentität bestimmen lassen.

[3] ZELLER, Phil. der Griechen 2, 2 (1879) S. 343 ff. diskutiert die Frage des Individualitätsprinzips bei Aristoteles und meint, dass zumal die Form als Begriff das Allgemeine ist, das Individualitätsprinzip in der Materie liegen

Aber mit der species als der die innere Einheit des Dinges ausmachenden wesentlichen Artbestimmtheit steht species als das von einer solchen Einheit konstituierte einzelne Ding — ganz einfach: certa res im Gegensatz zu incertum oder genus — in inniger Verbindung. Die erstgenannte Bedeutung von species vermittelt daher zwischen der Bedeutung Art und der Bedeutung individuelles Ding in der römischen Jurisprudenz. Aber dass sie überhaupt vorkommt, beruht auf dem Einfluss griechischer Philosophie. Der das Ding zusammenhaltende *spiritus*, von dem Paulus und Pomponius[1] sprechen, ist nichts anderes als das stoische πνεῦμα, ins Lateinische übersetzt. Beachte: πνεῦμα von πνέειν, spiritus von spirare.

Um so offenbarer wird die Abhängigkeit von griechischer Philosophie, wenn man beachtet, dass die klassischen Juriskonsulte in Übereinstimmung mit der griechischen Philosophie der *species* die *materia* als das gegenüberstellen, was durch species bestimmt wird, aber auch als Unterlage des Dinges die Speciesbestimmtheit erhält.

---

muss. Das Räsonnement ist indessen allzu einfach. Die Form ist ja doch auch des Dinges ἐνέργεια, dessen konstitutive Kraft, die aus der Materie das Ding selbst als eine πρώτη οὐσία schafft und erhält. Sie muss daher des Dinges innere Einheit sein, die dieses von innen heraus von allem anderen absondert. Zwar setzt die Form für ihre individualisierende Wirksamkeit eine Materie voraus. Aber dass diese Materie als solche keine Individualität positiv konstituiert, sondern nur eine conditio sine qua non — τὸ ἄνευ οὗ οὐχ — für die Entstehung der Individualität ist, tritt ja darin hervor, dass die reine Materie — πρώτη ὕλη — jeder wirklichen Bestimmtheit entbehrt, aktuell nichts ist. Was die letzte Materie — ἐσχάτη ὕλη — betrifft, so ist diese allerdings ein individuelles Ding. Aber teils ist sie das bloss als schon formbestimmt, teils ist es nicht diese, die positiv das aus ihr entstehende neue Ding schafft. Bloss die hinzutretende neue Form macht das Ding zu einem neuen Ding. (Die dialektischen Schwierigkeiten, die in der Lehre von Form und Materie als einander für das wirkliche Dasein voraussetzend liegen, führen zwar zur Auflösung der fraglichen Anschauung, hier aber interessiert natürlich nur die Intention des Aristoteles). Was die Stoiker betrifft, von welchen die römischen Juriskonsulte zunächst ausgehen, ist ihre Lehre in fraglicher Hinsicht völlig klar ausgedrückt: siehe Arnim 2, 378 (oben zit.): τὸ κοινὸν τῆς ποιότητος . . . λέγουσι διαφορὰν εἶναι οὐσίας und Arnim 2, 441 (oben zit.): ἕκαστον αὐτῶν (τῶν σωμάτων) ὑπὸ τοῦ οἰκείου εἴδους συνέχεσθαί τε καὶ ἡνῶσθαι und: καὶ γὰρ εἰ τοῦ μὴ διαπίπτειν, ἀλλὰ συμμένειν τὰ σώματα αἴτιον τὸ συνέχον αὐτὰ πνεῦμα. . .

[1] Siehe oben S. 238[1].

Dabei wird der *kontinuierliche* Austausch der Materie gegen andere als die Sachidentität nicht ausschliessend erachtet, wenn bloss die species — Artbestimmtheit — ununterbrochen besteht. Also ist z. B. ein Mensch derselbe, auch wenn infolge des beständigen Wechsels der Körpermaterie schliesslich kein Teil mit einem ursprünglich vorhandenen identisch ist. Ein Schiff, das teilweise mit neuem Material repariert wird, bleibt dasselbe, so dass es schliesslich durch beständige Reparaturen seine ursprüngliche Materie vollständig verloren haben kann, ohne deshalb die Sachidentität zu verlieren. Die Materie bestimmt also nicht die Sachidentität. Aber dass der Wechsel der körperlichen Teile nicht abrupt, sondern kontinuierlich geschehen muss, beruht darauf, dass die species als *individualisierende* Einheit von ihrer Materie abhängig ist und deshalb mit der abrupten Auflösung der letzteren selbst verloren geht. Indessen macht man in dieser Hinsicht die Ausnahme, dass, auch wenn der Gegenstand, z. B. ein Schiff, vollständig auseinandergenommen wird, aber mit der Absicht, ihn aus derselben Materie wiederherzustellen, der neue Gegenstand derselbe wie der alte ist. Die sich auf dieselbe Materie beziehende Absicht erhält hier die Einheit. Umgekehrt gibt die völlige Identität der Materie beim Wechsel ihrer wesentlichen Artbestimmtheit — species — keine Sachidentität.

Es ist hinzuzufügen, dass die Bezeichnung substantia (οὐσία) — ganz wie in der entsprechenden griechischen Philosophie — promiscue von der Materie und der species gebraucht wird. Im ersteren Falle denkt man an die Materie als eine an sich unbestimmte und zusammenhangslose *sinnliche* Unterlage für die Artbestimmtheit. Im letzteren Falle denkt man an die wesentliche Artbestimmtheit als die *unsichtbare* Einheit, die der Materie ihre Bestimmtheit gibt und damit ihre an sich zerstreuten Elemente als ein von allem anderen abgesondertes Ganzes zusammenhält, also an das positive Individualitätsprinzip.[1]

Um den erwähnten Gegensatz dreht sich der Streit zwischen Prokulianern und Sabinianern über das Eigentumsrecht an dem durch Spezifikation des einem andern gehörenden Stoffes entstandenen

[1] Vollständige Belege für die im Texte gegebene Darstellung finden sich unten bei der Erörterung des Prokulianisch-Sabinianischen Streites.

neuen Dinge.[1] Die ersteren meinen, dass der Hersteller Eigentümer wird, da die entstandene Sache als durch eine neue *species* gekennzeichnet und deshalb wesentlich als ein neues Ding zu betrachten ist, das vorher keinem anderen gehört hat. Der Verfertiger erwirbt iure naturæ als derjenige, der die neue species erzeugt hat — die neue Artbestimmtheit und damit das neue Individuum als solches stammt ja von seinen psychischen und physischen Kräften her.[2] Die letzteren nehmen dagegen Rücksicht auf die Materie-Substanz und meinen, der frühere Eigentümer der Materie werde auch Eigentümer des neuen Dinges. Der Grund, der von diesen angeführt wurde, war der, dass, auch wenn die Materie vollständig ihre eigene frühere species verloren hat, wie im Falle Met aus Wein und Honig, sie doch in ihrem vorherigen Zustand conditio sine qua non für das Zustandekommen des neuen Dinges ist.[3] Der Streit dreht sich also um die

---

[1] Gaius I. 2, 79 und D. 41, 1, 7, 7.

[2] ... quia quod factum est antea nullius fuerat ... (Gaius D. a. a. O.); vergl. Pomp. Ulp. D. 6, 1, 5, 1. Es wird an letzterer Stelle zwischen 3 Fällen von Mischung der Materien unterschieden. 1. Eine neue species ist entstanden, z. B. Met aus Wein und Honig. Die Sache wird die desjenigen, *qui fecit:* quoniam suam speciem pristinam non continet. 2. Es ist keine neue species entstanden, aber es findet confusio statt, so dass eine spätere Separierung unmöglich ist. Die ursprünglichen Eigentümer bleiben Eigentümer — ein jeder nach der Grösse seines ursprünglichen Beitrags. 3. Es entsteht keine neue species, und die Stoffe können separiert werden. Ein jeder bleibt Eigentümer *seiner* Materie. Beachte: das Schema stammt von den Stoikern her: Stobæus Eclogæ I p. 153, 24 W. (Arnim 2, 471), womit Alex. Aphrod. de mixtione p. 216, 14 Bruns (Arnim 473) zu vergleichen ist: 1. σύγχυσις = eine Mischung, die einschliesst μεταβολὴν εἰς ἑτέρας διαφερούσης τούτων ποιότητος γένεσιν = die Mischung speciem pristinam non continet. 2. κρᾶσις = δὶ ὅλων ἀντιπαρέκτασις τῶν περὶ αὐτὰ ποιοτήτων ὑπομενουσῶν = utraque materia etsi confusa manet tamen (bei Pomp. Ulp.). 3. παράθεσις = einfaches Vorhandensein nebeneinander. — Ferrini's Kritik der beiden gewöhnlichen Ansichten über den Grund der Prokulianischen Anschauung: die Arbeit, bezw. die Okkupation eines herrenlosen Dinges soll der Rechtsgrund des Eigentumserwerbs sein (a. a. O. S. 228 f.) scheint unwiderleglich zu sein. In den Quellen ist kein anderer Grund angegeben als der, dass der Spezifikant die neue species selbst gemacht hat, d. h. dass sie von ihm herstammt.

[3] Gaius D. 41, 1, 7, 7 ... quia sine materia nulla species effici potest; vgl. Paulus D. 10, 4, 12, 3: quia quod ex re nostra fit, nostrum esse, verius est.

Geltung des alten Eigentumsrechts gegenüber der Specieserneuerung selbst.[1]

[1] SOKOLOWSKI, Die Philosophie im Privatrecht I (1902) S. 73 ff. und 92 ff. meint, dass die Sabinianer hierin von der stoischen Theorie bestimmt waren, dass die Materie selbst οὐσία ist, und dass Eigenschaftsveränderung daher nicht die Identität des Dinges aufheben kann. Die Prokulianer wären dagegen Peripatetiker gewesen und hätten daher species (εἶδος) als das Substantielle betrachtet. Aber dies stimmt weder mit der Darstellung der römischen Juristen überein, noch auch ist der Unterschied zwischen der stoischen und peripatetischen Theorie richtig angegeben.

Was das erstere betrifft, so muss hinsichtlich des Gaius beachtet werden, dass sich keine Andeutung eines solchen Gegensatzes bei ihm findet. Er sagt in seinen Institutionen von den Sabinianern (2, 79): materiam et substantiam spectandam esse putant, d. h. man muss ihnen zufolge bei Entscheidung der Eigentumsfrage auf die Materie und die Substanz Rücksicht nehmen. Vgl. entsprechende Ausdrücke bei Paulus D. 41, 3, 4, 20 von Kleidern, verfertigt aus der Wolle eines andern. Darin liegt keine Behauptung der Substantialität der Materie *gegenüber* einer anderen Anschauung. Von den Prokulianern sagt Gaius, dass sie meinen eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem. Auch diese gehen also von der Materie als Substanz aus. Umgekehrt verwenden sowohl Prokulianer wie Sabinianer den Ausdruck substantia oder οὐσία *auch* von der individualisierenden inneren Einheit selbst. So Ulpianus, der mit grosser Wahrscheinlichkeit in fraglicher Hinsicht Prokulianer war, sich aber entschieden an die stoische Anschauung anschloss — von SOKOLOWSKI wird er als Sabinianer betrachtet (hierüber alsbald) — D. 10, 4, 9, 3: . . . sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit *substantiam* rei. Es ist unmöglich, dass Ulpianus meinen sollte, die *Materie* des Bechers gehe durch ihre Verwandlung in massa verloren. »Substantia rei» *muss* hier als die species gefasst sein. Weiter D. 18, 1, 9, 2: Inde quæritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, æs pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. Hier scheinen allerdings materia und substantia dasselbe zu bedeuten. Es ist aber andererseits offenbar, dass die Identität der substantia selbst *nicht* in die sinnliche (durch Raum und Zeit bestimmte) Individualität verlegt wird. Denn in dieser Hin-

sicht wird vorausgesetzt, dass man nicht irrt: si in ipso corpore non erratum. Die Identität der substantia wird in ihre wesentliche Qualität verlegt. Der Irrtum in dieser Hinsicht schliesse in sich, dass *aliud pro alio* verkauft wird. Aber die wesentliche Qualität ist eben, was sonst als species bezeichnet wird. Weiter: aus den Beispielen geht hervor, dass die individuelle Sache, welche die Verkaufsübereinkunft betreffen soll, *ungeformter* Stoff ist: ein Stück Kupfer, ein gewisser Essig etc. In einem *solchen* Fall soll nach Ulpianus Irrtum bezüglich der wesentlichen Qualität der Materie für die Gültigkeit des Verkaufs Relevanz haben. *Hier* muss natürlich die die Sachidentität bestimmende wesentliche Bestimmtheit gerade in der Qualität der Materie liegen. Die nach Ulpianus für die Gültigkeit nötige Kenntnis der »substantia» bedeutet also Kenntnis der wesentlichen Bestimmtheit des besonderen ungeformten Stoffes, der verkauft wird. Die »substantia» bezieht sich daher hier gar nicht auf die materia im *Gegensatz* zur species, sondern auf die species eines gewissen Stoffs. Die Meinungsverschiedenheit zwischen Marcellus und Ulpianus liegt nun darin, dass nach dem ersteren der consensus betreffs des individuellen Dinges, das verkauft wird — des corpus —, genügt, während nach dem letzteren auch Kenntnis der wesentlichen Qualität desselben, die seine Individualität konstituiert, nötig ist, was, wenn ungeformter Stoff in Frage kommt, in sich schliesst, dass die Art dieses Stoffes gekannt sein muss. In l. 14 l. c. — ebenso wie l. 9 aus Ulp. B. 28 ad Sabinum zitiert — findet man in bezug auf die Relevanz der Unkenntnis von der Qualität der materia eine direkte Gegenüberstellung zwischen dem Falle, in welchem es sich um ungeformten Stoff handelt, und dem, in welchem geformter Stoff verkauft wird. Wenn Kupfer als Gold verkauft wird, ist der Kauf ungültig. Wenn aber ein Armschmuck aus Kupfer, der nur vergoldet ist, als rein golden verkauft wird, gilt der Kauf. Im letzteren Falle liegt nach Ulp. das Gewicht auf den äusseren, zur blossen Form gehörenden Eigenschaften, nicht auf den inneren Stoffqualitäten. (Natürlich schliesst das Gesagte keineswegs aus, dass der Käufer bei Irrtum betreffs des Stoffes Entschädigung nach dem Prinzip quanto minoris fordern kann). Aus dem Angeführten folgt, dass man ganz mit Unrecht in der l. 9 einerseits die Prokulianische Anschauung des Marcellus, andererseits die Sabinianische Ansicht des Ulpianus über die Substantialität der materia ausgedrückt zu finden glaubt. So Sokolowski, a. a. O. S. 239—240. Error in ipso corpore soll sich auf die Form des Dinges beziehen!! Um so lächerlicher ist dies, als Paulus, der nach S. in fraglicher Hinsicht teilweise Sabinianer sein soll und es wirklich ohne Einschränkung ist (hierüber alsbald), doch nach D. 19, 1, 21, 2 die Meinung des Marcellus gehabt hat, welche Stelle von S. S. 258 angeführt wird! — Andererseits mag der Sabinianer Paulus D 7, 1, 1 = I. I. 2, 4 pr. angeführt werden: Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi *salva rerum substantia*. Es soll unten nachgewiesen werden, dass Paulus hier unter der substantia nur die innere Einheit des Dinges verstehen kann. — Natürlich han-

delt es sich um verschiedene Gesichtspunkte, wenn man die materia als substantia bezeichnet und wenn man die wesentliche Qualität — species — des Dinges als seine Substanz fasst. Im einen Falle denkt man an die sichtbare, materielle Unterlage, die für die Individualität *Bedingung* ist, im anderen an die innere Einheit, die dem Dinge das individuelle Sein *gibt*. Wir werden denselben Wechsel in der Verwendung des fraglichen Ausdrucks später bei den Stoikern nachweisen, wo er auch dieselbe Verschiedenheit in den Gesichtspunkten einschliesst.

Sokolowski, a. a. O. S. 95 beruft sich auf Gaius' Worte (I. 2, 79) betreffs der Sabinianischen Anschauung: ut cuius materia sit, illius et res, quæ facta sit, videatur esse und sagt: »Das Tempus ist hier keineswegs gleichgültig. Dem dominus materiæ gehört der Stoff selbst noch nach seiner Bearbeitung, er hat auch Eigentum an der nova species, weil in ihr der Stoff fortbesteht.» Diese Auslegung schliesst in sich, dass die Sabinianer angenommen haben sollten, der Eigentümer der materia nach der Bearbeitung sei Eigentümer *zweier* Sachen: der materia *und* des neuen Dinges. Sie fällt damit wegen der den Sabinianern zugeschriebenen Absurdität. Schon 13 Jahre vor der Schrift von Sokolowski hat Ferrini, a. a. O. S. 202 die richtige Erklärung der fraglichen Worte gegeben: »colui che è padrone della cosa originaria lo diventa di quella che ne deriva». Man beachte auch, dass in der Parallelstelle Gaius D. 41, 1, 7, 7 gesagt wird: ut qui materiæ dominus *fuerit*, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset! Ferrini sagt übrigens auch richtig a. a. O. S. 201, aus Gaius' Ausdruck betreffs der Prokulianer: quia quod factum est, antea nullius *fuerat* (nicht fuisset) gehe hervor, dass keine Meinungsverschiedenheit bezüglich des Untergangs des alten Dinges vorgelegen haben könne.

Noch mehr besagt das direkte Zeugnis von Sabinus selbst bei Ulp. D. 7, 4, 10, 7: In navis quoque usu fructu Sabinus scribit, si quidem per partes refecta sit, usum fructum non interire: si autem dissoluta sit, licet isdem tabulis nulla præterea adiecta restaurata sit, usum fructum extinctum: quam sententiam puto veriorem. nam et si domus fuerit restituta, usus fructus extinguitur. Nun ist es wahr, dass der usus fructus durch Veränderung der Sache erlöschen kann, ohne dass sie durch die Veränderung ihre Identität verliert. Er kann nämlich eine blosse accessio der Sache betreffen, z. B. ein Haus, das als accessio des Bodens betrachtet wird. Dann erlischt er, wenn die accessio zerstört wird: siehe ausser der angeführten Stelle Ulp. D. l. c. l. 5, 2. Umgekehrt kann er eine Hauptsache *ohne* eine gewisse accessio betreffen, z. B. ein Grundstück *ohne* Haus. Dann erlischt er, wenn die ausgeschlossene accessio hinzukommt: siehe l. c. § 3. In beiden Fällen bewahrt die Sache ihre Identität, und doch geht der usus fructus verloren. Aber dann werden natürlicherweise die Grundsätze für die wirkliche Sachidentität auf die accessio angewandt, und man kann so mittelbar diese Grundsätze bestimmen. Weiter kann der

usus fructus an einer Sache bestehen, insofern sie eine gewisse zufällige Eigenschaft besitzt, z. B. an gewissen Pferden als zu einer quadriga gehörend. Dann hört der usus fructus vollständig auf, wenn die zufällige Eigenschaft aufhört: im angenommenen Falle also, wenn auch bloss *eines* von den Pferden stirbt, weil die übrigen damit die zufällige Eigenschaft, auf welche sich der usus fructus bezieht, verloren haben: siehe Ulp. D. l. c. l. 10, 8. Man kann deshalb nicht daraus, dass nach Cassius l. c. § 5 ein Legat von usus fructus an einem ungeformten Stoffe erlischt, wenn der Testator ihn geformt hat, schliessen, dass nach Cassius mit der Formveränderung die alte Sache untergeht. Aber in der zu Anfang zitierten Stelle kann das Ende des usus fructus, wenn das Schiff aufgelöst ist und danach aus derselben Materie wiederhergestellt wird, auf keinem anderen Grunde beruhen als dem, dass das wiederhergestellte Schiff — *trotz der Identität des Materiales* — doch nicht als dasselbe wie das ursprüngliche zu betrachten ist. Hier bezieht sich ja der usus fructus ausschliesslich auf das Schiff ohne weiteres — nicht auf eine accessio desselben, auch nicht auf dasselbe in einer zufälligen Eigenschaft. Wenn die Materie die Sachidentität gäbe, würde allerdings der usus fructus während der Zeit, während welcher das Schiff aufgelöst ist, falls dieselbe weniger als ein Jahr beträgt, ruhen, aber von neuem mit der Wiederherstellung entstehen. Dieselbe Meinung muss das andere ursprüngliche Oberhaupt der Sabinianischen Schule, Cassius, gehegt haben. Paulus D. 13, 7, 18, 3: Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, ⟨licet materia ex ea silva cæsa pignori sit⟩? (Eisele), navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: 'quæque ex silva facta natave sint'. Das Pfandrecht am Walde muss auch ein Pfandrecht an den gegenwärtig vorhandenen Bäumen als gefällt bedeuten. Sobald solche Bäume vom Boden gelöst sind, können sie durch actio quasi Serviana in rem gefordert werden, obgleich das Eigentumsrecht bei dem Verpfänder oder seinem successor bleibt. Das Pfandrecht ist jetzt an diese individuellen Dinge geknüpft. Es könnte unmöglich verloren gehen, wenn ein Schiff aus ihnen gemacht ist, falls die Materie die Sachidentität bestimmte. Das Pfandrecht kann sich nicht — wie der usus fructus — auf eine besondere accessio des Dinges oder eine zufällige Eigenschaft beziehen. Es geht notwendig auf das Ding selbst. Dass die ursprünglichen Oberhäupter der Sabinianischen Schule die Materie die Sachidentität nicht haben bestimmen lassen, geht also daraus hervor, dass nach ihnen die Perduration der Materie nicht die Identität der Sache garantiert. Derselbe Schluss kann umgekehrt daraus gezogen werden, dass nach Sabinus D. 7, 4, 10, 7 ein Schiff, teilweise repariert, dasselbe bleibt, auch wenn dies mit neuem Material geschehen ist. Der Sabinianer Gaius folgert ganz richtig D. 30, 65, 2: Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, *ut nihil ex pristina materia supersit*, tamen dicemus utile manere legatum: at si ea domu destructa aliam eodem loco testator ædificaverit, dicemus interire legatum.

Man beachte hier, dass es sich um ein Vindikationslegat eines individuellen Dinges handelt, vgl. pr. und § 1. Aber auch bei solchen Legaten kann die Sache durch eine accessio bestimmt sein, obgleich der Legatar, wenn das Legat verfällt, Eigentümer der Sache selbst wird. Die Kraft des Legats wird in einem solchen Falle unter anderem vom Bestand der accessio während der Lebenszeit des Testators abhängig. Aber dabei werden natürlicherweise die für die eigentliche Sachidentität geltenden Grundsätze auf die accessio angewandt. Obgleich ein Haus, das durch Legat doniert ist, nur eine accessio des Bodens ist, geht das Legat verloren, wenn beim Tode des Testators nicht *dasselbe* Haus existiert. Aber *dasselbe* Haus ist vorhanden, auch wenn durch beständige Reparaturen das ursprüngliche Material durch anderes ersetzt worden ist. — Ferrini behauptet a. a. O. S. 190—191, dass auch die Ersetzung der Materie durch andere homogene auf die Sachidentität einwirken könnte, obgleich die »Form» dieselbe bleibt. Er führt dabei Paulus D. 41, 1, 26, 1 an, wo gesagt wird, dass der Baum, in einen anderen Boden gepflanzt und danach wieder separiert, wegen der veränderten Nahrung ein anderes Ding geworden ist. F. beachtet indessen nicht, wie die Sachlage im Parallelfalle: Vereinigung eines Arms mit einer Statue von derselben Art Materie dargestellt wird, welcher Fall im oben zitierten Paulus D. 6, 1, 23, 5 erwähnt ist. Der Grund für den Verlust der Identität bei Separierung des Arms soll *darin* liegen, dass *unitas maioris partis* siegt und die eigene Einheit der accessio konsumiert, wodurch sie, von der Statue gelöst, einen durch deren Einheit bestimmten Charakter gewinnt und daher ein anderes Ding wird. In unserm Falle — Baum in anderen Boden gepflanzt und danach wieder separiert — ist die »Form» gar nicht dieselbe, sondern die Nahrung durch den neuen Boden gibt ihm eine neue »Form», welche durch die des Bodens bestimmt ist. D. h.: auch hier tritt die Identität der dinglichen Einheit als die Identität des Dinges bestimmend hervor. Die »Form» als *species* im Gegensatz zur Materie ist — wohl zu bemerken! — nicht nur die wesentliche Beschaffenheit des Dinges, sondern es gehört zu ihr auch diese Beschaffenheit als individualisierende Einheit in einer Materie. Diese Einheit kann deshalb nicht nur durch Eigenschaftsveränderung des Dinges eine andere werden, sondern auch durch Infizierung mit der Einheit eines mächtigeren Dinges. Übrigens soll bemerkt werden, dass die *Art* der materia nicht hinsichtlich der wesentlichen Beschaffenheit des Dinges selbst für bedeutungslos gehalten zu werden braucht. So sagt Iul. D. 18, 1, 41, 1: Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: *nulla est emptio* . . . Iul. hat hier eine andere Meinung als sowohl Marcellus (und Paulus) wie Ulp. hinsichtlich des relevanten error in substantia bei einem Kaufe. (Siehe oben S. 246—247). Aber das besonders Bemerkenswerte ist dies, dass nach Iul. auch bei einem *geformten* Stoff dessen eigentümliche Art zur wesentlichen Bestimmtheit des Dinges gehört, weshalb Unkenntnis über die Art der Materie eine Unkenntnis betreffs der dinglichen Einheit selbst wird. Aber dass die

Materie auf diese Weise die dingliche Einheit mitbestimmt, bedeutet gar nicht, dass die Materie neben der »Form» die Identität des Dinges nach Iul. bestimmte, sondern nur, dass die *species* der Materie auf die *species* des Dinges selbst einwirkt.

Bei Ulp. D. 34, 2, 19, 13 heisst es: Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. Et ait SABINUS auro argentove cedere: ei enim cedit, cuius maior est *species*, quod recte expressit . . . Man beachte, dass die Präponderanz *der Materie* nach Sabinus nicht für die Frage der Sachidentität bei Zusammenfügung entscheidend ist. Die Art, auf welche man in solchen Fällen eine gewisse *species* entscheidend sein lässt, geht aus der nachfolgenden Erklärung des Ulpianus hervor: semper enim cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandæ causa adhibetur, ut accessio cedat principali . . . D. h. man denkt an die eigentümliche Art jedes der bezüglichen Dinge und fragt, ob bei der Zusammenfügung eines als Verzierung des anderen in dessen eigentümlicher Art dienen soll. Die individuelle Einheit dieses letzteren Dinges siegt dann, weil seine wesentliche Bestimmtheit bestehen bleibt, während das als Verzierung gebrauchte Ding nicht weiter seine ursprüngliche Bestimmtheit behalten kann, weil es jetzt nur das andere verziert. Mit Sabinus ist das andere Schuloberhaupt — CASSIUS — zu vergleichen, der an der oben S. 236 angeführten Stelle Paulus D. 6, 1, 23, 5 unter gewissen Umständen den hinzugefügten Arm einer Statue seine species — sogar ohne Möglichkeit, sie zurückzugewinnen — durch *unitas maioris partis* verlieren lässt. Wir haben nachgewiesen, dass Cassius mit dieser »unitas» meinen muss, was sonst als *species* oder *spiritus* bezeichnet wird.

POMPONIUS ist in fraglicher Hinsicht *Prokulianer*, wie aus D. 6, 1, 5, 1 und D. 41, 1, 27, 1 (betreffs solcher Mischungen, in welchen wirklich eine neue species entsteht) in Verbindung mit D. 24, 1, 29, 1 (betreffs Kleider aus fremder Wolle) hervorgeht. Und doch tritt kaum bei einem anderen römischen Juristen eine so entschiedene Abhängigkeit von den *stoischen* Philosophen hervor. Sowohl D. 6, 1, 5, 1 als D. 41, 3, 30 pr. sind die Einteilungen und auch gewisse Ausdrücke aus stoischen Schriften genommen! (Siehe oben S. 238[1] u. 245[2]).

Der Sabinianer IULIANUS sagt D. 13, 1, 14, 2: Bove subrepto et occiso condictio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt: cornua quoque condicentur. Sed si dominus condictione bovis pretium consecutus fuerit et postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omni modo exceptione summovebitur: contra si corium condixerit et pretium eius consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis detracto pretio corii doli mali exceptione summovebitur. Man beachte hier, dass die fragliche exceptio *nicht* exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ sein kann. Denn die Bedingung ihrer Verwendbarkeit ist in den beiden Fällen die, dass der Kläger den vollen oder teilweisen Ersatz durch condictio *erhalten* hat, also nicht nur die litis contestatio. Ausserdem wird ja im anderen Falle die Bezeich-

nung *doli mali* exceptio verwandt. Wenn aber im ersten Falle das Prinzip eadem res die zweite condictio verhinderte, müsste es auch im anderen — die Haut ist kondiziert, danach wird der *ganze* Ochs kondiziert — im Wege stehen. Also: der lebendige Ochs ist *eine* Sache, die gestohlen ist, die Haut, das Fleisch, die Hörner des geschlachteten Ochsen sind *andere* Sachen, die auch gestohlen werden können. Auch diese anderen species gehören indessen nach Sabinianischer Anschauung betreffs der Spezifikation dem Eigentümer des lebendigen Ochsen. Deshalb hat dieser condictio furtiva in aller Namen, ohne durch das Prinzip eadem res gehindert zu sein. Beachte, dass Iulianus im unmittelbar folgenden § 3 dieselben Kondiktionsgrundsätze auf Most und Treber beim Keltern im Verhältnis zu den Trauben anwendet, womit bestätigt ist, dass es sich auch im ersten Falle um Spezifikation handelt. Aber wegen der sonst eintretenden Überbereicherung des Bestohlenen wird der Eigentümer, wenn er sich mehr als den vollen Wert des Ochsen anmassen will, von exceptio doli mali betroffen. (Dass der lebendige Ochs, obgleich er nicht mehr existiert, kondiziert werden kann, hängt mit den allgemeinen Regeln für die condictio furtiva zusammen. Siehe Gaius I. 2, 79 und Tryph. D. 13, 1, 20: der Dieb ist immer in mora). PERNICE, Labeo 2, 1, S. 324 sagt in geradem Widerspruch zu dem Wortlaut bei Iulianus: »er erklärt unzweideutig, man könne den geschlachteten Ochsen selbst oder (!) seine Überbleibsel kondicieren, wenn diese vom Diebe in Besitz genommen seien». Seine Theorie, dass die condictio furtiva aus prozessualen Gründen auf die neue Sache, die aus der gestohlenen entstanden ist, alternativ erstreckt worden sei, so dass man davon absehen könne, ob der Eigentümer der letzteren auch Eigentümer der neuen ist, steht in geradem Widerspruch zu Ulp. D. 13, 1, 1 und Ulp. Celsus D. 13, 3, 2, welchen zufolge condictio furtiva unbedingt das Eigentumsrecht des Klägers an der zu kondizierenden Sache im Momente des furtum voraussetzt, wenn auch ein *späterer* unfreiwilliger Verlust irrelevant ist: Ulp. D. 13, 1, 10, 2 und l. c. l. 12 pr. u. § 1. Die Anführung von Scævola D. 13, 1, 18 (über condictio furtiva gegenüber dem falsus creditor) als Beweis für die Fähigkeit zur condictio furtiva ohne Eigentumsrecht des Klägers im Momente des furtum bei PERNICE, a. a. O. S. 325 ist merkwürdig verfehlt: ». . . das Zahlungsgeschäft ist hier giltig zu Stande gekommen und deshalb das Eigentum gewiss übergegangen». Es ist für die römischen Juristen von selbst klar, dass, *wenn* bei der Entgegennahme einer Sache wirkliches furtum vorliegt, das Eigentum *nicht* auf den Empfänger übergeht. Siehe z. B. Ulp. D. 47, 2, 43 pr.: Falsus creditor, si quid acceperit, furtum facit *nec nummi eius fient.* (Siehe auch IUL. selbst bei Afr. D. 46, 3, 38, 1 und Ulp. D. 46, 3, 18, worüber oben S. 93). Wir können also feststellen, dass nach dem Sabinianer Iulianus die Identität der Materie das Produkt der Spezifikation nicht zu derselben Sache wie die ursprüngliche oder zu einem Teil dieser Sache macht.

Mit der angeführten Iulianusstelle ist Ulp. D. 47, 2, 52, 14 zu vergleichen:

Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massæ furti agere [vel condictione]. Die zwei ersten vel sind hier nicht kopulativ, sondern disjunktiv zu fassen. Es kann nicht Ulpianus' Meinung sein, dass ich *zuerst* wegen der einen Sache, *danach* wegen der anderen furti agieren kann, ohne dass ich wenigstens von der exceptio d. m. gehindert werde. Die Scholiasten zur Stelle (Bas. 60, 12, 52, Sch. 34, 36 und 38, 5, S. 500 Heimb.) fassen die zwei vel auch als disjunktiv. Unter diesen Umständen wird das *vel condictione* höchst verdächtig. Es ist schwerlich denkbar, dass Ulpianus ohne weiteres ein drittes vel, das keine disjunktive Bedeutung haben kann und ausserdem zur ursprünglichen Serie — sei es kopulativ, sei es disjunktiv gefasst — nicht passt, hinzugefügt haben sollte. Es heisst weiter: [idem est et in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, sed et condici]. Der erste Idem-Satz ist mindestens sonderbar konstruiert: dasselbe ist der Fall auch bei Trauben und bei Most etc. Mit der allergrössten Wahrscheinlichkeit aber sind die nachfolgenden Worte interpoliert: furti agere potest entbehrt ein im Vorhergehenden genanntes Subjekt, auf welches es bezogen werden könnte. In den Worten sed et condici wird das potest im vorhergehenden Satze als Prädikat vorausgesetzt. Dieses potest hat indessen ein persönliches Subjekt. Im letzten Satze aber muss das vorausgesetzte potest ein nur grammatisches Subjekt haben! Es bleiben also als unverdächtig nur die Worte: si quis . . . furti agere. Man kann deshalb vermuten, dass Ulp. gar nicht die *condictio furtiva* als sowohl wegen der alten Sache wie wegen der neuen alternativ möglich dargestellt hat, sondern nur der *actio furti* diese Möglichkeit hat offen lassen wollen. Dies ist auch erklärlich. Letztere Klage geht gar nicht auf die *Sache* selbst. Hier gilt ja das Prinzip für die Legitimation: cuius interest rem non subreptam esse, weshalb die Grundlage für den doppelten Ersatz id, quod interest rem etc. sein muss. Siehe z. B. Paulus D. 47, 2, 88 (87). Für dieses Interesse kann natürlich der Wert der Bearbeitung der eigentlich gestohlenen Sache als entscheidend betrachtet werden, wenn der Dieb der Eigentümer der neuen Sache wird, da der Bestohlene selbst, wenn er die Sache hätte behalten dürfen, die neue Sache hätte machen können. Dies ist ja, wenn die Sache selbst vorliegt, gar kein abstraktes, unbestimmtes Interesse, sondern hat seine konkrete Unterlage in der *wirklich bei dem Diebe vorhandenen, aus der alten hergestellten* neuen Sache. Indessen ist zu beachten, dass die Sachlage eine andere ist, wenn der Bestohlene selbst der Eigentümer der neuen vom Diebe hergestellten Sache ist. In diesem Falle werden *zwei* Sachen gestohlen. Mutmasslich nehmen die Sabinianer also die Möglichkeit von *zwei* Aktionen an, wenn auch mit exceptio doli, falls der Bestohlene mehr als den doppelten Wert der wertvolleren Sache erhalten will. Da Ulpianus a. a. O. nur die Wahlmöglichkeit offen zu lassen scheint, ist es wahrscheinlich, dass er die Prokulianische Anschauung gebilligt hat. Beachte nun, dass die condictio furtiva unmöglich alternativ die alte oder die neue Sache

betreffen kann, wenn man nach Prokulianischer Anschauung den Hersteller Eigentümer der neuen Sache werden lässt. Denn *diese* Klage geht nach den bestimmtesten Zeugnissen (Gaius I. 4, 4 und Gaius D. 47, 2, 55 (54), 3) ausschliesslich auf das rem (furtivam) recipere. Aber wenn der Hersteller selbst Eigentümer wird, kann er die verfertigte neue Sache unmöglich gestohlen haben. Damit verstehen wir gut, weshalb Ulp., wie aus der erwähnten Interpolation hervorzugehen scheint, *nicht* die condictio furtiva, sondern nur die actio furti alternativ betreffs der alten und der neuen Sache hat sein lassen, wenn wir annehmen, dass er in fraglicher Hinsicht Prokulianer gewesen ist. Diese Annahme wird nun auch stark durch Ulp. D. 6, 1, 5, 1 gestützt: Idem (Pomp.) scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed *puto verius*, ut et ipse significat, eius potius esse, qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. (Dass Pomponius die Prokulianische Anschauung gebilligt hat, ist oben nachgewiesen). Um die Sabinianische Ansicht des Ulp. behaupten zu können, welche aus D. 47, 2, 52, 14 (!) hervorgehen soll, will Ferrini, a. a. O. S. 236 f. die Worte sed puto verius nur als eine direkte Anführung der Worte des Pomp. auffassen. Ein unvermittelter Übergang von indirekter zu direkter Rede liege vor. F. gibt mehrere Beispiele für das Vorkommen eines solchen Verfahrens bei den römischen Juristen. *Diese* sind allerdings richtig angegeben. In *unserm* Falle aber ist eine solche Auslegung unmöglich. Wenn Ulp. gesagt hätte: sed puto verius, *ut inquit*, würde *nur* eine direkte Anführung des Pomp. vorliegen. Aber Ulp. sagt: ut *et ipse* significat. *Damit* hat er notwendig, obgleich er sich zugleich auf die Worte des Pomp. bezieht, dies sed puto verius zum Ausdruck seiner eigenen Meinung gemacht. Die stärksten Gründe deuten also auf einen Prokulianischen Standpunkt bei Ulpianus hin. Und doch ist ja gerade Ulpianus ob seiner stoischen Denkweise bekannt! Aber wenn Ulpianus gegen alle Wahrscheinlichkeit wirklich in fraglicher Hinsicht Sabinianer gewesen sein sollte — was natürlich wegen der Unvollständigkeit des Quellenmaterials nicht mit absoluter Sicherheit verneint werden kann —, verwendet er jedenfalls, wie oben S. 246 nachgewiesen ist, den Substanzbegriff auch von der species — der individualisierenden inneren Einheit.

Paulus ist in fraglicher Hinsicht reiner Sabinianer. Da man ihn indessen zum Vertreter der von den Kompilatoren gebilligten media sententia gemacht hat — wenn die neue Sache wieder in ihre Materie verwandelt werden kann, ist der ursprüngliche Eigentümer der letzteren auch der des Verfertigten, wenn nicht, wird der Hersteller Eigentümer — müssen wir den reinen Sabinianismus des Paulus hier besonders beweisen. Paulus D 10, 4, 12, 3 sagt: Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret hæc aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia *quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.* Man beachte, dass nur ein reiner Sabinianer den letzten allgemeinen Satz ausgesprochen haben kann. Weiter sind alle

angeführten Beispiele solche, die gerade als Beispiele für *den* Fall, in welchem der Hersteller nach der von den Kompilatoren gebilligten media sententia Eigentümer wird, an verschiedenen Stellen angeführt werden: die zwei ersten D. 41, 1, 7, 7 und I. 2, 1, 25, das letzte Paulus D. 41, 1, 24 und 26 pr., über welche Stelle alsbald. PERNICE, Labeo 2, 1 S. 327 kann die Äusserung nicht erklären, weil Paulus nicht Sabinianer sei! FERRINI, a. a. O. S. 242 vermeint, dass Paulus D. 10, 4, 12, 3 Iulianus, der in § 2 angeführt ist, referiere. Dies ist jedoch eine allzu unbegründete Meinung. Der § 2 betrifft eine Frage bezüglich der actio ad exhib., die von den in den nachfolgenden Paragraphen erörterten völlig abzusondern ist. In allen diesen aber ist Iulianus nicht erwähnt, sondern alles erscheint unmittelbar als die eigene Meinung des Paulus. An sich ist die Ansicht des FERRINI allerdings nicht unmöglich, da aber ihre Richtigkeit nicht unmittelbar aus dem Wortlaut hervorgeht, so müsste sie durch besondere Gründe bewiesen werden. Welche derartigen Gründe aber könnten angeführt werden? Im Gegenteil lässt sich *ein* starker Grund für die Unrichtigkeit vorbringen. Wenn wirklich Paulus selbst eine andere Meinung gehabt hätte, müsste er ursprünglich eine Verwahrung gegen Iul. eingelegt haben. Warum sollten die Kompilatoren, die ja Paulus' abweichende Meinung gegenüber Iul. gebilligt haben müssen, diese Verwahrung ausgeschlossen haben? Sogar hinsichtlich der angeführten Beispiele bezeichnet ja die fragliche Äusserung den völligen Kontrast gegen ihren eigenen Standpunkt und damit gegen den, den Paulus nach FERRINI eingenommen haben soll! — Paulus D. 41, 3, 4, 20: Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut *substantiam spectemus*, et ideo vestis furtiva erit. Man beachte, dass hier die Ausdrucksweise Sabinianisch ist und dass das angeführte Beispiel gerade ein Fall ist, in welchem nach der media sententia der *Hersteller* Eigentümer werden soll und also die Furtivität der Hauptsache keinen Einfluss auf die neue Sache haben kann: D. 41, 1, 26 pr. Eine Justinianische Interpolation scheint also völlig ausgeschlossen zu sein. Trotzdem will FERRINI a. a. O. S. 241 f., vgl. Arch. giur. 47 (1891), S. 457[2] Justinianische Interpolation annehmen. Denn einerseits sollen die Kompilatoren die Julianische Lehre von der Möglichkeit eines neuen Diebstahls betreffs der neuen Sache seitens des Diebs-Herstellers D. 47, 2, 52, 4 akzeptiert haben! (Dies ist unrichtig. Sie haben a. a. O. nur die vom *Prokulianischen* Standpunkte aus vorhandene Fähigkeit des Bestohlenen, *alternativ* im Namen der alten oder in dem der neuen Sache actio furti anzustrengen, auf condictio furtiva erstreckt. Siehe oben S. 252 ff.). Andererseits könne Paulus, der in § 19 die Wolle, die an einem gestohlenen Schafe bei dem b. f. emptor geschoren worden ist, für nicht furtiv erklärt, nicht eine entgegengesetzte Entscheidung betreffs aus gestohlener Wolle verfertigter Kleider gegeben haben. Diese Behauptung ist völlig absurd, weil für die Frucht (ebenso wie für die menschliche Nachkommenschaft) *allgemein* angenommene, besondere Prinzipien gelten, die eine ganz andere Betrachtungsweise betreffs

dieser im Vehältnis zur Muttersache als die Vorstellung vom Verhältnis der durch Spezifikation hergestellten Sache zu ihrer Materie voraussetzen. Für einen Sabinianer wird der b. f. possessor der Hauptsache Eigentümer der Frucht, aber der Eigentümer der Materie erwirbt unmittelbar die neue, aus der Materie bei dem b. f. possessor hergestellte Sache. Wenn man nicht die allein sichere Methode in Interpolationsfragen — was nachweislich *nach* der Zeit der klassischen Jurisprudenz als etwas Neues in das Rechtscorpus aufgenommen ist, kann nicht von einem klassischen Juristen behauptet worden sein, und was Iust. nachweislich missbilligt, kann nicht von ihm interpoliert sein — verlassen will, muss man sowohl D. 10, 4, 12, 3 als D. 41, 3, 4, 20 für echt Paulinisch halten. (Für *Beseler*, Sav. Z. 45 (1925) S. 479 ist Interpolation ohne weiters offenbar! Er nimmt die Worte verius — ideo weg und liest: *non* erit. *Keine* Motivierung!) — Paulus D. 41, 1, 24 und 26 pr. kann nicht seine Meinung darstellen: In omnibus, quæ ad eandem speciem reverti non (nach der Flor., in der Vulg. fehlt non) possunt, dicendum est, si materia manente species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo ære statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere, sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Hier beachte man den offenen Gegensatz zwischen dieser Stelle und D. 10, 4, 12, 3 sowie D. 41, 3, 4, 20 betreffs des Eigentumsrechts an aus der Wolle eines andern verfertigten Kleidern. Da letztere Stellen echt Paulinisch sein müssen, kann an unserer Stelle Paulus' Meinung nicht dargestellt sein. Man bemerke weiter folgendes. Dass man die Absicht gehabt hat, Paulus die media sententia zuzuschreiben, ist offenbar. In Bas. 50, 1, 25 (zu l. 26 pr.), 5, S. 41, Heimb. verwendet man den signifikativen Ausdruck: οὐ γὰρ ὑποστρέφει εἰς τὴν ἀρχαίαν ὕλην. In l. 24 soll natürlich: quæ ad eandem speciem reverti (non) possunt (non muss aus sachlichen Gründen nach der Vulg. gestrichen werden) das ad materiam reverti potest D. 41, 1, 7, 7 ausdrücken. Dieses ad materiam reverti posse oder non posse wird indessen auch durch den Ausdruck bezeichnet: die materia manet oder non manet. Aber dadurch wird die ganze Darstellung verfehlt. Im Schiffe aus Zypressenholz und in den Kleidern aus Wolle soll die materia nicht bleiben, weil die Sache ein cupresseum, bezw. laneum *corpus* sei. Deshalb kann sie natürlich wohl zu ihrer Materie »reverti»! Man beachte weiter, dass das ganze Räsonnement in l. 26 pr. sehr gut in den Mund des Proculus passt. Es geht ja ausschliesslich darauf aus, dass die materia eine andere Sache geworden ist, wenn ein corpus von besonderer Art daraus hergestellt worden ist, und dass deshalb der Hersteller dieser Sache ihr Eigentümer sein muss. Unmittelbar nach den angeführten Worten heisst es: Proculus indicat. Vielleicht war dieser Satz ursprünglich der den Acc. cum inf. bestimmende Hauptsatz, obgleich die Kompilatoren den ersteren auf dicendum est bezogen zu haben scheinen. In l. 24 sind die Worte me eorum dominum manere völlig sinnlos. »Eorum» muss sich gramma-

tisch auf »omnibus quæ . . . possunt» beziehen. Der Satz veluti si . . . fecisses ist ja nur ein eingeschobenes Beispiel. »Ich» würde also Eigentümer an allem, was zu seiner Materie zurückkehren kann, bleiben!! Wenn »eorum» trotz der grammatischen Unmöglichkeit auf »statuam» und »scyphum» bezogen wird, muss man fragen, wie Paulus sagen könnte, dass »ich» der Eigentümer der verfertigten Dinge *bleibe*. Solche Ungeheuerlichkeiten, die stark an die oben S. 161 charakterisierte Schreibweise C. 7, 31, 1, 3 erinnern, wagt man PAULUS zuzuschreiben und will auf eine solche Äusserung die Behauptung seines Mittelstandpunktes stützen!! — Auch Paulus D. 32, 78, 4 wird indessen von SOKOLOWSKI 1, S. 118 verwendet, um Paulus eine media sententia zuzuschreiben. Ich brauche nur auf BESELER, Beitr. 3., S. 87 hinzuweisen. Die Schreibweise ist hier, wenn möglich, noch mehr als die in D. 41, 1, 24 — Justinianisch. — Schliesslich könnte als Beweis eines Mittelstandpunktes Paulus D. 32, 88 angeführt werden: Lana legata vestem, quæ ex ea facta sit, deberi non placet. Sed et materia legata navis armariumve ex ea factum non vindicetur. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur. Massa autem legata scyphi ex ea facti exigi possunt. Man könnte sagen, dass Paulus in den Fällen: Schiff oder Schrank und wollene Kleider die substantia für wirklich verändert, im Falle Becher aus Silber oder Kupfer für unverändert halte. Indessen ist die natürlichste Erklärung, dass Paulus sich auf *römischen Sprachgebrauch* beruft. »Argentum» oder »æs» schliesst nämlich auch aus Silber oder Kupfer hergestellte Dinge in sich; »lana» oder »cupressus» kann nicht als Bezeichnung für daraus verfertigte Kleider, bezw. Schiffe oder Schränke gebraucht werden. Die *Worte* des Testators aber bestimmen den Inhalt des Legats. (Doch sind starke Anzeichen für Unechtheit vorhanden: 1 *deberi non placet* ohne mihi, vgl. Iul. Ulp. D. 30, 44, 2: . . . et deberi, quod exstat: betreffs Kleider, aus legierter Wolle verfertigt. 2 *vindicetur*, sonst debetur und deberi. Die Echtheitsfrage kann nicht sicher entschieden werden).

Paulus, der also in fraglicher Hinsicht reiner Sabinianer ist, erkennt doch D. 10, 4, 12, 3 in gewissem Falle: si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret hæc aliena esse, dem Eigentümer actio ad exhibendum utriusque nomine zu, d. h. sowohl im Namen der Materie wie *auch* im Namen der verfertigten Sache. Dies setzt voraus, dass die Materie in ihrer früheren Existenz eine andere Sache ist als das Verfertigte, trotz der Identität der Materie. BESELER, Beitr. 1, S. 41 erklärt utriusque nomine für interpoliert, da die Sabinianer annähmen, die Materie und das aus ihr Verfertigte seien dieselbe Sache. D. h. er geht von dem aus, was fraglich ist. Um so bedenklicher ist dies, als durch mehrere Quellenstellen gestützt werden kann, dass Paulus trotz seines Sabinianismus nicht annimmt, die Materie bestimme die Identität des Dinges. Auch sind nicht, wie FABER und LENEL meinen, die Worte: cum sciret hæc aliena esse zu streichen, da der Grund zu actio ad exhib. im Namen der Materie sein muss: *dolo malo* desinere possidere. Der Fall ist

dem bei dem Sabinianer Iulianus D. 13, 1, 14, 2 (siehe oben S. 251 f.) völlig analog. Es ist derselbe Paulus, der D. 6, 1, 23, 5 von der Akzession als weichend vor der unitas maioris partis spricht und diese unitas als species und zusammenhaltenden spiritus bezeichnet (siehe oben S. 236 ff.). Es ist derselbe Paulus, der D.41, 2, 30, 4 lehrt, dass die Possession durch den Übergang des Dinges *in aliam speciem* untergeht (siehe oben S. 240). Es ist schliesslich derselbe Paulus, der D. 45, 1, 83, 5 (gleichwie 46, 3, 98, 8) ein zwecks Reparierung auseinandergenommenes Schiff als denselben Gegenstand, ein dagegen zwecks Zerstörung auseinandergenommenes, nach geändertem Entschluss aus demselben *Material* wiederhergestelltes als einen anderen Gegenstand betrachtet, der also die *Absicht*, dieselbe species in verbesserter Form wiederherzustellen, keineswegs die Materie als bestimmend für die Identität des Dinges in seiner neuen Form nach der Auflösung desselben ansieht.

Da also Paulus den Bestand des Besitzes und damit natürlich den des Eigentumsrechts vom Bestande der species — der individualisierenden Einheit des Dinges — abhängig macht, kann er nicht in der oben S. 247 angeführten Definition des usus fructus D. 7, 1, 1 = I. I. 2, 4 pr.: Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi *salva rerum substantia* unter substantia den Stoff des Dinges verstehen. Dann würde der Eigentümer dasselbe Recht behalten, wie sehr auch der Stoff seine species verändert hat. Mit substantia *muss* hier das innere Wesen des Dinges, also gerade seine species gemeint sein.

Die einzige Quellenstelle, die meines Wissens den Gedanken wirklich zu stützen scheint, dass irgendein römischer Jurist angenommen hat, die Materie bestimme die Identität des Dinges, ist Ulp. D. 30, 44, 2: Si pocula quis legavit et massa facta est, vel contra, item si lana legatur et vestimentum ex ea fiat, Iulianus . . . scripsit, legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat, quam sententiam puto veram . . . Sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum . . . Hier scheint ja das Gewicht auf die Identität der Materie gelegt zu werden. Aber man muss beachten, dass es sich hier um ein Damnationslegat handelt, was aus den Ausdrücken deberi und debebitur hervorgeht. (So auch Ferrini, a. a. O. S. 221). In diesem Legate wird aber der Erbe gebunden, auch wenn der Erblasser die legierte Sache selbst veräussert hat. Siehe Gaius I. 2, 202, vgl. mit § 198. Ja, der Testator kann dieselbe Sache verschiedenen Personen in solidum legieren, so dass der Erbe verplichtet wird, einer Person den Wert der Sache zu prästieren, obgleich er auf Grund desselben Legats einer anderen Person die Sache selbst überlassen muss (Gaius I. 2, 205). Wenn eine Forderung des Testators zwei Personen legiert worden ist, muss der Erbe der einen seine Aktionen, der anderen den Wert der Forderung prästieren, obgleich mit der ersten Prästation die Forderung selbst nicht mehr existiert. (Siehe z. B. Iul. D. 30, 82, 5 und Pomp. D. 31, 13, 1). Es ist dann leicht verständlich, dass man angenommen haben kann, eine durch Damnationslegat legierte Sache sei zu leisten,

wenn sie bloss als Materie einer anderen Sache vorhanden ist. Man braucht deshalb gar nicht in die Materie die Grundlage der Sachidentität verlegt zu haben. Marcellus D. 34, 2, 6 pr. u. § 1 *scheint* eine andere Meinung auszudrükken, indem er einerseits erklärt, dass der Erbe den ursprünglichen Wert einer legierten Sache nicht prästieren muss, wenn sie vom Testator zerstört worden ist, andererseits, dass der Legatar die legierte, danach vom Testator in eine neue species verwandelte Sache nicht fordern kann. Man hat diese scheinbare Meinungsverschiedenheit mit einer Sabinianischen Anschauung des Iulianus-Ulpianus, bezw. einer Prokulianischen des Marcellus in Zusammenhang bringen wollen. Indessen ist zu bemerken, dass es sich unzweifelhaft bei Marcellus um ein Vindikationslegat handelt: ita legavit: Antoniæ Tertullæ *lego* auri pondo . . . (pr.); id, quod testamento dabatur (§ 1). Im pr. wird gefragt, ob ex causa sen. cons. Neron. (siehe Gaius I. 2, 197, Ulp. Reg. 24, 11 a und Vat. fr. 85; die Worte ex causa fideicommissi im Texte müssen interpoliert sein) der Wert der zerstörten Sache prästiert werden müsse. Im § 1 *kann* es sich darum gehandelt haben, ob der Erbe durch actio ad exhib. und nachfolgende Vindikation gezwungen werden kann, die vom Testator in eine andere species verwandelte Sache nach der Wegnahme hinzugefügter Akzessionen zu leisten: Item quæro . . . an hos uniones vel hyacinthos petere possit *et heres compellatur ornamento posteriori eximere et præstare.* Wenn dies gemeint ist, ist die Entscheidung des Marcellus natürlich: Marcellus respondit petere non posse: nam [quid] ⟨qui⟩ fieri potest, ut legatum [vel fideicommissum?] ⟨per vindicationem?⟩ durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, [nam] ⟨immo Mo.⟩ quodammodo extinctum sit? Unter der angegebenen Voraussetzung betreffen die Entscheidung des Iul.-Ulp. und die des Marc. verschiedene Dinge und stehen gar nicht im Widerstreit. Aber auch wenn Marcellus nur die Sachlage bei einem gemäss dem sen. cons. Neron. als Damnationslegat angewandten Vindikationslegat hat bestimmen wollen, darf keineswegs angenommen werden, dass man verschiedene Meinungen betreffs der Bedingungen für den Untergang einer Sache gehabt hat, sondern nur, dass Iul.-Ulp. und Marc. verschieden darüber gedacht haben, welche Bedeutung der Untergang der Sache während der Lebenszeit des Testators für die Kraft eines Damnationslegats in einem gewissen Falle hat.

Vollständig verfehlt ist Sokolowski's Versuch a. a. O. S. 114 ff., einen Gegensatz zwischen den Prokulianern und Sabinianern zu konstruieren, gegründet auf den Gegensatz zwischen Peripatetikern und Stoikern, neben einer media sententia innerhalb der *Akzessionslehre.* Die ersteren hätten angenommen, dass die species der Hauptsache die Akzession vor dieser weichen lasse, die letzteren, dass die Akzession vor der Hauptsache wiche, bloss wenn confusio von gleichartigen Materien stattfände, wie bei ferruminatio. Diese Darstellung beruht auf der vollkommen fehlerhaften Voraussetzung, dass actio ad exhib.

mit nachfolgender Vindikation der Akzession unmöglich ist, wenn diese vor der Hauptsache weicht. Wenn daher ein Jurist lehrt, dass die genannte Aktion hinsichtlich der Akzession seitens des ursprünglichen Eigentümers dieser möglich ist, soll er verneinen, dass die Akzession vor der Hauptsache weicht. Die Voraussetzung wird direkt ausgesprochen S. 122. Ihre Unrichtigkeit sieht man wohl am besten aus Paulus D. 6, 1, 23, 5: Item quæcumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco *cedunt*, ea, quamdiu cohærent, *dominus* vindicare non potest, sed *ad exhibendum* — *agere potest*. Weiter kann angeführt werden, dass cementa laut Servius Sulpicius und Labeo vor dem Gebäude weichen: D. 41, 1, 26 pr., aber, wie bekannt, nur auf Grund des Zwölftafelgesetzes nicht Gegenstand der actio ad exhib. seitens des ursprünglichen Eigentümers sind, doch nach *demselben Gesetze* von diesem, wenn sie gelöst worden sind, vindiziert werden können: Paulus D. 46, 3, 98, 8, und dass Paulus D. 6, 1, 23, 2 sigillum vor candelabrum weichen lässt, so dass der Eigentümer letzterer Sache auch *dominus eius totius rei* wird, aber D. 10, 4, 6 in diesem Falle actio ad exhib. zulässt. Dasselbe sagt er von einem Edelstein, in einen Goldring zur Verzierung eingefasst: D. 34, 2, 20 u. D. 34, 2, 32, 1, vgl. mit D. 10, 4, 6. Schliesslich ist Pomp. bei Paulus D. 47, 2, 21, 4 anzuführen: Sed si ansam in poculo suam putavit *vel vere fuit*, *totius* poculi eum furtum facere: d. h. der Henkel am Becher weicht vor dem Ganzen, und doch gehört er dem ursprünglichen Eigentümer. Dass beim Weichen der Akzession vor der Hauptsache immer der Eigentümer der letzteren das Ganze erwirbt, aber das Recht des ursprünglichen Eigentümers doch potentiell besteht, wenn actio ad exhib. zulässig ist, nimmt Ferrini, a. a. O. S. 182 ff. richtig an.

Auch Sokolowski's Gegenüberstellung von Peripatetikern und Stoikern hinsichtlich der Bedeutung der Materie ist verfehlt. Der Materialismus des Stoicismus hat nichts mit der Frage des Vorrangs von »Form» oder Materie im Aristotelischen Sinne hinsichtlich der Substantialität zu schaffen. Dass diese Anschauung auch die Körperlichkeit der »Form», der wesentlichen Bestimmtheit, annimmt, schliesst keineswegs aus, dass die »Form» nach ihr das positiv bestimmende Prinzip für jedes Ding als individuelle Einheit ist. Die Form, das Pneuma, das vollständig jedes Ding durchdringt, ist schaffendes Prinzip für dessen Individualität und Einheit. (Belege siehe oben S. 243). Allerdings wird oft die Materie als οὐσία bezeichnet. Dabei aber wird immer daran gedacht, dass die Materie die die besondere Bestimmtheit des Dinges konstituierende Form in sich aufnimmt. (Siehe z. B. Diog. Laert. 7, 150, Arnim 2, 316 und Origenes de oratione Vol. II p. 368, 1 Koe., Arnim 318). Aber als *Unterlage* für die Wirksamkeit der Form wird die Materie auch von Aristoteles, wie bekannt, als οὐσία bezeichnet. Andererseits verwenden auch die Stoiker den Ausdruck οὐσία oder Princip des εἶναι des Dinges von der Form. (Plut. de com. not. 50, 1085 e, Arnim 380: *τὰς δὲ ποιότητας αὖ πάλιν οὐσίας καὶ σώματα ποιοῦσι*; Simpl. in Arist. categ. f. 56 Δ ed. Bas., Arnim 389: πῶς δὲ καὶ

Nun beachte man, dass die römische Possessionslehre in so inniger Verbindung mit der Lehre von der species als der inneren, das Ding erhaltenden Kraft steht, dass das Wesen der Possession sich bloss daraus begreifen lässt. Nach der in der klassischen Jurisprudenz herrschenden Theorie *hört der Besitz auf, wenn das Ding in eine andere species übergeht,* und ein neuer fängt an.[1] Weiter *kann ein Ding nicht possidiert werden, das einer eigenen species entbehrt.* Deshalb ist es für den, der das zusammengesetzte, doch einheitliche Ding συνηιμμένον ex contingentibus[2] possidiert, unmöglich, die einzelnen Bestandteile für sich zu possidieren.[3]

πνευματικὴ ἡ οὐσία ἔσται τῶν σωματικῶν ποιοτήτων . . .; Galenus περὶ πλήθους 3 vol. 7, p. 525 K., Arnim 439: *τὴν μὲν γὰρ πνευματικὴν οὐσίαν* τὸ συνέχον, τὴν δὲ ὑλικὴν τὸ συνεχόμενον; Nemesius de nat. hom. 2, 42, Arnim 451: εἰ δὲ λέγοιεν καθάπερ οἱ Στωϊκοί, τονικήν τινα εἶναι κίνησιν περὶ τὰ σώματα εἰς τὸ εἴσω ἅμα κινουμένην καὶ εἰς τὸ ἔξω· καὶ . . . τὴν δὲ εἰς τὸ εἴσω ἑνώσεως καὶ *οὐσίας* (ἀποτελεστικήν) . . .; Alex. Aphrod. de mixt. p. 224, 14, Bruns, Arnim 442: πρὸς δὲ τούτοις εἰ τὸ πνεῦμα . . . διὰ πάντων πεφοίτηκε τῶν σωμάτων ⟨τῷ⟩ πᾶσιν αὐτοῖς κεκρᾶσθαι καὶ *ἑκάστῳ αὐτῶν ἐκ τούτου ἠρτῆσθαι τὸ εἶναι* . . . Es kann ja darüber gar kein Zweifel herrschen, dass es sich hier um das positive Prinzip für das individuelle Sein der besonderen Dinge handelt. Dass die Stoiker im Gegensatz zu Aristoteles aus dieser Kraft der Form den Schluss ziehen, dass die Form als οὐσία, um *als Form* zu existieren, einer ὕλη bedarf, und dass sie deshalb wegen des so entstehenden regressus in infinitum von den Aristotelikern angegriffen werden (siehe Alex. Aphrod. de anima p. 17, 15, Bruns, p. 17, 21, p. 18, 7, Arnim 394), schliesst keineswegs eine Verschiedenheit betreffs des prinzipiellen Standpunkts in der Frage »Form» und Materie ein. Dieser Schluss ist nur *eine* besondere Konsequenz der an sich absurden Annahme, dass das Ding *zwei* Prinzipien seines Daseins hat, die aufeinander beruhen und also nicht in ihrer Absonderung wirklich sind. — Es soll schliesslich bemerkt werden, dass eine direkte Abhängigkeit der römischen Juristen von Aristoteles nicht nachweisbar ist, während der Einfluss stoischer Schriften offenbar hervortritt. (Siehe oben S. 238[1] u. 245[2]).

[1] Paulus D. 41,2, 30, 4.

[2] Siehe Pomp. D. 41, 3, 30 pr.

[3] Am stärksten ist die im Texte genannte Unmöglichkeit für Gebäude bezeugt. Gaius sagt D. 41, 1, 7, 11: Illud recte quæritur, an si id ædificium (das Gebäude, das auf eigenem Boden aus Material eines anderen aufgeführt ist) vendiderit is, qui ædificaverit, et ab emptore [longo tempore] ⟨usu⟩ captum

(bezieht sich auf den Fall: Überlassung ohne Manzipation) postea dirutum sit, adhuc dominus materiæ vindicationem eius habeat; causa dubitationis est, an eo ipso [quo] ⟨quod⟩ (Mo.) universitas ædificii [longo tempore] ⟨usu⟩ capta est, singulæ quoque res, ex quibus constabat, captæ essent, quod non placuit. Dasselbe sagt Paulus D. 6, 1, 23, 7. Dass der Grund der Nichtusukapierung in die Unmöglichkeit, die besonderen Bestandteile für sich zu *possidieren*, verlegt wird, geht daraus hervor, dass man oft diese Unmöglichkeit direkt hervorhebt. Sie kann natürlich bloss in bezug auf die Usukapierung wesentliche Bedeutung haben. Hier sollen die gewichtigsten Stellen angeführt werden. Paulus D. 41, 2, 30 pr.: Qui *universas* ædes possedit, *singulas* res, quæ in ædificio sunt, non videtur possedisse. (Sokolowski meint a. a. O. A. 351 nach Czyhlarz, dass es sich hier um *lose* Dinge handele, die im Gebäude als einem Hohlraume eingeschlossen sind. Dass dies falsch ist, erhellt aus dem Gegensatz *universas* ædes und *singulas* res, der dem Gegensatz *universitas* ædificii und *singulæ* res bei Gaius a. a. O. entspricht, wo die Bedeutung von *singulæ* res: einzelne *Bestandteile* handgreiflich ist. Der gleiche Gegensatz mit derselben Bedeutung bei Iav. D. 41, 3, 23 pr., worüber unten. Der Gegensatz wäre auch in der Tat mit der von S. u. a. angenommenen Bedeutung sinnlos). Venuleius D. 43, 24, 8: . . . ceterum per se tegulæ non possidentur, sed cum universitate ædificii . . . In Wirklichkeit gehört hieher auch Labeo bei Ulp. D. 43, 17, 3, 7, wo auch das Motiv, das die fragliche Lehre veranlasst, hervortritt: si supra ædes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum, qui cenaculo moretur: *semper enim superficiem solo cedere*. Es ist offenbar, dass, wenn dieselbe Person das Gebäude selbst und zugleich seine Bestandteile possidieren könnte, es auch möglich wäre, dass *einer* das Gebäude, *ein anderer* einen Teil desselben possidierte. Man würde ja dann annehmen, dass der Teil *für sich* possidiert werden könnte. Es ist weiter zu beachten, dass Labeo seine Entscheidung damit motiviert, dass superficies solo cedit. Dies hat ja zunächst Beziehung auf das *Recht*, aber Labeo betrachtet den Grundsatz als auch für den *Besitz* geltend. (Ebenso Ulp. D. 41, 3, 26). Niemand kann bezweifeln, dass er bei dem »cedere» hier, wie D. 41, 1, 26 pr., nach welcher Stelle die cementa vor dem Gebäude »cedunt», zunächst an den Untergang der Selbständigkeit aus rechtlichem Gesichtspunkte denkt, so dass kein besonderes Eigentumsrecht an dem, was »cedit», bestehe. Er muss dann, da er den Grundsatz auch in Besitzfragen für massgebend hält, angenommen haben, dass das, was »cedit», nicht Gegenstand eines besonderen Besitzes sein kann, *weil* es ihm an der Selbständigkeit aus rechtlichem Gesichtspunkte fehlt. (Über Pomp. Labeo D. 41, 3, 30, 1, welche Stelle *scheinbar* der 43, 17, 3, 7 widerstreitet, unten). In dieselbe Richtung führt Iul. D. 6, 1, 59 (libro sexto ex Minicio): Habitator in aliena ædificia fenestras et ostia imposuit, eadem *post annum* dominus ædificiorum dempsit: quæro, is qui imposuerat possetne ea vindicare. respondit

posse, nam quæ alienis ædificiis conexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem ædificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti. Hier wird ja von Minicius-Iulianus die Nichtusukapierung von Akzessionen der Hauptsache, die an sich einer anderen Person gehören, trots des Besitzes am Gebäude während eines Jahres seitens des dominus damit motiviert, dass die Akzessionen zum Gebäude, also der Sache, an der Eigentumsrecht besteht, gehören. Freigemacht von der Hauptsache kehren sie zu ihrem vorherigen rechtlichen Zustand zurück. Hierbei muss vorausgesetzt sein, dass, was nur als Moment einer anderen Sache Gegenstand des Eigentums sein kann, damit nicht für sich possidiert werden kann. Sonst würde die Argumentation nicht befriedigend sein. Offenbar ist diese Voraussetzung für Minicius-Iulianus selbstverständlich. Mehr direkt auf den Grund für die Unmöglichkeit, die Bestandteile für sich mit dem Ganzen zu possidieren, geht Iav. D. 41, 3, 23 pr.: Eum, qui ædes mercatus est, non puto aliud quam ipsas ædes possidere. nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus ædes constant, universitas ædium intellegi non poterit. (Ein danach angeführter weiterer Grund interessiert nicht unmittelbar). § 2: Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendæ sunt, ut . . . usucapiantur, et non potes recte uti tempore, quo in ædificio fuerunt. Hier wird ja direkt gesagt, dass die besonderen Bestandteile darum nicht für sich possidiert werden können, weil sie als Momente zur universitas gehören.

Hieraus geht klar hervor, dass eine Vergewaltigung der Quellen vorliegt, wenn man die fragliche Lehre über die Possidierungsmöglichkeit mit dem Zwölftafelsatz in Zusammenhang bringt, der die Vindikation seitens des ursprünglichen Materialeigentümers während des Bestandes der universitas ædificii ausschliesst. Man meint, dass die Usukapierung unmöglich sei, weil der Eigentümer an der Vindikation gehindert ist, und dass die bezügliche Possidierungslehre hierauf beruhe. Es findet sich keine Andeutung eines solchen Zusammenhangs in den Quellen. Aber auch wenn ein solcher betreffs der *Usukapierung* vorhanden wäre, so könnte aus einer auf diese Weise begründeten Usukapierungsunmöglichkeit nicht gefolgert werden, dass die besonderen Bestandteile nicht für sich *possidiert* werden könnten. Denn dann würden sie nicht usukapiert werden, auch wenn sie possidiert worden wären. Weiter würde ein solcher Grund für die Usukapierungsunmöglichkeit nur die Billigkeit, nicht das Zivilrecht betreffen, und also nur die restitutio in integrum erfordern, wie in den im D. 4, 6, 1, 1 angeführten prætorischen Edikt besprochenen Fällen. Übrigens scheint ja für die Interessen des ursprünglichen Materialeigentümers durch die actio de tigno iuncto in duplum gut gesorgt zu sein. (Es lässt sich zwar nicht leugnen, dass die Furtivität des tignum iunctum bei der fraglichen actio vorausgesetzt wird, da Ulp. in der Hauptstelle betreffs dieser Aktion D. 47, 3, 1 pr. u. § 2 den Ausdruck tignum *furtivum*

verwendet — siehe auch Paulus D. 24, 1, 63 — und da die Aktion offenbar poenal ist und auch im prætorischen Edikte in Zusammenhang mit der gewöhnlichen actio furti dargestellt worden zu sein scheint. Siehe RICCOBONO, Arch. giur. 53, S. 511 f. und LENEL, Ed.[2] S. 320. Indessen wird auch der Ausdruck aliena materia oder tignum alienum oder tignum iunctum angewandt: Gaius D. 41, 1, 7, 10, Paulus D. 6, 1, 23, 6, D. 10, 4, 6 und D. 46, 3, 98, 8 in fine. Man kann hieraus und aus dem Umstande, dass in allen zuletzt angeführten Stellen die actio de tigno iuncto als Ersatz für die ausgeschlossene actio ad exhib. angesehen wird, folgern, dass es sich hier um einen alten, sehr weiten Begriff des furtum *ohne* subjektive Schuldrequisita handelt, welcher in diesem Falle beibehalten worden ist. Die Ausschliessung der actio ad exhib. kann kaum an die Furtivität des tignum iunctum geknüpft gewesen sein. Man beachte XII Taf. 6, 7 — Festus p. 364 M. Siehe RICCOBONO, Arch. giur. 54, 1895, S. 277 ff. Vielleicht kann auf Grund des hier beibehaltenen alten, weiten Begriffs des furtum während der Zeit der klassischen Jurisprudenz immer die actio de tigno iuncto angewandt werden, wenn nur nicht die Einbauung mit dem Willen des dominus — ohne dass damit Eigentumsübergang stattfindet — geschehen ist. Darauf scheint wenigstens Paulus-Neratius D. 24, 1, 63 in fine hinzudeuten).

Aus dem in den angeführten Stellen klar hervortretenden Grunde für die Unmöglichkeit, die Bestandteile von zusammengesetzten res immobiles für sich zu possidieren, geht indessen hervor, dass der fragliche Satz auch bei zusammengesetzten res mobiles gelten muss, obgleich er für diese weniger bestimmt ausgesprochen ist. Man beachte jedoch Paulus D. 41, 2, 30 pr.: Qui *universas* ædes possedit, *singulas* res, quæ in ædificio sunt, non videtur possedisse. (Dass diese Worte sich auf die Bestandteile des Gebäudes beziehen, ist oben nachgewiesen). *Idem dici debet de nave et armario.* Es ist zu beachten, dass die Schulbeispiele für zusammengesetzte Dinge gerade *ædificium*, *navis* und *armarium* sind: Pomp. D. 41, 3, 30 pr. — Aus Ulp. D. 44, 2, 7 pr ff. darf nicht gefolgert werden, dass der Satz besonders für Gebäude gilt; denn hier liegt nur ein kompilatorischer Mischmasch vor. Nachdem das allgemeine Prinzip: Si quis cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatæ ⟨vel in iudicium deductæ⟩ nocet mit Beispielen für seine Anwendung aufgestellt worden ist, heisst es [item] (Mo.) si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem: (§ 1) ⟨item⟩ (Mo.) si ancillam prægnatem petiero et post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum eius petam: utrum idem petere videor an aliud, magnæ quæstionis est. et quidem ita definiri potest totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quæritur, quod apud priorem quæsitum est. (§ 2) In his igitur fere omnibus exceptio nocet: sed in cementis et tignis diversum est: nam is, qui insulam petit, si cementa vel

tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt . . . Exceptio rei iud. vel in iud. ded. erhält hier materielle Bedeutung. Absurd ist, dass ich nicht arbores *excisæ* nach der Vindikation des fundus vindizieren könnte. Der ganze § 1 wie § 2 ist ein Zusatz. Jedoch besteht wirklich eine hier von den Kompilatoren richtig angegebene Verschiedenheit zwischen dem Standpunkte betreffs tigna et cementa einerseits und dem betreffs singulæ tabulæ in einem Schiffe andererseits. Die ersteren können insofern einer anderen Person als dem Eigentümer der Hauptsache gehören, als sie, freigemacht, von dem ursprünglichen Eigentümer vindiziert werden können. Letztere aber gehören in jeder Hinsicht nur dem Eigentümer des Schiffes. Doch muss hier beachtet werden, dass dies nur für die Hauptbestandteile des Schiffes — also die zur carina (siehe Iul. D. 6, 1, 61) gehörenden tabulæ gilt. Denn nachträglich zu einem im wesentlichen fertigen Schiffe hinzugefügte tabulæ, die ursprünglich dir gehören, können nach Ulp. D. 10, 4, 7, 2, freigemacht, von dir vindiziert werden. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt darin, dass tigna et cementa zwar Hauptbestandteile des ædificium sind, wenn man dieses ohne den Boden als »*superficies*» betrachtet, aber die superficies selbst eine Akzession des Bodens ist — superficies cedit solo — und Akzessionen einer anderen Person als dem Eigentümer der Hauptsache potentiell gehören können, wenn sie nicht auf besondere Weise, zum Beispiel durch ferruminatio derselben Materie oder durch Nahrungsaufnahme der Pflanze, die Wurzel geschlagen hat, mit der Hauptsache verbunden worden sind. (Siehe oben S. 237). Die singulæ tabulæ aber, aus welchen das Schiff (die carina) hergestellt ist, sind keineswegs Akzessionen, sondern ursprüngliche Bestandteile. Nach der Sabinianischen Anschauung bleiben sie natürlich im Eigentum dessen, dem sie vorher gehört haben, wenn ein neues Ding daraus verfertigt worden ist: der ursprüngliche Materialeigentümer wird ja auch Eigentümer des neuen Dings. Nach dem Prokulianischen Standpunkt, den wahrscheinlich Ulpianus einnimmt (siehe oben S. 252 ff.), geht auch das potentielle Eigentumsrecht an der Materie auf den Hersteller über. Hiernach ist indessen klar, dass die Frage, ob der possessor des zusammengesetzten Dinges auch dessen Bestandteile für sich possidiert, gar nicht dasselbe Interesse betr. res mobiles wie betr. res immobiles haben kann. Dem Eigentümer des Hauses gehören nicht dessen Bestandteile, wenn es auf eigenem Boden aus aliena materia aufgeführt worden ist. Die Frage entsteht: kann er durch die Possidierung des Hauses dessen Teile für sich usukapieren, so dass sie, freigemacht, ihm gegenüber nicht vindiziert werden können? Der Besitzer des Hauses b. f. usukapiert es, wenn er ununterbrochen zwei Jahre lang possidiert hat. Nun fragt es sich: kann er durch die Possidierung des Hauses schon nach einem Jahre (der Zeit für die Usukapierung beweglicher Sachen) die Teile für sich usukapieren, so dass sie, *nach* Ablauf eines Jahres *vor* dem Ende der zwei Jahre freigemacht, ihm nicht entzogen

werden können? (*Nach* den zwei Jahren tritt er natürlich in die Stelle des ursprünglichen Eigentümers ein und erhält dasselbe Recht an den Bestandteilen, das dieser gehabt haben würde). Es ist unzweifelhaft, dass hauptsächlich wegen der Beantwortung *dieser* Fragen der Satz über die Unmöglichkeit, die Teile eines Gebäudes für sich zu possidieren, aufgestellt worden ist. (Die Bedeutung der anderen Frage in diesem Zusammenhang tritt besonders bei Iav. D. 41, 3, 23 pr. fin. und § 2 fin. hervor). Aber diese beiden Fragen können nicht betreffs zusammengesetzter beweglicher Sachen gestellt werden. Denn der Eigentümer des Ganzen hat als solcher auch die Teile, aus deren Verbindung das Ding entstanden ist, inne, so dass sie auch freigemacht ihm gehören. Was die andere Frage betrifft, kann hier keine verschiedene Usukapierungszeit vorkommen. Dadurch ist es erklärlich, dass man den Satz über die Unmöglichkeit, die Bestandteile für sich zu possidieren, wesentlich für Gebäude aufstellt. Indessen ist zu beachten, dass in einem Falle eine solche Frage auch betreffs beweglicher zusammengesetzter Sachen aufgestellt werden könnte, deren Entscheidung von dem Standpunkt in bezug auf die Möglichkeit, die Teile für sich mit dem Ganzen zu possidieren, abhängen könnte. *Wenn man die Sabinianische Anschauung billigt*, kann die Frage entstehen, ob der Besitzer b. f. einer Materie, aus der später ein zusammengesetztes Ding hergestellt werden soll, z. B. Bretter für Verfertigung eines Schiffes, die Zeit, während welcher er possidiert hat, mit der Zeit für Possidierung der Hauptsache selbst bei der Usukapierung zusammenrechnen darf. (Die iusta causa für die Possidierung der neuen Sache ist dieselbe wie für ihre Materie, vgl. oben S. 151). Wenn man die Bestandteile des zusammengesetzten Dinges nicht zugleich mit diesem selbst possidieren kann, muss natürlich die Frage verneinend, im anderen Falle bejahend beantwortet werden. Man findet nun auch den für Gebäude oft ausgesprochenen Satz auf zusammengesetzte bewegliche Sachen nur von dem *Sabinianer* Paulus D. 41, 2, 30 pr. angewandt. Doch ist zu beachten, dass die Antwort für Paulus auch durch den l. c. § 4 fin. aufgestellten Satz gegeben ist: item (desinimus possidere) si quod possidebam in aliam speciem translatum sit. Daraus folgt ja, dass im Momente der Entstehung des zusammengesetzten Dinges die alte Possidierung der Materie aufhört und dass die Zeiten nicht zusammengerechnet werden dürfen. Also *braucht* nicht einmal in diesem Fall der fragliche Satz verwendet zu werden.

Indessen scheint Labeo bei Pomp. D. 41, 3, 30, 1 der dargestellten Theorie sowohl betreffs Immobilien wie betreffs Mobilien zu widersprechen. Die vielbehandelte Stelle lautet: Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in ædificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si ædificium possedisset. quid ergo in his, quæ non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Was hier die besondere Erwähnung der zehn

---

Tage betrifft, scheint EISELE, Ih. Jahrb 24 (1886), S. 509 ff. die richtige Erklärung gegeben zu haben: man bedürfe, um die Sache bei Vindikation zur litis contestatio zu bringen, mindestens zehn Tage. Es ist natürlich, dass der Usukapierende sichergestellt ist, wenn er so spät beunruhigt wird, dass die l. c. vor dem Verlauf der Usukapierungszeit nicht geschehen kann. Die Frage könnte dann entstehen, ob der nicht vor der für die l. c. nötigen Zeit belangte usukapierende Possessor, der, praktisch gesehen, die hinreichende Zeit besessen hat, ihre Usukapion verlöre, wenn er die Sache in ein grösseres Ganzes, das selbst von ihm innegehabt wurde, aufgehen liesse. Aber es ist scharf zu beachten, dass die Frage von dem von der Rechtsscholastik gebundenen Juristen nur bejahend beantwortet werden konnte. Denn ein solcher war unfähig, die zivilrechtlichen Prinzipien aus Billigkeitsrücksicht zu erweichen. Was im besondern Labeo betrifft, haben wir schon nachgewiesen, dass er den Grundsatz: superficies cedit solo auf den Besitz anwendet, so dass die superficies und was dazu gehört nach ihm nicht für sich possidiert werden kann. Labeo muss also in unserem Fall den Verlust unbeweglich behauptet haben. (Man könnte ja nur zweifeln, ob wirklich Ziegel und Pfeiler von Labeo zu dem, was zu einem Gebäude gehört, gerechnet werden. Gewisse Unsicherheiten in der Frage, was dazu gerechnet werden soll, treten bei den römischen Juristen hervor, wie man aus dem von BIERMANN, Ih. Jahrb. 34 (1895), S. 173 ff. angezogenen Quellenmateriale entnehmen kann. Aber teils haben wir die allgemeine Aussage von Labeo D. 19, 1, 17, 7: ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse und die specielle über Ziegel D. 50, 16, 242, 2, teils ist die Ausdrucksweise an unserer Stelle allzu bestimmt: in ædificium coniecisset, teils endlich wären die zehn Tage völlig unverständlich, wenn es sich nicht um wirkliche Teile des Gebäudes handelte). Aber für TRIBONIANUS, der freie Hand hatte, verderbliche Wirkungen der Rechtsscholastik einzuschränken, war die Gelegenheit für einen Eingriff besonders geeignet. Ich halte deshalb BESELER's Theorie, Beitr. 2, S. 152, einer Tribonianischen Interpolation für richtig. D. h. man hat *non* nach nihilo minus vor usucapturum gestrichen, um die für das wirtschaftliche Leben schädlichen Konsequenzen der fraglichen scholastischen Lehre, worüber unten, zu mildern. Um so wahrscheinlicher ist diese Annahme, als wir an anderen Stellen unzweifelhafte Eingriffe der Kompilatoren mit derselben Absicht finden werden. Dahin gehört sogar die Behandlung der zusammengesetzten mobilia an unserer Stelle, worüber unten. Indessen kann es nicht richtig sein, dass, wie B. meint, Trib. selbst die *zehn* Tage eingeführt habe, um willkürlich ein Maximum für die Erweichung des Prinzips zu setzen. Die Beispiele B:s für ein solches Verfahren sind gar nicht analog. »Die zehn Tage» müssen einen besonderen Anlass gehabt haben. — Wenn wir nun zu den res mobiles betreffenden Worten übergehen, ist hier der kompilatorische Eingriff leicht beweisbar: quid ergo in his, quæ non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? So *kann*

Labeo (oder Pomponius) nicht geschrieben haben. Erstens fehlt es dem quidem an der dazu gehörenden notwendigen Adversation. Der Umstand, dass etwas *nicht* in »Dinge des Bodens» eingefügt ist, steht in keinem adversativen Verhältnisse dazu, dass es res mobilis bleibt. Man kann nicht sagen: dieses Ding ist *zwar* nicht unbeweglich, *aber* es bleibt beweglich. Zweitens ist es wohl undenkbar, dass Labeo (Pomponius) geschrieben hätte: quid ergo in his, quæ . . . mobilia permanent, *ut* in anulo gemma. Es handelt sich ja hier in Wirklichkeit, wie man sowohl aus dem Zusammenhang mit pr. und § 2 wie aus dem Beispiele ersieht, um zusammengefügte Dinge. Aber nach der Ausdrucksweise im Digestatexte würden hier res mobiles überhaupt abgehandelt werden! Es ist indessen auch möglich, mit Anspruch auf grosse Wahrscheinlichkeit den ursprünglichen Text festzustellen. Man beachte den angeführten Grund, weshalb sowohl der Ring wie der in ihn eingefügte Edelstein für sich possidiert und usukapiert werden: *cum utrumque maneat integrum.* Um miteinander zusammengefügte Dinge, die ihre Selbständigkeit dabei behalten, muss es sich also hier handeln. D. h. weder ein drittes Ding entsteht noch zieht das eine das andere als Akzession an sich. Im Vorhergehenden ist von solchen Zusammensetzungen, in welchen das Hinzugefügte vor der Hauptsache weicht, wie Materialien, die für ein Gebäude gebraucht werden, die Rede, hier von solchen, bei welchen dies nicht zutrifft und doch nicht ein drittes Ding entsteht. Hiernach ergibt sich die Wiederherstellung des Textes von selbst: quid ergo in his, quæ [non] quidem implicantur rebus [soli] ⟨aliis⟩, sed [mobilia] ⟨integra⟩ permanent, ut in anulo gemma? in quo ⟨casu?⟩ verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Man vergleiche hiermit die völlig analoge Entscheidung der Labeo (Pomponius) nahestehenden Proculus und Pegasus bei Pomp. D. 41, 1, 27, 2: cum partes duorum dominorum ferrumine cohæreant . . . Cassius ait . . . sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa aut eius, cuius nomine ferruminata est. *sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere.* In diesem Falle liegt also nach ihnen eine Zusammensetzung vor, in welcher die einzelnen Dinge ihre Selbständigkeit trotz der Kohärenz behalten. Pomponius, der in diesen Fragen Prokulianer ist, ist natürlich der Meinung des Proculus gefolgt. Auf ähnliche Weise denkt Pomp. in Anknüpfung an Labeo in unserer Stelle an die Möglichkeit einer Zusammensetzung, in welcher jedes Ding seine Selbständigkeit behält. Wie jedes solcher Dinge nach D. 41, 1, 27, 2 im Eigentum dessen bleibt, dem es vor der Zusammensetzung gehört hat, so kann nach unserer Stelle jedes für sich fortdauernd possidiert und usukapiert werden. Die Kompilatoren haben indessen offenbar, um die schädlichen Wirkungen der betreffenden Scholastik zu hemmen, das Prinzip, dass man die Teile eines zusammengesetzten Dinges nicht für sich possidieren und usukapieren kann, auf *Mobilien* überhaupt nicht anwenden wollen und haben deshalb den echten Text geändert, wobei sie, wie auch sonst oft, über-

Ebenso ist es unmöglich, die Akzession für sich zu possidieren.[1]

---

sahen, dass das Ganze verworren wurde. Auch haben sie ja sogar denselben Grundsatz, wie wir gefunden haben, *nicht restriktionslos* für *Immobilien* verwenden wollen.

Aus dieser Untersuchung ergibt sich, dass BESELER's Satz, Beitr. 2, S. 153: »Das sonderbare Axiom, dass der Besitzer des Ganzen den Teil nicht besitzt, gilt nur für Immobilien» auf einer vollständigen Verkennung der grundlegenden Bedeutung beruht, die die römische Specieslehre sowohl für das Eigentumsrecht wie für den Besitz hat.

[1] Natürlich bezieht sich das in der vorhergehenden Anmerkung dargestellte Prinzip, insoweit es auf Gebäude angewandt wird, auch auf die Unmöglichkeit, die Akzession für sich zu possidieren. Wenn man an das Gebäude als *superficies* denkt, d. h. unter Abstraktion vom Boden, zu welchem es gehört, ist das genannte Prinzip so zu formulieren: bei zusammengesetzten Dingen können die Teile, woraus sie bestehen, nicht für sich possidiert werden. Wenn man aber an das Gebäude als Akzession des Bodens denkt, schliesst das Prinzip in sich, dass die Akzession nicht für sich possidiert werden kann. — Wenn Labeo (Pomponius) an der oben zitierten und in ihrer ursrpünglichen Fassung wiederhergestellten Stelle D. 41, 3, 30, 1 erklärt, dass sowohl der im Goldringe eingefasste Edelstein wie jener selbst für sich possidiert und usukapiert werden können, ist dabei vorausgesetzt, dass der Edelstein nicht als Akzession vor dem Ringe weicht, wie man aus der Motivierung: *cum utrumque maneat integrum* ersieht. Es ist auch bemerkenswert, dass weder von Pomponius noch Labeo berichtet wird, der auf diese Weise eingefasste Edelstein gehöre nach ihnen zum Ringe. (Anders von Sabinus, Paulus und Ulpianus: siehe D. 34, 2, 19, 13 und 16, l. c. l. 20 und l. 32, 1). Dass Pomponius Goldeinlagen in einem Silbergefäss und Goldnähte an Kleidern u. dgl., Labeo den Purpur, womit Wolle gefärbt wird, zur Hauptsache gehören lässt (D. l. c. l. 19, 5 und D. 41, 1, 26, 2), steht gar nicht im Widerstreite damit. Der Edelstein erscheint nicht in gleicher Weise als ein Zubehör des Ringes. Man beachte übrigens, dass Labeo (Pomponius) nicht einmal statuæ adfixæ zum Gebäude gehören lässt: ornatus enim ædium causa parantur, non quo ædes perficiantur: D. 50, 16, 245; siehe auch Labeo bei Iav. D. l. c. l. 242, pr. über das Bramsegel in Vergleich mit dem Maste; Labeo bei Ulp. D. 19, 1, 17, 7 über *pepetuus usus* als den Akzessionscharakter des in ein Gebäude Eingefügten entscheidend und Labeo bei Paulus D. 41, 1, 26 pr. über Zusätze zu einer Sache, welche für deren *Vollendung* nach ihrer eigentümlichen Art nötig sind, z. B. den Henkel an einem Becher, den Fuss oder die Hand an einer Statue, als vor dem Ganzen weichend. — Schliesslich ist zu bemerken, dass, wenn betreffs Mobilien das Prinzip der Unmöglichkeit, Teile des zusammengesetzten Dinges zu possidieren, allgemein gegolten haben muss, wie wir soeben nachgewiesen haben, es undenkbar ist, dass die Akzession, die in dem Ganzen aufgeht, für sich besessen werden könnte.

Über die Unmöglichkeit, bei Mobilien die Akzession für sich zu possidieren, findet sich eine direkte Äusserung bei Ulp. D. 10, 4, 7, 1 u. 2: Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit) *quamvis tunc civiliter non possideas*. Item et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialæ vel purpuram vestimento intexeris aut brachium statuæ coadunaveris. BESELER, Beitr. 1, S. 26 u. 2, S. 153 meint indessen, dass gerade die Worte: quamvis . . . possideas interpoliert seien, und stützt sich dabei auf die soeben hier behandelte Stelle Pomp. D. 41, 3, 30, 1 über die besondere Possidierung des Edelsteins im Ringe. Dieser Grund ist indessen völlig verfehlt. Der Edelstein ist ja im fraglichen Falle ein für die Anwendung des Ringes völlig bedeutungsloser Zusatz. Er ist ja nur zur Verzierung da. Wir haben soeben nachgewiesen, dass Pomp. Zusätze, die der Verzierung dienen, wenn sie als abgesonderte Gegenstände hervortreten, nicht für wirkliche Akzessionen hält. Das Rad an einem Wagen ist wohl nicht zur Verzierung, sondern zwecks Anwendung des Wagens da, und gehört ja zu dessen Vollendung. In solchen Fällen aber nehmen Pomponius und Labeo (dem ersterer in diesen Fragen in der Regel folgt) an, dass der Zusatz vor dem Ganzen weicht. Es ist also eine Vergewaltigung des hier klaren Quellenmateriales, die beiden Fälle gleichzustellen. (Doch haben sowohl SOKOLOWSKI, a. a. O. S. 136 wie RICCOBONO Sav. Z. 31, 1910, S. 354 in dieser Hinsicht dieselbe Meinung wie BESELER. R. hält jedoch die fraglichen Worte für echt mit Ausnahme des Wortes civiliter: S. 355. Aber er betrachtet sie als Ausdruck für ULPIANUS' Meinung im Gegensatze zu der des POMPONIUS, was völlig unbegründet ist. Was das Wort civiliter betrifft, so hat R. keinen anderen Grund für die Annahme, dass es ein Justinianischer Zusatz sei, als den, dass bei der actio ad exhib. die Passivlegitimation nicht einmal normaliter einen Besitz ex iusta causa im eigentumsbegründenden Sinne voraussetzen kann. Diese Beweisführung ist nichts anderes als eine petitio principii, da R. gerade in diesem Aufsatze nachweisen will, dass 'civiliter possidere' einen solchen Besitz nach der klassischen Jurisprudenz einschliesse, was ihm keineswegs gelungen ist: siehe oben S. 199.[1] Vgl. R:s Auslegung von D. 41, 5, 2, 1 oben S. 205). Indessen stützt sich BESELER auch auf das allgemeine Prinzip für die Passivlegitimation in der actio ad exhib., das in der klassischen Jurisprudenz herrschen soll: die Forderung des possidere oder dolo malo desinere possidere. Es kann wohl auch kaum verneint werden, dass dieses Prinzip so allgemein angenommen worden ist, dass es sogar im prätorischen Edikte erwähnt worden sein muss: man vergleiche Pomp.-Labeo D. 10, 4, 15 mit Iul. D. l. c. l. 8. Hierzu kommt, dass verschiedene von BESELER behauptete Interpolationen richtig bestimmt sind, aus welchen hervorgeht, dass in Fällen, wo unzweifelhaft nur naturalis possessio vorausgesetzt wird, die Kompilatoren die von der klassischen Jurisprudenz angenommene Möglichkeit, Interdikte zu verwenden, durch die actio ad exhib. ersetzt haben: im besonderen D. 10, 4,

5, §§ 3, 4 u. 5, womit D. 39, 2, 9, §§ 1, 2 u. 3 und Pomp. Labeo D. 10, 4, 15 zu vergleichen sind, und D. 10, 4, 9, 1: BESELER, a. a. O. S. 19 u. 37. Über die Interpolation der allgemeinen Äusserung betreffs der Anwendbarkeit der actio ad exhib. bei der blossen naturalis possessio siehe oben S. 214. (Dagegen wird sowohl D. 10, 4, 5 pr. wie § 1 wirkliche possessio vorausgesetzt. Im pr. wird an eine Retention der Sache als Sicherheit für Forderungen des Lokatars gedacht. Die Worte: aut certe ille est, qui possit exhibere reimen sich nicht mit der grammatischen Konstruktion: BESELER a. a. O. S. 32. Über § 1 siehe oben S. 139—140. Man kann annehmen, dass bei Pomp. D. 10, 4, 4 — vgl. Pomp. D. 33, 5, 8, 3 — dasselbe wie in l. 5 pr. betreffs des Depositars etc. vorausgesetzt wird, d. h. er und andere dgl. Besitzvermittler können von der actio ad exhib. getroffen werden, wenn sie die Sache wegen der Sicherung von Forderungen, die mit der Deposition etc. zusammenhängen, behalten, in welchem Falle sie Eigenbesitzer werden). Indessen gerät B. dadurch in eine unüberwindliche Schwierigkeit, dass er doch nicht so weit gehen will, Paulus D. 10, 4, 6 oder die die Zulässigkeit der actio ad exhib. bezüglich Akzessionen von Mobilien betreffenden Worte an unserer Stelle für interpoliert zu erklären. Man bemerke, dass Paulus a. a. O. die Ausschliessung dieser Aktion bei Immobilien nur auf das Zwölftafelgesetz stützt. Da unzweifelhaft nach direkten Zeugnissen die Akzession von Immobilien nicht für sich possidiert werden kann und dasselbe für Mobilien auf Grund der Argumentation für jene Lehre angenommen werden muss (siehe oben S. 264), ist es in der Tat inkonsequent, auf Grund des Prinzips für die Passivlegitimation in der actio ad exhib. die Unechtheit der Worte quamvis . . . possideas zu behaupten. Diese Worte drücken ja nur ein Prinzip aus, das wir nach anderen, nicht anfechtbaren Zeugnissen ebenso sicher wie das andere konstatieren können. — Wenn aber also kein haltbarer Grund für die Interpolation der Worte angegeben werden kann, muss man fragen, wie sie mit dem Prinzip für die Passivlegitimation in der actio ad exhib. übereinstimmen können. In dieser Hinsicht braucht man nur zu bedenken, dass jedenfalls die Akzession *als Moment des Ganzen* 'civiliter' possidiert wird, ohne dass die potentielle Selbständigkeit verloren geht. Damit konnten die Juristen diesen Fall als zwischen der reinen civilis possessio und der bloss naturalis possessio liegend konstruieren und so die actio ad exhib. zulässig finden. Ulpianus (Pomponius) will mutmasslich durch die fraglichen Worte bezeichnen, dass hier zufolge zivilrechtlicher Prinzipien (civiliter = iure civili) doch nicht die Sache selbst possidiert wird, und so die Aufmerksamkeit darauf hinlenken, dass eine Ausnahme vorliegt — obgleich diese gut verständlich ist. Was die Kompilatoren betrifft, haben wir aus den Interpolationen Pomp.-Labeo D. 41, 3, 30, 1 ersehen, dass sie sowohl das klassische Prinzip der Unmöglichkeit, die Teile der Immobilien für sich zu possidieren, mildern als das entsprechende Prinzip betreffs Mobilien aufheben wollten — offenbar wegen seiner bedenklichen Konsequenzen, worüber alsbald. Es

Die Abhängigkeit der Possession davon, dass der Gegenstand eine besondere species besitzt, sowie der Untergang des Besitzes mit der Verwandlung des Dinges in eine *andere* species ist um so merkwürdiger, als die Theorie die bedenklichsten Folgen für das Produktionsinteresse gehabt haben muss. Der gutgläubige Käufer kann, wenn wir von res furtivæ absehen, sicher sein, wenn er z. B. das eingekaufte Holz ein Jahr innegehabt hat, ohne nützlichen Gebrauch davon gemacht zu haben. Er usukapiert es in einem solchen Falle nach Schluss des Jahres. Aber hat er es kurz vor Ablauf der Usukapierungszeit in ein Gebäude auf eigenem Boden eingebaut, so gerät er in eine prekäre Lage. Wie lange er auch das Haus selbst possidiert, usukapiert er nicht das Holz. Zwar ist er von der actio ad exhib. frei, aber an deren Stelle der actio de tigno iuncto unterworfen, für welche die Furtivität der Sache im neueren Sinne nicht Bedingung ist.[1] Und wird das Holz vom Hause losgemacht (ohne Reparaturabsicht[2]), oder stürzt das Haus ein, oder wird es (ohne Reparaturabsicht[2]) niedergerissen, ist er oder der, der das Haus von ihm gekauft hat, einer Vindikation von Seiten des ursprünglichen Materialeigentümers ausgesetzt, wie lange auch das Haus in unmittelbarer Folge possidiert worden ist.[3] Dies deswegen, weil das eingebaute Holz selbst nicht mit der Possidierung des Hauses possidiert und usukapiert wird. Iustinianus hat hier

---

ist dann höchst unwahrscheinlich, dass sie hier im Gegenteil *für* dasselbe Prinzip *gegen* die klassische Jurisprudenz haben eintreten wollen. Wenn sie wirklich selbst die fraglichen Worte hinzugefügt haben — die Unmöglichkeit lässt sich natürlich nicht beweisen, obgleich die angeführten Gründe für eine Interpolation unhaltbar sind und die Äusserung der sonst bei ihnen hervortretenden Tendenz widerstreitet — so haben sie sich hier völlig im Geiste der klassischen Jurisprudenz ausgedrückt.

Schliesslich ist betreffs der vorliegenden Frage zu bemerken, dass sowohl Paulus D. 10, 4, 6 wie Ulpianus D. l. c. l. 7, 1 u. 2 *ganz restriktionslos* actio ad exhib. im Falle: res aliena ist Akzession einer mir gehörigen res mobilis zulassen, was nicht möglich wäre, wenn sie die Usukapierbarkeit der Akzession, so lange diese eine solche verbleibt, annähmen.

[1] Siehe oben S. 263—264.

[2] Im Falle einer solchen Absicht gehört das Material immer zu dem Hause: Paulus D. 45, 1, 83, 5 und Ulpianus D. 19, 1, 17, 10.

[3] Gaius D. 41, 1, 7, 10.

inkonsequent den Wirkungen der Scholastik Einhalt getan, indem er die praktisch gesehen abgelaufene Usukapierungszeit hinsichtlich eingebauten Materials gelten lässt, d. h. wenn es an einer so kleinen Zeit fehlt, dass während derselben die l. c. im Vindikationsprozesse nicht vorgenommen werden kann.[1] Er hat weiter Vindikation nur zugelassen, wenn der Materialeigentümer nicht schon Doppelersatz erhalten hat.[2]

Oder wenn bona fide eingekauftes Material — nicht res furtiva — anstatt ungebraucht zu liegen, vor dem Verlauf eines Jahres zur Reparatur eines Schiffes verwendet oder ein Rad für einen Wagen daraus gemacht wird, so riskiert der Hersteller oder sein Rechtsnachfolger, seit wann auch das Schiff oder der Wagen in ununterbrochener Folge possidiert worden sein mögen, auf Grund des Prinzips, dass die Akzession nicht für sich possidiert und so usukapiert werden kann, die actio ad exhib. seitens des ursprünglichen Materialeigentümers und damit den Zwang, ihm das Material herauszugeben. Iustinianus scheint hier der Scholastik auf die Weise entgegenwirken zu wollen, dass er das Prinzip der Unmöglichkeit, die Teile eines Dinges für sich zu possidieren, nur für die res immobiles gelten lässt.[3]

Ebenso treten ungesunde Wirkungen der Theorie über die Verbindung des Besitzes mit der species des Dinges in der davon abhängigen Lehre hervor, dass die Possidierung abgebrochen wird, wenn die Sache in eine neue species verwandelt worden ist. Es ist allerdings wahr, dass, wenn die Prokulianische Anschauung, nach welcher der Hersteller Eigentümer wird, zugrunde gelegt wurde, die fragliche Theorie unschädlich war. Aber wenn man der Sabinianischen Anschauung huldigte, nach welcher der ursprüngliche Materialeigentümer auch das neue Ding erwirbt, so muss die Theorie bedenkliche praktische Folgen gehabt haben. Wenn ich bona fide dem Verkäufer nicht gehörige Wolle (jedoch nicht res furtiva) eingekauft und unmittelbar vor dem Schlusse der Usukapierungszeit Kleider daraus gemacht habe, müssen diese noch ein ganzes Jahr possidiert

[1] Siehe oben S. 267.

[2] Iust. hat in Inst. 2, 1, 29, welche Stelle aus Gaius D. 41, 1, 7, 10 entnommen ist, die Worte eingeschoben: *si non fuerit duplum iam persecutus.*

[3] Siehe oben S. 268.

werden, damit Usukapierung stattfinden soll, während die Wolle, wenn sie die ganze Usukapierungszeit hindurch ungebraucht gelegen hätte, Eigentum des Käufers geworden wäre, in welchem Falle natürlich die aus ihr später verfertigten Kleider unmittelbar sein Eigentum werden.

Hiermit ist die Frage: Was an der Sache wird durch den animus possidiert? beantwortet. Man possidiert durch ihn die innere, das Ding zusammenhaltende und es von allem anderen absondernde Einheit: die *species* oder die wesentliche Artbestimmtheit als innere individualisierende Einheit. Dies ist der grundlegende Unterschied zwischen dem juridisch *wirklichen* und dem juridisch nur scheinbaren Besitze (naturalis possessio), dass ersterer die species selbst trifft, so dass die Macht über das Äussere (die natürliche Macht) davon abhängt, während letzterer gar nicht eine Herrschaft über die species selbst, sondern nur über das Äussere einschliesst. Andererseits ist das Eigentumsrecht, das wie bekannt sowohl seine Unterlage in dem fiktiven oder wirklichen Besitz (beachte das manu capere oder das vindicare in der mancipatio, bezw. der in iure cessio, die rechtliche Bedeutung des capere — oben S. 42 — besonders des usu capere) als seine wesentliche Realisation im wirklichen Besitze hat, die reine Herrschaft über die species, also der Zustand, in welchem ich die species als *an sich bestehend* beherrsche. Der Besitz ist, mit dem Eigentumsrecht verglichen, eine Herrschaft über die species als im sichtbaren Dinge immanent, weshalb er wesentlich *auch* eine Macht über das Äussere des Dinges, die aus der ersteren Herrschaft entspringt, in sich schliesst. Deshalb hat der Besitz ein mystisches Machtelement, das mit der im Eigentum liegenden übersinnlichen Macht nahe verwandt ist. Er ist ein *Recht*, obgleich dieses, weil der Possessor als solcher die immanente species beherrscht, mit dem Verlust der physischen Macht zu Grunde geht.[1] Jeder wirkliche Besitz ist eine civilis possessio[2] oder eine *iusta* possessio. Man possidiert iure civili. Auch der Besitz vi aut clam aut precario ist gegenüber jedem anderen als der unmittelbaren Gegenpartei eine iusta possessio.[3]

[1] Siehe oben S. 190 ff.

[2] S. 199 ff. [3] S. 192 f.

Es ist nun auch von selbst klar, dass der Besitz ebensogut wie das Eigentum durch besondere, mit geheimnisvollen magischen Kräften ausgerüstete, »rechtlich» geltende negotia übertragen werden kann, so dass die innere Possidierungskraft, die *causa* possessionis, die Kraft des negotium ist, nicht die physische Macht mit dem Willen, wie ein dominus zu herrschen. Wenn ich eine Sache gekauft und den Besitz wegen des Kaufs erhalten habe, ist die Kraft, auf Grund deren ich jetzt nicht bloss naturaliter possidiere, gerade der Kauf, keineswegs die physische Kraft und mein Wille, als ein dominus zu herrschen. Ebenso ist von selbst klar, dass *rechtliche* Hindernisse, unabhängig von der physischen Kraft und dem Willen, dem wirklichen Besitz im Wege stehen können. Ich bin z. B. Sklave oder filius familiæ, oder der Gegenstand entbehrt einer besonderen species. Da die species überhaupt unter der Macht der rechtlichen Transaktion steht, kann der possessor die zum Besitz gehörende physische Macht übertragen, ohne dass deswegen der Empfänger selbst irgend welche Macht über die immanente species erhält, sondern nur die physische Kraft betreffs des Dinges, die dem Verleiher gehört, gebraucht und aufrechterhält. So z. B. bei der Miete. Der Mieter *kann* sich trotz der physischen Macht nicht durch den blossen Willen, wie ein dominus zu herrschen, den wirklichen Besitz zueignen — dies auf Grund der fortwirkenden Kraft der ursprünglichen Mietübereinkunft. Es ist aber nur eine neue Übereinkunft, nach welcher der Lokatar Eigenbesitzer sein soll, nötig, um den wirklichen Besitz zu übertragen.[1] Ebenso ist verständlich, dass ich die mit dem Eigentumsrechte nahe verwandte possessorische Macht über die species auf eine andere Person so übertragen kann, dass diese nur die Anwendung *meiner* Macht erhält, wie es der Fall ist, wenn ich als Pfandschuldner den Besitz übertrage.[2] Ich kann ja z. B. eine andere Person als cognitor oder procurator mein *Eigentumsrecht* im Prozesse geltend machen lassen, ohne dass damit dieses aufhört. Warum sollte ich dann nicht eine andere Person meine innere possessorische Macht, die eine Beherrschung derselben inneren Einheit des Dinges ist, auf die sich die Herrschaft des Eigentümers bezieht, verwenden

[1] S. 107 ff. und 162 ff.

[2] S. 109—110, 223 f. u. 232.

lassen können, ohne dass damit mein eigener Besitz aufhört? Da aber der Besitz die immanente species betrifft und daher prinzipiell aufhört, wenn die physische Macht verloren geht, ist der fortdauernde Besitz des Pfandschuldners ein Zwittergebilde. Er liegt zwischen Eigentumsrecht und Besitz. Seine Verbindung mit dem wirklichen Besitze bewahrt er jedoch so, dass er vom wirklichen Besitz des die innere Macht des Pfandschuldners ausübenden Pfandgläubigers abhängt, also mit dessen Untergang aufhört. Wegen seiner Verwandtschaft mit dem blossen Eigentumsrecht gilt er nur bei der Usukapierung.

Besonders aber verbreitet die römische Lehre von der species als gemeinsamem Gegenstande des Eigentumsrechts und des Besitzes Licht über den starken Einfluss, den das Eigentumsrecht auf den Besitz und dessen Art übt: 1. Der *Eigentümer* besitzt immer juridisch, wenn er bloss die physische Macht hat, insofern er nicht, seines Rechtes bewusst, mit der Gegenpartei als in der Possession überlegen verhandelt.[1] 2. Der nicht besitzende *Eigentümer* kann durch blosse Vermietung an den wirklichen Besitzer selbst wirklichen Besitz erwerben, wie er durch blosses negotium dem wirklichen oder bloss natürlichen Besitzer anderen wirklichen oder neu entstehenden wirklichen Besitz verschaffen kann.[2] 3. Der *Eigentümer* besitzt den servus fugitivus, womit ein dem Besitze des Pfandschuldners analoges Zwittergebilde, das zwischen Eigentum und Besitz liegt, entsteht.[3]

Durch die vollständige Verkennung dessen, was nach der römischen Jurisprudenz der eigentliche Gegenstand des wirklichen Besitzes ist, wird die herrschende Lehre von allem Verständnisse der Bedeutung, die *das Recht* durchgehend in der Besitzfrage hat, ausgeschlossen. Selbst der grundlegende Begriff: causa possessionis wird in derselben völlig unverständlich. Wenn der Besitz nichts anderes als physische Macht mit dem animus possidendi oder dem blossen animus detinendi ist, wie kann dann z. B. der Kaufakt, gemäss welchem ich den Besitz empfangen habe, die denselben

[1] S. 113[1] u. 174[1].
[2] S. 113 ff., 127 ff. u. 165 ff.
[3] S. 177 ff. u. 232 ff.

aufrechterhaltende Kraft sein? Wie kann überhaupt etwas anderes als meine physische Kraft und mein Wille die Grundlage meines Besitzes sein, *nachdem* ich ihn einmal gewonnen habe?[1]

§ 11.

Die Verbindung der römischen Specieslehre und damit der Besitzlehre mit dem Animismus.

Es hat sich gezeigt, dass die römische Besitzlehre von der klassischen Jurisprudenz unter dem Einflusse der griechischen Philosophie ausgebildet worden ist. Deren Gegenüberstellung der wesentlichen Artbestimmtheit als Form oder innerer Kraft und der Materie sowie ihre Auffassung von der ersteren als die letztere von innen bestimmend und damit das Ding in seiner Identität und Individualität konstituierend tritt in der römischen Specieslehre hervor.

---

[1] Sokolowski, Die Phil. im Privatr. 2, S. 151 sagt nach einer Erörterung der Aristotelischen Lehre von der Doppelseitigkeit des Dinges — Form, objektives Wesen oder Idee, und Materie — als der doppelten Auffassungsweise — νοῦς und αἴσθησις — entsprechend: »Nach der metaphysischen Weltanschauung setzt sich die konkrete Sache aus einer physischen und begrifflichen Seite zusammen, demgemäss ist beim Besitzerwerb ein Zusammenwirken der beiden entsprechenden Faktoren im Subjekt erforderlich. Um sich den Besitz anzueignen, muss sowohl das corpus als auch das consilium des Subjekts in Funktion treten.» Der »animus» soll deshalb in der Besitzlehre »eine *geistige, keine ethische* Funktion, nicht das *Wollen*, sondern das *Wissen*» bedeuten (S. 153). Obgleich hier der *animus* possidendi richtig mit dem inneren Wesen des Dinges in Zusammenhang gesetzt wird, ist doch die Bedeutung des *possidere* selbst so dargestellt, dass das Ganze unverständlich wird. Wie ich keineswegs das Äussere eines Dinges dadurch beherrsche, dass ich es sehe, so beherrsche ich das Innere desselben nicht durch das blosse Wissen von diesem. Das mystische Machtelement in der juridisch wirklichen possessio, das sie mit dem Eigentumsrecht stark verbindet und das mit der Unterscheidung der inneren Einheit des Dinges und dessen physischen Daseins in Zusammenhang steht, ist völlig übersehen. Übrigens ist gegen S. einzuwenden, dass, wenn auch der animus possidendi ein Wissen vom Dinge einschliesst, man nicht leugnen kann, dass dazu wesentlich ein wirklicher Wunsch, das Ding zu beherrschen, gehört. Dass die von den Römern als Possessionsbedingung besprochene scientia sich auf

Diese aber liegt dem klassischen Begriff des juridischen Besitzes zugrunde. Man muss indessen fragen, wie es zu erklären ist, dass die klassische Jurisprudenz sich in dieser Hinsicht so allgemein von der griechischen Philosophie bestimmen liess.

Hiebei muss zuerst beachtet werden, dass die platonisch-aristotelische und stoische Lehre von einem inneren Wesen der Dinge, wie sehr sie auch bei ihrem philosophischen Begründer Plato von erkenntnistheoretischen und ontologischen Motiven bestimmt gewesen sein mag, sich doch nicht ohne den allgemeinen animistischen Glauben an selbständige, nach Zwecken wirkende psychische Kräfte in den Dingen begreifen lässt. Es ist ja, wie besonders stark im Dialog Phaidon hervortritt, wo Plato an Anaxagoras' Nouslehre anknüpft, seine Meinung, dass die Ideen die Dinge als deren Zweckursachen bestimmen. Wie metaphysisch abstrakt dies auch dargestellt sein mag, so ist es nicht möglich, etwas bei einer solchen Theorie vorzustellen, ohne dass als Unterlage für den Gedanken das Bild von selbständigen, zweckmässig wirksamen psychischen Kräften dient. Denn es sind bloss mit *Willen* ausgerüstete Wesen, die wir uns als nach Zwecken wirksam denken können. Und soweit solche Wesen das *Sein* selbst der Wirklichkeit ausmachen sollen, müssen sie als *selbständig*, von innen wirksam angenommen werden. Aber diese psychischen Kräfte verlegt Plato nicht in ausserhalb der Dinge befindliche Personen, sondern in diese selbst. Die Dinge haben in den Ideen ihr eigenes Sein durch deren »Kommen und Gehen», während die Ideen selbst unabhängig von den Dingen Dasein haben. Damit kommt er in die innigste Verbindung mit dem primitive

---

das Vorhandensein der Fähigkeit, über das Ding zu verfügen, bezieht und schon für die *naturalis* possessio nötig ist, ist oben S. 101 ff. nachgewiesen. Weiter ist ja der animus possidendi nicht immer für die wirkliche possessio nötig — dies auf Grund ihrer Verbindung mit dem Recht. (Siehe oben S. 173 ff.). S. verwechselt, wie es gewöhnlich geschieht, den *animus possidendi*, der eine blosse — nicht immer nötige — Bedingung für den *Erwerb* des Besitzes ist, mit dem *possidere animo*, das ein wesentliches Moment im Besitze selbst ist. — Dass übrigens S. den Einfluss, den die griechische Philosophie unzweifelhaft gehabt hat, missversteht und dass diese Philosophie nur als eine der klassischen Jurisprudenz angemessene Umkleidung für eine echt römische Denkweise benutzt wurde, wird im folgenden § nachgewiesen werden.

Völker kennzeichnenden Animismus und dessen Übertragung selbständiger seelischer Kräfte auf die Dinge.

Was besonders den griechischen Volksglauben betrifft, tritt der Animismus handgreiflich hervor. Man denke z. B. an das Verurteilen von toten Dingen und Tieren, durch die ein Mensch getötet worden ist, durch eines der Blutgerichte in Athen — das auf dem Prytaneion —[1] oder an das fiktive Verurteilen der Opferaxt in den altertümlichen athenischen Dipolien.[2] Nach dem ursprünglichen Volksglauben handelt es sich im ersteren Falle um eine das Ding oder das Tier treffende Rachgier des Geistes des Getöteten, welcher Geist zum Geschlechte gehörende Verwünschungsgeister zur Rache aufruft. Durch den Urteilsspruch und die Exekution wird der Gegenstand der Rache preisgegeben, und die Gemeinde selbst wird so gereinigt.[3] Daraus folgt, dass man die Tötung durch das Ding oder Tier nicht als einen von aussen bestimmten Verlauf, sondern als eine von dem Innersten des Dinges oder Tieres selbst, dessen selbständig sich zur Handlung bestimmendem animus herstammende Wirksamkeit gefasst haben muss. Denn die Idee, dass der Gegenstand, auf den das Unglück zurückgeführt wird, dieses *selbständig* verursacht hat, ist eine notwendige psychologische Bedingung für die Rachgier denkender Wesen. Ohne diese Idee ist es unmöglich, im Gedanken gerade bei *diesem* Gegenstande als Ursache stehen zu bleiben und nicht weiter zurückzugehen. Aber die einzig mögliche anschauliche Unterlage für die Idee selbstwirksamer Ursachen bietet der in innerer Erfahrung gegebene Wille. Eine solche Ursache

---

[1] SCHOEMANN-LIPSIUS, Griechische Altertümer I (1897), S. 512[6]. (Den angeführten Belegstellen ist als besonders beleuchtend hinzuzufügen, Plato, Leges IX, 873 E f.)

[2] A. MOMMSEN, Feste der Stadt Athen (1898), S. 513 ff.

[3] Siehe besonders Aeschylus, Choephor. 277 ff. und 286 ff. (dazu HARRISON, Prolegomena to the Study of Greek religion (1908), S. 219), Plato, Leges IX, 865 D. u. E. und Antiphon, Tetralogien, passim. Allerdings betreffen diese Stellen den Volksglauben, der der Strafe des Totschläger-Menschen zugrunde liegt. Aber da tote Dinge und Tiere, die den Tod eines Menschen verursacht haben, von einer Strafe derselben Natur getroffen werden können, ist es zulässig, die genannten Stellen auch zur Beleuchtung solcher Fälle zu verwenden.

wird deswegen stets als nach Zwecken wirksam aufgefasst, obgleich in gewissen Fällen von der *Bewusstheit* der Zwecke als Bedingung für die Wirksamkeit abgesehen wird.

Bei Platos philosophischen Vorgängern — den jonischen Naturphilosophen — tritt auch der Animismus unverhüllt hervor. Thales soll gesagt haben, dass alles voll von Seelen sei. Anaximander wird der Satz zugeschrieben, dass die individuellen Dinge durch ihren Untergang für ihre Ausscheidung aus dem Unendlichen büssen müssen, womit sowohl dem Unendlichen als Strafe fordernd wie den individuellen Dingen als mit Schuld behaftet selbständig wirksame Seelenkräfte zuerkannt werden. Heraklit nimmt eine das Weltall durchdringende und es bestimmende Vernunft — logos — an. Empedokles betrachtet die Elemente als Götter usw.

Im Dialog 'der Sophist' sagt nun auch Plato ausdrücklich, dass die Ideen, in denen die Dinge ihren Bestand haben, als mit Leben, Seele und Vernunft ausgerüstet zu denken sind. Bei Aristoteles und den Stoikern tritt der Einfluss des alten Animismus wenn möglich noch offener hervor, indem man ausdrücklich die Form des Dinges (εἶδος) als eine nach Zwecken wirkende Kraft in demselben bestimmt. Man hat bloss die alten, naiv gedachten Dingseelen mit natürlichen Trieben und Affekten zu Begriffen erhoben, deren ganze Tätigkeit sich darin erschöpft, sich selbst zu realisieren. Eine Bastardbildung von Animismus und ontologischer Begriffslehre ist die Folge geworden. Von dem alten Animismus holt man die Idee von den nach Zwecken selbständig wirksamen Kräften in den Dingen, aber von der ontologischen Vorstellung von den Begriffen als dem wahren Sein entnimmt man die Idee von der Art des Wirkens dieser Kräfte. Merke schliesslich, dass für Aristoteles die *empirisch* wirkliche Seele nichts anderes ist als des organischen Körpers eigener Begriff (εἶδος σώματος), welcher als dessen »erste Entelechie»: ursprüngliche, zweckmässig wirkende, selbständige Kraft fungiert.[1] Ebenso wie man aus den *Begriffen* der Dinge psychische, in ihnen selbständig wirksame Kräfte machte, so fasste man die *empirisch* wirkliche Seele als den Begriff des beseelten Wesens auf.

---

[1] Zeller, Phil. d. Griechen 2, 2 (1879), S. 480, vgl. mit S. 327—328.

Aber hiernach ist auch leicht zu verstehen, warum sich die klassischen römischen Juristen in ihrer Specieslehre und somit auch in ihrer Possessionslehre von der Aristotelisch-stoischen Philosophie bestimmen liessen. *Sie erkannten in dieser den tief im allgemeinen Volksbewusstsein wurzelnden Animismus wieder, der auch höchst wahrscheinlich für die ältere Possessionslehre direkt bestimmend war. Dieser war in der griechischen Philosophie in eine solche Form eingekleidet, dass der grobe Aberglaube verhüllt wurde. Hier hatte man ja die wissenschaftliche Auffassung von der Natur des Dinges!*

Dass der Animismus den Römern wirklich im Blute lag, zeigt sich auf mehrfache Weise. Nicht nur Menschen, sondern auch seelenlose Dinge und Tiere konnten dem Zorne der Götter ausgesetzt sein und somit als frevelhaft angesehen werden. Man braucht bloss zu bedenken, dass die materiell gedachten Keime zum Verderben, wovon *Acker, Stadt, Feld, Heer, Flotte* etc. periodenweise oder bei besonderen Anlässen gereinigt werden mussten[1], als solche nur Materialisationen des Götterzornes waren.[2]

---

[1] Siehe z. B. den ausführlichen Bericht über eine Reinigung der Flotte durch Herumfahren von καθάρσια, auf welche durch Komprekationen τὰ ἀπαίσια übertragen werden sollte, bei Appianus, de bell. civ. 5, 727.

[2] Dass der Götterzorn als in den physischen Verderbenskeimen materialisiert gedacht wurde, zeigen viele Erscheinungen. Hier mögen nur einige Beispiele angeführt werden. Nach Dion. Hal. 5, 13 wurde der Ertrag eines von Tarquinius Superbus bebauten, dem Mars geweihten Feldes als ἐξάγιστος von den Konsuln ins Meer geworfen. Der Zorn des Mars lebt in der an dem Ertrag haftenden Verwünschung. Bei völkerrechtlichen Vergehen, die besonders unter dem Götterzorn standen, wurde das Gemeinwesen, zu dem der Violant gehörte, als physisch angesteckt betrachtet, nicht bloss durch seine Anwesenheit, sondern auch durch das Zugegensein seiner bona. Der Götterzorn ist ein Ansteckungsstoff: Liv. 9, 1, 6, vgl. Plut. Rom. 24, 3. Regulus sagt bei Zonaras Epit. Hist. 8, 15, 5, dass er durch Eidesbruch (gegen einen anderen Staat) den ganzen römischen Staat beflecken würde. Es war gebräuchlich, dass die wegen irgendeines Verbrechens zum Tode Verurteilten Glocken bei sich führten, damit nicht die Anwesenden durch unvorsichtige Berührung angesteckt würden: Zonaras 7, 21, 9. Die physische Anwesenheit des impius verunreinigt die Kulthandlung: Ovid. Fasti, 2, 621: innocui veniant. procul hinc, procul impius esto, vgl. Appianus a. a. O. 1, 365 über impius — ἐναγής. Nach den mit dem Aufstand von C. Gracchus in Zusammenhang stehenden Ermordungen musste die Stadt gereinigt werden: Appianus a. a. O. 1, 366. Bei Plautus Most. 504

sagt Tranio in der Erzählung vom Hausgespenst: Scelestæ hæ sunt ædes, impiast habitatio. Die Ansteckung des Hauses macht es selbst frevelhaft!

Dieser uralte sakrale Aberglaube betreffs toter Dinge hat zivilrechtliche Spuren hinterlassen in der Art und Weise, wie die klassische Jurisprudenz baufällige Gebäude u. a. dgl. behandelt, die zur legis actio damni infecti oder später zum Zwang zur cautio damni infecti Anlass geben. Ulpianus D. 39, 2, 24, 3 ff. fragt, ob nur das damnum, das *iniuria fit*, in der stipulatio d. i. eingeschlossen sei. Er weist auf Labeo und andere ältere Juristen hin, die erklären, dass ein solcher Schade, der unabhängig von einem *vitium loci vel operis* geschehen ist, nicht unter die fragliche Stipulation falle. In dieser selbst muss auf die Entstehung des Schadens infolge eines solchen vitium Bezug genommen worden sein: LENEL, Ed.[2] S. 526. Nun beachte man, dass Vitiosität in der Rechtssprache regelmässig Vorhandensein eines iniustum im Sinne eines Zustandes oder einer Handlung ohne Stütze des Rechts bedeutet. (Vitiosa possessio = iniusta possessio: Besitz ohne rechtliche Kraft; vitio creatus = iniuste creatus: der so Gewählte, dass er nicht die volle Kraft seiner Amtsstellung erhält, z. B. die Opferhandlungen oder die Auspicien des unrichtig gewählten Konsuls verfehlen ihren Zweck; vitio manumissus = iniuste manumissus: er erhält infolge eines Verbrechens gegen das fas bei dem Akte nicht die volle Kraft der libertas ex iure Qu; vitium furti = eine an der Sache haftende rechtliche Schwäche, die ihre rechtliche Zueignung durch usus ausschliesst: weiteres hierüber später sowie über das Wort iniustus als ursprünglich einen Mangel an rechtlicher Kraft bezeichnend). Man sieht daher, dass die »iniuria», die nach der angeführten Stelle für das Verfallen der fraglichen Stipulation Bedingung sein soll, keineswegs aus einem Versehen erwähnt ist. Der Schade, auf welchen sich cautio d. i. bezieht, muss iniurios zustandegekommen sein ebensowohl wie der in der lex Aquilia gemeinte Schade. D. h. das beschädigende Ding muss ohne Stütze des Rechts — ausserhalb des Rechts — wirksam gewesen sein. Und gerade darum, weil das Ding konstitutionell so beschaffen ist, dass eine injuriose Beschädigung durch dasselbe droht, muss prinzipiell cautio d. i. gegeben werden, oder muss man auf es verzichten. Der Parallelismus zwischen den Rechtsgründen des Zwanges zur cautio d. i. und des zum Ersatze in den Fällen der actio noxalis ist auch handgreiflich. Iulianus sagt l. c. l. 9 pr. (bei Ulp.): integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere *aut ædibus carere, quas non defendit.* Die Ausdrucksweise schliesst hier offenbar ein, dass der Inhaber, der die Kaution stellt, die Verantwortung für das vitiose Ding übernimmt. Vgl. hiermit Pomp. D. 9, 4, 33: Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed *carere debet eo, quem non defendit.* Wenn der vom Einsturz des Nachbarhauses Bedrohte aus gültigem Anlass unterlassen hat, cautio d. i. zu erwirken, so wird nach Iul. eod. der Prätor dafür sorgen, ut dominus vitiosarum ædium *aut damnum sarciat aut ædibus careat.* Vgl. hiermit D. 9, 1, 1, 11 vom Schaden durch Tiere: *aut*

Dass Tiere nach römischer Auffassung als Verbrecher behandelt werden konnten, sowohl sakral wie zivilrechtlich, wenn sie auch nicht selbst als Parteien in einem Prozess aufzutreten vermochten — das war ja ursprünglich nicht einmal für einen fil. fam. möglich —, ist leicht zu zeigen. Derjenige, der Grenzsteine umgeackert hat, ist samt den *Ochsen* nach »Numa's Gesetz» sacer, d. h. dem erzürnten Gotte geweiht.[1] In den Paliliagebeten heisst es bei Ovidius: *Effugiat*

---

noxam sarcire aut in noxam dedere oportere. Jedoch besteht ein bedeutender Unterschied zwischen den beiden Fällen. Während im Falle actio noxalis die *Tat* des Tieres, des Sklaven, des fil. fam. den dominus verantwortlich macht, liegt im anderen Falle nach Eintritt des Schadens keine Verantwortlichkeit vor, wenn der Bedrohte (ohne gültigen Anlass) nicht vorher vom Prätor das ediktsmässige Verfahren erwirkt hat. Dieser Unterschied, der natürlich seinen nächsten Anlass in der Art der ursprünglichen legis actio d. i. gehabt haben muss, ist indessen verständlich, wenn man beachtet, dass das ursprüngliche vitium oder iniuria zu dem *noch bestehenden* Gebäude gehört — der Schade durch den Einsturz ist eine sekundäre iniuria — *und* dass der Fall: baufälliges Haus offenbar der Primärfall für die Anwendung der fraglichen Aktionsart ist. Nach dem Einsturz existiert das corpus delicti nicht mehr. Deshalb kann nicht im Namen des Hauses agiert werden — ebensowenig wie im Namen des Tieres etc. actio noxalis angestrengt werden kann, wenn der schuldige Gegenstand vor der l. c. zu existieren aufgehört hat. Sehr beleuchtend ist die Erklärung des Ulpianus D. l. c. l. 7, 1 darüber, warum im prätorischen Edikt nichts über Ersatz bestimmt wird, wenn das Haus vor der Aktion eingestürzt ist: cum enim animalia, quæ noxam commiserunt, non ultra nos solent (soleant F[2]) onerare, quam ut noxæ ea dedamus, multo magis ea, quæ anima carent, ultra nos non deberent onerare, præsertim cum res quidem animales, quæ damnum dederint, ipsæ extent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare. Der Sinn ist, obgleich die ursprüngliche Äusserung korrumpiert sein dürfte, offenbar der, dass ein Gebäude, das ja kein Leben hat, nicht als solches den Eigentümer durch Beschädigung einer anderen Person benachteiligen kann, da das Schaden verursachende Tier, das eine *Seele* hat und darum eine wirkliche iniuria begehen kann, nur ausgeliefert zu werden braucht. Dies umsomehr, als das Haus nach dem Einsturze nicht mehr existiert, aber der Bestand des schädigenden Gegenstandes vor der l. c. Bedingung für die actio noxalis ist. In unserm Falle würde das corpus delicti bei der actio in seinem Namen nicht existieren. Wahrscheinlich haben wir hier einen Fall, wo die Kompilatoren, denen das ganze Räsonnement fremd war, eine Äusserung des Ulpianus nachlässig referiert haben.

[1] Festus-Paulus p. 368 M. HAYMANN, Sav Z. 42 (1921) S. 368 legt die Bestimmung so aus: »Aber das Sakralrecht will hier nicht sowohl eine Schuld des

stabulis noxa repulsa meis. / Sive sacro pavi, sedive sub arbore sacra, / *Pabulaque e bustis inscia carpsit ovis* / ... Da veniam culpæ.[1] Besonders tritt die Möglichkeit von Tierschuld im Institut noxæ deditio des Vierfüsslers hervor, der Schaden verursacht. Die zur bezüglichen actio noxalis gehörende formula scheint die Worte: aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportet enthalten zu haben.[2] Dass wirklich angenommen wurde, dass ein Vergehen des Tieres bei der Schädigung vorliege, geht aus mehreren Umständen hervor. Erstens ist der vollständige Parallelismus mit der actio noxalis gegen Sklaveneigentümer und Familienvater beweisend genug. Beachte, dass, ebenso wie diese Aktion servi oder filii nomine stattfindet, die Aktion bei Tierschaden im Namen des Tieres angestrengt wird.[3] Die Regel noxa sequitur caput gilt auch hier, ebenso wie das Prinzip, dass mit dem Tod des Delinquenten die Möglichkeit fortfällt, die Aktion anzustrengen.[4] Zweitens geht der deliktische Charakter der Handlung des Tieres aus bestimmten direkten Zeugnissen über die Bedeutung der im Zwölftafelgesetze verwendeten Ausdrücke noxia und noxa hervor, von welchen der eine teils als damnum, teils als culpa oder delictum, der andere als *peccati* poena oder peccatum bestimmt wird.[5]

Ochsen, als den Zorn des Juppiter durch Opferung des Tieres sühnen ...» Auf wen ist Juppiter zornig? Nur auf den *Menschen*, der gepflügt hat? Warum sind dann gerade *die* Ochsen, die an der Tat teilgenommen haben, zum Zwecke der Sühnung zu opfern? Sacertät, die *direkt* die Ochsen trifft, bedeutet ja, dass der Gegenstand als verflucht der Gottheit geweiht ist. Aber wenn Juppiter direkt auf die Ochsen zornig ist, welchen Sinn kann es dann haben, dass es sich hier nicht um Tierschuld handelt? Ist Juppiter irrsinnig? Er würde ja an einem nach ihm unschuldigen Wesen Rache nehmen wollen!!

[1] Fasti 4, 748 ff.

[2] Ulp. D. 9, 1, 1, 11 und dazu LENEL, Ed², S. 190.

[3] Siehe *einerseits* Ulp. D. 9, 4, 2, 1, D. 47, 6, 1, 1 und Marc. D. l. c. l. 5, *andererseits* I. I. 4, 9 pr. (animalium nomine), Ulp. D. 9, 1, 1, 8 und Paulus D. 9, 1, 2, 1. KARLOWA, Röm. Rg. II (1901), S. 107—108 scheint dies zu übersehen, da er zum Beweise dessen, dass der Sklave als wirklicher Delinquent betrachtet wurde, anführt, dass die Aktion *servi nomine* stattfand, aber die Deliktsnatur der Handlung des Tieres verneint.

[4] Ulp. D. 9, 1, 1, 12—13.

[5] Servius in Aen. 1, 41: et hoc interest inter noxam et noxiam, quod noxia culpa est, noxa autem poena. Festus p. 174 M.: ⟨noxia⟩ ut Ser. Sulpicius

---

Ru⟨fus ait damnum significat⟩ apud antiquos (Paulus p. 175 M.: noxia apud antiquos damnum significabat, sed a poetis ponitur pro culpa: noxa ponitur pro peccato aut pro peccati poena, cum lex iubet noxæ dedere pro peccato). Festus a. a. O.: Item cum lex iubet noxæ dedere, 'pro peccato' dedi iubet. Siehe übrigens über die uralte noxæ deditio in völkerrechtlichen Verhältnissen oben S. 53. Ulp. sagt D. 9, 1, 1, 1 von noxia im Zwölftafelgesetz bei der Behandlung der fraglichen Aktion: Noxia autem est ipsum delictum. Zwar wird unmittelbar darauf (§ 3) der im selben Gesetze angewandte Ausdruck pauperies für den fraglichen Schaden in folgender Weise erklärt: pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. Aber diese Worte, die mit dem nächst Vorhergehenden in Widerspruch stehen, sind mit grösster Wahrscheinlichkeit von den Justinianern interpoliert. Denn erstens ist es unglaubhaft, dass die Erklärung von noxia als ipsum delictum, die mit der altrömischen Anschauung übereinstimmt, unecht sein sollte. Zweitens ist es nicht genug damit, dass die fraglichen Worte der vorhergehenden Erklärung über die Bedeutung der noxia widerstreiten, sondern sie passen auch nicht zu dem, was in § 4 ff. folgt: *Itaque*, ut Servius scribit, tunc hæc actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes ... quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, hæc actio cessabit damnique iniuriæ agetur. *Itaque* ist hier unter Voraussetzung der Echtheit der zunächst vorhergehenden Worte *völlig* unmotiviert. Drittens steht die Äusserung in geradem Widerspruch zu Ulpianus' Satz D. 39, 2, 24, 3, dass nur bei damnum *iniuria* datum von Seiten eines Hauses cautio damni infecti verfällt, in welchem Satze vorausgesetzt wird, dass sogar ein seelenloses Ding injurios sein kann. (Siehe oben S. 282 f.). Viertens kann als höchst wahrscheinlich angesehen werden, dass Ulp. das Gegenteil von dem gesagt hat, was in D. steht, d. h. dass pauperies (als Grund für actio noxalis) damnum *iniuria* datum ist. Es ist zu beachten, dass die eigentliche actio damni iniuria voraussetzt, *teils* dass dolus oder culpa, nicht casus vorliegt (Gaius I. 3, 211), *teils* dass die Handlung nicht zur Selbstverteidigung vorgenommen worden ist (Ulp. D. 9, 2, 5 pr. u. § 1). Andererseits meint ja Ulp., dass das damnum iniuria datum, das für das Verfallen der cautio d. i. Bedingung ist, wenn ein Haus einstürzt, voraussetzt, dass der Schade durch eine »Vitiosität« des Hauses selbst veranlasst ist, nicht durch für das Haus fremde Ursachen, wie Erdbeben, Überschwemmung oder Orkan, wobei er sich auf ältere Juristen wie Servius und Labeo beruft (oben a. a. O.). Wenn man bedenkt, dass die Forderung von dolus oder culpa — im Gegensatz zu casus — nichts anderes bedeutet, als dass die Ursache der Handlung in der menschlichen *vernünftigen* und damit zur Berechnung des Handlungsergebnisses fähigen Seele, nicht in äusseren Umständen, liegen muss, so findet man, dass iniuria sowohl bei Personen wie bei Dingen voraussetzt, dass die Wirkung von *dem* Gegenstande selbst, der

injurios wirken soll, und von nichts anderem abhängt. Betreffs Personen kommt die Notwendigkeit hinzu, auf das Verteidigungsrecht Rücksicht zu nehmen. Aber worum handelt es sich an unserer Stelle in dem §, der unmittelbar auf die Worte pauperies est . . . folgt? Ja, gerade darum, dass der Schaden, damit actio noxalis möglich ist, vom Tiere selbst abhängen muss: Itaque ut Servius scribit, tunc hæc actio locum habet, cum commota feritate nocuit . . . quod si propter loci iniquitatem . . . (In den Just. Inst. 4, 9 pr. werden wie bei Gaius Aut. 81 lascivia, fervor und feritas des Tieres als mögliche Ursachen der unter die fragliche actio noxalis fallenden Handlung angegeben). In den folgenden Paragraphen bis zu § 11 wird dasselbe auf verschiedene Arten ausgedrückt. (Haymann, Sav. Z. 41, 1921, S. 364 ff. betrachtet hier § 7: Et generaliter hæc actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit und § 10: In bestiis autem propter naturalem feritatem hæc actio locum non habet als von den Kompilatoren interpoliert. Beseler, Sav. Z. 45, 1925, S. 461 stimmt ihm zu. »Ist es contra naturam sui generis, wenn ein Pferd ausschlägt . . . oder ein Ochse stösst . . . oder ein Hund beisst . . . oder ein Zugochse mit dem Wagen jemanden überfährt . . . oder wenn ein Widder oder Stier einen anderen angreift und tödlich verletzt . . . oder wenn ein Maultier ausschlägt . . . oder scheut . . .?» S. 365. Die Ausschliessung der bestiæ widerstreitet dem allgemeinen Satze: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur . . . S. 374. Die Worte in § 10 nach In bestiis . . . habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit . . . widerstreiten dem Anfang des Paragraphen, weil sie die prinzipielle Anwendbarkeit der fraglichen actio auf bestiæ voraussetzen. Ihre klassische Herkunft ist schwer zu bezweifeln, da sie rein klassische Rechtsprinzipien verwenden, vgl. Gaius I. 2, 67 und D. 41, 1, 3, 2: H. S. 376—377. M. E. sind diese Worte von § 12 über das Prinzip noxa sequitur caput, wo sie ursprünglich gestanden haben müssen, in § 10 übertragen. Es kann hinzugefügt werden, dass die fraglichen Stellen den Zusammenhang unterbrechen. Die ganze Darstellung bis zu § 11 nimmt im übrigen darauf Rücksicht, dass die Tat im *Tiere* selbst ihre *letzte* Ursache hat. Die Worte: Et generaliter . . . dedit unterbrechen sogar unmittelbar den Gedankengang. § 6: Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit hæc actio. § 7: Et generaliter . . . dedit, wonach es heisst: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem . . . was eine unmittelbare Konsequenz des § 6 ist. Es ist auch verständlich, dass die Kompilatoren, die in Deliktsfragen von der stoischen Moralphilosophie — dem ius naturæ im moralischen Sinne — abhängig waren, die mögliche Deliktsnatur der Tat des Tieres nur so begründen konnten, dass ein Verbrechen gegen die *Natur* — das stoische Moralprinzip — vorliegen könne. Wenn aber Haymann diese Interpolationen darauf zurückführt, dass die Kompilatoren *gegen* die echtrömische Lehre Tierdelikte für möglich gehalten hätten, so irrt er. Darüber alsbald).

Aber nicht genug damit: in § 11 wird das allgemeine Verteidigungsrecht als die Verwendung der fraglichen actio nach alten Quellen einschränkend hervorgehoben: Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio. Wir haben also in der ganzen Partie, die mit itaque eingeleitet wird und der Erklärung von pauperies folgt (§§ 4—11: § 10 ist jedoch teilweise interpoliert, teilweise an eine unrichtige Stelle gesetzt), eine Erläuterung der Bedingungen der betreffenden actio, die in voller Übereinstimmung mit dem steht, was als Bedingungen für die erforderliche iniuria einerseits bei der speziellen actio damni iniuriæ, andererseits bei dem Verfallen der cautio d. i. angenommen wird. Im Falle 1 wird eine gewisse Beschaffenheit des in der Handlung hervortretenden Willens bei einem *vernünftigen* Wesen als solchen — dolus oder culpa — und Abwesenheit von Selbstverteidigung gefordert, im Falle 2 Vitiosität des Hauses, in *unserem* Falle nicht durch äussere Ursachen hervorgerufene Wildheit des Tieres als eigentliche Ursache und Abwesenheit von Selbstverteidigung. Sowohl im Falle 2 wie in unserm Falle werden alte Autoritäten angerufen. Muss es nicht unter solchen Umständen als höchst wahrscheinlich erachtet werden, dass die Partie, die die Erklärung von pauperies einleitet, positiv die Notwendigkeit von iniuria ausgesagt hat?

Haymann a. a. O. S. 371 ff. zieht indessen umgekehrt aus der angeblichen Ulpianischen Äusserung von der Unfähigkeit des Tieres, eine iniuria zu begehen, die er für echt hält, den Schluss, dass die Erklärung von noxia als ipsum delictum bei Ulp. D. h. t. 1, 2 nicht zu Ulp. gehört. Iust. habe ca. 530 n. Chr., beeinflusst durch den superstitiösen Standpunkt der Griechen, die die Tiere anthropomorphistisch aufgefasst hätten, den Gedanken an Tierdelikte eingeführt! Die alten Römer zur Zeit der zwölf Tafeln ca. 450 v. Chr. sollten von einer solchen Superstition völlig frei gewesen sein und eine Kluft zwischen den Menschen und den Tieren hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit angenommen haben!! H. setzt hierbei etwas voraus, das seine ganze Stellungnahme erklärt, nämlich, dass die römischen Juristen als Delikt im Sinne des Gesetzes keine andere Handlung anerkannt hätten als die, welche aus einem rechtswidrigen Willen *im modernen Sinne* hervorgeht, also aus einem Willen, der sich gegen die rechtliche Vorschrift empört oder sie nicht hinreichend beachtet. Man braucht sich nicht zu wundern, dass nach seinem Erachten die römischen Juristen unmöglich haben annehmen können, dass die Tiere über Recht und Unrecht reflektieren könnten! Aus S. 365—366 ersieht man, dass die Ansicht von der Noxalaktion bei von Tieren verursachtem Schaden, gegen die sich H. richtet, die Mommsen'sche ist, dass das Tier sich bei Verursachung des Schadens gegen eine rechtliche »Vorschrift» vergangen hätte, was voraussetzt, dass man ihm die Fähigkeit zuerkennt, die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung seiner Handlung mit einer rechtlichen Vorschrift

zu beurteilen, da ja Ungehorsam gegen ein rechtliches Gebot unbedingt eine solche Fähigkeit voraussetzt. MOMMSEN geht wirklich Röm. Strafr. (1894) S. 3—4 von folgender Charakterisierung des Strafrechts im römischen Sinne aus. »Das Strafrecht ruht auf dem sittlichen Pflichtbegriff, insoweit der Staat dessen Durchführung sich zur Aufgabe gemacht hat. Eine sittliche Pflicht, deren Einhaltung der Staat vorschreibt (beachte!), ist ein Strafgesetz, die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift ist das Verbrechen, dasjenige Übel, welches der Staat dem die Vorschrift nicht Einhaltenden zufügt, ist die Strafe.» D. h.: wenn man von der Terminologie absieht, werden die Prinzipien der BINDING'schen Normtheorie auf das alte Rom übertragen!! Es ist klar, dass, wenn MOMMSEN, S. 66, verglichen mit S. 834—835, das römische Recht dem Tier die Deliktsfähigkeit zuerkennen lässt, er damit zugleich behauptet, das Tier habe nach den römischen Juristen die Fähigkeit gehabt, die Übereinstimmung seiner Handlungen mit einer staatlichen Vorschrift zu beurteilen, und sei Träger von sittlichen Plichten gewesen. H. behandelt nun diesen Deliktsbegriff als richtig und meint, dass gerade deswegen, weil man für Delikt Schuld im modernen Sinne gefordert habe, die Römer kein wirkliches Tierdelikt anerkannt hätten. Sie wären bei der Noxalaktion de pauperie nicht von einer »Verschuldungstheorie» ausgegangen, sondern von der Idee des blossen Kausalzusammenhanges zwischen dem Tiere und dem Schaden als Grundlage der Schadensersatzansprüche gegen den Tiereigentümer (S. 366 ff. und S. 373). Dagegen soll besonders im griechischen und germanischen Rechte die Idee von der Schuld und Zurechnungsfähigkeit der Tiere vorliegen. Diese Gegenüberstellung von Schuld und objektiv zustandegekommenem Schaden als Rechtsgrund für den Schadensersatz ist rechtshistorisch verfehlt. Es ist allerdings wahr, dass die römischen Juristen Neigung hatten, für *menschliche* Delikte eine gewisse hinsichtlich des menschlichen Reflexionsvermögens bestimmte Willensbeschaffenheit — dolus oder culpa — zu fordern. Aber erstens gingen sie dabei ausschliesslich davon aus, dass die verbrecherische Tat in der menschlichen *vernünftigen* Seele ihren Grund haben muss. Dass sie dabei das Bewusstsein einer Vorschrift als Bedingung für Deliktsfähigkeit vorausgesetzt hätten, lässt sich nicht behaupten. Die Tat überschreitet die Grenzen für das Recht des Einzelnen; sie beruht auch auf einer bloss für ein vernünftiges Wesen möglichen Gesinnung und geht also aus dem Menschen selbst, dessen eigentliches Wesen in der vernünftigen Seele liegt, hervor. *Dadurch* ist er schuldig. Zweitens konnten sie ja nicht umhin, die prinzipielle Unabhängigkeit sakraler Delikte von jeder Schuld im subjektiven Sinne anzuerkennen. Sonst würden sie z. B. die rechtliche Notwendigkeit von piacula bei Handlungen gegen das Fas, die auf Unwissenheit beruhten, verneint haben. Sie mussten notwendig erkennen, dass auch auf dem zivilrechtlichen Gebiete *ursprünglich*, ja in gewissen Fällen sogar in klassischer Zeit, Schuld im subjektiven Sinne nicht Bedingung für menschliches

Delikt war: Beachte z. B. actio auctoritatis in duplum, actio furti concepti in triplum, actio de tigno iuncto in duplum. (Weiteres hierüber später). Es war daher für die römischen Juristen gewiss nicht unmöglich, Tierdelikte anzunehmen, obwohl man die Urteilsfähigkeit der Tiere und somit ihre Fähigkeit zu dolus oder culpa im gewöhnlichen Sinne leugnete. Man hat auch keinen Anlass anzunehmen, dass das Tierdelikt — ebenso wie das Delikt eines toten Dinges — nach der älteren griechischen Anschauung irgendeine Schuld im subjektiven Sinne einschliesst. Vielmehr muss man annehmen, dass ein solches Delikt nach dieser Anschauung nur eine objektiv rechtswidrige Wirksamkeit darstellt, und dass also gar kein Anthropomorphismus hinsichtlich des Reflektionsvermögens, sondern nur eine Zuerkennung einer *selbständig* wirkenden Seele an den deliktischen Gegenstand und *damit* Vorstellung von Schuld vorlag. Man findet ja im älteren griechischen Rechte in bezug auf Personendelikte das gleiche prinzipielle Absehen von Schuld im subjektiven Sinne wie im alten römischen Rechte. Drakos Gesetz über die Tötung von Menschen enthielt folgende Bestimmung: καὶ ἐὰμμὴ κ᾽ προνοίας κτείνῃ τίς τινα φεύγειν: C. I. A. 1, 61 v. 110 (Dittenberger, Sylloge 1, 52,11). Und doch war wohl diese Gesetzesbestimmung eine Milderung des vorherigen Rechtes! In alten Mythen tritt kein Unterschied zwischen der absichtlichen und der unabsichtlichen Tötung eines Menschen in Hinsicht auf die Notwendigkeit religiöser Sühnung hervor: SCHOEMANN-LIPSIUS, Gr. Alterth. 2, S. 364. Auch solche φόνοι, die von jeder menschlichen Strafe frei waren, bedurften religiöser Sühnung: SCHOEMANN, S. 365 und LEIST, Altarisches ius gentium (1889), S. 289. — Aus dem Angeführten geht hervor, dass H:s Verwendung der Stelle Ulp. D. 9, 2, 5, 2: et ideo quærimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit. Et Pegasus negavit. Quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliæ actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit verfehlt ist, insoweit er diese Stelle als Beweis für die Ausschliessung der Deliktsfähigkeit der Tiere anführt (S. 371—372). Die *römischen Juristen* haben die in der *lex Aqu.* geforderte iniuria als dolus oder culpa einschliessend ausgelegt — natürlich in der Erwägung, dass das *vernünftige* Wesen nicht selbständige Ursache des Schadens sei, wenn es nicht absichtlich oder fahrlässig handelt, und die lex Aqu. sich auf vernünftige Wesen beziehe. Der furiosus ist nicht suæ mentis — die Vernunft als Fähigkeit, die Folgen der Handlung zu erkennen, welche Vernunft die selbständige Kraft des Menschen als Gattungswesen ist, kann nicht bei ihm wirken. Deswegen ist die lex Aqu. nicht auf ihn anwendbar — ebensowenig wie auf Tiere oder tote Dinge. Ganz einfach: der zur *lex Aqu.* gehörende Iniuriabegriff passt nicht auf den furiosus noch auf Tiere oder tote Dinge. Unmittelbar nachher wird seine Verwendung auch hinsichtlich des infans verneint. Beachte, dass der angeführte § durch folgende Worte in § 1 vorbereitet wird:

igitur iniuriam *hic* damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. Man kann ruhig annehmen, dass auch diese Auslegung der in der lex Aqu. angegebenen iniuria eine lange Vorgeschichte hinter sich hat, in welcher die ratio legis — die Præventionsabsicht — gegenüber altem Aberglauben die Herrschaft über die juridische Dogmatik erkämpft hat.

Dieselbe verfehlte Verwendung der angeblich Ulpianischen Äusserung D. 9, 1, 1, 3 liegt bei Kipp, Gesch. der Quellen des röm. Rechts (1909), S. 6 vor: »Ein Menschen und Tieren gemeinsames Recht gibt es nicht, weil das Tier keiner Rechtsvorschrift Gehör leisten kann, was übrigens auch Ulpianus selbst an anderer Stelle nicht verkennt» (die genannte Äusserung wird angeführt). Warum nicht mit derselben Motivierung behaupten, dass es für Erwachsene und Säuglinge kein gemeinsames Recht gibt — nach römischer Auffassung?

Man beachte indessen, dass es, wenn man von der stoischen Auffassung der rechten Handlung im eigentlichen Sinne — κατόρθωμα — ausgeht, wonach eine solche Handlung die Bestimmtheit des Willens durch ein befehlendes Gesetz und also die im eigentlichen Sinne unrechte Handlung einen Mangel an solcher Bestimmtheit — einen Ungehorsam — erfordert, klar ist, dass nur derjenige, der Sinn für das Rechte hat, eine wirkliche iniuria begehen kann. Darauf bezieht sich nun auch mutmasslich die angeblich Ulpianische Äusserung, die in der Tat eine Übertragung moralischer Gesichtspunkte aus dem sogenannten Naturrechte auf das Zivilrecht einschliesst. Die *iniuria*, die den Tieren aberkannt wird, steht im Gegensatz zur *iustitia* im stoischen Sinne. Diese bestimmt im ersten Buche der Regulæ Ulpianus (D. 1, 1, 10) als constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Die iniuria wird dann natürlich ein Mangel an einem solchen Willen bei dem zu iustitia fähigen Wesen. Hier will Ulpianus dem Recht überhaupt eine stoisch naturrechtliche Grundlage geben, die mit der echtrömischen æquitas harmoniert. Vgl. Ulp. Buch 1 seiner Inst. D. 1, 1, 1 pr. und § 1: Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et æqui. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes . . . Vgl. D. 1, 1, 10, 2: Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia — beachte die stoische Definition der Philosophie Aetii Placita I. (Prooem. 2 D G p. 273, 11), Arnim 2, 35: *σοφίαν εἶναι θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων ἐπιστήμην* und Sextus adv. math. IX, 13, Arnim, 2, 36: τὴν δὲ σοφίαν ἐπιστήμην θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων — iusti atque iniusti scientia. Niemand wird sich jedoch hierdurch täuschen lassen. Jedermann weiss, dass das römische Zivilrecht mit seiner engen Gebundenheit an die Worte und überhaupt an das Äussere durch eine Kluft von der æquitas unterschieden war und dass die römischen Juristen gar nicht wagten, diese Kluft zu übersehen. Durch das vornehme stoische Portal sollte der Adept in die Halle der Rechtswissenschaft

Aber es ist offenbar, dass die Idee von der Strafbarkeit als das Verdienen von Strafe und damit den Heimfall des Gegenstandes an die rechtmässige Rache verletzter Götter oder Menschen einschliessend die Annahme voraussetzt, dass das Subjekt der Strafbarkeit *selbständige* Ursache des eingetretenen Übels ist, und damit auch, da die Idee einer selbständigen Ursache ihre anschauliche Grundlage in der Willenserfahrung hat, dass es einen selbständig

---

eintreten. Wir werden dieses Portal etwas näher betrachten, wenn wir später die klassische Auffassung vom Grunde der bindenden Kraft des Zivilrechts untersuchen werden. Aber der Adept musste, wenn er nicht herausgeworfen werden wollte, sofort die Art seines Eintritts — vergessen. Die Kompilatoren aber wollten offenbar innerhalb gewisser Grenzen von der stoischen Grundlage wirklich Gebrauch machen. *Sie* verlangten für die Gültigkeit der Stipulation consensus, *sie* wagten, in Legatsfragen Rücksicht auf den wirklichen Willen des Testators zu fordern etc. (Vorher war die aequitas auf prætorische Rechtsmittel angewiesen.) *Sie* wagten es, die zivilrechtliche iniuria mit der stoischen zu vermischen. Vgl. ihre Auslegung der iniusta oder vitiosa possessio oben S. 208 ff. *Sie* allein waren es nun auch, die den alten Begriff des Tierdeliktes mit stoischem Gewande zu bekleiden wagten. Die Stoiker hatten dem κατόρθωμα als der eigentlich rechten Handlung das blosse καθῆκον entgegengestellt, das eine rein äussere Übereinstimmung mit demselben Prinzip, welches im Sittengesetze als fordernd hervortritt, der φύσις (natura), bezeichnete. Eine solche nicht eigentlich wertvolle rechte Handlung war auch dem Tier möglich. Umgekehrt konnte es dann auch eine in entsprechender Weise unrechte Handlung durch äusseres Zuwiderhandeln gegen die Natur begehen. Daher die vorher erwähnten, von HAYMANN bewiesenen Interpolationen D. 9, 1, 1, 7 u. 10.

In bezug auf die Ansicht, dass der Rechtsgrund der actio de pauperie objektiv zustandegekommener Schade ohne Delikt sei, ist schliesslich zu sagen, dass H. hätte erklären müssen, warum nicht der Eigentümer zur Zeit der Verursachung des Schadens, sondern der Eigentümer im Momente der l. c. haftet, und warum beim Tode des Tieres keinerlei Ersatzpflicht — nicht einmal die Pflicht, die Überreste des Tieres auszuliefern — bestand. (Siehe D. 9, 1, 12 und 13). Hätte es sich um Schadensersatz ohne Delikt gehandelt, so müsste wohl der bestimmende Rechtsgrundsatz der gewesen sein, dass der Eigentümer, der den Gewinn vom Tiere hatte, auch das Risiko des Schadens tragen müsse, den es verursache. Aber wie konnte nach einem solchen Grundsatze der *nachfolgende* Eigentümer verantwortlich werden, der bei Begehung der schädigenden Tat gar keinen Gewinn vom Tiere hatte? Und wie konnte ein solches Prinzip davon berührt werden, ob das Tier nach dieser Tat lebte oder nicht?

nach Zwecken wirksamen animus besitzt.[1] Gegen diesen animus richtet sich auch der rechtmässige Zorn des Verletzten, des Gottes oder des Menschen.[2]

Ein anderer Umstand, der gleichfalls auf Animismus als eine den Römern natürliche Denkweise hindeutet, ist die Auffassung vom Verhältnis zwischen dem von Menschen hergestellten Götterbild und dem Gott selbst, sowie zwischen dem Altar oder Tempel oder anderen heiligen Dingen und der göttlichen Kraft, der sie geweiht sind. Die fragliche Kraft ist im Bilde, Altar etc. aufgespeichert. Da nun die Götter, wie es auch mit ihrer Personifizierung gewesen sein mag, stets als mit psychischen Funktionen, besonders mit Gefühlen des Wohlwollens oder Zorns und mit aktivem Willen ausgerüstet aufgefasst wurden, war die göttliche Kraft selbst die Seele des Dinges, in welchem sie sich befand.[3] In dieser Hinsicht

[1] Siehe oben S. 279 f. Bei der Übertragung des Götterzorns durch Ansteckung kommt natürlich der an sich unschuldige Gegenstand in dieselbe Lage, *als ob* er selbst an der Tat teilgenommen hätte. Er ist als schuldig zu betrachten.

[2] Trebatius wirft Macr. Saturn. 3, 7, 5—8 die Frage auf, warum es als Recht erachtet werden konnte, dass der vom Gesetz für sacer erklärte (einer Gottheit geweihte) Verbrecher getötet wurde, während sonst, was sacrum war, nicht verletzt werden durfte, und erklärt die Sache so, dass die Seelen dieser Menschen den Göttern gehörten (animos vero sacratorum hominum dis debitos existimabant). Man sah es deshalb für richtig an, dass sie sobald als möglich freigemacht wurden und in den Himmel eingingen.

[3] Zeugnisse über des Gottes angebliche Gegenwart in dem ihn darstellenden Bilde oder gewissen andern ihm geweihten Dingen in historischer und fabulierender, rhetorischer und poetischer römischer Literatur sind unzählig. Hier eine Auslese! Cic. in Cat. 1, 13, 33 wird gesagt, Jupiter Stator, von Romulus unter denselben Auspizien wie die Stadt selbst »constitutus», werde Rom von der Catilinarischen Verschwörung retten. In Cat. 3, 8, 20 wird davon gesprochen, dass die haruspices einmal, als sich die Stadt in grosser Gefahr befand, bestimmten, dass ein Jupiterbild in excelso aufgestellt werden sollte. Sie hofften, dass, wenn illud *signum*, quod videtis, solis ortum et forum curiamque conspiceret, gewisse geheime Ratschläge offenbart würden. (Dasselbe bei Dio Cassius 37, 9, 2, vgl. über die Äusserung der Sibyllinischen Bücher Cic. de div. 1, 11, 20.) In de leg 2, 17, 42 rühmt sich Cicero, dass er Minerva, die Beschützerin der Stadt, von seinem Hause in den Jupitertempel getragen habe. Beachte: die Göttin ist ihr Bild! De nat. deorum 3, 4, 11 heisst es: Quasi vero quisquam nostrum istum (den himmlischen Jupiter) potius quam Capi-

ist die römische, in ihren Grundzügen primitiven Völkern überhaupt gemeinsame Anschauung um so bedeutungsvoller für das Verständnis der klassischen Aufnahme der griechisch philosophischen Lehre vom Wesen des Dinges als in dessen Begriffe liegend, als reine Begriffe, z. B. Ackerbaufunktionen, Seeleneigenschaften wie spes, virtus, concordia von den Römern wenigstens später zu Gottheiten hypo-

---

tolinum Iovem appellet . . . Vgl. Seneca Const. ad. Helv. 10, 7: itaque tunc per fictiles deos religiose jurabatur (a maioribus). Siehe auch Varros neutheologische Kritik der Opfer Antiqu. rer. div. 1, 30 (Agahd) bei Arnobius adv. nat. 7, 1: Alle den Göttern dargebrachten Opfer sind unnütz: Quia, inquit, dii veri neque desiderant ea neque deposcunt, ex ære autem facti, testa vel gipso vel marmore multo minus hoc curant, carent enim sensu. Nach demselben Varro (Macrob. Sat. 3, 4, 2) ist ein delubrum ein Platz, in quo *deum* ponerent. Bei der Gründung von Lavinium soll nach der Fabel Aeneas aus Troja Stadtpenaten, nach gewissen Darstellungen (Serv. in Aen. 1, 378 und 3, 119) Poseidon und Apollon, mitgeführt haben, natürlich in der Absicht, für die zu gründende Stadt ihre göttliche Kraft zu gebrauchen. Über Trojas besiegte Stadtpenaten siehe im übrigen Virg. Aen. 1, 68; 2, 293; 3, 148: effigies sacræ divom, vgl. Dion. Hal. 1, 57. Iuno Regina wird *selbst* mit ihrem Bilde von dem eroberten Veii nach Rom überführt: Liv. 5, 22, 4 ff. Plutarch erzählt Fab. Max. 22, 7, dass der Schreiber des Fabius diesen nach der Einnahme Tarents gefragt habe, was er hinsichtlich der Götter in Tarent befehle. Fabius antwortete, dass man sie zurücklassen solle, *damit sie den Tarentinern zürnten*. Er meinte die Gemälde und Bildsäulen, sagt zur Erklärung der Spiritualist Plutarch. Derselbe Geschichtsschreiber führt Marc. 21, 5 an, dass man meinte, das Glück des römischen Staates nach der Einnahme von Syrakus werde allzusehr beneidet, da nicht bloss Menschen, sondern auch Götter — die von Marcellus mitgenommenen Götterbilder und übrigen anathemata — als Gefangene im Triumphzuge geführt würden. Diese Betrachtungsweise, dass selbst die Götter einer Stadt besiegt werden und mit der Wegnahme ihrer Bilder oder anderer zu ihrem Kulte gehörender Dinge zu Gefangenen gemacht werden konnten, tritt oft zutage. Nach Liv. 3, 17, 3 und 5, 39, 10 betrachtet man die Belagerung des Capitolium als gegen die Götter gerichtet, die da Tempel hatten: Jupiter, Juno und Minerva. Zufolge der Auffassung, dass die den Staat schützenden Götter dadurch bezwungen werden könnten, dass man die sacra wegführte, in welchen ihre Kraft aufgespeichert war, wurden die sacra der Vesta mit grosser Sorgfalt als ein *pignus imperii romani* gehütet: Liv. 5, 52, 7, Ovidius Fasti 3, 422 ff. u. 6, 429 ff., Cicero pro Scauro 23, 47 (48). Schliesslich ist Plautus Amphitruo 258 f. anzuführen: Deduntque se, *divina humanaque* omnia, urbem et liberos / In dicionem atque in arbitratum cuncti Thebano poplo.

stasiert wurden und daher in tote Dinge als deren Seelen introjiziert werden konnten.[1]

Ebenso wie die griechische Philosophie den Begriff für die das Ding erhaltende Kraft ansieht, gehört es zum römischen Glauben, dass ein gewisser Begriff durch eine menschliche Darstellung desselben zur Seele eines an sich toten Dinges gemacht werden kann. Bloss ist im letzteren Falle die nach Zwecken wirkende psychische Kraft offener in das Ding hineingelegt, wie ihr auch Triebe und Affekt beigelegt werden.

Man hat deshalb Anlass anzunehmen, dass ursprünglich die wirkliche possessio als eine mystische Herrschaft der eigenen Seele über die Seele des fraglichen Dinges, Tieres oder Menschen gedacht wurde, und dass diese Anschauung sich unter dem Einfluss der griechischen Philosophie zur Idee von wirklicher possessio als einer Herrschaft der eigenen Seele über den wesentlichen Artbegriff des Gegenstandes — die nach den Philosophen individualisierende Einheit der Sache — entwickelt hat. Das blosse Eigentumsrecht ist dann auch nach der ursprünglichen Anschauung eine Herrschaft über den animus an sich, also mit Abstraktion vom wirklichen Gegenstande, *dessen* animus er ist, gewesen, so dass man in diesem Recht eine wirkliche

---

[1] In de domo 50, 130—51, 131 erzählt Cicero, dass ein Censor ein Bild der Concordia in der Kuria aufstellen wollte, damit es den Zank im Senate dämpfe: ut sine studiis dissensionis sententiæ dicerentur, si sedem ipsam ac templum publici consili religione Concordiæ devinxisset (hinsichtlich des Ausdrucks rem religione devincire oder obligare als das *objektive* Binden der Sache an eine Gottheit bezeichnend siehe oben S. 28[1]). Vergl. den Bericht bei Val. Max. 2, 1, 6 über die alte Göttin Viriplaca, die ein sacellum auf dem Palatium hatte, wohin Ehegatten sich im Falle des Zwiespaltes begaben und versöhnt wurden, und den 8, 15, 12 über die Weihung des Bildes der Verticordia mit der Absicht, in den Sinnen Keuschheit zu bewirken. Jede modernisierende Deutung solcher Erscheinungen durch Hinweis auf die Kraft des psychischen Eindrucks, den das Bild der fraglichen Gesinnung machen könnte, ist verfehlt. Der Begriff der Gesinnung als ein im heiligen Dinge vorhandener animus wirkt selbst nach der bezüglichen Anschauung seinem Inhalt gemäss auf die Anwesenden, sei es direkt, sei es als Rächer, wenn man sich von ihm nicht bestimmen lässt. Man beachte Varro Rer. div. 14, 91 (Agahd) bei Augustinus de civ. dei: ita Virtus, quæ dat virtutem, Honor, qui honorem, Concordia, quæ concordiam . . .

Macht über die Sache hinsichtlich ihrer Körperlichkeit nicht zu haben braucht, obgleich man immer durch die Macht über das innere Wesen des Dinges eine geheimnisvolle Fähigkeit, auch die äussere Macht zu erwerben, hat. Diese Fähigkeit tritt namentlich in der Kraft hervor, besondere magische Mittel — die legis actio *in rem:* ein von der pontifikalen Weisheit ausgedachtes Verfahren, das sich *gegen die Sache selbst* richtete — so zu gebrauchen, dass man dadurch den Gegenstand in Besitz zu nehmen vermag. Das spätere Eigentumsrecht als sich auf die blosse begriffliche Einheit der Sache beziehend ist ein verblasstes Überbleibsel des älteren, wie es der Formularprozess in Verhältnis zum kompakten Formelwesen der legis actio ist.

§ 12.

Beantwortung der Frage, wie das Eigentumsrecht durch das Besitzrecht einer aussenstehenden Person eingeschränkt werden kann.

Wir haben schon in § 5 die Frage gestellt, die in diesem Paragraphen erörtert werden wird und die ihren Grund in dem in § 4 nachgewiesenen Umstande hat, dass nach römischer Anschauung der Eigentümer jedes *reellen* Rechtes ermangeln kann. Besonders ist dies der Fall, wenn *einer* das nudum ius Quiritium, *ein anderer* das Ding in bonis hat. Die Möglichkeit dieser Rechtslage erscheint als unverständlich, weil das Eigentumsrecht als unsinnliche Macht über eine Sache eine unsinnliche *Besitzkraft* zu *sein* scheint. Wir beantworteten die Frage nicht in § 5, sondern wiesen nur auf die römische Besitzlehre als die Sachlage möglicherweise erhellend hin. In den §§ 6—11 haben wir in dieser Absicht die fragliche Lehre erörtert — in erster Linie in der Gestalt, die sie in der klassischen Jurisprudenz angenommen hat, wo sie jedoch auf einer in der älteren Anschauung gegebenen Grundlage ruhen muss. In der Tat ist damit auch die Aufgabe gelöst.

Wir sind vom Besitze als einer mystischen Macht über die im

Dinge immanente individuelle Einheit — die species, ursprünglich den animus der Sache — auf das Eigentumsrecht als eine mystische Macht über diese Einheit, an sich mit Abstraktion von dem Dinge, dessen Einheit sie ist, betrachtet, gekommen. Wenn der Eigentümer nur die Dingeinheit an sich beherrscht, ist es zwar natürlich, dass er damit auch prinzipiell eine besondere Kraft, die Macht über dieselbe Einheit als immanent zu erwerben, haben muss. Ausser der Vindikationsfähigkeit hat der Eigentümer prinzipiell einen dreifachen Vorzug vor dem Nicht-Eigentümer hinsichtlich der Besitzfähigkeit. 1. Er braucht, falls er sein Recht nicht kennt, keinen besonderen animus possidendi zu haben, um animo oder ideell zu possidieren, wenn er nur die physische Macht hat. Die ideelle Macht, d. h. die Macht über die species, hat er schon als Eigentümer. Es fehlt ihm als solchem also für den Besitz nur die physische Macht. 2. Auf entsprechende Weise kann er einer anderen Person, die schon wirklich oder nur physisch besitzt, einen anderen, bezw. einen neu entstehenden ideellen Besitz geben, auch wenn er selbst gar keinen Besitz hat. Er hat ja als Eigentümer immer die Macht über die Dingeinheit an sich selbst und kann deshalb einer anderen Person zum ideellen Besitze verhelfen. 3. Er bindet seinen Sklaven so an sich, dass dieser nicht durch eigene Handlung ihm den ideellen Besitz entziehen kann. Er behält hinsichtlich des servus fugitivus eine gewisse Macht auch über die immanente species (animus).[1] Aber die fragliche besondere Fähigkeit bezüglich des Besitzes ist jedenfalls nur eine *Folge* des Eigentumsrechtes. Dieses selbst liegt — auch betreffs seines Gegenstandes — ganz in der unsinnlichen Sphäre. Man beherrscht durch dasselbe *nur* die unsinnliche Dingeinheit. Es handelt sich, wenn man an das zum Eigentum gehörende Besitzrecht denkt, nur um die Fähigkeit, die fragliche unsinnliche Kraft so zu *gebrauchen*, dass man wirkliche Vorteile daraus gewinnt. Damit ist indessen leicht verständlich, dass eine *andere* Person als der Eigentümer unter gewissen Umständen die genannte Fähigkeit haben kann. Man kann sich ja die geheimnisvolle Kraft eines Gottes zueignen, wenn man nach sakralen magischen Regeln verfährt. Was ist

[1] Vgl. oben S. 276.

die solenne Kriegserklärung durch die Fetialen anders als ein Verfahren, wodurch die Kraft der gegnerischen Götter auf die eigene Sache übertragen wird? Es entsteht, wenn man zugleich das materielle Recht hat, ein *iustum piumque bellum*. So kann man sich auch die unsinnliche Kraft des Eigentumsrechts eines anderen *Menschen* zueignen, wenn man die die menschlichen Rechte und ihre Wirkungsweise bestimmenden Regeln — die objektive Rechtsordnung — beachtet. Man findet ja diese Fähigkeit, die geheimnisvollen Kräfte anderer Personen zu eigenem Vorteil zu gebrauchen, auf dem Gebiete des Besitzes selbst wieder. Der Mieter verwendet die aus der inneren Macht des Vermieters über die Dingeinheit hervorgehende physische Macht zu eigenem Vorteile. Und die Möglichkeit dieser Verwendung ist von der rechtlichen Kraft der Miete abhängig. Der Pfandgläubiger verwendet die ideelle Besitzkraft des Pfandschuldners selbst. Und diese Fähigkeit hängt von der rechtlichen Kraft der Pfandübereinkunft ab.

Das nudum ius Quiritium ist das Eigentumsrecht, an sich selbst betrachtet — also ohne Hinsicht auf die Fähigkeit, es zu eigenem Vorteile zu gebrauchen. Umgekehrt bezeichnet das in bonis alicuius esse diese Fähigkeit. Und wenn eine andere Person als der Eigentümer ex iure Qu. das Ding in bonis hat, bedeutet dies, dass die betreffende Person über die Kraft des eigentlichen Eigentumsrechtes verfügt, sie zu eigenem Vorteile gebrauchen kann, ohne dass die Kraft ihre eigene ist.

Das Verhältnis zwischen dem Eigentumsrecht und dem in bonis habere tritt in der fraglichen Hinsicht darin scharf hervor, dass Labeo den bonorum possessor, der als solcher die Erbsachen in bonis hat[1], als das *ius* selbst, nicht das *Ding* besitzend bezeichnet.[2] D. h. er *ist* nicht selbst Eigentümer — das Eigentumsrecht ist nicht seine eigene Kraft — aber er vermag über diese Kraft, als potentiell oder aktuell dem potentiellen oder aktuellen Erben gehörend, zu verfügen.

---

[1] Gaius 3, 80.

[2] Ulp. D. 37, 1, 3, 1: Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti *rerum* possessio accipienda est: est enim *iuris* magis quam *corporis* possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.

Wenn eingewandt wird, dass Labeos Ausdrucksweise hier eine Zufälligkeit ohne Bedeutung sein kann, mag daran erinnert werden, dass »bona» im Ausdrucke bonorum possessio die hereditas selbst, also das *ius* successionis bezeichnet.[1] Labeos Ausdrucksweise kann deshalb nicht eine Inadvertenz sein, sondern ist völlig logisch. Sie ist weiter damit in Zusammenhang zu setzen, dass der bonorum possessor, wenn er Erbsachen innehat, *pro herede* possidiert, obgleich er *weiss*, dass er nicht heres ist, und auch nicht als heres auftritt.[2] Dies ist nur unter der Voraussetzung verständlich, dass die Eigenschaft bonorum possessor den Besitz der Erbrechte einschliesst.[3]

Es wird auch von einer possessio iuris als vorhanden bei der faktischen Ausübung eines Rechts am Dinge, das nicht Eigentumsrecht ist, sondern nur Akzidenzien berührt, z. B. bei der Ausübung einer Servitut oder eines ususfructus, gesprochen.[4] Aber diese possessio ist nur eine quasi possessio hinsichtlich des *Dinges* selbst, obgleich sie als ein Rechtsbesitz bezeichnet wird, weil der über das Ding Herrschende nur eine begrenzte, nicht die vollständige, zur Ausübung des Eigentumsrechts gehörende Herrschaft hat. Die Begrenzung kann nicht auf andere Weise als durch ein gewisses begrenztes Recht am Dinge bezeichnet werden. Hier handelt es sich

---

[1] Man beachte Labeo's eigene Ausdrucksweise a. a. O.: hereditatis . . . bonorumve possessio und stelle sie mit Afric.-Iul. D. 50, 16, 208 zusammen: Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat, Ulp. S. 37, 1, 3 pr.: Bona autem hic [ut plerumque solemus dicere]? ita accipienda sunt ⟨uti⟩ universitatis cuiusdam successio[nem], qua succeditur in ius demortui . . . und Pomp. D. 50, 16, 119: 'Hereditatis' appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio. (Man muss zugeben, dass die Aufnahme der »universitas» sowohl in D. 50, 16, 208 wie in D. 37, 1, 3 pr. sehr verdächtig ist, da sie den Sinn verrückt, der offenbar auf die Bezeichnung der hereditas als eines ius successionis oder einer successio in ius mortui hinausgeht. Diese Frage braucht indessen hier nicht näher untersucht zu werden.)

[2] Ulp. D. 5, 3, 11 und Iul. D. 41, 3. 33, 1. Natürlich usukapiert der bon. possessor als pro herede possidierend.

[3] Dasselbe gilt für die *alte* possessio pro herede (ohne bon. poss.): oben S. 70 u. 72.

[4] Siehe z. B. Gaius I. 4, 139 und Celsus D. 43, 19, 7.

also gar nicht um ein wirkliches Innehaben eines *Rechts* im eigentlichen Sinne, sondern nur um eine *faktische* Macht mit einer Bedeutung, die völlig der Bezeichnung des gewöhnlichen Besitzes als eines Faktums, nicht eines Rechtes entspricht. Ganz dasselbe ist von der possessio iuris zu sagen, die neben der possessio corporis die Passivlegitimation bei der petitio hereditatis geben soll.[1] Die fragliche Possession ist nur eine quasi possessio betreffs des Erbrechtes. Dies geht sowohl aus der Ausdrucksweise bei den Juristen[2] wie aus der Sache, wovon die Rede ist, hervor. Ein debitor hereditarius, der die Bezahlung verweigert, weil er selbst Erbe zu sein behauptet, ist ein solcher possessor.[3] Ebenso der, der Bezahlung für verkaufte Erbsachen oder für eine zur Erbschaft gehörende Forderung empfangen hat; der, der von einem zur Erbschaft gehörenden fundus ejiziert worden ist und deshalb interdictum unde vi hat; der, der deshalb condictio hat, weil er, ohne Erbe zu sein, die Erbschaft einem Fideikommiss gemäss auf eine andere Person übertragen hat etc.[4] In diesen Fällen handelt es sich nur um Vorteile, die man dadurch erwirbt, dass man Handlungen vornimmt, *als ob* man Erbe wäre, insoweit diese Vorteile nicht im Besitze einer Erbsache bestehen. Der Name »possessio iuris» wird hier nur in der Absicht verwendet, dadurch zu bezeichnen, dass es sich nicht um den Besitz einer Erbsache handelt. Natürlich ist damit das Gebiet des blossen *Faktum* nicht überschritten. Der fragliche »possessor» hat damit gar keine dem Erben potentiell oder aktuell gehörenden *Rechte* inne. Der »Rechtsbesitz» ist als Bedingung für die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio dem Besitze einer Erbsache (pro herede oder pro possessore) koordiniert und natürlich mit diesem Besitz als einem blossen Faktum verwandt. Die eigentliche bonorum possessio schliesst dagegen als solche gar keine rein faktischen Vorteile in sich und ist darum nicht dem blossen Besitze einer Erbsache als einer

---

[1] Siehe z. B. Ulp. D. 5, 3, 9, l. c. 13, 15, l. c. 16, 4, l. c. 18, 1 u. 2.

[2] l. c. 13, 15: Item a debitore hereditario *quasi* a iuris possessore . . . Ähnliches l. c. 16, 4. Noch deutlicher l. c. 16, 7: et *veluti* iuris possessor est und 18, 1: si quis neque rei neque iuris *velut* possessor erat.

[3] l. c. 13, 15 vgl. mit l. c. l. 42.

[4] l. c. 16, 4 u. 7.

gewissen Art faktischer Vorteile koordiniert. Auch umfasst sie diesen Besitz nicht. Wenn sich Erbsachen in der Erbschaft befinden, deren Besitz man als bon. possessor innehat, so hat man *deshalb* nicht diese Sachen selbst in seiner faktischen Macht. Die Aktionen, die aus der bon. possessio folgen, können allerdings als faktische Vorteile betrachtet werden. Aber sie ruhen auf dem Innehaben gewisser Rechte, obgleich diese nicht die eigenen des Besitzers sind, und sind also nicht als nur faktische Vorteile zu betrachten.[1]

Zur Beleuchtung der Sache gehört nun auch, dass der bon. possessor und der bon. emptor, die die Erbsachen, bezw. das Eigentum des Konkursschuldners in bonis haben[2], durch die Fähigkeit zu actiones ficticiæ oder auch zu Aktionen mit Subjektswechsel[3] eo ipso Inhaber der Aktionskräfte werden, die aus den zivilen Rechten des Erben, bezw. des Konkursschuldners hervorgehen.

Dies wird hier durch eine Untersuchung darüber, ob der bon. possessor und der bon. emptor durch eigene Aktionen gegenüber dem hereditären Schuldner, bezw. dem Schuldner des Konkursschuldners die Aktionskraft des civiliter Berechtigten konsumieren können, nachgewiesen werden. Wir schränken indessen die Untersuchung auf die Aktionen ein, die in dem iudicium legitimum angestrengt werden. In diesem Falle ist die Aktion als Nachfolgerin der legis actio[4] eine *civilis* actio[5]. Natürlich treten hier und nicht in dem nicht zivilen iudicium imperio continens die im Zivilrechte bestimmten Konsumtionsprinzipien hervor.

Die alte Rechtsregel: bis de eadem re ne sit actio[6] schliesst ein, dass eine zweite legis actio betreffs derselben Sache rechtlich kraftlos

---

[1] Obgleich Leist in seiner umfassenden Untersuchung der possessio bonorum — Glück-Leist, Ausführliche Erläuterung der Pandekten B. 37—38, I (1870), S. 292 ff. — ihren Charakter als eines *Rechts* stark hervorhebt, bestimmt er in keiner Weise das Verhältnis *dieses* Rechts zum Rechte des *zivilen* Erben.

[2] Gaius I. 3, 80.

[3] Gaius I. 4, 34 u. 35.

[4] Parallelbehandlung der legis actio und des iud. leg. bei Gaius I. 1, 184 und Ulp. Reg. 11, 24 u. 27. Wir kommen auf diese Frage alsbald zurück.

[5] Paulus bezeichnet Vat. fr. 47 a das iud. leg. als eine civilis actio.

[6] Nach Quint. Inst. or. 7, 6, 4 und Decl. 266 ist die fragliche Rechtsregel ein Gesetz.

ist. D. h. der Kläger erhält, auch wenn das materielle Recht vorhanden ist, durch den Akt kein Recht, dass die Sache dem Beklagten durch Urteil abgesprochen oder dass letzterer zu einer Prästation verurteilt wird.[1]

---

[1] Dass dies eine richtige Auslegung des Rechtssatzes ist, geht aus Gaius I. 4, 108 hervor: Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. »Ipso iure» ist ja hier offenbar »ope exceptionis» entgegengesetzt. D. h. der Richter musste von Amts wegen (ohne exceptio) auf die Sachlage Rücksicht nehmen. Die Worte agi non poterat müssen deshalb so ausgelegt werden: die Aktion war kraftlos. Die Richtigkeit dieser Auslegung geht auch aus dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen hervor, wo von einer erneuten actio nach einer formula in ius concepta im legitimum iudicium gesagt wird: postea ipso iure de eadem re agi non potest. Es ist ja ganz unmöglich, dass die Worte hier eine neue Aktion in dem Sinne ausschliessen sollten, dass keine neue litis contestatio erfolgen könnte. Denn dann wäre nicht, wie es im unmittelbar Folgenden heisst, exceptio *überflüssig*, sondern *unmöglich*, weil eine solche immer die l. c. voraussetzt. »Agi non potest» *muss* sich also hier auf die Kraftlosigkeit der Aktion beziehen. Levy, Die Klagenkonkurrenz I (1918), S. 59 legt Gaius' Satz so aus, als ob im Vorsatze »agere» »litem contestari», im Nachsatze »apud iudicem obsiegen» bezeichnete. Man hat keinen Anlass, Gaius eine solche Nachlässigkeit in der Ausdrucksweise zuzuschreiben. Dieses non potest, von einem juridischen Akte gesagt, bedeutet oft seine rechtliche Kraftlosigkeit. Siehe z. B. Cicero pro Cæcina 33, 95 f.: Quid est, quod ius non sit, quod populus *iubere aut vetare non possit?* . . . Sed quæro de te, putesne, si populus iusserit me tuum aut te meum servum esse, id iussum ratum atque firmum futurum und Cicero de rep. 3, 22, 33 (Lact. Iust. div. 6, 8, 7): huic legi nec obrogari fas est neque derogari aliquid ex hac licet, *neque tota abrogari potest* . . . (Natürlich kann das Volk immer alles mögliche *beschliessen*, »iubere», natürlich kann immer ein Abrogationsakt geschehen.) — Nach Gradenwitz, Festschrift für Bekker, S. 392 ff. bedeutet bei den klassischen Juristen »ipso iure agi non potest» die unmittelbare Kraftlosigkeit der Aktion für den Richter im Gegensatz zur Kraftlosigkeit auf Grund einer exceptio. Trotzdem aber soll die Phrase bei Gaius, wenn er § 108 von den Legisaktionen spricht, nicht die Kraftlosigkeit der Aktion bedeuten, sondern dies, dass neue Aktion verboten ist. Damit wird indessen Gaius einer verworrenen Darstellungsweise beschuldigt. Beseler, Beitr. 4, 1 sagt: »Die l. c. der *legis a° in rem* konsumiert nicht . . . Ehe aber die erste *legis a° in rem* bis zum Urteile gediehen ist, denegiert der Prätor eine zweite». Dies bedeutet, dass, *wenn* der Prätor trotz seiner Verpflichtung dazu eine zweite Aktion nicht denegierte, der Richter den Umstand, dass die

Man würde sehr irren, wenn man den für das römische *Rechtsbewusstsein* geltenden Grund der alten Rechtsregel in prozessual praktische Bedürfnisse verlegte. Dies würde dem ganzen stark hervortretenden mystisch magischen Charakter der älteren römischen Rechtsanschauung widerstreiten. Dass die legis actio nach dieser Anschauung als ein magischer Akt wirkte, tritt ja deutlich in der unerhörten Bedeutung hervor, die man jedem Moment des Zeremonials beimass. Wer den geringsten Fehler beging, verlor den Prozess.[1] Dies ist damit zusammenzustellen, dass die pontifices, die besonders in die Geheimnisse der Magie eingeweiht waren, ursprünglich das Zeremonial komponierten.[2] Vom magischen Gesichtspunkte ist

---

Klage zum zweitenmal vorgebracht wurde, unberücksichtigt lassen musste. Deshalb muss BESELER sagen: »Undeutlich, kurz und ungenau Gaius 4[108]». Ein Bumerang!

[1] Gaius I. 4, 30; vgl. 4, 11.

[2] Siehe z. B. Pomp. D. 1, 2, 2, 6. — Es ist übrigens zu beachten, dass zur *Kraft* einer legis actio eine wenigstens negative Einwirkung seitens der Götter gehört haben muss. Es heisst bei Varro l. l. 6, 30: Contrarii horum vocantur *dies nefasti*, per quos dies 'nefas fari' prætorem: do, dico, addico. Itaque non potest agi: necesse ⟨enim⟩ (Mueller) est aliquo uti verbo, cum lege qui⟨d⟩ peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo [sed ius] ⟨setius⟩ magistratus. Prætor, qui tum fatus est, si imprudens dixit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Q. Mucius aiebat, eum expiari ut impium non posse; vgl. Macr. Sat. 1, 16, 14 und Ovidius Fasti 1, 47 ff. Hier ist der Ausdruck agi non potest (der auch bei Macr. vorkommt) zu beachten, der die Kraftlosigkeit der Aktion bedeuten muss. Allerdings soll nach Varro der an einem dies nefastus vom prætor imprudens Freigelassene wirklich frei werden und daher die Aktion Kraft haben. Dies aber erscheint erstens als Ausnahme. Zweitens ist gerade damit gesagt, dass, wenn das grössere Verbrechen geschah: der Prätor sprach prudens, die Aktion ganz kraftlos ist. Drittens geht aus dem Ausdrucke *vitio* liber hervor, dass auch der durch den imprudenter redenden Prätor Freigelassene eine mangelhafte Freiheit erhält. Der vitio creatus, mit welchem Varro den vitio liber vergleicht, ist zwar magistratus, aber, wie später nachgewiesen werden wird, mit einem Fehler hinsichtlich seiner religiösen Potenz behaftet, wodurch auch die mit dieser verbundene Macht selbst (das imperium) mangelhaft wird. Prinzipiell machen also die an einem dies nefastus ausgesprochenen Worte do, dico, addico des Prätors den Akt ungültig. So wird auch ferner bestätigt, dass die legis actio als ein magischer Akt zu fassen ist. Sogar religiöse Magie ist derselben nicht fremd. Der Prätor muss sich in acht

nun auch der Konsumtionsgrundsatz gut verständlich. Insofern der positive Effekt der magischen Handlung von persönlichen Qualifikationen des Magikers abhängt, wird bei primitiven Völkern immer eine geheimnisvolle Kraft in demselben vorausgesetzt.[1] Es ist klar, dass diese Kraft durch ihre Verwendung teilweise konsumiert werden und daher für neue Anstrengungen erneuert werden muss.[2] Man hatte ja auf dem natürlichen Gebiete erfahren, dass in Anspruch genommene Kräfte verbraucht und durch besondere

---

nehmen, dass er nicht durch Aussprechen der fraglichen Worte an einem dies nefastus den Zorn der Götter erregt, wodurch er auch die Ungültigkeit des Aktes durch ihr Eingreifen veranlasst. Ob die Götter nach römischer Anschauung positiv zur Rechtskraft des Aktes mitwirkten, wenn ein Verbrechen gegen das fas nicht vorlag, kann nicht entschieden werden. Wahrscheinlich war sogar dies der Fall.

[1] Nach Aristoteles bezieht sich die Bezeichnung Archont, König oder Prytan eigentlich auf diejenigen, die auf dem gemeinsamen Herde opfern: Pol. 8, 1322 b. 26; vgl. Aesch. Hik. v. 365 ff., Stobæus Flor. 4, cp. 2, 24, S. 152, 1 ff. (Hense) und Farnell, Cults of the greek states, 5 (1909), 371, 48 (über Kos). Über πρυτανεῖον als so genannt, weil sich der Staatsherd da befindet, siehe Pind. Nem. 11, 1 ff. mit Schol., Dion. Hal 2, 65, 375 fin. und Suidas v. πρυτανεῖον. In den griechischen Staaten, in welchen noch in historischer Zeit das alte Homerische Königtum vollständig fortlebte, Sparta, Mazedonien und Epirus, waren die Könige Zeus' Priester, Preller-Robert, Griech. Mythologie 4. Aufl. (1894), S. 149. In Athen, wo das Königtum, obgleich der politischen Macht beraubt, noch bestand, hatte der König die heiligsten und im besonderen Sinne hergebrachten Opfer zu verrichten, Plato Pol. 290 E.; vgl. rex sacrorum in Rom. König, Archont, Prytan ist daher eigentlich der, der sensu eminenti Opfermagie für den Staat übt. Aber von den Königen wird oft in der Homerischen Literatur gesagt, dass sie eine *heilige Kraft* besitzen: ἱερὸν μένος oder ἱερὴ ἶς (lat. vis) Od. β 409, η 167, ϑ 385 u. 421, π 476, σ 34, 60 u. 405, φ 101 u. 130, χ 354, vgl. Hymn. Hom. in Ap. Pyth. 193: ἱερὸν μένος Ηελίοιο ... Sie waren *als* Könige im Besitze einer geheimnisvollen Kraft. — Über das imperium des römischen magistratus als iustum, d. h. rechtliche Kraft besitzend, durch dessen persönliche Fähigkeit, besondere Auspizien anzustellen, oder über sein *Herrscherrecht* als in einer besonderen *magischen Kraft* liegend später.

[2] Beachte Markus ev. 5, 30: καὶ εὐϑὺς ὁ Ἰησοῦς ἐπιγνοὺς ἐν ἑαυτῷ τὴν ἐξ αὐτοῦ δύναμιν ἐξελϑοῦσαν. Das griechische ἱερὰ ῥέζειν (vgl. das römische sacra facere) kann ursprünglich kaum etwas anderes bedeuten als: heilige Kräfte (anstatt der verbrauchten) erzeugen. Auch die Götter brauchen ständig neuen Vorrat des heiligen »mana». Vgl. Harrison, Themis (1912), S. 147 ff.

Mittel wieder ersetzt werden müssen. Die legis actio setzte nun als magischer Akt, um Effekt zu haben, auch eine besondere geheimnisvolle Kraft voraus, die durch eine rechtlich relevante Situation individualisiert war. Wenn die römischen Juristen sagen: actionem *habet* oder actio *competit*[1], handelt es sich um diese aus einer gewissen, rechtlich bedeutungsvollen Situation hervorgegangene Kraft. Durch diese Kraft kann der Agierende ein Recht auf Zwangsexekution gegenüber der Gegenpartei erwerben. Man darf nicht vergessen, dass das iudicium legitimum, auf welches sich die klassische Jurisprudenz in den fraglichen Ausdrücken bezieht, der unmittelbare Erbe der legis actio und deren Mystik ist.[2] Nun ist es klar, dass die Erneuerung einer solchen Kraft, die der legis actio — bezw. dem iudicium legitimum — zu Grunde liegt, nicht möglich ist. Zur Erneuerung würde ja erfordert werden, dass die rechtlich relevante Situation, der die Kraft

---

[1] V. I. R. v. actio.

[2] Gaius' Darstellung I. 4, 104 der Bedingungen für ein iud. *leg.* beweist deutlich die innige Verbindung zwischen den beiden Aktionsarten. Ein solches iud. muss innerhalb der Stadt oder des ersten Meilensteines ausserhalb derselben konstituiert sein. Dadurch wird wahrscheinlich die ursprüngliche Grenze für das Jurisdiktionsgebiet des Konsuls und des Stadtprätors bezeichnet: Kniep, Gaius 3, 2 (1916), S. 416. Man erinnere sich, dass die Heiligtümer der römischen Stadtgötter, um effektiv zu sein, innerhalb des Stadtgebietes liegen mussten, und dass, wie soeben nachgewiesen worden ist, zwischen diesen Göttern und der Kraft der legis actio ein Zusammenhang bestanden haben muss. 2. Keine Partei, kein Richter durfte des römischen Bürgerrechtes ermangeln. In Zusammenhang damit steht, dass »Rekuperatoren» nicht als Richter fungieren konnten. Unter dieser Bezeichnung wurden unzweifelhaft ursprunglich Richter in einem Prozesse, in welchem eine Partei nicht Römer war, verstanden. (Siehe Festus v. reciperatio 274 M.; Voigt, Jus. Nat. 2, 1858, S. 174, Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. 1, 1864, S. 67 f. u. Wlassak, Röm. Processges II, S. 299.) D. h.: das iud. leg. war an das *römische* Bürgerrecht wesentlich geknüpft, war echt*römische* Aktion. Deshalb war es die legis actio in neuer Form: eine Aktion, in welcher das *römische* Recht — die lex — die mystische Kraft ist, auf der alles beruht. Man beachte auch, dass Cicero pro Flacco 21, 50 betreffs eines solchen iudicium die Bezeichnung *lege esse* verwendet, was sich natürlich auf den Ausdruck *lege agere* bezieht. Über die direkte Zusammenstellung des iud. leg. und der leg. actio bei Gaius und Ulp. siehe oben S. 300[4]. Wir werden später die Ausführungen von Wlassak über den fraglichen Begriff ausführlich besprechen. Hier mag nur auf Mommsen, Jur. Schr. 3, S. 357 ff. hingewiesen werden, wo die mystischen Wurzeln des Begriffs klar hervortreten.

ursprünglich entsprang, *davon*, dass die Kraft einmal verbraucht worden ist, beeinflusst werden und *deshalb* eine neue Aktionskraft geben würde. Daraus ergibt sich die alte Rechtsregel: bis de eadem re ne sit actio von selbst. Dieselbe rechtlich relevante Situation kann nicht mehr als *eine* Aktionskraft geben. Wenn diese einmal verbraucht worden ist, muss damit die Situation rechtlich kraftlos werden.

Indessen liegt nach Gaius ein Gegensatz hinsichtlich der Konsumption zwischen der legis actio und dem iudicium legitimum vor. In ersterer gilt die Konsumtion immer ipso iure, in letzterem gilt sie ipso iure nur, wenn die Aktion in personam geht und die formula in ius concepta ist. Deshalb ist bei anderen iudicia legitima eine exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ nötig.[1] Ipso iure kann hier nicht nach zivilem Rechte im Gegensatz zum prätorischen bedeuten. Der Ausdruck steht ja hier im Gegensatze zu ope exceptionis, eine exceptio aber kann, wie bekannt, sehr wohl auf einem zivilrechtlich geltenden Grunde beruhen. Dass die Konsumtion nicht auch im iud. leg. immer zivilrechtlich galt, ist zufolge des Charakters des iud. leg. als eines Erben der legis actio unmöglich. Man würde in einem solchen Falle durch Einführung des Formularprozesses der zivilen Aktion nicht allein eine neue *Form*, sondern auch ein neues *Wesen* gegeben haben. Ipso iure kann *nur* bedeuten, dass die Prüfung des Daseins der Konsumtion zum officium des Richters gehört. So wird der fragliche Gegensatz zwischen der legis actio und dem iud. leg. betreffs der Konsumtion unmittelbar verständlich. In ersterer, wo keine den Richter bindende formula gegeben wurde, war die Grundlage seiner Entscheidung nichts anderes als die rechtliche Kraft der Aktion. Er hatte daher diese Kraft zu prüfen. Dies tritt scharf im Sakramentalprozesse hervor, wo der Richter zu entscheiden hatte, ob eines der sacramenta (ursprünglich eidliche Behauptungen der Parteien über das Recht einer jeden[2]) iustum oder iniustum war[3], d. h. die Kraft besass, zur Exekution

---

[1] Gaius I. 4, 107.

[2] Festus v. sacramentum p. 344 M. vgl. mit Paulus, v. sacr. p. 345 M.

[3] Siehe z. B. Huschke, Die multa und das Sacramentum (1874), S. 454, Keller-Wach, Der römische Civilprocess (5. Ausg. 1876), S. 58[201] und Bekker, Die Aktionen I, s. 76[2].

zu führen, bezw. den Angriff zurückzuschlagen.[1] Deshalb war natürlich keine besondere Aufforderung an den Richter, die eventuell schon erfolgte Konsumtion der Aktionskraft zu berücksichtigen, nötig. Zur Struktur des *Formularprozesses* aber gehörte ja, dass der Richter durch die formula schlechthin gebunden war. Deshalb mussten der Prätor und die Parteien selbst beobachten, dass das, was rechtlich relevant war, wirklich in die formula aufgenommen wurde. Nun aber bezog sich die *intentio*, wenn die formula in ius concepta war, auf das materielle Recht des Klägers, wenn sie in factum concepta war, auf ein gewisses Faktum, dessen Vorhandensein Bedingung der Kondemnation sein sollte. Zur *exceptio* aber gehörte das, was zu Gunsten des Beklagten anzuführen war und nicht das Vorhandensein des klägerischen Rechtes, bezw. das behauptete Faktum berührte. Wenn die intentio an sich volle Gültigkeit hatte, aber die zivile Aktionskraft konsumiert war, *konnte* letzteres nur durch eine exceptio in der formula berücksichtigt werden. Dies war der Fall, wenn ein dingliches Recht intendiert wurde, aber die zivile Aktionskraft durch ein vorhergehendes iud. leg. verbraucht war. Denn die mystische Kraft hinsichtlich der Sache, die in dem Recht selbst lag und die in gar keinem speziellen Verhältnis zu *diesem* possessor an sich stand, war davon völlig unberührt, dass sie keiner Aktion gegen ihn zu Grunde gelegt werden konnte. Die Intendierung desselben dinglichen Rechts in einer neuen Aktion gegen denselben Possessor muss deshalb unbedingt die Kondemnation des Beklagten herbeiführen, wenn die Rechtsbehauptung von Anfang an richtig gewesen ist, falls nicht die Konsumtion der zivilen Aktionskraft durch eine exceptio berücksichtigt worden ist. Dasselbe gilt für den Fall, dass die formula in factum concepta ist. Die Behauptung eines Faktums wird natürlich hinsichtlich ihrer Richtigkeit nicht davon berührt, dass die zivile Aktionskraft, die auf demselben ruht, verbraucht worden ist.[2]

---

[1] Dass die ursprüngliche Bedeutung des iustus und iniustus sich auf die Kraft, bezw. die Kraftlosigkeit hinsichtlich beabsichtigter Rechtswirkungen bezieht, wird später nachgewiesen werden.

[2] GIRARD, Man., S. 1029 schliesst aus dem Umstande, dass im Formularprozesse die Konsumtion bei der actio in rem exzeptionsweise geltend gemacht

In *einem* Falle aber war die fragliche exceptio nach der Aktion in einem iud. leg. überflüssig, nämlich wenn die formula dieser Aktion in ius concepta gewesen und in personam agiert worden war. Denn die Konsumierung der zivilen Aktionskraft wurde hier eine Konsumierung des Rechtes selbst.[1] Die ganze Kraft des obligatorischen Rechtes war durch eine Aktion gegen den Schuldner verbraucht. Die zivile Aktionskraft gegenüber dem Schuldner ist die *äusserste* Zwangskraft, die das obligatorische Recht in sich schliesst. Denn der Schuldner kann immer der bonorum possessio und Personalexekution dadurch entgehen, dass er die Verteidigung aufnimmt. Wenn die Aktion, die der Gläubiger anstrengt, kraftlos ist, fehlt es ihm deshalb an jeder exekutiven Macht. Ein Recht aber, das jeder Kraft zu zwingen entbehrt, ist eine Nullität. (Sogar das nudum ius Quirit. ermangelt nicht der exekutiven Kraft, wenn auch eine andere Person als der Träger des Rechtes diese Kraft innehat.) Der Satz der »veteres»: ante litem contestatam dare debitorem oportet, post litem contestatam condemnari oportet zeigt deutlich, wie die Römer die rechtliche Kraftkonsumtion betrachteten. Das Recht, auf welchem als ihrer Kraftquelle die Aktion ruht, geht im-

werden musste, dass sie im Legisaktionsprozesse nicht als eine solche Aktion gegolten haben kann. Ihm folgt DEBRAY, N. R. H. 36 (1912), S. 34. Dieselbe Meinung wird von SCHLOSSMANN, Litis contestatio (1905), S. 154 f. und BESELER, Beitr. 4, 1 vertreten. Ich verstehe nicht, wie so ausgezeichnete Romanisten gegenüber sonst von ihnen selbst anerkannten Quellen eine solche Theorie festhalten können. DEBRAY sucht S. 34[2] diese Ansicht so mit Gaius I. 4, 108 vereinbar zu machen, dass dieser da »entend simplement indiquer par quels procédés, *dans les cas, où on ne pouvait le* (scil. le procès) *recommencer* (von mir kursiviert), on était repoussé.» D. h. Gaius' Worte über die Legisaktionszeit: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat bedeuten: denn in der Sache, wegen der einmal agiert war, konnte der Kläger, *wenn* neue Aktion nicht möglich war, nur ipso iure, nicht ope exceptionis, (auf Grund der vorhergehenden Aktion) abgewiesen werden. Mit der Notwendigkeit einer solchen Auslegung des Gaius ist aber die fragliche Meinung in absurdum deduziert. SCHLOSSMANN erklärt kühn, dass der Rechtssatz bis de eadem . . . nur für die Aktionen in personam galt, d. h. dass die Quellen uns täuschen. Es ist unverständlich, dass man nicht die Struktur des *Formularprozesses* berücksichtigt hat, die in den angegeben Fällen das Exzeptionsverfahren notwendig machen muss.

[1] Gaius I. 3, 180 u. 181.

mer selbst in diese seine Äusserung über. Die Kraft findet sich in ihrer Äusserung. Und wenn das Recht ursprünglich eine Kraft ist, die nur auf *eine* Weise sich äussern kann, geht es *ganz* in der einmal geschehenen Äusserung auf. Das Forderungsrecht ist gerade eine Kraft, die sich nur in der Aktion *gegenüber dem Schuldner* äussern kann. Deshalb ist es mit einer solchen Aktion verschwunden. Wenn dagegen das Recht eine Kraft mit verschiedenen möglichen Äusserungen ist, geht es allerdings insofern in eine besondere Äusserung über, als es nicht mehr als eine Kraft, sich auf *diese* Weise zu äussern, existiert. Es bleibt dann aber als Recht durch seine fortdauernde Kraft, sich auf andere Weisen zu äussern, weiterbestehen. Dies ist der Fall bei dem dinglichen Rechte, das zwar als eine Kraft hinsichtlich der Aktion gegenüber *diesem* Possessor verschwindet, wenn einmal agiert worden ist, aber als eine Kraft gegenüber *anderen* eventuellen Possessoren bestehen bleibt.

Hier sind einige Anmerkungen hinzuzufügen. 1. Wenn in einem iud. leg. agiert worden ist, ist die zivile Aktionskraft hinsichtlich derselben Sache konsumiert. Und wenn eine exceptio rei iud. vel in iud. ded. bei neuer Aktion mit iud. leg. notwendig ist, hat diese exceptio ganz denselben Charakter wie z. B. eine exceptio ususfructus im Vindikationsprozess in einem iud. leg. D. h. ein *ziviler* Rechtsgrund zu Gunsten des Beklagten macht die zivile Aktion ohnmächtig. Wenn in einem iud. imperio continens, das kein ziviles Recht einschliesst, agiert worden ist, ist die exceptio rei iud. vel in iud. ded. in einem nachfolgenden iud. leg. betreffs derselben Sache nur ein Ausdruck für die Fähigkeit des Prätors, auf die zivile Aktionskraft durch Aufnahme von Exzeptionen einzuwirken, und hat also denselben Charakter wie z. B. exceptio doli mali in einem iud. leg. Denn ein iud. imp. cont., das nicht zivile Gültigkeit hat, konsumiert an sich gar nicht die *zivile* Aktionskraft. In der exceptio rei iud. vel in iud. ded. ist ja dann mit darunter verstanden, dass das iud., in welches die res deduziert ist oder nach welchem die res iudicata ist, ein *nur prätorisches* iudicium ist. Wenn in einem iud. leg. agiert worden ist, ist zwar die zivile Aktionskraft verbraucht. Damit aber ist nicht gegeben, dass *solche* nachfolgende Aktionen ausgeschlossen sind, in welchen der Prätor nur sein imperium gel-

tend macht, ohne in das *zivile* Gebiet einzugreifen. Deshalb ist die Anwendung der fraglichen exceptio in einem nachfolgenden iud. imp. cont. nur eine Äusserung des imperium des Prätors. Weder ist die Aktionsfähigkeit hier durch den Verlust der zivilen Aktionskraft an sich verloren, noch greift der Prätor als Vertreter des Rechts in die zivilen Aktionskräfte ein. Dass die Konsumtion des Rechts selbst durch Aktion in einem iud. leg. in personam mit der formula in ius concepta unmittelbar auch auf ein nachfolgendes iud. imp. cont. einwirkt, so dass sogar eine exceptio überflüssig ist, beruht natürlich darauf, dass der Richter bei einem solchen iud. das intendierte Recht für nichtig halten muss.

2. Eine Schwierigkeit hinsichtlich der Auffassungsweise scheint der Umstand zu bereiten, dass die hier vorliegende Exzeption eine exc. rei iud. *vel* in iud. ded. gewesen sein soll. Man fragt sich, weshalb res iudicata angezogen zu werden brauchte, wenn die deductio in iud. als solche die Aktionskraft konsumierte. Die Sachlage könnte die Ansicht veranlassen, dass die deductio in iud., bloss als *Litispendenz* einschliessend, neue Aktion hemmte. Dann würde natürlich die Doppeltheit als eine Notwendigkeit völlig verständlich. Dann würde die »mors litis», die in einem iud. leg. nach einer lex Julia (zur Zeit des Augustus?) nach einem Jahre und sechs Monaten eintritt[1], mit sich bringen, dass der Prozess von neuem aufgenommen werden konnte, wenn die Sache nicht während dieser Zeit abgeurteilt war. Dann muss auch die Konsequenz gezogen werden, dass sogar die Konsumtion ipso iure nur mit der res iudicata endgültig vorlag. Wenn sich exc. rei in iud. ded. auf die Litispendenz bezieht, kann auch res in iud. deducta nur dann als Konsumtionsgrund ipso iure angezogen werden, wenn Litispendenz vorhanden ist. Nun hebt allerdings diese Erklärungsweise nicht unsere hier dargestellte Auffassung der Bedeutung der Konsumtion auf. Denn da die Konsumtion der Aktionskraft doch auch nach dieser Auffassung mit der l. c. im iud. leg. stattfinden muss — der Unterschied ipso iure und ope exceptionis in dieser Hiusicht betrifft nur die Frage, ob mit der Aktionskraft *auch* das materielle Recht konsumiert ist — kann die eventuelle Abhängigkeit der fraglichen Wirkung von

[1] Gaius I. 4, 104.

der Litispendenz nur bedeuten, dass die mors litis rückwirkende Kraft hat, so dass damit die l. c. selbst als aufgehoben zu betrachten ist. Indessen würde dann vom Gesichtspunkte unserer Erklärung die Frage entstehen, wie man dem Umstande, dass die Aktionskraft ohne jedes Ergebnis verbraucht worden ist, die Fähigkeit hat zuerkennen können, die einmal verbrauchte Kraft wiederherzustellen, oder wie das blosse Ende des prozessualen Rechtsverhältnisses die vorherige Wirkung desselben hat aufheben können. Deshalb würde die Richtigkeit der angegebenen Erklärung für die Doppeltheit in der Exzeption unserer Auffassung des Sinnes der Konsumtionsregel: die Anwendung einer Kraft zehrt die Kraft auf, den Vorzug ihrer Schlichtheit benehmen. Aber die fragliche Erklärung ist nicht quellenmässig. Sie widerstreitet erstens dem althergebrachten Rechtssatze: *bis* de eadem re ne sit actio, welcher Rechtssatz auch so ausgedrückt werden kann: bis de eadem re agi non *potest*.[1] Man kann nicht annehmen, dass die erwähnte lex Iulia die Anwendung dieses Satzes auf den Erben der legis actio: das iud. leg. aufheben sollte. Wie grundlegend dieser Satz für die römische Jurisprudenz war, geht wohl am besten aus dem gewöhnlichen Ausdrucke in zivilen Konsumtionsfragen: *eadem res* hervor, welcher Ausdruck kaum einen anderen Ursprung als diesen Rechtssatz haben kann. Zweitens widerstreitet die erwähnte Erklärung allzu bestimmten Behauptungen in dem klassischen Lehrbuche: den Gaiischen Institutionen wie unzweifelhaft echten Äusserungen in den Digesta.[2]

[1] Gaius I. 4, 108.

[2] Gaius I. 3, 181: . . . *postea* de eo ipso iure agere non possim, 4, 53: Si quis intentione plus complexus fuerit, ⟨causa cadit⟩ id est rem perdit . . . (beachte: er verliert die Sache unbedingt, sei es, dass ein Urteil gefällt wird oder nicht; die ganze Darstellung bis zum § 61 bezieht sich hierauf), 4, 106 . . . *postea* nihilo minus . . ., 4, 107 . . . *postea* ipso iure . . ., 4, 131 a : . . . consumitur, ut *postea* nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio, 4, 123 :. . . non enim . . . adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta . . . Vgl. I. I. 4, 13, 10. Gaius 4, 121 bestimmt die exceptio quod res iudicata est vel in iudicium deducta est als eine *peremptorische* Exzeption. Hinsichtlich der Dig. mag hier an die Stellen erinnert werden, durch die bezeugt wird, dass betreffs der correi, der fideiussores etc. auf Grund der Einheit der Obligation ohne Einschränkung für die Zukunft der Satz gilt: altero convento alter liberatur. Siehe z. B. Paulus D. 11, 1, 20 pr. u. Ven. D. 46, 2, 31, 1, vgl.

Indessen ergibt sich die Lösung der Schwierigkeit von selbst, wenn man den eigentümlichen Charakter des *Judikats* beachtet. Wenn

---

C. 8, 40, 28 pr. §§ 1 u. 2, wo der klassische Grundsatz aufgehoben wird. Vgl. auch GUARNERI CITATI BIDR 34 (1925) S. 178 ff. BESELER, Beitr. 4, 2, der die erwähnte Theorie nach COGLIOLO, Trattato teoretico della eccezione di cosa giudicata 1, 1883 aufnimmt, sagt über Gaius 3, 180, 181, 4, 106 u. 107, dass Gaius hier »tralatizische Formulierungen der voraugustinischen Jurisprudenz» reproduziert. »Man weiss ja, dass das Buch, das wir Gai institutiones nennen, schichtweise entstanden ist. Obendrein darf ein Lehrer der Anfangsgründe der Klarheit zuliebe selbst wichtige modifizierende Sätze unterdrücken.» Was ersteres betrifft, ist doch höchst wunderbar, dass der Lehrbuchsverfasser die übernommene alte Schicht hier *durchgehends* stehen lässt, ohne die seitdem geschehene Änderung zu erwähnen. Was letzteres betrifft, ist zu bemerken, dass Gaius 4, 104 über lex Iulia und die dadurch gegebene mögliche *mors litis* im iud. leg. berichtet, *danach* in § 105 bestimmt, wann dieselbe mors bei iud. imp. continens eintritt, und *unmittelbar* danach in §§ 106 u. 107 die *Wirkungen* der l. c. in den besonderen iudicia auseinandersetzt. Er würde also *im selben Zusammenhange*, in welchem er die *neue* mors litis hinsichtlich des iud. leg. genau erörtert, solche Formulierungen des Konsumtionsprinzips beibehalten, die gerade durch die neue Ordnung unverwendbar werden! Dies wäre wohl doch eine allzu weitgehende Freiheit für einen »Lehrer der Anfangsgründe»! Aber noch bemerkenswerter ist, dass gerade nach BESELER's Darstellung Gaius in § 106 nicht eine »tralatizische Formulierung der voraugustinischen Jurisprudenz» gegeben haben *kann*. B. meint nämlich unter Hinweis auf Cicero pro Flacco 21, 50, dass im iud. imp. cont. schon vor der lex Iulia »mit dem Ende der konkreten Prätur die *l c* eines solchen *iudicium* mit voller Rückwirkung nichtig wird, es wäre denn ein Urteil gesprochen»: S. 1. Dann kann natürlich vor der Augusteischen Zeit die Kraft einer neuen Aktion bei einem solchen iud. durch eine exeptio rei iud. vel in iud. ded. nicht ohne weiters gehindert worden sein, wie in § 106 vorausgesetzt wird. Es ist auch wahrscheinlich, dass B. mit seiner Behauptung Recht hat, dass ein iud. imp. cont. zur Zeit des Cic. nicht durch sein Erlöschen ohne Urteil neuen Prozess ausschloss. Allerdings beweist die angeführte Cicerostelle dies nicht: (Heraclides, der Kläger) ab eo iudice abiit et quod iudicium lege non erat, causam totam reliquit, was auch so ausgelegt werden kann, dass der Kläger bei Zurücknahme seiner Klage nicht die formelle Freisprechung des Beklagten befürchten musste, weil das iudicium imp. cont. war. So LENEL, Sav. Z. 45 (1925) S. 32—33. Es ist aber schwer zu verstehen, dass der Kläger *deshalb* die Sache verliess, weil er die Freisprechung des Beklagten nicht zu befürchten brauchte, *wenn* er nicht nach der Aufhebung des iudicium ohne Urteil neue Aktion anstrengen konnte. Es müsste ihm sonst gleichgültig gewesen sein, ob der Beklagte durch den Verzicht auf den Prozess freigesprochen wurde oder nicht. Dazu kommt, dass in

einer die Schuld eines anderen durch das Versprechen noviert, dem Gläubiger oder seinem Delegatar zu prästieren, was der ursprüngliche Schuldner zu leisten verpflichtet ist[1], hört allerdings die alte Schuld auf. Dies bedeutet aber nicht, dass ihr vorheriges Dasein nunmehr

---

der lex agraria 643/111 v. 38 betreffs des iussus an die Rekuperatoren gesagt wird: . . . ⟨iudicare iubeto⟩ quæ res soluta n⟨on siet *inve iudici*⟩*o non siet* iudicatave non siet . . . Da das iud. imp. cont. *immer* mit dem Ende der Prätur zu gelten aufhörte, ist es klar, dass nach dem hier hervortretenden Prinzipe nur das *Urteil* endgültig konsumierte Es ist wahrscheinlich, dass zur Zeit des Gaius eine Veränderung betreffs der Konsumption im iud. imp. cont. eingetreten ist, so dass *jetzt* im Gegensatz zum älteren Zustande die Aktion durch die l. c. unbedingt konsumiert war (jedoch natürlich nicht ipso iure). Jedenfalls *kann* § 106 nicht »voraugustinische Jurisprudenz» ausdrücken, wenn diese betreffs des iud. imp. cont. den von B. angenommenen Charakter gehabt hat. — Hinsichtlich Gaius 4, 121 sagt B., dass die Ausdrucksweise: quod res iudicata *est* vel in iudicium deducta est darauf hindeutet, dass die Worte vel in iud. ded. est ein späterer Zusatz seien. Aber dieselbe Wiederholung des »siet» kommt in der oben angeführten lex agr. v. 38 vor! Die fragliche exceptio ist mutmasslich für iud. leg. von alters her so formuliert worden: si ea res q. d. a. iudicata non est inve iudicium deducta non est. (Lenel, Ed², S. 490.) Über Gaius 4, 53—60, 4, 131 a und 123 sowie über den in den Dig. hervortretenden Standpunkt betreffs der Liberation des correus etc. durch die l. c. mit dem solidarischen debitor äussert B. nichts. Es muss also für übereilt angesehen werden, wenn Donatuti, Arch. giur. 89 (1923) S. 193 sagt: »ciò può credersi dopo che gli studi del Beseler hanno rafforzato la tesi del Cogliolo . . .» Lenel nimmt in seiner letzten Äusserung in der Frage (Sav. Z. 45, 1925, S. 36 ff.) denselben Standpunkt wie Beseler betreffs der Bedeutung der bezüglichen Exzeption ein, aber er will nicht anerkennen, dass die Konsumtion ipso iure erst mit dem Judikat endgültig eintrat, sondern kritisiert in dieser Hinsicht (in dem vorhergehenden Teile seines Aufsatzes) die von Beseler aufgestellte Behauptung. Er meint auch, dass immer, auch wenn eine Exzeption nötig wurde, die Konsumtion schon mit der l. c. vollständig war, aber dass *im Falle der mors litis durch eine exceptio in factum geholfen wurde* (S. 37—38). Was ersteres betrifft, erscheint es als inkonsequent. Denn wie konnte *res in iud. deducta* als Konsumtionsgrund ipso iure im fraglichen Falle angezogen werden, wenn die exc. rei in iud. ded. in demselben Falle nicht half? (Siehe oben im Texte S. 309.) Die letztere Behauptung beschuldigt die Gaiische Darstellung derselben unverständlichen Nachlässigkeit wie die Theorie Beseler's. Im *selben* Zusammenhang, in dem Gaius die neue mors litis berücksichtigt, sollte er die Wirkung derselben in der da erörterten Konsumtionsfrage unbeachtet lassen!

[1] Siehe z. B. Pap. D. 46, 2, 27.

wirkungslos ist. Im Gegenteil ist die gegenwärtige Schuld des anderen hinsichtlich ihres Inhalts durch die alte bestimmt, so dass diese fortdauernd berücksichtigt werden muss. Dem Ende der alten Schuld kann deshalb hier keineswegs rückwirkende Kraft zugeschrieben werden. Man darf jetzt die Sache nicht so betrachten, als ob die Schuld *vorher* nicht dagewesen wäre. Auf dieselbe Weise konsumiert allerdings im iud. leg., wenn Konsumtion ipso iure eintritt, die l. c. das vorherige materielle Recht. Dies hat aber keine juridisch rückwirkende Kraft. Denn die intentio bezieht sich ja auf das materielle Recht, das im Momente der l. c. vorhanden gewesen ist. Deshalb ist das vorherige Recht für das gegenwärtige Rechtsverhältnis bestimmend. Ganz anders ist die Sachlage bei *dem Judikat* beschaffen. Hier hört nicht allein das mit der l. c. gegebene Rechtsverhältnis auf, sondern dessen Ende muss juridisch als rückwirkend betrachtet werden. Denn jetzt ist das Judikat *allein* für die entstandene Rechtslage bestimmend. Was den Inhalt des vorherigen Rechtsverhältnisses ausgemacht hat, ist vom Momente des Judikationsakts an völlig gleichgültig. Der *Richter* mag auf Grund seines fehlerhaften Urteils verurteilt werden können. (Jedoch ist niemals das suam litem facere als ein ziviles Delikt betrachtet worden.[1] D. h. die Aktion ist immer in factum formuliert gewesen.[2]) Die *Parteien* sind hinsichtlich ihrer gegenseitigen Rechtslage durch das Urteil absolut gebunden. D. h. das vorherige Rechtsverhältnis darf von dem Gesichtspunkte der Parteien, also zivilrechtlich, in keiner Weise berücksichtigt werden. Die l. c. ist deshalb zivilrechtlich so zu betrachten, als ob sie niemals dagewesen wäre, was juridisch bedeutet, dass das Judikat das *vorherige* Dasein derselben vernichtet. Dies muss die römische juridische Konstruktion der praktisch notwendigen Allmacht des Judikats im iud. leg. gewesen sein.[3] Damit ist nun die fragliche Schwierigkeit behoben. Wenn

---

[1] Gaius D. 44, 7, 5, 4 = D. 50, 13, 6 und I. I. 4, 5 pr.

[2] Lenel, Ed. 2, S. 162 ff.

[3] So deutlich wie möglich sagt Gaius I. 3, 180, dass die im Texte angeführte Konstruktion von alters her der römischen Jurisprudenz eigen war: Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum, nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus

die Exzeption nur eine exc. rei in iud. ded. wäre, würde sie nicht fungieren können, falls in der Sache schon abgeurteilt worden ist. Denn dann *ist die Sache juridisch nicht mehr in iud. deducta*, weil die Handlung in iud. deducere nicht mehr als solche gilt. Nur das Judikat kann also in einem solchen Falle konsumieren, da die vorherige l. c. als solche jede juridische Funktion verloren hat. Aber das Judikat konsumiert auch wirklich, weil die l. c. in dasselbe aufgegangen ist und in ihrem neuen Dasein als Judikat natürlich die Wirkungen behält, die sie behalten kann. Was besonders die mors litis betrifft, geht aus der durch die Quellen gestützten Tatsache, dass die Konsumtion in dem iud. leg. durch die l. c. absolut ist, hervor, dass sie für die Juristen nicht mehr rückwirkende Kraft gehabt hat als das Ende eines Eigentumsrechts. Wie man natürlich fortdauernd die anderen Rechte behält, die auf dem vorherigen, jetzt verlorenen Eigentumsrecht beruhen, so bleibt die vorher durch die l. c. bewirkte Konsumtion trotz der mors litis selbst bestehen. Also muss diese Exzeption als eine exc. rei in iud. ded. ebensogut im Falle der mors litis wie im Falle der Litispendenz, aber nicht bei einem Judikat helfen.[1]

litis contestatione. sed si condemnatus sit, *sublata litis contestatione* incipit ex causa iudicati teneri. et hoc ⟨est⟩ quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Man beachte hier, dass von der obligatio selbst nur gesagt wird, dass durch die l. c. sie selbst, keineswegs die sie begründende *Handlung*, z. B. die Stipulation aufgehoben wird, so dass letztere als ungeschehen zu betrachten wäre. Aber betreffs des Übergangs in die Kondemnation wird gesagt, dass die das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestimmende *Handlung* — die litis contestatio selbst — damit aufgehoben wird, d. h. sie gilt nunmehr nicht als solche. Man hätte kein Recht, auf die Ausdrucksweise des Gaius besonderes Gewicht zu legen, wenn nicht einerseits hier der Stil rein lapidar, andererseits die dargestellte Konstruktion so natürlich gewesen wäre.

[1] Es ist von selbst klar, dass die hier gegebene Darstellung die Ausdrucksweise der Quellen: re in iudicium deducta potestas agendi non adhuc super est oder dgl. nicht unverständlich macht. *Eine* Sache ist natürlich die juridische Realität selbst, eine *andere* Sache die Darstellung derselben Realität. Wenn auch für die zum Recht selbst gehörende Betrachtungsweise die l. c. durch das Judikat aufgehoben ist, so muss sie doch in der Darstellung der juridischen Lage als etwas einmal Dagewesenes angesehen werden. Die l. c. muss ja einmal

3. Der terminus technicus für die Anwendung und die damit verbundene Konsumption einer Aktionskraft — zivil im iud. leg., prätorisch im iud. imp. cont. — ist, wenigstens in der klassischen Ju-

---

dagewesen sein, damit ein Judikat entstehen kann. Die juridische Wahrheit muss so dargestellt werden, dass das ehemalige Dasein der l. c. durch das Judikat *aufgehoben wird:* »l. c. sublata», natürlich nicht so, dass die l. c., wenn Judikat erfolgt ist, niemals stattgefunden hat. Deshalb wird in der juridischen Darstellung richtig von einem gewissen Zeitpunkte, wo die l. c. stattgefunden hat, gesprochen und von diesem Zeitpunkte der Untergang der Aktion datiert. B. sagt (S. 1) betreffs der mors litis, die von Augustus konstituiert worden sein soll: »Der (Augustus) bestimmt, dass nach einer gewissen Zeit, nämlich anderthalb Jahren auch das *legitimum iudicium* stirbt, *seine l c ungeschehen wird*» (kurs. von mir). *Ersteres* findet man bei Gaius 4, 104 wieder, *letzteres* hat der ausgezeichnete Romanist von sich aus hinzugesetzt. Dies ist um so bemerkenswerter, als doch Gaius 3, 180 in *einem* Falle von der sublata litis contestatio = der einmal geschehenen l. c. als nachher ungeschehen spricht, aber es sich da um die Wirkung der *Kondemnation* handelt. Was den sprachlichen Ausdruck betrifft, kann B. S. 3 A. nicht verneinen, dass das Perfectum »deducta est» »einen Vorgang der Vergangenheit, der abgeschlossen und nun für alle Ewigkeit ein unabänderliches Factum ist» bezeichnen *kann*. Ob in unserm Falle die andere Möglichkeit: »einen Vorgang der Vergangenheit, der abgeschlossen ist, und dessen Folgezustand, noch nicht wieder aufgehoben, fortdauert», anzunehmen ist, d. h. ob res in iud. deducta est die Litispendenz bedeutet, muss natürlich durch die Erklärung der Sache in den Quellen entschieden werden. Es ist aber zu bemerken, dass schon der Parallelismus mit dem Ausdruck: res iudicata est auf die *erstere* Bedeutung hinweist. Wir machen die Annahme, dass Kondemnation vorliegt. Der Folgezustand des Judikats ist dann die actio iudicati. Wir nehmen weiter an, dass die actio iudicati erfolgt und die Kondemnationssumme bezahlt ist. Sollte dann nicht der »Folgezustand» als aufgehoben zu betrachten sein? Ist nicht die durch das Judikat gegebene Obligation ebensogut dadurch aufgehoben wie die Gebundenheit, die ein Folgezustand einer sponsio ist, durch die Solution weggefallen ist? Also muss das Perfectum im Ausdrucke res *iudicata* est *die erste* der beiden von B. erwähnten Bedeutungen haben. Denn dass die exc. rei iudicatæ Kraft hat, auch wenn die Judikatsobligation — ein Folgezustand der Kondemnation — erloschen ist, wird von niemand bestritten. Ist dann wahrscheinlich, dass der Ausdruck res in iud. *deducta* est, der in der fraglichen Exzeption durch ein blosses vel mit dem: res iudicata est verbunden ist, die *zweite* der beiden möglichen Bedeutungen hat? Indessen ist zu beachten, dass vom *rechtlichen* Gesichtspunkte nicht immer das einmal Geschehene »für alle Ewigkeit» ein Faktum bleibt. Das Rechtsinstitut: negative Rückwirkung kann sich geltend machen. Deshalb ist betreffs der ersten Bedeutung des Perfectums, wenn es sich um recht-

risprudenz, rem in iudicium deducere, sei es, dass die Konsumtion, wie in einem gewissen Falle bei dem iud. leg., den Untergang des Rechtes selbst mit sich führt, sei es, dass sie exzeptionsweise geltend gemacht werden muss.[1]

liche Formeln handelt, zu B.'s Formulierung hinzuzufügen: insoweit das Geschehene nicht durch das Recht ungeschehen gemacht wird. Dies muss auch in unserm Falle hinzugefügt werden, wenn wir die erste Bedeutung des Perfectums in der Exzeption als die hier vorliegende annehmen. — B. sagt S. 4: »Für sie (die Gleichung res in iudicium deducta = Litispendenz) spricht entscheidend, ich will nicht sagen das Fragment von Autun § 110, wohl aber, dass ohne sie der Ausdruck *res iudicata vel in iudicium deducta* eine konstante Tautologie enthält, die im Munde der logischen und breviloquenten Römer ... psychologisch unbegreiflich ist.» In der Tat ist die Sachlage nach unserer Auffassung diese. Auf Grund der (allerdings juridischen) *strengen* Logik der römischen Juristen hilft, wenn Judikat erfolgt ist, die blosse exc. rei in iud. ded. nicht, weil das Judikat die l. c. ungeschehen macht. LENEL hat Ed.[2] S. 487 ff. durch eine evidente Beweisführung nachgewiesen, dass nur *eine* Exzeption in fraglicher Hinsicht in das prätorische Edikt aufgenommen war. Dies bedeutet, dass der Beklagte immer diese einheitliche Exzeption verwenden konnte, was ihm auch allein volle Sicherheit gab. Die Sache konnte während der Vorverhandlung, in welcher die eventuelle Exzeption im neuen Prozesse bestimmt wurde, vor der l. c. selbst im älteren Prozesse iudicata werden. Die blosse exc. rei in iud. ded. wurde dann untauglich. Andererseits konnte das scheinbar gegebene Judikat sich als nichtig zeigen. Die blosse exc. rei iudicatæ wurde dann untauglich. Also gewinnt B. nichts durch die Anführung der römischen Logik und Breviloquenz. Unsere Aufassung leitet gar nicht zu einer Verneinung derselben, sie hat aber den Vorteil, die sichersten Quellen nicht zu vergewaltigen. B. kann wirklich nur Gaius Aut. fr. 110 für sich anziehen. Dieses fr. will er jedoch *selbst* nicht als eine Stütze anerkennen. Es wäre auch ein schlechtes Argument. Der erste Teil scheint hier dem zweiten zu widerstreiten. Man kann jedoch gut annehmen, dass die im fr. vorliegende Verbindung der Kraft der exc. rei in iud. ded. mit der Litispendenz nur den Hauptfall, in welchem dieser Teil der Exzeption wirkt, angeben will.

[1] Letzteres folgt bereits aus der Bezeichnung für die fragliche exceptio: rei in iud. deductæ (bei Cicero de or. 1, 37, 168 etwas anders ausgedrückt: quod ea res in iudicium antea non venisset). Dass derselbe Ausdruck auch bei der Konsumtion ipso iure gebraucht wird, geht z. B. aus Gaius I. 4, 131 und Pap. D. 3, 3, 66 hervor. Unrichtig POKROWSKY, Sav. Z. 16 (1895) S. 67. Richtige Kritik dieses Verfassers bei ERMAN, Sav. Z. 19 (1898) S. 322—323. Man beachte, dass auch im Parellelfalle: technischer Novation der Ausdruck in stipulationem deducere gebraucht wird: z. B. Paulus D. 45, 1, 89 und l. 125, D. 46, 2, 32, I. I. 3, 29, 2.

4. Der Satz: praetor ius non facere potest bezieht sich nicht auf das ius, das in dem im höchsten Sinne *zivilen Aktionsrechte* bei einem iudicium legitimum eingeschlossen ist. Der Prätor gibt nämlich auch die Formula eines solchen iudicium zwecks Annahme durch die Parteien. Aber mit demselben hat der Kläger unter Voraussetzung der Gültigkeit des angezogenen materiellen Rechtsgrundes eine im höchsten Sinne zivile Kraft zu agieren. Diese Kraft wird von Gaius in Übereinstimmung mit der Ansicht der veteres betreffs der actio in personam mit der intentio in ius concepta als ein Recht auf die Kondemnation der Gegenpartei — *oportet* condemnari — bestimmt.[1] Das iud. leg. ist ein ziviler Akt und wirkt deshalb auf die zivile Rechtslage im höchsten Sinne ein. Weil dieser Akt einen solchen Charakter hat, wird auch das Judikat im fraglichen iud. ein ziviler Akt — mit der *mancipatio* und der *in iure cessio* zusammenzustellend — weshalb es solche zivile Rechte konstituieren kann, die ausserhalb der unmittelbaren Machtsphäre des Prätors liegen. Wenn das iud. leg. ein iud. divisorium ist, entsteht durch die adiudicatio Eigentumsrecht ex iure Qu. sowohl betreffs der res manc. als betreffs der res nec manc.[2] Und die Kondemnierung des Beklagten gibt dem Kläger eine zivile Obligation: iudicatum facere *oportet*.[3] Ganz sicher hat auch das Judikat überhaupt eine präjudizierende Wirkung im zivilrechtlichen Sinne, sei es, dass es nur inter partes, sei es, dass es absolut präjudiziert.[4] Wenn sich auch in letzterer Hinsicht keine direkten Belege finden, folgt die Sache notwendig aus dem völlig unzweideutig bezeugten Charakter des Judikats im iud. leg. als eines im höchsten Sinne *zivilen* Aktes. Das iud. leg. hat keineswegs seine Eigentümlichkeit *darin*, dass es ein vom Gesetz geregeltes iudicium wäre, so dass sein Gegensatz: iud. imperio continens ein gesetzloses iudicium wäre. Viele aufbewahrte Gesetze regeln gerade iudicia recuperatoria.[5] Sondern iud. leg. ist ein iudi-

---

[1] I. 3, 180.

[2] Ulp. Reg. 19, 16 verglichen mit Paulus Vat. fr. 47 u. 47 a, wo die Zusammenstellung der adiudicatio mit der mancipatio und der in iure cessio vorkommt.

[3] Gaius I. 3, 180. [4] Hierüber später.

[5] Ein Beispiel: Lex latina tab. Baut. 9.

cium *iustum*, indem es die Entstehung einer neuen, im höchsten Sinne *zivilen* Rechtslage veranlasst, während das iud. imp continens gar nicht auf die zivile Rechtslage einwirkt. Das Judikat ist deshalb im letzteren iud. *als* Judikat gar kein ziviler Akt. *Weder* gibt die adiudicatio im iud. divisorium, das imp. continens ist, *quiritisches* Eigentum, *noch* gibt die Kondemnierung des Beklagten ein iudicatum facere *oportet*. Natürlich hat das Judikat auch keine präjudizierende Kraft im zivilen Sinne. Und wenn auch die adiudicatio in einem solchen iud. divisorium das Eigentum in bonis gibt, so beruht dies doch nicht auf dem Judikat als einem zivilen Akt, sondern darauf, dass die Verleihung eines solchen Rechtes in die Machtsphäre des Prätors fällt. *Er* verwendet sein imperium und überträgt mit der adiudicatio das fragliche Recht. Wenn auch die Kondemnierung des Beklagten die actio iudicati gibt, so liegt doch nur eine direkte Verwendung der prätorischen Macht vor, die solche Aktionen umschliesst.[1] Aber der Prätor konnte im eigentlichen Sinne *zivile*

[1] Man beachte, dass nach tab. 3, 1 f. nur bei [rebus] ⟨reis⟩ (hierüber später) *iure* iudicatis die legis actio per manus iniectionem möglich ist. Dieser Ausdruck: reus *iure* iudicatus ist natürlich mit der ein rechtsgültiges Gesetz bezeichnenden Formel: lex *iure* rogata (siehe z. B. lex Quinctia 1 ff., wo die üblichen Einleitungsworte in römischen Gesetzen aufbewahrt sind) zusammenzustellen und bedeutet also, dass das Judikat *zivile* Rechtskraft im eigentlichen Sinne haben muss. Ein Judikat im Fremdenprozesse ist von der legis actio p. m. i. ausgeschlossen, und dies wird durch das Wort *iure* bezeichnet. Ein reus iure iudicatus ist deshalb—wenn wir von Urteilen betreffs publica crimina absehen—ein reus, der auf Grund einer *legis actio* (echtrömischer Prozessform) verurteilt ist. Man beachte, dass die *legis* actio keine besondere Beziehung auf ein *geschriebenes* oder überhaupt *gegebenes* Gesetz zu haben braucht. Auch durch die *mores* kann eine legis actio konstituiert sein (Gaius I. 4, 26 u. 27). Aber die Römer wollten sich immer wegen ihres Glaubens an die magische Kraft des *Wortes*, worüber später, ein Gesetz als die Grundlage eines echtrömischen ius denken. Die »mores» wurden wohl auch von den pontifices oder den juris prudentes in Gesetzform ausgedrückt. Diese glaubten damit nur von alters her geltende, obgleich nicht bei einer besonderen Gelegenheit gegebene Gesetze zu formulieren. Beachte: *fas* stammt von *fari* her (vgl. das griechische θέσφατον). Man stellte sich also auch als Grundlage des fas ein ursprüngliches Sprechen vor. Die *legis* actio, bezw. ihr Nachfolger, das iud. *legitimum*, bezeichnet daher das Vorhandensein eines die Parteien betreffenden ius, das mit derselben gegeben ist, welches ius als solches ein ziviles Gesetz voraussetzt. Vgl. auch den Aus-

Aktionskräfte, die von keinem vorherigen zivilen Rechte abhängig waren, geben, wie besonders aus der Möglichkeit solcher iudicia legitima hervorgeht, deren formulae in factum conceptae sind. Auch konnte er umgekehrt auf Grund des Zivilrechts vorhandene Aktionen durch solche Exzeptionen hemmen, die an sich nicht die Aktionskraft aufhoben. Ein spezieller Fall, in welchem sich diese zivilrechtliche Macht des Prätors zeigt, ist das rescissorium iudicium[1], durch welches der Kläger, obgleich er infolge eines vorherigen iudicium, durch das seine auf das geltendgemachte Recht gegründete zivile Aktionskraft konsumiert ist, die ursprüngliche Kraft verloren hat, dennoch wirkliche, neue zivile Aktionskraft erhält (vorausgesetzt, dass das neue wie das vorherige ein iud. leg. ist). In diesem Falle gibt der Prätor ganz wie in den iudicia legitima, deren formulae in factum conceptae sind, eine vom objektiven zivilen Rechte unabhängige zivile Aktionskraft. Damit soll gewiss nicht verneint werden, dass in letzter Linie die neue zivile Aktionskraft vom objektiven zivilen Rechte herstammt. Natürlich ist es dieses Recht, das dem Prätor die fragliche Fähigkeit gibt. Man kann hieraus verstehen, dass nach römischer Anschauung der Prätor auch so über die unmittelbar auf zivilem Rechte ruhende Aktionskraft verfügen kann, dass er dieselbe auf eine andere Person als die eigentlich

druck optima lege = optimo iure und lex Rubria tab. II, 21, 14: iure lege damnatus. Man könnte fragen: war nicht jede iure rogata lex ein ziviles Gesetz — ein Gesetz für den populus Romanus? Waren dann nicht auch die iudicia recuperatoria, insofern sie von solchen Gesetzen geregelt waren, iudicia legitima? Ja, allerdings war jede lex iure rogata ein ziviles Gesetz. Aber ein Gesetz für die iudicia recuperatoria regelte nur die Wirksamkeit des betreffenden *Beamten;* betraf nicht die Rechte der *Parteien.* Darum war ein vom Gesetz geregeltes iudicium recuperatorium keineswegs ein iudicium *legitimum,* für welches erforderlich ist, dass das betreffende Gesetz das iudicium selbst in die Rechtslage der Personen, für welche es konstituiert wird, eingreifen lässt. — Die legis actio. bezw. das iud. leg. ist also im höchsten Sinne *iusta,* bezw. *iustum,* was in sich schliesst, dass das bestimmende Gesetz denselben hohen Rang hat wie der Prototyp echtrömischer Gesetze: die XII Taf. — Dieselbe Meinung betreffs des iud. leg. ist früher von Mommsen, Jur. Schr. 3, S. 372—373 geäussert worden, allerdings nicht in derselben Weise wie hier.

[1] Siehe z. B. Ulp. fr. Arg. B I a v. 6, vgl. mit Ulp. D. 15, 1, 32 pr.

berechtigte überträgt. Dann wird auch die fragliche Kraft durch die wirkliche Aktion dieser Person konsumiert.[1]

[1] Durch das Verkennen der prätorischen — anscheinend von der lex Aebutia herstammenden — Macht über die *zivile* Aktionskraft in den iud. leg. ist man in gefährliche Irrtümer, besonders betreffs der prätorischen Aktion mit formula in factum concepta, geraten. Man lese z. B. BETTY, Riv. It. 56 (1915) S. 58—59: »manca quindi all'a. in factum fondamento nel diritto constituito per sè dal populus — costituzionale in questo senso —, essa è un mezzo di puro diritto magistratuale pretorio». Hier ist das zivile Recht auf eine völlig irreleitende Weise dem prätorischen ius entgegengesetzt. In der Tat ist der Prätor, *insofern* er über Aktionen in iudicia legitima disponiert, nur ein Delegat des populus — als einer ursprünglichen, gewiss nicht der einzigen, Quelle des Zivilrechts. Eine andere Seite desselben Irrtums tritt hervor, wenn man apriori verneint, dass eine legis actio in personam, die *nur* auf einem Faktum, ohne alle zivile — auch deliktische — Obligation ruht, möglich ist. Ich werde später nachweisen, dass wenigstens zwei solche Aktionen vorhanden gewesen sind, nämlich die legis actio aquæ pluviæ arcendæ und die damni infecti (in diesen ist nicht die Voraussetzung, dass *ein Schade schon geschehen ist*).

Eine ausführliche Darstellung verschiedener Theorien betreffs der römischen prozessualen Konsumtionsidee kann in diesem Zusammenhange nicht gegeben werden. Sie gehört zu einer späteren Abteilung dieser Schrift, wo besonders KELLER's, WLASSAK's und anderer Theorie von der Konsumtion ipso iure im iud. leg. als einer Novation durch die l. c., die dabei als ein Vertrag, analog der Stipulation, fungieren soll, besprochen werden wird. Es wird dort nachgewiesen werden, dass die technische Novation etwas wesentlich anderes ist als der Übergang eines Forderungsrechts in die Aktion. Erstere ist nämlich eine *solutio*, während der genannte Übergang eine *Formveränderung* des seiner Substanz nach bestehenbleibenden Rechtes ist, weshalb die Wirkung der ersteren betreffs dessen, was zum ursprünglichen Recht gehört, viel radikaler ist als die des letzteren. *Hier* mag nur folgendes angezogen werden. Wenn die l. c. bei der Konsumtion ipso iure im iud. leg. als ein Vertrag das Recht novierte, würde dies einschliessen, dass in der l. c. einerseits der Kläger den Beklagten *unter der Voraussetzung* für frei erklärt, dass der Richter ihn freispricht, andererseits der Beklagte sich *unter der Voraussetzung* für gebunden erklärt, dass der Richter ihn verurteilt. Nun tritt indessen in einem solchen Falle nach allgemeinen Novationsprinzipien die Novation nur *bedingt* ein (siehe Gaius I 3, 179). Also würde die Novation — sei es zugunsten des Klägers, sei es zugunsten des Beklagten — erst mit dem Urteil eintreten und also nicht die l. c. selbst unmittelbar das Recht konsumieren, was doch der Fall ist. Von einem anderen Gesichtspunkte aus kann gesagt werden, dass das vermeinte Versprechen des Beklagten, sich der eventuellen Kondemnation des Richters zu unterwerfen, natürlich erst dann Kraft erhalten kann, wenn wirklich ein fällendes Urteil

Nun ist schwer völlige Klarheit in der Frage zu erreichen, ob der bon. possessor bezw. der bon. emptor nach klassischem Rechte durch die l. c. im iud. leg. die Aktionen des eigentlich Berechtigten konsumiert. Iustinianus hat nämlich den Begriff des nudum ius

ergangen ist. Dann aber ist nach uralter römischer Anschauung (Gaius I. 3, 180) die Kraft der l. c. erloschen und durch die unmittelbare Kraft des Judikats ersetzt! Also würde ein Versprechen vorliegen, das *seiner Natur gemäss* dann Kraft haben soll, wenn es keine Kraft haben kann! Weiter ist anzuziehen, dass nach gesunder Forschungsmethode die römische Konsumtionslehre betreffs des iud. leg. für eine Erbschaft aus der Zeit der legis actio gehalten werden muss, zu welcher Zeit die Konsumtion immer ipso iure eintrat. Dass sie in den Aktionen mit intentio in rem oder in factum concepta in den iudicia legitima nur ope exceptionis geltend gemacht werden konnte, beruht nur auf der Technik des Formularprozesses (siehe oben S. 306). Auch in den iud. leg. konsumiert also in den fraglichen Aktionen die l. c. unmittelbar die Aktionskraft (obgleich nicht das Recht selbst, wie auch nicht das Faktum: ersteres, weil das dingliche Recht nicht durch Aktion gegen einen gewissen Besitzer seine Kraft erschöpft hat). Nach der Kontraktstheorie über die Konsumtion ipso iure muss also konsequent ein entsprechender Vertrag betreffs der sachenrechtlichen Aktionskraft als in der l. c. bei Aktion mit der intentio in rem vorhanden angesehen werden. Ein solcher Vertrag soll dann einerseits der Pronuntiation des Richters Kraft verleihen, andererseits dem Kläger die Aktionskraft in derselben Sache nehmen. Man kann sich einen solchen Vertrag nicht gut auf andere Weise denken als so, dass der Kläger auf alle Aktion unter der Voraussetzung verzichtet, dass der Richter ihm die Sache aburteilt, der Beklagte umgekehrt dem Kläger die Aktionskraft zuerkennt, die der Richter ihm gibt. Also muss auch hier ein solcher novierender Vertrag vorliegen, der nur dann Kraft erhalten kann, wenn das Urteil ergangen ist. Kann man aber annehmen, dass das Judikat auf sachenrechtlichem Gebiete minder selbständige, die l. c. selbst auflösende Kraft hat, als auf forderungsrechtlichem? Wir geraten also in dieselbe absurde Situation, wie im Falle der Konsumtion ipso iure nach der Vertragstheorie. Schliesslich ist zu bemerken, dass im iud. divisorium leg. die adiudicatio des Richters ein ziviler, das *quiritische* Eigentumsrecht im höchsten Sinne, also auch an res mancipi, übertragender, mit der Manzipation und der in iure cessio zu vergleichender Akt ist. (Siehe Ulp. Reg. 19, 16 vgl. mit Paulus Vat. Fr. 47 a). Kann man wirklich glauben, dass hier das Judikat nicht eine unmittelbare rechtsschaffende Kraft hat, sondern auf einem in der l. c. gegebenen bedingten Vertrag ruht, welcher dann eine rein sachenrechtliche, bedingte Übertragung quiritischer Rechte im höchsten Sinne sein muss? Manzipation und in iure cessio — die bekannten Formen für eine solche Übertragung inter vivos — schliessen ja jede Bedingung aus!

Ausserdem mag hier etwas über die Erklärungen des allgemeinen Konsum-

Qu. wie den Unterschied zwischen iud. leg. und iud. imp. continens aufgehoben. Deshalb sind die Quellen betreffs dieser Frage, die nicht mehr interessierte, beschnitten worden. Es ist klar, dass, wenn

---

tionssatzes gesagt werden, die von KELLER und BETHMANN-HOLLWEG gegeben werden. Ersterer verwendet zur Erklärung des allgemeinen Konsumtionssatzes, der ja für jede civilis actio gilt, soziale Gesichtspunkte, die in einer römischen juridischen Konstruktion unmöglich sind. Er sagt (Der röm. Civilprocess 5. Aufl. S. 283[703]): »Wo wäre man bei dem jährlichen Wechsel der Magistrate mit der Rechtspflege hingekommen, wenn der Kläger die erlangte, etwa missliebige, F^a^. hätte unbenutzt auf die Seite legen und sein Glück bei einem neuen Prätor aufs neue versuchen können?» BETHMANN-HOLLWEG, Röm. Civilproc. II (1875) S. 484 f. verwendet als Erklärung einen sich auf die æquitas beziehenden Grund: das berechtigte Interesse des Beklagten, nichts anderes als die einmal gegebene Formula berücksichtigen zu brauchen. Ein solcher Grund kann ebensowenig wie die soziale Notwendigkeit in einer Rechtskonstruktion verwendet werden. (Über den Gegensatz von utilitatis causa und civilis ratio und über die Verwertung der ersteren durch die Juristen in gewissen Grenzfällen, wo eine Fiktion gemacht werden kann, ohne dass psychologisch eine allzu grosse Verletzung der Wahrheit eintritt, siehe oben S. 134.) Es könnte eingewandt werden, dass der Konsumtionssatz kein Produkt der juridischen Konstruktion sein muss. Er hat vielleicht seinen Grund in der Gesetzgebung oder dem Gewohnheitsrechte. Nach SCHLOSSMANN, Lit. cont. S. 154 ist der Satz: bis de eadem re ne sit actio ein Gesetz. S. beruft sich auf Quintilianus und auf die konjunktivische Form, die den durch die Juriskonsulte konstituierten Rechtssätzen fremd sein soll. Dann kann natürlich, sei es die soziale Notwendigkeit, sei es die æquitas das Motiv des Satzes gewesen sein. Man kann jedoch hierauf replizieren, dass, wie dem auch sei, jedenfalls von Seiten der alten Juristen eine rechtliche Konstruktion des Satzes vorliegt, in der ein juridischer Sinn desselben hervortritt. Natürlich ist diese Konstruktion die einzige sichere Grundlage der Auslegung. Was die Konsumtion ipso iure im iud. leg. als eine Konsumtion des Rechtes selbst — des Forderungsrechtes — einschliessend betrifft, geht aus Gaius I. 3, 180: et hoc ⟨est⟩ quod apud veteres scriptum est . . . offenbar hervor, dass sie in dieser Eigenschaft eine alte Rechtskonstruktion ist. Da es sich in diesem Falle um die Konsumtion des Rechtes selbst, als wesentlich in das iudicium deduziert und damit verbraucht, handelt, kann in anderen Fällen, wo ein Recht im iud. leg. geltend gemacht und doch nicht als solches verbraucht wird, d. h. in der actio in rem, der Sinn des Satzes nach den Juristen nur der sein, dass das Recht zwar nicht an sich, aber hinsichtlich der damit gegebenen Aktionskraft gegenüber einer gewissen Person in einer gewissen Lage in iudicium deduziert und damit verbraucht wird. Es ist völlig undenkbar, dass das dingliche Recht, um das es sich hier handelt, *in keiner Weise* als durch die Aktion in

der bonitarische Eigentümer der Erbsachen bezw. der Dinge des Konkursschuldners jedes anderen Eigentum ausschliesst, wie es bei Iust. der Fall ist, er auch als Inhaber der Erbforderungen bezw. der Forderungsrechte des Konkursschuldners jeden anderen von den fraglichen Rechten ausschliesst.

Indessen können wir mit hoher Wahrscheinlichkeit durch gewisse Analogieschlüsse die Sache entscheiden. Man beachte, dass der bon. emptor ausser den fiktizischen Aktionen »ficto se herede» Aktionen mit dem dominus in der intentio, dem actor in der condemnatio, d. h. Aktionen alieno nomine anstrengen kann.[1] Aber wenn wir die Sachlage bei anderen Aktionen alieno nomine untersuchen, finden wir erstens, dass der Kognitor auch im iud. leg. die Aktion des dominus konsumiert.[2] Zweitens aber konsumiert nach der klassischen Jurisprudenz (schon zur Zeit des Hadrianischen Edikts) im iud. leg. jeder, der procuratorio nomine agiert, wenn der dominus oder sein Rechtsnachfolger die angestrengte Aktion ratihabiert.[3]

iudicium deduziert und damit verbraucht betrachtet wurde, obgleich man andererseits das Recht *an sich* als durch Aktion gegenüber einer gewissen Person in einer gewissen Lage für verbraucht nicht ansehen konnte. Das dingliche Recht war ja doch in der Vindikation ebensogut in die *intentio* aufgenommen, wie es das Forderungsrecht in der actio in personam war. Also kann kein prinzipieller Unterschied zwischen der fraglichen Regel als im einen Falle geltend und der als im anderen Falle geltend nach den Juristen vorhanden gewesen sein, sondern in beiden müssen sie die Regel prinzipiell in derselben Weise konstruiert haben. Was die Anwendung der Regel auf die Aktion mit der formula in factum concepta betrifft, kann nicht bezweifelt werden, dass, wenn man die Regel in den eigentlichen Rechtsfällen rechtlich konstruierte, man es auch in diesem Falle tat. Deren Gültigkeit hier geht ja unmittelbar aus demselben Prinzip hervor, das man in den anderen Fällen verwendet.

Jedenfalls scheint mir die hier gegebene Erklärung den Vorzug grosser Schlichtheit zu haben. Ausserdem stört sie nicht den Zusammenhang zwischen der ursrprünglichen Regel: bis de eadem re ne sit actio und den für das iud. leg. geltenden Konsumtionsregeln. Vor allem kann dieselbe behauptet werden, ohne dass man die sichersten Quellen durch offenbar verkehrte Auslegungen vergewaltigt oder willkürliche Erklärungen über ihren Mangel an Glaubwürdigkeit macht. Hierzu kommt, dass sie am besten mit dem mystisch magischen Charakter der legis actio, deren Erbe das iud. leg. ist, übereinstimmt.

[1] Gaius I. 4, 35. [2] Gaius I. 4, 97.

[3] Die cautio ratam rem dominum habiturum, über die Gaius I. 4, 98 als für den Prokurator nötig spricht, wäre natürlich völlig sinnlos, wenn man

Was besonders den wirklichen Prokurator betrifft, braucht dieser als solcher Ratihabition seitens des dominus oder seines Rechts-

---

nicht annähme, dass durch die Ratihabition die Aktionskraft des dominus konsumiert wurde. Die Kaution soll ja deshalb notwendig sein, weil periculum est, ne (dominus) iterum de eadem re experiatur. Wenn die Ratihabition nicht konsumierte, würde dieselbe Gefahr bestehen bleiben, auch wenn Ratihabition erfolgte und also der Beklagte keinen Ersatz erhalten konnte. Weiter ist zu beachten, *wie* die von Gaius hier angeführte Ediktsbestimmung (satisdare iubetur) wirken konnte. Wir wissen, dass die wirkliche Prokuratorstellung erst in iudicio durch »prokuratorische Exzeptionen» (Iul. D. 46, 8, 23, vgl. Gaius D. 3, 3, 48, Pomp. D. l. c. l. 62 und Ulp. D. l. c. l. 57, 1) geprüft wird. Über die Beschaffenheit dieser Exzeptionen siehe Lenel, Ed.[2] S. 95. Aus dieser Art der Entscheidung über die Prokuratorstellung folgt, dass jeder, der als Prokurator auftrat, die l. c. im Namen des dominus erzwingen konnte, und dass der wirkliche Nicht-Prokurator nur durch die genannten Exzeptionen ausgeschlossen wurde. Daraus aber kann man folgern, dass die fragliche Ediktsbestimmung in Wirklichkeit bedeutete, dass die Prokuratoreigenschaft vor der Aktion weder geprüft wird noch zu dieser Zeit irgend welche Rolle spielt. In *jedem* Falle soll der Beklagte durch die Kaution gesichert werden. Dies geschieht, weil der Beklagte immer gezwungen ist, sich der l. c. zu unterwerfen. Also muss zur Zeit des Hadrianischen Edikts die Regel gegolten haben, dass, auch wenn vorher keine Prokuratorstellung vorlag, die Ratihabition des dominus die Wirkung hat, dass die res in iudicium deduziert wird. Dafür sprechen auch mehrere Zeugnisse aus ungefähr derselben Zeit. Marcellus D. 46, 8, 17: Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit: partem petitionis ratam habuit dominus: dicendum est *obligationis partem consumptam;* Pap. D. 3, 3, 66: Si is, qui Stichum vel Danam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit: facit, ut *res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit* und D. 46, 8, 1: Cum quis de rato stipularetur: quamvis non idem, sed alius a domino conveniretur, *qui conveniri non posset, si ratum habuisset,* committi stipulationem placuit, veluti si [cum] fideiussor aut alter ex reis promittendi, qui socius est, convenitur; Ulp. D. 5, 1, 56: [Licet verum procuratorem in iudicio (!) rem deducere verissimum est, tamen] (Eisele) et si quis cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur [retro]? (vgl. einerseits Afr. Iul. D. 46, 8, 25, 1, u. l. c. l. 24 pr. u. § 1 u. Iul. bei Ulp. D. 46, 3, 58 pr., andererseits Ulp. D. 46, 3, 58, 2, Celsus l. c. l. 71, 1 u. 2 und Paulus D. 3, 3, 72: die letzte Stelle jedoch zweideutig. Beseler Beitr. 4, 53 A. 1 urteilt in der Frage der rückwirkenden Kraft der Ratihabition allzu rasch) res in iudicium deducta. (Über den »verus procurator» in einem solchen Zusammenhang als zu einer postklassischen Zeit gehörend alsbald.) Weiter ist Iul. D. 46, 8, 22, 8 anzuführen: Si procurator iudicium de heretitate ediderit, deinde

dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia si [verus procurator] ⟨res rata habita⟩ fuisset, exceptio rei iudicatæ ⟨vel in iudicium deductæ⟩ dominum summoveret. [plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset]. DONATUTI Arch. giur. 89 (1923) S. 202 hält alles von quia an für interpoliert. Gründe: 1. »Verus procurator» dem blossen »procurator» entgegengesetzt. 2. Exceptio rei iudicatæ angeführt, trotzdem hier nur die exc. rei in iud. ded. Bedeutung haben könnte. 3. Plerumque . . . inutilis esset eine Glosse, die die Situation generalisiert. Dass nicht »verus procurator» echt sein kann, ist sicher. Exceptio rei iud. ist auch bei Gaius mit dem Zusatze vel rei in iud. ded. die in Fällen, wo Konsumtion nicht ipso iure stattfindet, gebrauchte, unabhängig vom Dasein eines Judikats. Bei den von Trib. redigierten Dig. ist der Zusatz *immer* gestrichen. Was die Worte von plerumque an betrifft, sind sie zwar wahrscheinlich eine Glosse, doch kaum eine postklassische, weil der immer mehr unpraktische Unterschied zwischen dem iud. leg. und dem iud. imp. continens beobachtet ist. Diese Glosse ist jedoch ihrerseits von den Kompilatoren durch die Worte verus procurator korrumpiert, die in diesem Zusammenhange zu einer postklassischen Zeit gehören. Aber das Wichtigste ist, dass der Quia-Satz mit keinerlei Wahrscheinlichkeit für im wesentlichen interpoliert gehalten werden kann. Denn die angeführte Ausschliessung durch exceptio rei iud. etc. in dem fraglichen Falle unter Voraussetzung der Ratihabition des dominus *auf Grund des Prinzips eadem res* motiviert allein die besondere Ausformung des Beispiels. Weshalb würde von Aktionen mit tatsächlich verschiedenem Inhalt, obgleich juridisch eadem res betreffend, gesprochen werden, wenn man nicht bezeichnen wollte, dass in einem solchen Falle nur der Mangel an Ratihabition der prokuratorischen Aktion die andere direkte Aktion nach dem Prinzip eadem res möglich macht oder dass die Ratihabition auf Grund desselben Prinzips sie unmöglich gemacht haben würde, und dass *deshalb* die Stipulation verfällt? Hieraus ergibt sich von selbst, was der ursprüngliche Ausdruck anstatt des unmöglichen »verus procurator» gewesen ist. Es muss ursprünglich »res habita fuisset (esset)» sowohl im echten Quia-Satze wie in dem wahrscheinlich paraphrastischen, durch plerumque eingeleiteten Satze gestanden haben. Man nimmt allgemein an, dass »verus procurator» eine Interpolation für »cognitor» sei. Siehe z. B. BETHMANN-HOLLWEG, Der röm. Civilprozess, 2, S. 433[16], EISELE, Cognitur und Procuratur (1881) S. 149 und Abh. z. röm. Civilproc. (1889), S. 57, LENEL, Pal. Iul. 734. POKROWSKY, Sav. Z. 16 (1895), S. 61 und ERMAN, Sav. Z. 19 (1898), S. 321[2] wagen sogar, sich auf diese vermeinte Tatsache zu stützen, um zu beweisen, dass »noch im hadrianischen Edikt als ipso iure consumierender Vertreter auf der Gläubigerseite einzig nur der cognitor anerkannt» war. (ERMAN. Dass in diesem Zusammenhange der Unterschied zwischen der Konsumtion ipso iure

und der ope exceptionis aller Bedeutung ermangelt, verficht ERMAN selbst S. 322 gegenüber POKROWSKY.) Diese Meinung ist jedoch höchst wahrscheinlich falsch. Denn erstens ist es absurd, dass die eventuelle Wirkung *der* l. c., die durch einen Kognitor erfolgt ist, der *Grund* des Verfalls der Stipulation de rato im vorliegenden Falle sein würde. Der Prokurator hat ja gar nicht garantiert, dass er ein Kognitor wäre!! Er hat ja nur garantiert, dass Ratihabition stattfinden wird. (Zwar scheint die Stipulation de rato gewöhnlich auch eine Garantie eo nomine amplius non esse petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit: Iul. D. 46, 8, 23, LENEL, Ed.[2] S. 416 f. eingeschlossen zu haben. Dies verändert jedoch die Sachlage nicht. Denn, *seitdem* die Ratihabition überhaupt als Hindernis für ein amplius petere angesehen worden ist, war das amplius petere durch die Ratihabition ausgeschlossen, und *wenn* ein wirkliches amplius petere als Grund für den Verfall der Stipulation angezogen wurde, so kann dieses nur zum Beweise dafür gedient haben, dass die Unterlassung der Ratihabition Schaden herbeigeführt hatte und darum Gegenstand eines Prozesses werden konnte. Das fragliche Element der Stipulation ist wahrscheinlich nur ein totes Überbleibsel aus der Zeit, wo man an die Möglichkeit, durch gehörige Ratihabition ein amplius petere auszuschliessen, nicht dachte. Eine solche Lage scheint zur Zeit Ciceros vorhanden gewesen zu sein, da bei Cicero, Brutus, 5, 18, pro Rosc. com. 12, 35 und ad famil. 13, 28, 2 nur die cautio amplius non peti erwähnt ist. Indessen ist nicht *sicher*, dass man darum zu dieser Zeit an die Ratihabitionsmöglichkeit nicht gedacht hat. Man *konnte* ja die Kaution auf angegebene Weise formulieren und doch immer voraussetzen, dass sie, wenn in gehöriger Weise ratihabiert worden ist, nicht verfallen kann. Wenn es so ist, kann nur gesagt werden, dass die Beibehaltung des amplius non petere auch zur Zeit, wo die Kaution gewöhnlich auch formell eine cautio de rato war, ein totes Überbleibsel aus der Zeit ist, wo die Ratihabition nicht formell erwähnt war. Jedenfalls war zur Zeit des Hadrianischen Edikts das einzig Reelle in der fraglichen Kaution die Garantie der Ratihabition.) Unter solchen Umständen lässt sich schwer denken, dass ein anderer Grund für den Verfall der Stipulation a. a. O. angezogen worden wäre, der nicht das wirklich Garantierte betraf, dass aber die Bedeutung des Umstandes, dass das wirklich Garantierte nicht stattgefunden hat, nicht erwähnt worden sein sollte. Zweitens kann gesagt werden, dass, wenn Iul. nur dies hätte hervorheben wollen, dass der angegebene Fall durch das allgemeine Prinzip eadem res bestimmt ist, er die Sachlage dann am einfachsten so ausgedrückt haben müsste, dass der dominus selbst, wenn er die erste Aktion angestrengt hätte, von der zweiten ausgeschlossen wäre. In der oft als Parallelstelle angeführten Iul. D. 3, 3, 40, 2 ist die Möglichkeit, dass Iul. anstatt des »verus procurator» »cognitor» geschrieben hat, ebenso gering: Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur, præter solitam satisdationem iudicatum solvi etiam de rato debet cavere. quid enim si in hoc iudicio rem me-

nachfolgers, um die fragliche Aktion zu konsumieren.[1] Aber dies beruht auf dem durchgehenden klassisch römischen Prinzipe, dass

---

am esse pronuntietur, reversus ille, cuius defensor extiterat, velit fundum vindicare: nonne ratum non videbitur habere quod iudicatum est? denique si [verus procurator extitisset] ⟨ratum habuisset⟩ vel ipse præsens causam suam egisset et victus esset: si a me vindicaret, exceptione rei ⟨secundum me⟩? (vgl. Marc. D. 20, 1, 16, 5: jedenfalls ist hier nur die Rede von der materiellen Rechtskraft des Judikats, nicht von der eadem res) iudicatæ summoveretur, et ita Iulianus libro quinquagensimo digestorum scribit. nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse. Hier kann ursprünglich weder verus procurator noch cognitor geschrieben worden sein. Die Gründe sind den im eben erörterten Falle angeführten analog. Hier ist speziell zu beachten: Der Satz denique si . . . würde jeder Anknüpfung an den zunächst vorhergehenden ermangeln: nonne ratum non videbitur habere . . .? Das Subjekt im Satze: si a me vindicaret wird nach der Ausdrucksweise zweideutig: es kann verus procurator bezw. cognitor oder dominus sein. Offenbar ist aber der dominus gemeint. Wenn man denique si ratum habuisset für den ursprünglichen Text hält, ist sowohl der Zusammenhang als der Sinn klar. Vgl. die unverfälschte Papinianusstelle D. 46, 8, 1: Cum quis de rato stipularetur: quamvis non idem sed alius a domino conveniretur, *qui conveniri non posset, si ratum habuisset*, committi stipulationem placuit. . .

Dass auch der Rechtsnachfolger durch Ratihabition der im Namen des Vorgängers angestrengten Aktion seine eigene konsumiert, geht aus dem gewöhnlichen Ausdruck in der cautio de rato: ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit Ulp. D. 3, 3, 33, 3 u. l. c. l. 39, 1 und Iul. D. 46, 8, 23 (Lenel, Ed.[2] 516[12]) sowie aus dem besonderen *Zusatze* bei der prokuratorischen actio iniuriarum im Namen des Vaters oder Grossvaters des Verletzten Iul. D. 46, 8, 22, 9 u. 10 hervor.

[1] Dies folgt zwar keineswegs daraus, dass der Prokurator die cautio de rato geben muss — *vor* dem Prozesse in iudicio wird die Mandatsfrage nicht geprüft, siehe oben S. 324 — aber es ergibt sich aus der Motivierung dieser Notwendigkeit bei Gaius I. 4, 98, wo der Verf. auf die Gefahr einer neuen Aktion als immer vorhanden, wenn ein Prokurator agiert, verweist. Es folgt auch aus dem Umstande, dass nach der klassischen Jurisprudenz die Stipulation de rato unmittelbar verfällt, wenn nicht rechtzeitig ratihabiert wird, *ohne Rücksicht darauf*, ob das *Mandat* zur Zeit der l. c. oder des Urteils, der solutio etc. wirklich gültig war: siehe z. B. Iul. D. 46, 8 l. 22, l. 23, Afric.-Iul. l. c. l. 25, Ulp. l. c. l. 12, 3, Pomp. l. c. l. 18 und Paulus l. c. l. 14. Die auf klassische Juristen bezogenen Stellen, nach welchen die Möglichkeit vorhanden sein soll, sich auf das Mandat zu berufen, um den dominus von der Sache auszuschliessen und also die Anwendung der cautio de rato überflüssig zu machen, sind notwendig verfälscht. Dahin gehören zuerst die Stellen, wo vom »verus

eine Gebundenheit durch Prästation an eine dritte Person nicht ohne direkte oder indirekte Ermächtigung des Gebundenen gelöst werden kann, wenn der Dritte nicht unabhängig vom Willen des Berechtigten das Recht hat, für diesen zu empfangen. Ein blosses Mandat, eine Prästation von einer Person als gebunden zu empfangen, ist als solches nicht einmal eine indirekte Ermächtigung der verpflichteten Person. Es begründet nur ein *internes* Verhältnis zu dem Mandanten, dessen Auflösung ganz unabhängig vom Wissen des Verpflichteten geschehen kann. Gegenüber dem Mandatar kann das Mandat seitens des Auftraggebers nur durch an den ersteren gelangten Widerruf und durch den Tod des letzteren, wenn der Mandatar davon Kenntnis erhalten hat (letztere Einschränkung doch nur utilitatis causa angenommen), aufgelöst werden.[1] Aber der Dritte, welchen das Mandat mittelbar berührt, braucht nicht, um von allen mit demselben zusammenhängenden Nachteilen oder Vorteilen ausgeschlossen zu werden, vom Widerruf oder Tode Nachricht zu erhalten: natürlich weil er prinzipiell durch das Mandat in kein Rechtsverhältnis zum Mandanten tritt. Wenn er sich nicht auf eine übereinstimmende besondere Ermächtigung berufen kann, fehlt es ihm deshalb an jedem Anspruch, als durch den Akt des Mandatars befreit angesehen zu werden. Er kann gar nicht das blosse Mandat als solches zu seinen Gunsten anführen.[2] Da die Ermächti-

---

procurator» direkt gesagt wird, dass er die Aktion des dominus konsumiert oder ein Präjudikat veranlasst, nämlich Iul. D. 46, 8, 22, 8 und Ulp. D. 3, 3, 40, 2 (siehe oben S. 324 ff.) Aber hierher gehört auch eine Menge Stellen, wo dasselbe indirekt gesagt wird, besonders solche, nach welchen der wirkliche Prokurator im Namen des dominus ohne Kaution gewisse Forderungen soll stellen können. Siehe Donatuti a. a. O., S. 210 ff. Der Standpunkt, dass das *Mandat* als solches den dominus gegenüber dem Dritten als verpflichtet nicht bindet, muss der ältere sein, wie man sowohl aus Gaius als den übereinstimmenden Zeugnissen vieler eingehender Erörterungen in den Dig. schliessen kann. Welches der Justinianische Standpunkt ist, kann ja nicht bezweifelt werden, wenn man Zusätze in den Bas. berücksichtigt, wonach allgemein cautio de rato überflüssig sein soll, falls das Mandat sicher ist: Don. S. 219 ff.

[1] Siehe z. B. Gaius I. 3, 159 u. 160, Paulus D. 17, 1, 15 u. l. c. l. 26 pr. und Afr.-Iul. D. l. c. l. 34, 1.

[2] Dies geht ex contrario daraus hervor, dass nur von dem, der *iussus*, an eine dritte Person zu prästieren, erhalten hat, gesagt wird, dass die Prästa-

gung der dritten Person selbst als ein Mandat aufgefasst wird, so steht *sie* natürlich unter denselben Bedingungen hinsichtlich ihres Verfalls wie das gewöhnliche Mandat.[1] Eine ganz andere Sache als das Mandat ist die *Ratihabition*, die unmittelbar nach erlangter Kenntnis des dominus erfolgen muss.[2] Durch diese wird der ganze Akt vom dominus gebilligt. Damit wird natürlich die dritte Person, obgleich nachher, ermächtigt, welche Ermächtigung auch nicht widerrufen werden kann, weil ihre Prästation durch die einmal geschehene Ratihabition schon die Kraft einer Liberation hat.[3]

tion ihn befreit, wenn er vom Verbot an den Dritten zu empfangen, keine Kenntnis hat. (Siehe z. B. Ulp. D. 46, 3, 12, 2 u. D. l. c. l. 18 und vgl. Iul. D. l. c. l. 32.) Es geht auch daraus hervor, dass Novation einer Schuld mittelst eines Versprechens des Verpflichteten an eine dritte Person durch *Delegation* des Verpflichteten seitens des Berechtigten geschehen muss. (Siehe z. B. Ulp. D. 46, 2, 11 pr.)

[1] Siehe die in der vorigen Fussnote angeführten Ulpianusstellen.

[2] Iul. D. 46, 3, 13 und Ulp. Iul. D. 46, 8, 12, 2.

[3] Die von Donatuti a. a. O., S. 210 ff. angeführten Beispiele von Interpolationen, die von der späteren Ansicht, dass die cautio de rato nicht gefordert wird, wenn ein Mandat sicher vorhanden ist, bestimmt sind, gehören zu einer allgemeinen Gruppe von Interpolationsfällen, in welchen das Mandat als Ermächtigung einer dritten Person die Ratihabition ersetzen darf. Hier nur eine Auslese: Paulus D. 12, 4, 14: Si procuratori [falso] indebitum solutum sit, ita demum a *procuratore* repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso *procuratore* repetetur . . . Dass »falso» eingeschoben ist, sieht man aus dem zweimal nachfolgenden blossen »procuratore». Vgl. Pap. D. 46, 8, 3, 1 bei Donatuti a. a. O., S. 218. Das Einschiebsel enthält die Meinung, dass vom dominus, obgleich er nicht ratihabiert hat, dann zurückgefordert werden kann, wenn ein wirkliches Mandat zum exigere indebitum vorlag, und dass der dominus, wenn er ein wirkliches Mandat zum exigere debitum gegeben hat, von Aktion, ohne Rücksicht auf Ratihabition, ausgeschlossen wird. Die angeführte Paulusstelle widerstreitet unbedingt Paulus D. 46, 8, 14: Si *quis* uni ex reis promiserit rem ratam dominum habiturum aut amplius non peti, dicendum est *stipulationem committi*, si ab eo petatur, qui eiusdem obligationis socius est. Also: wenn der dominus nicht ratihabiert, verfällt die Stipulation de rato, *wer auch immer* die Kaution gegeben hat, was natürlich unmöglich wäre, wenn das wirkliche Prokuratormandat den dominus von neuer Aktion ausschlösse. Weiter widerstreitet sie Paulus D. 3, 5, 23 (oben S. 92 in einem anderen Zusammenhange schon angeführt: man beachte jedoch die Berichtigung am Schlusse dieser

Indessen ist es leicht verständlich, dass man in *einem* Falle das einseitige Prokuratormandat hat gelten lassen. Wenn der dominus

---

Arbeit): Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidam per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito meo ratum habendo pecuniam suam facere [quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit überflüssig?] et ideo creditoris ratihabitione liberor. Man muss hier fragen, weshalb *Ratihabition* nötig und also ein blosses Empfangsmandat unzureichend ist, da sonst ein solches Mandat an den allgemeinen Prokurator wenigstens nach der späteren klassischen Jurisprudenz den dominus zum Eigentümer macht. (Siehe oben S. 90 A. 3.) Dies lässt sich nur so erklären, dass *allein* die Ratihabition bei Prästation an den Prokurator den Schuldner nach Paulus befreit, woraus unmittelbar folgt, dass das blosse Empfangsmandat den dominus in den Fällen nicht zum Eigentümer machen kann, wo seine Aussenstände durch den Prokurator eingetrieben werden. (In den Fällen aber, wo der Prokurator seine eigenen Aussenstände, die er für Rechnung des dominus, z. B. durch Verkauf oder Kauf erworben hat, eintreibt, kann natürlich das blosse Mandat seitens des dominus hinreichend sein, um den dominus unmittelbar durch den Empfang des Prokurators zum Eigentümer zu machen.) Schliesslich ist auf die schon früher in einem anderen Zusammenhange (S. 90 f.)angeführte Paulusstelle Sent. 5, 2, 2 zu verweisen: sed per procuratorem adquiri nobis possessionem utilitatis causa receptum est. absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata (habita?) sit, quæritur. Man beachte hier, dass »comparata» zum Subjekte die »possessio» hat und wahrscheinlich »durch Kauf verschaffte» bedeutet. Also wird bloss vorausgesetzt, dass der *Besitz* in Abwesenheit des dominus durch den Prokurator erworben worden ist. Der *Kauf* ist durch den anwesenden dominus selbst vereinbart. (Willkürliche Textänderungen bei Beseler, Beitr. 4, S. 52). Dann sagt die Stelle, dass in Abwesenheit des dominus die Übertragung des Besitzes an den Prokurator, um den dominus zum Besitzer zu machen, der Ratihabition bedarf, wenn vorher ein vom dominus vereinbarter Kauf vorliegt, auf Grund dessen die Übertragung geschieht. Die Erklärung kann nur die hinsichtlich der unmittelbar vorher besprochenen Paulusstelle gegebene sein. Beachte auch den Parallelismus zwischen unserer Stelle mit ihrem »absente domino» sowie der Notwendigkeit einer Ratihabition und der Stelle derselben Paulinischen Schrift 1, 3, 8: Si satis non det (*de rato*) procurator *absentis*, actio ei absentis nomine non datur, über welche Stelle später. — Ulp. D. 46, 8, 12, 1: Rem haber[i] ⟨e⟩ ratam hoc est comprobare adgnoscereque quod actum est a [falso] procuratore. (Lenel, Ulp. 1735). — Ulp. D. 46, 3, 12 pr.: [Vero procuratori] ⟨cognitori in rem suam facto⟩? (vgl. Vat. fr. 317) recte solvitur. Vgl. denselben Ulp. D. l. c. l. 58, 1 u. 2: Si creditor, cuius ignorantis *procuratori* solutum est, adrogandum se dederit, sive ratum habuit pater, rata solutio est, sive non habuit, repetere debitor potest. Et si duo rei stipulandi

selbst bei dem Akt anwesend ist, ohne sich demselben zu widersetzen, darf er als ratihabierend angesehen werden, auch wenn er nicht aus-

---

sunt, quorum alterius absentis *procuratori* datum, antequam is ratum haberet, interim alteri solutum est, in pendenti est posterior solutio [ac prior], quippe incertum est, (alter) debitum an indebitum exegerit und Ulp.-Iul. D. 46, 8, 12, 2: Iulianus (vgl. D. 46, 3, 13) ait interesse, quando dominus ratam habere deberet solutionem in *procuratorem* factam, an tunc demum, cum primum certior factus esset. . . . quid ergo, si quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? nihilo magis proficere ad impediendam actionem suam et ob id, quod primo non habuit ratum, actionem salvam habere ait. ideoque si, quod *procuratori* fuerat solutum, exegerit, agi perinde ex ea stipulatione (de rato), ac si ratum habere se postea non dixisset. sed ego puto exceptionem doli mali locum habituram. *Ulpianus* billigt also das Räsonnement von Iulianus, obgleich mit einem dasselbe im Prinzipe nicht aufhebenden Zusatze. Mit diesen Stellen steht die angeführte Äusserung »Ulpianus» D. 46, 3, 12 pr. in offenbarem Widerspruche. Wo die Justinianische Meinung zu finden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. (Beseler, Beitr. 4, 54, A, der behauptet, dass der Procurator omnium bonorum durch Empfang unmittelbar den dominus befreit, erklärt: »(46. 3) 58 (46. 8) 12[2] Ulp. 80 *ed.* meinen den *procurator*, der *negotiorum gestor* ist». Also: einen Prokurator, der gar kein Mandat erhalten hat, und dessen Akte noch nicht ratihabiert worden sind! Mit »procurator» *ohne jede nähere Bestimmung* soll eine solche Person verstanden werden, die die wirkliche Prokuratoreigenschaft *nicht* hat! Nun soll nicht bestritten werden, dass man unter »procurator» ohne weiteres den als Prokurator Hervortretenden verstehen konnte, ohne dass feststeht, ob er Prokurator ist oder nicht, wenn aus dem Zusammenhange hervorgeht, dass dies der Sinn ist. So z. B. Pomp. D. 39, 2, 39, 3 und vielleicht Ulp. D. 46, 3, 58 pr. Aber dass man mit »procurator» ohne weiteres gerade eine solche Person bezeichnen sollte, von welcher feststeht, dass sie gar keine Prokuratorstellung hat, ist eine Annahme, die jeder gesunden Auslegungsmethode widerstreitet. B. scheint übrigens zu verkennen, dass er, um seine Position zu behaupten, auch erklären muss, dass in einer grossen Menge anderer Fälle »procurator» ohne weiteres dieselbe eigentümliche, Prokuratorstellung von Anfang an *ausschliessende* Bedeutung habe, z. B. Ven. D. 46, 8, 8, 1, Pomp. D. l. c. l. 18, Iul. l. c. l. 22 pr, §§ 1 u. 6 u. l. 25, 1 u. Celsus D. 46, 3, 71, 1 u. 2. Römische Juristen würden also *durchgehends* die Tendenz haben, denjenigen, der bloss negotiorum gestor, also kein wirklicher Prokurator ist, *in dieser Eigenschaft* als »procurator» schlechthin zu bezeichnen!!) — In § 4 l. 12 (46, 3) sagt »Ulpianus» weiter: Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: [rati enim habitio mandato comparatur]. Offenbar wird bei den eingeklammerten Worten vorausgesetzt, dass das wirkliche Prokuratormandat befreit. — Paulus-Celsus D. 12, 6, 6, 2: Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit,

[continuo liberari neque ratihabitionem considerari (!): quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum]. Vgl. denselben Celsus D. 46, 3, 71, 1—3, welche Stelle sowohl der unmittelbar vorher angeführten widerspricht als auch die *spezielle* Meinung des Celsus über die Sache beleuchtet. Nach der letzteren Stelle ist die Ratihabition der Solution an den *Prokurator* nötig, nachdem der dominus das Geschehene erfahren hat. Ohne diese ist die Solution ungültig. Aber *mit* derselben tritt Liberation ein, *von der Zeit der Solution gerechnet.* BESELER, Sav. Z. 45 (1925) S. 462 sagt betreffs der Stelle D. 12, 6, 6, 2 lakonisch: — [neque—considerari] — ⟨procurator⟩ acceperit, [ideo—ideo,] —. Unbestreitbar enthalten die eingeklammerten Teile sprachliche Mängel, die aber an sich wenig beweisend sind. Nur als Stütze für eine sich aus sachlichen Gründen ergebende Interpolation der Stelle können sie Bedeutung haben. B. aber übersieht den Widerspruch zu Celsus D. 46, 3, 71. Bei seiner Rekonstruktion wird dieser Widerspruch sogar beibehalten. Im übrigen ist betreffs der vermeinten Celsischen Motivierung der Rechtsregel, dass der dominus durch eine solutio debiti an den Prokurator, nicht durch eine solutio indebiti gebunden sei, zu bemerken, dass sie allzu albern ist, um von CELSUS herzustammen. Der dominus soll betreffs letzterer solutio kein Mandat gegeben haben. Es ist ja offenbar, dass das Mandat hinsichtlich der Eintreibung der Aussenstände nur *dies* einschliessen kann, dass der Prokurator, was er als wirkliche Schuld an den dominus auffasst, empfange. Er kann natürlich als ein solcher Mandatar nicht gebunden sein, sich nicht zu irren. Man kann kein Mandat empfangen, zum Monde zu spazieren! — Paulus D. 17, 1, 26, 5: Mandato tuo fideiussi decem et procuratori creditoris solvi: si [verus procurator fuit] ⟨creditor ratum habuerit,⟩ [statim] mandati agam: quod si [procurator non est] ⟨non ratum habuerit⟩, repetam [ab eo] ⟨a procuratore⟩. Hier sind ja die Interpolationen ganz deutlich. Zuerst heisst es: *procuratori* . . . solvi, danach: si *verus* (= wirklicher) procurator fuit, schliesslich: si procurator non est = si procurator procurator non est! Warum »fuit» im ersteren Falle, »est» im letzteren? Weiter: warum *statim* im einen Falle? Im anderen Falle steht kein *non statim* . . . Beachtet man, dass Paulus sich betreffs der Solution an den Prokurator D. 12, 6, 6, 2 auf Celsus beruft, der dort verfälscht ist (oben!), so ist es von Interesse, die wirkliche Meinung des Celsus gerade über die Solution des Bürgen an den Prokurator des Gläubigers zu erfahren, welche Meinung in D. 46, 3, 71, 1 dargestellt worden ist. Der § lautet: Si [fideiussor] ⟨sponsor⟩ procuratori creditoris solvit et creditor post [tempus, quo liberari fideiussor poterit] ⟨biennium⟩ (Gradenwitz) ratum habuit, tamen quia [fideiussor] ⟨sponsor⟩, cum adhuc ex causa [fideiussionis] ⟨sponsionis⟩ teneretur, solvit, *nec repetere potest, nec minus agere adversus reum mandati potest,* quam si tum præsenti dedisset. Wenn man das Angeführte berücksichtigt, kann nicht bezweifelt werden, dass die von uns gemachte Wiederherstellung in der Hauptsache richtig ist. (»Statim» ist bei der Kompilation

drücklich ratihabiert. D. h. bei Anwesenheit des dominus ist keine besondere Ratihabition nötig.[1]

hinzugekommen, um zu bezeichnen, dass man nicht, wie PAULUS gesagt hat, abwarten muss, ob der Gläubiger ratihabieren wird oder nicht, und erst, nachdem dies entschieden worden ist, bestimmen kann, ob actio mandati oder repetitio (vom Prokurator) erfolgen soll. (Vgl. Iul. D. 46, 8, 22, 8 und Ulp. Iul. D. 3, 3, 40, 2, wo die Kompilatoren auch den »verus procurator» als anstatt der Ratihabition entscheidend gebraucht haben. Siehe oben S. 324 ff.) — Paulus D. 3, 3, 58: [Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare, aliud pro alio permutare]. Bei Paulus ist ursprünglich erörtert worden, dass der fragliche Prokurator durch den Empfang des debitum und durch eine *bedingte* Novation sein *Mandat* nicht überschreitet und deshalb die Ratihabition des dominus oder Ersatz für Verlust zufolge unterlassener Ratihabition vom dominus fordern kann. — Paulus D. 46, 2, 20, 1: Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare: [tutor potest, si hoc pupillo ex. pediat: item procurator omnium bonorum]. Man beachte, dass der Vormund gar nicht unter allen Umständen durch Empfang des debitum den Schuldner des Mündels befreien kann. (Siehe oben S. 122—123.) Weiter war ja im Hadrianischen Edikte nach Gaius 4, 99 bestimmt, dass die Tutoren bei Aktion cautio de rato geben müssen. Ist es dann möglich, dass ein Tutor unter allen Umständen, wenn es nützt, *ohne weiteres* soll novieren können? Dies können nicht einmal die Kompilatoren meinen. Es liegt nur ein unbedachtes Einschiebsel vor. Dadurch wird die Interpolation der aus sachlichen Gründen unmöglich echt Paulinischen Worte: item procurator omnium bonorum ferner bestätigt. — Paulus D. 46, 4, 13, 10: [Tutor, curator furiosi acceptum ferre non potuit, nec procurator quidem potest facere acceptum: sed hi omnes debent novare (possunt enim) et sic accepto facere]. *Irgend ein* Prokurator, wie *irgend ein* Tutor, soll für den dominus novieren können! — Ausserdem können als offenbar interpoliert genannt werden: D. 2, 14, 11 u. 12 (von »cum placuit»), D. 44, 2, 11, 7, D. 3, 3, 27 pr. u. C. 7, 56, 1, a. 222 (womit Ulp.-Iul. D. 3, 3, 40, 2 zu vergleichen ist). Dagegen dürfen Iul. D. 44, 2, 25, 2 und C. D. 2, 12, 10, a. 227 nicht auf die fragliche Gruppe bezogen werden. In der ersteren Stelle ist die Rede davon, dass ein prozessualer negotiorum gestor, dessen petitio nicht vom dominus ratihabiert wird, nach erhaltenem Mandat bei neuer Aktion nicht durch die formelle exc. rei iud. vel in iud. ded. ausgeschlossen wird, weil das Mandat die Situation verändert. Dies betrifft die Frage eadem res nicht des dominus, sondern des für ihn Agierenden. (Missverständnis bei DONATUTI, a. a. O., S. 194.[2]) In der anderen Stelle *kann* sehr gut von einem Prokurator die Rede gewesen sein, dessen Stellung durch besondere Mitteilung an die Gegenpartei, worüber alsbald, eine solche geworden ist, dass er die Aktion konsumiert, *insofern* er innerhalb der Grenze seines Mandats fungiert hat.

[1] Papinianus (?) Fr. Vat. 333: Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo recte responsum est. [Multis enim casibus ignorantibus nobis

Andererseits folgt aus dem Angeführten, dass, wenn eine vorhergehende Ermächtigung der Gegenpartei vorliegt, diese immer sicher

---

mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato. cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum præsens est dominus, satisdationis necessitas cessat]. Die Begründung ist hier durch die postklassische Gleichsetzung der Ratihabition mit dem Mandat bestimmt. Deshalb dürfte sie eine postklassische Paraphrase sein. (Diese Meinung hegt auch DONATUTI, a. a. O., S. 213 f., wenn auch seine Gründe, worüber alsbald, verfehlt sind.) — Pap. Fr. Vat. 331: Quoniam præsentis procuratorem *pro cognitore* placuit haberi, domino . . . Man beachte, dass der cognitor durch einen an die *Gegenpartei* gerichteten Akt kreiert wird. Letzterer wird also durch diesen Akt ermächtigt. Der Prokurator ist also bei Anwesenheit des dominus beim Akte nach klassischer Anschauung in solcher Weise bestellt worden, dass die Gegenpartei zugleich eine Ermächtigung, ihn als Prokurator zu betrachten, erhalten hat. — Paulus Sent. 1, 3, 5: Actoris procurator non solum *absentem* defendere, sed et rem ratam dominum habiturum satisdare cogitur und 1, 3, 8: Si satis non det procurator *absentis*, actio ei *absentis* nomine non datur. — Ulp. (?) Fr. Vat. 317: ⟨Apud acta facto⟩ procuratori hæc satisdatio remitti solet, nam cum apud acta nonnisi a præsente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est.

DONATUTI, a. a. O., S. 197—198 (vgl. S. 209) meint, der Grund für die Notwendigkeit der Kaution bei prokuratorischer Aktion in Abwesenheit des dominus liege darin, dass der Beklagte, wenn ein Prokurator agiert, immer darüber ungewiss sein muss, ob das Mandat »sino al momento della sentenza» Kraft hat. Es ist nämlich »revocabile a sua insaputa», was bezüglich der *formellen* Kognitorvollmacht nicht zutrifft. D. geht hierbei von COGLIOLO's und BESELER's oben S. 311 ff. kritisierter Theorie von der res iudicata als einzig endgültig konsumierend aus. Abgesehen von der allgemeinen Kritik kann ja eben in der hier vorliegenden Frage darauf hingewiesen werden, dass nach Gaius 4, 98 der Kognitor unmittelbar mit der Aktion konsumiert. Dasselbe gilt von dem Prokurator, ja, sogar von einem jeden, dessen Aktion vom dominus ratihabiert wird. (Siehe oben S. 323 ff.) Auch darin gerät D. in entschiedenen Widerspruch zu den Zeugnissen der Quellen, dass nach *ihm* der dominus von neuer Aktion dann ausgeschlossen sein soll, wenn die Prokuratorstellung bis zum *Urteil* fortdauert, nach den Quellen dagegen nur dann, wenn der dominus die l. c. mit dem Prokurator ratihabiert hat. (Siehe oben S. 324 ff.) Hier mag Iul. D. 46, 8, 22, 3 angeführt werden: Quod si debitam pecuniam procurator [per iudicem, cui nihil mandatum fuerit] petierit, magis est, ut in solidum [fideiussores] ⟨sponsores⟩ teneantur, si dominus ratum non habuerit. Dass »per iudicem» eine Interpolation ist, ist offenbar, da man nicht »per iudicem» »petere» kann. Noch offensichtlicher ist »cui nihil mandatum fuerit», welche Worte an die falsche Stelle gesetzt sind, interpoliert. Sonst findet sich in der

sein kann und deshalb nicht cautio de rato zu fordern braucht, da die Delegation, weil sie selbst als ein Mandat zu betrachten ist,

---

ganzen Darstellung l. 22 keine solche Einschränkung. Weiter ist gegen D. zu bemerken, dass seine Erklärung der Notwendigkeit der cautio de rato für den prozessierenden Prokurator unmöglich auf den stipulatio duplæ, satis legatorum, stipulatio damni infecti etc. (siehe D. S. 198) fordernden Prokurator angewandt werden kann. Denn *hier* ist ja die Möglichkeit, mit praktisch hinreichender Gewissheit das Bestehen des Mandats festzustellen, nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Hier handelt es sich ja nicht um das Vorhandensein des Mandats in der Zukunft, sondern um sein Dasein in der Gegenwart. D. verwendet deshalb hier einen anderen Erklärungsgrund. Der Prokurator soll nämlich nach klassischem Rechte nicht für den dominus materielle Rechte durch Stipulationen o. dgl. erwerben können, während im Gebiete der Aktionen Repräsentation möglich sei. Deshalb könne der dominus, der selbst durch die Stipulation o. dgl. kein Recht erhalte, niemals gehindert werden, selbst die Sache zu fordern. Aus diesem Grunde sei hier die cautio de rato notwendig. (S. 199.) Ein wunderliches Missverständnis! Auch wenn der dominus durch die Aktion des Kognitors oder durch Ratihabition der durch den Prokurator eingegangenen l. c. von neuer Aktion ausgeschlossen wird, beruht dies nicht darauf, dass er durch den Prokurator repräsentiert wird, sondern darauf, dass er seine Aktion auf den Kognitor bezw. den Prokurator übertragen hat. Dass niemand für einen anderen durch eigene Stipulation o. dgl. einen *direkten* Rechtsvorteil erwerben kann, schliesst entsprechend keineswegs aus, dass der dominus auf eine andere Person die Fähigkeit, den zur Kaution o. dgl. Verbundenen durch Empfang zu befreien, überträgt. Dies kann indessen, wenn der dominus abwesend ist, nur durch Ratihabition des Empfangsakts des Prokurators geschehen, weil die dritte Person selbst einer Ermächtigung bedarf, ganz wie im Falle der Übertragung der Aktion auf den Prokurator. D. kommt in die schwierige Lage, dass er auf keine Weise erklären kann, warum in den fraglichen Fällen der Prokurator gerade die cautio de rato geben muss. Nach D. soll ja in diesen Fällen die Ratihabition keine Bedeutung haben können!

Nun ist mit dem Angeführten gar nicht gesagt, dass der als Prokurator Hervortretende, der cautio de rato gibt, dieselbe Macht gegenüber dem hinsichtlich des dominus Gebundenen hat, wenn er nicht wirklich Prokurator ist, wie wenn er es ist. Zwar kann er immer die l. c. im Namen des dominus erzwingen. Aber infolge der prokuratorischen Exzeptionen gewinnt er nichts, wenn er nicht im Momente der l. c. Prokurator ist. Jedoch muss er, wenn der dominus nicht ratihabiert, dem Gebundenen Ersatz für das nachher vom dominus dem letzteren Abgeforderte geben. Wenn der dominus nach der l. c. ratihabiert, wird ja der Rechtsstreit verloren. Darum ist es sinnlos, als Nicht-Prokurator Aktion zu erzwingen, wenn man nicht sicher weiss, dass der dominus vor der l. c. die Forderung ratihabiert. (Wenn man der Ratihabition

ihre Kraft vor der l. c. nicht ohne Kenntnis des delegatus von dem veränderten Willen des dominus oder seinem Tode verlieren kann.[1]

---

rückwirkende Kraft zuerkennt, was etliche Juristen zu tun scheinen, siehe oben S. 324, würde hinreichend sein, dass der Agierende sicher wäre, der dominus werde vor dem *Urteil* ratihabieren.) Ulpianus sagt D. 3, 5, 5, 14 vom blossen negotiorum gestor: quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit . . ., wobei er natürlich die prokuratorischen Exzeptionen meint. Dasselbe ist von anderen analogen Fällen zu sagen. Zwar müssen immer, wenn cautio damni infecti oder satis legatorum durch eine Person, die selbst cautio de rato stellt, gefordert wird, dieser Person die fraglichen Kautionen gegeben werden, wenn man der missio in possessionem des Fordernden entgehen will, aber die exceptio procuratoria wird in die Stipulation aufgenommen: Pomp. D. 39, 2, 39, 3: Alieno nomine stipulari ita licet, ut quod damnum domino datum sit, comprehendatur: cavere autem debebit is qui stipulabitur dominum ratam rem habiturum *exceptioque procuratoria* stipulationi inserenda erit, sicut in stipulatione legatorum: quod si ei non cavebitur, mittendus est in possessionem procurator omnimodo, ut ei exceptio procuratoria non noceat. Es ist dann klar, dass der Nicht-Prokurator, der nicht sicher ist, dass der dominus zu gehöriger Zeit ratihabieren wird, in die Gefahr gerät, dass er nichts für den dominus gewinnt und doch, wenn letzterer nachher dieselbe Forderung geltend macht, dem zur Stipulation Gezwungenen Ersatz geben muss. Ex analogia muss natürlich dasselbe betreffs der prokuratorischen Forderung einer stipulatio duplæ und auch betreffs der nuntiatio operis novi hinsichtlich der Stipulation, durch welche die Gegenpartei remissio erreicht, gesagt werden.

[1] Siehe oben S. 329. Dass eine Forderung durch die prokuratorische Aktion nach Delegation im weiteren Sinne noviert wird, d. h. hier: die Aktion konsumiert wird, geht aus Ulp. D. 46, 2, 11 pr. u. § 1 hervor: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per *litis contestationem*. Vgl. hiermit Pap. Fr. Vat. 263: Eam, quæ bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit neque per mancipationem praediorum dominium transtulit nec interpositis delegationibus [aut] ⟨et⟩ inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit. Hier ist zu bemerken, dass die Aktionen, die hier als noviert betrachtet werden, nicht Aktionen gegen die zu beschenkenden Söhne selbst sein können. Denn diese können nichts »inchoatis litibus» gewinnen. Die Aktionen werden nicht dadurch erlassen, wenn auch noviert. Also muss die Rede von Aktionen gegen dritte Personen sein, die auf die Söhne übertragen werden. Aber diese Übertragung auf die Söhne kann nur so erfolgen, dass diese selbst die l. c. mit den bezüglichen Gegenparteien eingehen dürfen. Aber weiter ist zu bemerken, dass die Aktionen, die auf die Söhne

Die Konsumtion der Aktion durch den Kognitor ist auch so zu erklären, dass letzterer durch Delegation an die Gegenpartei kreiert wird, wobei hier hinzukommt, dass infolge der Formalität der Kognitorbestellung dessen Fähigkeit wenigstens nicht ohne entsprechenden auflösenden formellen Akt gegenüber derselben Gegenpartei

übertragen werden sollen, damit die Donation Kraft hat, noviert werden müssen. Dies kann nicht anders als durch die wirklich erfolgten litis contestationes geschehen. Also muss »aut» fehlerhaft für »et» geschrieben worden sein. Die Meinung ist offenbar die, dass »lites inchoatæ» seitens der Söhne nach »interpositæ delegationes» — natürlich an die bezüglichen Gegenparteien — die Aktionen der Mutter wirklich konsumieren und dass in einem *solchen* Falle wirklich gültige Donation vorliegt. — Weiter ist Modestinus D. 3, 3, 65 anzuführen: Si procuratorem [absentem] ⟨absens⟩ dominus satisdatione relevare velit, litteras suas *ad adversarium derigere* debebit, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit. — Im Folgenden ist ein Auszug aus einer Diokletianischen Konstitution a. 294 (C. 2, 56, 1) von den Kompilatoren auf Modestinus bezogen worden. Man beachte jedoch den bestimmten Unterschied zwischen der Art, auf welche nach dieser Konstitution der Prokurator des Abwesenden der cautio de rato entgehen können soll, und der Art, auf die dies nach Modestinus geschehen soll. Es heisst nämlich bei Diocl. a. a. O. pr u. § 1: Non est iuris incerti eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem habiturum satisdare: hoc enim casu veluti praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, iudex ratum habere debebit. Hier wird nur ein *einseitiges* Prokuratormandat, vom dominus bei den Verhandlungen erteilt, gefordert. Dies Mandat ist natürlich dasselbe wie das, welches in Consultatio 3, 1 als ein mandatum gestis legaliter allegatum, 3, 4 als gestis epistula mandati allegata und in I. I. 4, 11, 3 als mandatum actis insinuatum bezeichnet wird. Dieses Mandat ist auch in den interpolierten Erklärungen gemeint, nach welchen die Gewissheit des Mandats die cautio de rato überflüssig machen soll. Siehe z. B. C. 2, 12, 1, a. 150. Auch der procurator apud acta factus, der bei Ulp. Fr. Vat. 317 als von der cautio de rato befreit erwähnt wird, ist nicht derselbe wie der bei Diocl. gemeinte. Denn in dem fraglichen Fragmente wird vorausgesetzt, dass der dominus selbst anwesend ist. (Hat DIOCLETIANUS das neue Prinzip eingeführt, dass ein einseitiges Prokuratormandat ebensogut wie Ratihabition oder vorhergehende Delegation dem Prokurator des Abwesenden die Fähigkeit verleiht, die Aktion zu novieren?) Bei Modestinus aber handelt es sich um eine direkte Delegation an die Gegenpartei als dieselbe sichernd. Die Schlussworte: ratumque se habiturum, quod cum eo actum sit bedeuten eine Vorhandsratihabition aller Übereinkünfte mit dem Delegatar bei den Verhandlungen in iure. —

verschwinden kann.[1] Aber betreffs sowohl des Kognitors wie des Delegatars bei formloser Delegation an die Gegenpartei vor der l. c. liegt *primär* keine Prokuratorstellung im weiteren Sinne vor. Dem Kognitor wird kein Mandat erteilt. Kein dem Delegatar gegebenes Mandat *braucht* bei der formlosen Delegation vorzuliegen. Nur mittelbar, durch die Delegation an die Gegenpartei zugunsten einer gewissen Person, bekommt diese Prokuratorsstellung. Wenn vom Prokurator gesagt wird, dass *dieser*, um die Aktion zu konsumieren, die Ratihabition des dominus braucht, so handelt es sich natürlich um eine Person mit *unmittelbarer* Prokuratorstellung. Deshalb betrifft die fragliche Notwendigkeit nicht denjenigen, der seine Prokuratorstellung durch Delegation an die Gegenpartei vor der l. c. erhalten hat.

Da nun indessen auch die Ratihabition, welcher das Mandat des bei der l. c. anwesenden dominus gleichgestellt wird, eine Ermächtigung der Gegenpartei einschliesst, kann allgemein gesagt werden, dass der alieno nomine Agierende immer die Aktion des dominus — auch die zivile Aktion, wenn iudicium legitimum vorliegt[2] — konsumiert, wenn ein iussus an die Gegenpartei, mit der fraglichen Person die l. c. vorzunehmen, als vorhanden betrachtet werden darf.

Dies bedeutet nun, dass man seine eigenen zivilen Aktionen durch

---

[1] Der Bestellende sagt der Gegenpartei z. B.: Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do (Gaius I. 4, 83). Also liegt gar kein direktes Mandat an den zu bestellenden Kognitor vor, der selbst abwesend sein kann und dann nur die vor der Gegenpartei konstituierte Kognitorstellung anzunehmen braucht, um Kognitor zu sein, auch wenn der dominus seine Absicht geändert hat. Hier ist daher nur eine einseitige Delegation an die Gegenpartei vorhanden. (So auch Eisele, Cognitur und Procuratur, S. 78 ff.). Der Unterschied zwischen der kognitorischen und der bei Modestinus besprochenen prokuratorischen Delegation liegt nur in der Formalität der ersteren, der Formlosigkeit der letzteren, woraus natürlich folgte, dass die eine nur formell, die andere auch formlos erlöschen konnte. Doch ist sicher, dass in beiden Fällen eine besondere Mitteilung an den Delegaten oder wenigstens die Kenntnis desselben von dem veränderten Willen des Berechtigten oder von dessen Tode nötig gewesen ist, wodurch er immer sicher sein kann. Die übrigen Wirkungen der *Formalität* bei der Bestellung eines Kognitors interessieren hier nicht.

[2] Dies geht aus oben S. 324 angeführten Stellen, nach welchen auch Konsumtion ipso iure bei Ratihabition möglich ist, hervor.

Ermächtigung des reus von den korrespondierenden Rechten, auf denen die ersteren beruhen, absondern und auf eine andere Person übertragen kann. Dies hat sein völliges Gegenstück darin, dass man sein Besitzrecht hinsichtlich der res mancipi von dem ursprünglichen Rechte, auf dem ersteres beruht — dem Eigentum *ex iure Qu.* — absondern und durch blosse traditio auf eine andere Person übertragen kann, wodurch diese Eigentümer in bonis mit zivilem Rechte auf den Besitz wird.[1] Aber nun kann der *Prätor* im *letzteren* Falle anstatt des eigentlich Berechtigten fungieren und das zivile Besitzrecht vom Eigentum ex iure Qu. absondern und auf eine andere Person als den quiritischen Eigentümer übertragen: z. B. vom potentiellen oder aktuellen Erben oder dem Konkursschuldner auf den bon. possessor bezw. den bon. emptor. Es ist dann schwer zu denken, dass er nicht auch im *ersteren* Falle anstatt des Berechtigten fungieren und dessen zivile Aktionen in derselben Weise, wie dieser selbst es kann, auf eine andere Person übertragen könnte. Dies ist um so unwahrscheinlicher, als das zivile Besitzrecht, das der Prätor übertragen kann, sogar *einem jeden* gegenüber gilt, während sich die zivilen Aktionen immer auf einen bestimmten reus beziehen, und als er hinsichtlich des Besitzrechtes eine viel weitergehende Übertragungsfähigkeit als der Berechtigte selbst hat, indem letzterer in fraglicher Hinsicht nur über die eigenen *res mancipi*, der Prätor aber über das ganze patrimonium in solcher Weise verfügen kann. Da nun der bonorum emptor als ein *Zwangsprokurator* des Konkursschuldners, in der actio Rutiliana alieno nomine agierend, fungieren kann, muss man annehmen, dass der Prätor als fähig betrachtet wurde, den bezüglichen rei eine generelle Ermächtigung zu geben, wodurch der bon. emptor die zivile Aktionskraft des Konkursschuldners erhält, in der zivilen Aktion gebraucht und konsumiert.

Indessen können wir ganz ruhig einen Schritt weiter gehen. *Wenn* das bonitarische Eigentum als solches ein *ziviles* Recht auf den Besitz der Sache und damit auf die reellen Vorteile derselben ist,

[1] Der fragliche Parallelismus tritt offen in dem oben S. 336 angeführten Pap. Fr. Vat. 263 hervor. Über die besprochene Fähigkeit des quiritischen Eigentümers siehe Gaius I. 2, 41 in Verbindung mit der eingehenden Untersuchung des in bonis alicuius esse oben S. 72 ff.

wenn z. B. der bonitarische Sklaveneigentümer *allein* ex omnibus causis durch den Sklaven *civiliter* erwirbt[1], er *allein* die wirkliche *zivile* potestas vitæ ac necis hat[2], er *allein* den Sklaven als fugitivus possidiert[3] und *er* ihn so freilassen kann, dass jede Möglichkeit, durch den Sklaven *civiliter* zu erwerben, ebenso wie jedes *zivile* Recht an dessen Eigentum als peculium verloren geht[4], so ist völlig ausgeschlossen, dass nicht der bonitarische Eigentümer *allein* die auf dem Eigentumsrecht ruhenden zivilen Aktionen betreffs der Sache innehätte. Da indessen bei solchen bonitarischen Eigentümern wie dem bon. possessor und dem bon. emptor ganz dieselbe Rechtsstellung betreffs der Forderungsrechte wie betreffs der Eigentumsrechte des Erblassers bezw. des Konkursschuldners vorhanden ist, kann mit dem grössten Anspruch auf Wahrscheinlichkeit behauptet werden, dass *alle* Aktionskräfte, die sie als solche haben, die hereditären Aktionskräfte selbst bezw. die des Konkursschuldners sind, welche Kräfte sie also in den angestrengten Aktionen gebrauchen und konsumieren.[5]

---

[1] Oben S. 72[2]. [2] Oben S. 74[1].

[3] Oben S. 177 ff. [4] Oben S. 77—78 A.

[5] Das im Texte Gesagte schliesst in sich, dass, wenn auch z. B. ein durch blosse traditio einer res mancipi zum bonitarischen Eigentümer Gewordener die prätorische actio Publiciana verwenden musste, die mit dem Eigentumsrecht verbundene Aktionskraft doch ihm allein gehörte. Es war natürlich das ererbte Formelsystem, welches zu der Zeit, wo der Prätor die hierher gehörenden Rechte unmittelbar durch eigene Jurisdiktion exequierte — hierüber später — ausgebildet war, das den Gebrauch einer eigentlichen Vindikationsformula ausschloss. Die Exzeptionen, die der fragliche Eigentümer zum Schutze bei Vindikation seitens des quiritischen Eigentümers (exceptio rei venditæ et traditæ? D. 44, 1, 20) oder bei Anstrengung der Publ. gegen ihn selbst muss verwendet haben können, bezw. die Replikationen, über welche er gegen exceptio iusti dominii verfügen konnte, sind ebenso zu betrachten wie die exceptio rei iud. vel in iud. ded. im iud. leg., wenn vorher in einem solchen iudicium in derselben Sache agiert worden ist. (Siehe oben S. 308.) D. h. sie mussten zugelassen werden, damit sich in dem herrschenden Formelsystem das zivile Aktionsrecht geltend machen konnte. Dasselbe muss betreffs der prätorischen Aktionen, die der bon. possessor bezw. der bon. emptor verwenden konnte, gesagt werden, ebenso betreffs der Exzeptionen, die diese selbst gegenüber der Vindikation seitens des Erben bezw. des Konkursschuldners verwenden konnten, sowie bezüglich der dem reus gegen den im Namen des bon. possessor

Aber nicht nur die hier nachgewiesenen Analogien deuten darauf hin, dass die Aktionen des bon. possessor bezw. des bon. emptor die des eigentlich Berechtigten sind, so dass die letzteren durch die Klagen der erwähnten Personen gebraucht und konsumiert werden. Auch einige vielleicht näher liegende Analogien zeigen dasselbe.

Natürlich steht die Frage nach der Fähigkeit der fraglichen Personen, durch Empfang den debitor des eigentlich Berechtigten zu

---

oder des bon. emptor Agierenden (zum Schutze gegen unbefugte Ansprüche) gegebenen Exzeptionen. (Eine solche Exzeption exc. bonorum possessionis non datæ: Paulus D. 44, 1, 20.) Dasselbe gilt für die Exzeptionen, durch welche der selbst gegen den reus agierende Erbe bezw. der Konkursschuldner zurückgewiesen werden konnte. Wir finden solche Exzeptionen im Falle eines Fideikommisses nach dem sen. cons. Trebellianum besprochen, wo der Fideikommissar ganz dieselbe Rechtsstellung wie ein bon. possessor erhält (hierüber alsbald), näml. Ulp. D. 36, 1, 1, 4: Quamquam senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est: in eo vero, quod si agant heredes, repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis. Die Stelle ist sehr instruktiv für die vorliegende Frage. *Wenn* der agierende Erbe wirklich selbst trotz der Exzeption rem in iudicium deduzierte, wäre ja der Fideikommissar gar nicht durch die Exzeption geschützt. Der Erbe, den die Sache infolge der Exzeption gar nicht persönlich interessiert, würde ja dann nur dem Schuldner durch l. c. mit ihm einen Dienst erweisen. Der Fideikommissar würde nichts ohne ein rescissorium iudicium erhalten, wovon doch hier keine Rede ist. Die Exzeption selbst würde ihm jedenfalls gleichgültig sein. Nur so lässt sich die Ulpianische Äusserung erklären, dass die Exzeption, die, wenn sie wegen des *Fideikommissars* gegeben werden soll, vom Prätor in die Formula eingeflochten werden *muss*, zivilrechtliche Bedeutung hat, so dass der Prätor dadurch die Nichtigkeit der Aktionskraft des Erben ausdrückt: obgleich richtig das Recht des Erben intendiert wird, entsteht *von Anfang an* durch die l. c. gar kein oportet condemnari für den Schuldner, das bei seiner Entstehung durch die Exzeption aufgehoben werden würde, wie es der Fall wäre, wenn z. B. die Exzeption eine exceptio doli mali wäre. D. h. durch die fragliche Exzeption verhindert der Prätor im besonderen Falle, dass der Erbe die Sache in iudicium deduziert. Durch Unterlassung der Exzeption würde der Prätor den Fideikommissar der Aktion berauben, die ihm nach dem sen. consult. Trebell. und dem prätorischen Edikt (hierüber alsbald) zustehen sollte. Und *so* wird der Fideikommissar *dadurch* wirklich geschützt, während zugleich der Schuldner, trotz der Möglichkeit einer neuen Aktion seitens des Fideikommissars, gar nichts weiter als die Schuld selbst bezahlen muss.

befreien, mit der über ihre Fähigkeit, dessen Aktionen zu konsumieren, im innigsten Zusammenhange. Aber auch hier geben die justinianischen Quellen keine direkte Antwort. Indessen gibt es direkte Zeugnisse in bejahendem Sinne bezüglich der *umgekehrten* Frage, ob der bon. possessor durch Bezahlung *im eigenen Namen* den Erben als den eigentlichen debitor befreit.[1] Dies muss einschliessen, dass die hereditären Schulden den bon. possessor wirklich in der Weise belasten, dass ihm die *wirkliche* Bezahlung obliegt. Wenn es sich nur um einen auf dem imperium des Prätors beruhenden Bezahlungszwang handelte, würde er nur *dann* den Erben befreien, wenn er auf Grund dieses Zwangs *im Namen des Erben* bezahlte. Unter solchen Umständen ergibt sich die notwendige Konsequenz, dass er umgekehrt durch den Empfang der Bezahlung die hereditären Schuldner befreit, und zwar als an den Vorteilen, die aus den Forderungen folgen, civiliter berechtigt. Daraus kann allerdings nicht unmittelbar geschlossen werden, dass er die entsprechenden hereditären Aktionen selbst innehat, da, wie bekannt, der zum Empfang eines debitum Berechtigte deshalb nicht immer die zugehörige Aktion hat. Aber wenn wir die unzweifelhafte Fähigkeit zum Empfang mit allem übrigen, was wir von der Stellung des bon. possessor wissen, zusammenstellen, kann diese Fähigkeit die auf andere Weise gewonnenen Ergebnisse betreffs seiner Aktionskraft nur bestätigen.

Weiter ist zu beachten, dass die nach dem sen. cons. Trebellianum gegen den Fideikommissar geltenden wie die ihm selbst zu gebenden Aktionen denselben fiktizischen Charakter wie die entsprechenden

---

[1] Pap. D. 46, 3, 95, 8: Si creditor [debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit] ⟨. . .⟩ et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius *bonorum possessor* ei solveret, liberaret heredem, non potest dici fideiussores liberari: neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur. Die Kompilatoren haben die Stellung des gewöhnlichen, nicht berechtigten hereditatis possessor, der selbst Gläubiger des Erblassers ist und das entsprechende Geld aus der Erbschaft erwirbt, ausdrücken wollen. Aber sie haben vergessen, den Satz: si quilibet alius *bonorum* possessor ei solveret, liberaret heredem zu korrigieren. Aus diesem Satze geht hervor, dass es sich ursprünglich um einen bonorum possessor *sine re* — einen von den Kompilatoren aufgehobenen Begriff — gehandelt hat. Dies ergibt sich nicht allein aus dem Ausdrucke *bonorum* possessor, sondern auch daraus, dass ein

gewöhnlicher hereditatis possessor, der sich fälschlich für den Erben hält und als solcher hervortritt, ebenso jeder, der, ohne possessor her. zu sein, in unrichtiger Meinung darüber, wer Erbe ist, die hereditären Gläubiger bezahlt, nach sicher feststehender klassischer Theorie den wirklichen Erben *nicht* ipso iure befreit: Iul. D. 46, 3, 38, 2: et magis ⟨dis⟩simile esse, quod cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, *heres non liberatur*, tunc enim propterea id evenire, quod ille *suo nomine* indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet. Kein Widerspruch zwischen dieser Stelle und Iul. bei Afr. D. 3, 5, 48: . . . sicut ex contrario (actio neg. gest.) in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque [de] ea solutione liberarer. Man bemerke, dass du im selben Momente, wie du gegen mich als den wahren Erben, für welchen du im Irrtum bezahlt hast, die actio neg. gest. anstrengst, auch diese Bezahlung nachher als eine *meo nomine* gegebene anerkennst. In einem solchen Falle wird natürlich der wahre Erbe nach allgemeinen Rechtsprinzipien befreit. Ganz dieselbe Meinung Ulp. D. 3, 5, 44, 2: Titius pecuniam creditoribus hereditariis solvit existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse, quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset, veritate tamen filiorum defuncti, qui sui heredes patri sublato testamento erant, gessisset: quia aequum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit. Pomp. D. 12, 6, 19, 1: Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit: veluti si [is qui] ⟨quis⟩ heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit, et is quod dedit repetere poterit . . . (Aus der letzteren Stelle geht im übrigen ex contrario dasselbe hervor, was bei Pap. D. 46, 3, 95, 8 direkt gesagt wird: dass der *wahre* bon. possessor durch Bezahlung suo nomine den Erben befreit.) Besonders beleuchtend Ulp. D. 5, 3, 31 pr.: Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam *ipso iure non liberaverit* petitorem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. (Mit exceptio doli mali begegnet der wahre Erbe den Gläubigern, weil er tatsächlich schon durch die reputatio der bezahlten Summe seitens des her. possessor bezahlt hat. Nach Iul. scheint jedoch die Aufnahme der Verteidigung durch den possessor dabei notwendig gewesen zu sein, welche Aufnahme dieser kavieren müsse. Siehe die Forts. Ulp. a. a. O. Andererseits wird condictio indebiti des possessor gegenüber den Gläubigern dadurch unmöglich, dass ersterer schon Ersatz erhalten hat.) Dieser lex widerstreitet nicht C. 3, 31, 5, a. 213: De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris: *nam repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest.* Die letzten Worte sagen natürlich nicht, dass der possessor, der irrtümlich die hereditären Gläubiger bezahlt hat, nicht *an sich* zur Rückforderung von diesen berechtigt wäre, sondern nur, dass die Zurückforderung in erster Linie so geschehen soll, dass der Erbe nur den Reinertrag

sich auf den bon. possessor beziehenden hatten.[1] Er sollte also dieselbe prozessuale Rechtsstellung gegenüber dem Erben haben wie der bon. possessor. Aber man beachte nun die Ausdrucksweise in dem fraglichen sen. cons., welche in hier relevanten Teilen festgestellt werden kann: placuit, *ut actiones, quæ iure civili in heredes heredibusque competunt*, neque in eos neque his *dentur*, qui . . . restituerint, sed his et in eos, quibus . . . restitutum fuerit.[2] Die kommentierenden Juristen verwenden durchgehends den Ausdruck *transferuntur* betreffs der fraglichen Aktionen.[3] Es sind natürlich

der Erbschaft vom Possessor erhält, weil die Gläubiger nur, was ihnen zusteht, erhalten haben. Es wird also dadurch gar nicht bestritten, dass der Erbe nicht ipso iure durch die Bezahlung des anderen befreit worden ist. Unrichtige Auslegung bei GLÜCK-LEIST, a. a. O., S. 371[12]. — Es ist also unmöglich, dass Pap. D. 46, 3, 95, 8 von einem gewöhnlichen her. possessor gesagt haben sollte, dass er den Erben durch Bezahlung befreie, wodurch die Verwendung des Ausdrucks *bon.* possessor noch an Bedeutung gewinnt. Hierzu kommt, dass, wenn es sich wirklich um eine Person, die »hereditatem ad se non pertinentem possedit», handelte, man erwarten müsste: liberaret *verum* heredem. Also muss es sich sicher um einen bon. possessor sine re gehandelt haben. Von diesem wird gesagt, dass er, wenn er selbst so viel aus der Erbschaft erlangt hat, wie seiner eigenen Erbschaftsforderung entspricht, doch damit den Erben nicht befreit hat, weil er das Erlangte bei der hereditatis petitio zurückerstatten muss. Dagegen würde irgend ein anderer bon. possessor durch Bezahlung an ihn als Gläubiger den Erben befreien. Obgleich die Papinianusstelle vereinzelt dasteht, hat sie in der Frage eine entscheidende Bedeutung, *weil die relevanten Sätze der Aufmerksamkeit der Kompilatoren entgangen sein müssen.* (Dasselbe kann betreffs der sonst zu demselben Ergebnis führenden Stelle Pomp. D. 12, 6, 19, 1 nicht gesagt werden.) Auch LEIST beruft sich zum Beweise derselben Ansicht, a. a. O., S. 368—375 auf die hier angeführten zwei Stellen und vergleicht sie mit den den gewöhnlichen her. possessor betreffenden. Aber da es, ebenso wie bei ERMAN, Sav. Z. 19 (1898), S. 356[1] an einer befriedigenden kritischen Analyse fehlt, habe ich eine eigene Untersuchung für notwendig gehalten.

[1] Theoph. in Inst. 2, 23, 4.

[2] Gaius I. 2, 253 u. 255 fin. und Ulp. D. 36, 1, 1, 2, vgl. mit Paulus l. c. l. 41 pr. Aus diesen Stellen folgt, dass die Worte: actiones, quæ iure civili . . . competunt im sen. cons. gebraucht worden sind und dass von *diesen* Aktionen gesagt worden ist, sie sollten nicht denen und gegen die, zu welchen sie gehören, sondern dem Fideikommissar selbst und gegen ihn *gegeben werden.*

[3] Siehe z. B. Gaius I. 2, 258 fin. u. D. 36, 1, 10, Paulus Sent. 4, 2, 1 fin. und D. 36, 1, 41, Ulp. Iul. l. c. l. 1, 8 und Ulp. l. c. l. 6, 2.

die Prätoren, die zum Übertragungsakte ermächtigt wurden, weshalb die Aktionen in das prätorische Edikt aufgenommen worden sind.[1] Es ist dann offenbar, dass die Exzeptionen, die die Erben zu ihrem Schutze verwenden konnten, bezw. die, durch welche sie selbst, agierend, zurückgetrieben wurden[2], nur eine Folge des Formelsystems sind und dass aus ihrem Vorhandensein keineswegs geschlossen werden darf, dass nicht der Fideikommissar *allein* Passiv- und Aktivsubjekt der mit den Pflichten bezw. den Rechten des Erben verbundenen zivilen Aktionen war. Eine solche Behauptung, welche die deutlichen Worte des sen. cons. unberücksichtigt lassen würde, müsste darauf beruhen, dass man die Macht des Prätors über das Zivilrecht verneinen zu sollen glaubt, was doch bezüglich der *zivilen Aktionen* ein Missverständnis ist.[3] Aber wenn betreffs der fideikommissarischen Aktionen die Sachlage die angegebene ist, wäre es völlig unverständlich, wenn man nicht die bon. possessores, die dieselben formulæ verwenden können bezw. denselben formulæ unterworfen werden, ebenso gestellt hätte.

Nun schliesslich einige Reflexionen!

1. Man kann deutlich in dem Gegensatze zwischen den beiden Arten von Aktionen, die dem bon. possessor bezw. dem bon. emptor zustehen: fiktizische — die fragliche Person wird selbst als heres fingiert — und Aktionen mit Subjektswechsel, von welchen der bon. possessor nur die ersteren hat, der bon. emptor beide haben kann[4], zwei Auffassungen bezüglich der Stellung des sekundären Rechtsinhabers zum primären unterscheiden. In den fiktizischen Aktionen wird die agierende Person als gewisse Rechte in abstracto oder ohne Rücksicht darauf, wem sie in Wirklichkeit zustehen, selbst innehabend betrachtet und erhält die Kraft, auf dieselbe Weise zu agieren, als ob sie selbst der eigentlich Berechtigte wäre, woraus auch folgt, dass sie die fragliche Aktion auf dieselbe Weise kon-

---

[1] Gaius I. 2, 253 fin. [2] Ulp. D. 36, 1, 1, 4.

[3] Siehe oben S. 317 ff. In der Tat *beweist* die Ausdrucksweise der Ulpianusstelle, auf die in der vorhergehenden Anm. verwiesen und die schon oben S. 341 vollständig angeführt und kommentiert worden ist, die Richtigkeit der von uns dargestellten Ansicht.

[4] Gaius I. 4, 34 u. 35.

sumiert, wie dieser selbst es tun würde, wenn er überhaupt ohne seine Aktionskraft aufhebende Exzeptionen agieren könnte.[1] Diese Betrachtungsweise passt auf die bon. possessio entschieden am besten. Der individuelle Erbe steht ja weder unmittelbar noch mittelbar in einem solchen Verhältnisse zum bon. possessor, das Anlass dazu geben würde, letzteren als einen Zwangsprokurator des ersteren zu betrachten. Aber bei der anderen Art von Aktionen — den mit Subjektswechsel — wird das Recht des individuellen, eigentlichen Rechtssubjekts angezogen, und der Agierende fungiert als ein Zwangsprokurator des letzteren. Eine solche Betrachtungsweise passt besonders gut auf den bon. emptor im Verhältnis zum Konkursschuldner.

2. Das Recht auf den Besitz, das der bonitarische Eigentümer

[1] ERMAN, Sav. Z. 19 (1898), S. 358 meint, die Konsumtion der actio directa durch eine actio ficticia des bon. possessor etc. könnte nur aus der Fiktion hergeleitet worden sein. »Logisch enthält ja das: 'si bonorum possessor heres esset' ein: 'si heres *non heres* esset'. Entnahm da etwa der Geschworene über die actio directa des heres der vorher angestellten ficticischen Klage des bonorum possessor diese negative Fiktion und wies darauf hin den heres ab? Gewiss nicht. Denn dieselbe Logik hätte sofort weitere oder unsinnigste Forderungen gezeitigt: Abschneidung auch der dinglichen und sonstigen, nicht ipso iure consumierbaren Klagen des als non heres behandelten Erben, und zwar ihre Abschneidung nicht erst durch die Klaganstellung des bonorum possessor, sondern schon durch seine prätorische Ernennung, denn diese enthält ja virtuell schon die Aufstellung der Fiktion 'si heres esset'. u. s. w. — Wir werden daraus die Regel entnehmen dürfen, dass Fictionen niemals auf die Klage eines andern Rechtssubjekts hinüber wirken!» Ein ganz verfehltes Räsonnement! Es ist natürlich gar nicht notwendig, auf die »allerunsinnigsten» Konsequenzen zu verweisen. Würde der Geschworene deshalb, weil er betreffs des bon. *possessor* nach einer formula mit der Fiktion 'si heres esset' urteilen musste, irgend ein Recht haben, den *Erben*, wenn er selbst mit der intentio; 'si paret dare oportere' agierte, für non heres zu erklären? Die allgemeine Verfügung des Prätors betrifft ja nur die formulæ, die in den Aktionen des bon. possessor zu verwenden sind. Die Frage, die der Geschworene, wenn vorher im iud. leg. von dem bon. possessor in personam agiert worden ist und nachher der Erbe selbst in derselben Sache agiert, betreffs der Konsumtion aufzustellen hat, ist ja diese: Ist die zivile Aktion und damit das Forderungsrecht des Erben dadurch konsumiert, dass in derselben Sache der bon. possessor, gestützt auf das *hereditäre Forderungsrecht*, hat agieren dürfen, ganz als ob er selbst Erbe wäre? Auf diese Frage kann es nur eine Antwort gegeben haben.

im Verhältnis zum quiritischen hat, ist, wie oben[1] unter Hinweis auf Labeo dargestellt worden ist, eine Fähigkeit, das quiritische Recht, das als solches auf die species (ursprünglich den animus) des Dinges an sich geht, als Kraftquelle zum Erwerb des Besitzes, d. h. der Macht über die species in ihrem natürlichen Dasein zu gebrauchen. Wir haben jetzt diese Anschauung auch durch den oben geführten Nachweis beleuchtet, dass der bon. possessor und der bon. emptor, die die Erbsachen bezw. die Dinge des Konkursschuldners in bonis haben, die aus dem quiritischen Eigentumsrechte als Kraftquelle entspringenden zivilen Aktionen innehaben, so dass der quiritische Eigentümer seinen eigenen Kraftvorrat nicht gebrauchen kann. Natürlich gilt dasselbe bezüglich ihrer Fähigkeit, den Besitz zu behalten, welche nur die andere Seite der Fähigkeit, den Besitz zu erwerben, ist. Deshalb sagt Ulpianus unmittelbar nach der Anführung von Labeo's Bestimmung der bonorum possessio als einer possessio *iuris*:[2] Bonorum *igitur* possessionem ita recte definiemus ius persequendi *retinendique* patrimonii sive rei, quæ cuiusque cum moritur fuit:[3] Es ist von selbst klar, dass die oben[4] zusammengefassten besonderen Vorzüge des *Eigentümers* betreffs seiner Fähigkeit (ohne Vindikation) Besitz zu erwerben, zu übertragen und zu behalten, auf Grund des Rechtsbesitzes des bonitarischen Eigentümers *diesem*, nicht dem bloss quiritischen zukommen.

3. Der Unterschied zwischen einem inneren und einem äusseren, auf dem ersteren als Kraftquelle beruhenden Elemente im *Eigentumsrechte*, der an den Unterschied zwischen dem inneren Wesen des Dinges — der species (ursprünglich dem animus) an sich betrachtet — und dem Dinge in dessen natürlichem Dasein anzuknüpfen war, wurde auf das *Forderungsrecht* mit der Ausbildung der Institute bon. possessio und bon. emptio übertragen. Das äussere Element wurde hier die Fähigkeit, die Bezahlung vom Schuldner mit ihn befreiender Wirkung zu empfangen und die zum Rechte an sich gehörenden Aktionen anzustrengen. Eine Person kann deshalb

---

[1] S. 297. [2] D. 37, 1, 3, 2.

[3] Vielleicht sind die sowohl sprachlich wie sachlich anstössigen Worte von sive rei eine Paraphrase.

[4] S. 296.

Gläubiger *an sich*, eine andere kann *reeller* Gläubiger sein. Auf entsprechende Weise kann man auch reeller Schuldner sein, ohne dass man es an sich ist.

So breitete sich der übersinnliche Gedankennebel, in welchem das *ius Quiritium* sein Dasein hatte, dieses Recht, von welchem IUSTINIANUS sagt, dass es nec umquam videtur neque in rebus apparet[1], über das ganze römische Zivilrecht aus, das auf diese Weise nicht eine »scripta ratio», sondern eine »scripta superstitio» wurde, obgleich geschickt den Bedürfnissen des Lebens angepasst. Man darf nicht glauben, dass Iust. durch die Abschaffung des nudum ius Qu., überhaupt des *quiritischen* Rechts die Sachlage, vom Gesichtspunkte der Vernunft betrachtet, besser machte. Er baute ja doch auf den Grundbegriffen des klassischen Zivilrechts weiter. Für dieses aber war auf dem Gebiete des Eigentumsrechts, zu dem der genannte Unterschied eigentlich gehörte, das quiritische rein übersinnliche Element das, wodurch *die von aller natürlichen Kraft* unabhängige, also übersinnliche Macht über das natürliche Ding, die das Eigentum ist, verständlich wurde. Iust. behielt den römischen Eigentumsbegriff mit seinem mystischen Charakter ohne seine ursprüngliche, übersinnliche Grundlage bei.

Um so grösser wird die Bedeutung des Unterschieds zwischen dem nudum ius Qu. und dem bloss bonitarischen Eigentum, als sich *die römische Obligation in ihrem Wesen* auf diesen Unterschied bezieht. Hierüber in den zwei folgenden Paragraphen.

§ 13.

Über das Besitzrecht an dem Körper und den bona des Schuldners als Rechtsfolge einer nicht eingelösten Schuldforderung im älteren römischen Rechte.

Das ältere römische Schuldrecht kann infolge der Mangelhaftigkeit des Quellenmaterials nicht im Detail sicher bestimmt werden. Aber dies kann für sicher gehalten werden, dass die Unterlassung, die betreffs ihrer Grösse bestimmte Geldschuld rechtzeitig zu bezahlen,

[1] Siehe oben S. 80.

ein eigenartiges Recht über den Körper des Schuldners mit sich brachte.

Nach *Verurteilung* des Schuldners tritt eine Frist von 30 Tagen ein. Wenn die Prästation nicht binnen dieser Zeit geschehen ist, findet die manus iniectio und die ductio in ius statt. Vor dem Magistrat erfolgt dann die *legis actio* per manus iniectionem. (Die *legis actio* mit ihren certa verba muss immer, wenn man von dem besonderen Falle: l. a. per pignoris capionem absieht, apud praetorem exequiert werden.) Wenn die Schuld jetzt nicht solviert wird und auch kein vindex auftritt, wird der Verurteilte nach dem Hause des Agierenden geführt und auf im Gesetze bestimmte Weise gebunden. Aber während der nächsten 60 Tage hat der Schuldner ein ius paciscendi. Wenn von diesem Recht kein Gebrauch gemacht wird, ist der Gläubiger berechtigt, ihn zu töten oder trans Tiberim zu verkaufen.[1] Aber wenn der Belangte vor dem Magistrat die Schuld gesteht, in welchem Falle kein Urteil gefällt wird, darf er zwar die Frist von 30 Tagen benutzen. Doch tritt nach dem Ende der Frist ohne Bezahlung keine legis actio per manus iniectionem ein[2], sondern nur eine einfache Addiktion, die hier ein *Dekret* des

---

[1] Nach Gellius N. A. 15, 13, 11, verglichen mit Gellius 20, 1, 45—47 (Bruns Tab. 3, 1—5), Gaius I. 4, 21 und 29 und lex Ursonensis Tab. 1, col. 3, 1—6.

[2] Es ist zu bemerken, dass in dem von Gellius (Sextus Cæcilius Africanus) 20, 1, 45 angeführten Gesetzfragmenten den Worten: aeris confessi [rebusque] ⟨reisque⟩ (hierüber später) iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito unmittelbar diese Worte folgen: *Ni iudicatum facit,* vgl. lex Ursonensis tab. 1, col. 3, 5. Und bei demselben Gellius (Cæcilius) heisst es danach in § 47: quantæque pecuniæ *iudicati* essent, prædicabatur. D. h. die ganze Legisaktion mit ihren Folgen bezieht sich nur auf die iudicati, *nicht* auf die *confessi*. Betreffs der Behandlung letzterer muss anderswo im Gesetze Bestimmung getroffen worden sein. Aes confessum wird hier nur deshalb erwähnt, weil in diesem Falle ebensogut wie bei einem Judikat eine Bezahlungsfrist von 30 Tagen galt. Eine Zweideutigkeit kann nicht vorhanden gewesen sein, wenn die fragliche Gesetzestafel die Überschrift gehabt hat: de iudicato. Nach Gaius ist die legis actio iudicati, die durch die XII Taf. eingeführt wurde, die ursprüngliche im Verhältnis zur legis actio pro iudicato, die erst nach der Entstehung dieser Gesetzsammlung verwendet zu werden begann: 4, 21 u. 22. Aber wenn wirklich die confessio aeris eine l. a. p. m. i. zur Folge hatte, muss

Magistrates über die Konstituierung des vor ihn gebrachten Schuldners zu einem *nexus* einschliesst. Der *nexus* steht als solcher in Skla-

---

diese gerade eine legis actio *pro iudicato* gewesen sein. Der confessus wurde behandelt, *als ob* er iudicatus geworden wäre. So auch WLASSAK, Sav. Z. 25 (1904), S. 179. Da man allgemein den Satz confessus pro iudicato est geradezu der Zeit der XII Taf. zuschreibt (siehe z. B. LENEL, Ed.[2], S. 394, PERNICE, Sav. Z. 14, 1893, S. 163, COLLINET, N. R. H. 29, 1905, S. 174), muss man meinen, dass die l. a. p. m. i. *iudicati* mit ihrer Formel: Quod tu mihi *iudicatus* (*damnatus*) es . . . (Gaius I. 4, 21) bei confessio verwendbar war. Dies aber ist auf Grund der Bedeutung der richtigen Worte für die Kraft einer Legisaktion undenkbar. Der confessus *war* jedenfalls kein iudicatus, auch wenn die confessio dieselben Rechtswirkungen wie ein Judikat gehabt haben sollte. Es ist daher deutlich, dass zur Zeit der XII Taf. der confessus der l. a. p. m. i. nicht unterworfen gewesen sein kann. Man darf nicht als Gegenbeweis anziehen, dass lex Rubria 705/49 tab. 2, 21, 10 ff. bestimmt, der nicht bezahlende confessus certam pecuniam sowie der, der ohne Geständnis die angemessene Verteidigung im Prozesse nicht aufnimmt, sollten so behandelt werden, als ob sie verurteilt worden wären. Hier ist keineswegs von einer *Legisaktion* als Folge die Rede, sondern von einem einfachen duci auf Befehl des Magistrats (siehe z. B. v. 19). Die fragliche lex regelt die Exekutionsweise, nur insoweit sie mit dem Formularprozesse zusammengehört. Aus demselben Grunde ist auch der Umstand kein Gegenbeweis, dass für die *klassische* Jurisprudenz der Satz: (Certam pecuniam) confessus pro iudicato est eine regula iuris ist. Hierüber später. Es fehlt jetzt an jedem Anlasse, zwischen dem Verfahren gegen den (certam pecuniam) confessus und dem gegen den iudicatus zu unterscheiden, weil die l. a. p. m. i. zu existieren aufgehört hat und nur prätorische Exekution auch bei dem Judikat verwendet wird.

Indessen könnte eingewendet werden, dass die Verschiedenheit zwischen dem Verfahren gegen den confessus und dem gegen den iudicatus zur Zeit der XII Taf. aller Bedeutung jedenfalls betreffs der gewichtigsten und am meisten erörterten Schuldforderung der älteren Zeit: der Nexumschuld ermangelte. Die HUSCHKE'sche Theorie über das nexum als einen Vertrag, der auf Grund des darin enthaltenen damnas esto unmittelbare l. a. p. m. i. (ohne Urteil) gab, wird trotz der Kritik von MITTEIS u. a. auch in späterer Zeit vertreten. Siehe z. B. GIRARD, Man. S. 490, BEKKER, Sav. Z. 23 (1902), S. 15 f., ROBY, Roman priv. law 2 (1902), S. 308, SENN, N. R. H. 29 (1905), S. 77 ff.

Aber diese Theorie steht im bestimmtesten Widerstreit mit dem Zeugnis der Quellen. Die l. a. p. m. i., die betreffs der Nexumschuld ohne Judikat hätte stattfinden können, müsste l. a. *pro iudicato* gewesen sein. Der nicht bezahlende Schuldner würde ja so behandelt werden, als ob er verurteilt worden wäre. Aber dadurch wird die fragliche Annahme vom selben Einwande getroffen wie die Meinung, dass der nicht bezahlende confessus einer l. a. p.

venstellung zum Gläubiger, obgleich er nicht dessen Sklave ex iure Qu. wird. *Die Sklavenstellung dauert ipso iure fort, bis er bezahlt hat.*

---

m. i. unterworfen gewesen wäre. Jedenfalls würde die dem Nexalschuldner geltende Legisaktion ohne Urteil zur Zeit der XII Taf. nicht vorhanden gewesen sein. Und wenn sie nachher eingeführt worden wäre, müsste wohl ein so gewichtiger Fall der fraglichen Legisaktion von Gaius erwähnt worden sein. SENN will a. a. O. S. 85 der fraglichen Schwierigkeit dadurch entgehen, dass die den Nexalschuldner treffende Legisaktion nicht unter den Begriff der l. a. *pro iudicato* fallen soll. Pro iudicato soll nämlich hier nicht bedeuten: *als ob* geurteilt worden wäre, sondern: *kraft* eines schon exequierten Urteils. Aber die Konsequenz einer solchen Ansicht ist, dass das in der lex Publilia besprochene dependere seitens des sponsor, das Bedingung einer l. a. p. m. i. pro iudicato gegen den ihm den Verlust nicht ersetzenden Hauptschuldner sein soll, sowie das in der lex Furia de sponsu erwähnte exigere plus quam virilem partem gegenüber einem der sponsores seitens des Gläubigers, das eine solche Legisaktion gegen letzteren begründet, »*auf Grund eines Urteils* bezahlen» bezw. »herauskriegen» bedeuten muss. Dies ist auch wirklich die Meinung von SENN, wie betreffs der l. Publ. die von APPLETON, Sav. Z. 26 (1905), S. 36[1] und GIRARD, Man. S. 773[4]. Aber es findet sich keine Andeutung einer *solchen* Bedingung der fraglichen Aktionen bei Gaius I. 4, 22, der, falls die erwähnte Ansicht richtig wäre, die Bedingungen derselben unrichtig dargestellt haben würde. Es ist sicher, dass der Ausdruck exigere, der von Gaius I. 4, 22 betreffs der lex Furia de sponsu verwendet wird, in der Sprache der klassischen Jurisprudenz, welche Gaius bei Erörterung der lex berücksichtigt haben muss, keinen inneren Zusammenhang mit einem Urteile hat. (Siehe z. B. Afr. Iul. D. 12, 6, 38 pr. und 17, 1, 34 pr., Iul. D. 46, 8, 22 pr. und Ulp. D. 46, 3, 18. Beachte: *servus* pecuniis exigendis praepositus.) Betreffs des Ausdrucks dependere, der in der lex Publilia für die Bezeichnung der Bedingung der »actio depensi» verwendet worden sein muss, kann gesagt werden, dass er *niemals* in irgend welchem inneren Zusammenhange mit einem Urteile gestanden hat. — Es ist hinzuzufügen, dass, wenn »pro» in der fraglichen Phrase »kraft» bedeutete, völlig unverständlich wäre, wie der Unterschied zwischen *einer* actio iudicati und einer *anderen* actio pro iudicato hat entstehen können. Denn dann wäre ja unzweifelhaft die auf erstere Weise bezeichnete Aktion eine echte actio — pro iudicato gewesen. Der Unterschied, dass in letzterer Aktion das Judikat, zufolge dessen sie stattfindet, schon exequiert worden sein soll, tritt ja *gar nicht* in der Bezeichnung derselben hervor.

Weiter ist bedeutungsvoll, dass die l. a. p. m. i. pro iudicato, insoweit man die von Gaius angeführten Beispiele der Beurteilung zugrunde legen kann, einen ganz anderen Charakter als die Legisaktion ohne Urteil, die aus einer Nexumschuld hervorgehen würde, gehabt haben muss. Dasselbe ist betreffs der modifizierten Nachbildung der Legisaktion pro iudicato, nämlich der

Dasselbe Schicksal muss den Schuldner getroffen haben, aber ohne

---

l. a. p. m. i. *pura* zu sagen. Alle von Gaius I. 4, 22 u. 23 angeführten Beispiele für diese Aktionen beziehen sich auf solche Fälle, in welchen nach älterem römischen Rechte *keine* zivile Obligation vorgelegen haben kann, während die Nexumschuld als per aes et libram begründet unbedingt nach dem Satze (tab. 6, 1): uti lingua nuncupassit, ita ius esto eine zivile Obligation eingeschlossen haben muss. Bei der *actio depensi*, eingeführt durch die lex Publilia — der sponsor, der für den Hauptschuldner bezahlt hat, bekommt die l. a. p. m. i. pro iudicato gegen diesen, wenn letzterer ihm nicht innerhalb sechs Monaten Ersatz gegeben hat — kann nach älterem Rechte weder ein zivilrechtlich gültiger Vertrag noch ein Privatdelikt, das eine zivile Obligation entstehen liesse, vorhanden gewesen sein. Man beachte, dass die drei Haupttypen des Privatdeliktes im älteren römischen Recht, nach Gaius I. 3, 182 ff.: furtum, iniuria und damnum iniuria datum, einen direkten Angriff auf eine Sache, die ausserhalb des eigenen Verfügungsrechts liegt, oder auf eine andere Person einschliessen. Natürlich würde hier nur die Analogie mit einem furtum angewendet werden können. Aber die actio depensi ging niemals aufs duplum, wenn nicht infitiatio (während der Legisaktionszeit durch den vindex) vorlag: Gaius, I. 4, 9 u. 171. — Betreffs der *lex Furia de sponsu*, die l. a. p. m. i. pro iud. gegenüber dem Gläubiger gab, der einem der sponsores plus quam virilem partem abgefordert hatte (vgl. Gaius I. 3, 121), muss dasselbe gesagt werden. Denn hier wird ja vorausgesetzt, dass der sponsor entweder freiwillig oder zufolge unrichtigen Urteils mehr als seinen Anteil an der Schuld bezahlt hat. Auch wenn dolus seitens des Gläubigers vorgelegen hat, kann nach der *älteren* Rechtsanschauung in einem solchen Falle kein furtum vorliegen. Die Aktion geht auch nicht aufs duplum. Und auch wenn man die Möglichkeit einer condictio indebiti schon in die Zeit der fraglichen lex verlegt, so hat doch niemals eine solche condictio der Bezahlung, die zufolge unrichtigen *Urteils* erfolgt ist, gegolten. Aber dass auch die judizielle Eintreibung einer grösseren Summe als des Anteils eines besonderen sponsor von der genannten Legisaktion getroffen worden ist, wird allgemein und mit Recht angenommen. Dies bedeutet, dass es keine zivile Obligation gab, worauf die Aktion gestützt werden könnte. — Die *lex Furia testamentaria*, die eine l. a. p. m. i. pura gegenüber dem Legatar oder Donatar mortis causa, der mehr als 1000 Asse bekommen hat, einführte, wird von Ulpianus Reg. 1, 2 als eine lex minus quam perfecta bezeichnet. D. h. die Tat selbst, gegen welche durch Strafe reagiert wird, ist zivilrechtlich gültig und kann deshalb kein ziviles Privatdelikt einschliessen. Und hier kann natürlich kein anderer Grund für die Entstehung einer zivilen Obligation in Frage kommen. — Was endlich die *lex Marcia* betrifft, die dem Schuldner gegenüber dem Wucherer dieselbe Aktion »de his (usuris) reddendis (Gaius I. 4, 23) gibt, so ist zu beachten, dass diese lex sich auf das in den XII Taf. (Tac. ann. 6, 16 und Cato de agricult. præf.: tab. 8, 18) gegebene Wucherverbot

die Milderung durch die Bezahlungsfrist der 30 Tage, wenn er vor

---

oder spätere Modifikationen dieses Verbots (siehe GIRARD, Man. S. 525 f.) mit der poena quadrupli beziehen muss. (Nach CUQ, Man. 429[7] soll die lex Marcia im Zusammenhang mit der lex Genucia 412/342 gestanden haben, was wahrscheinlich ist, da die beiden Gesetze offenbar *jeden* Zins als Wucher betrachteten. Betreffs der lex Genucia siehe Livius 7, 42, 1.) Aber die Strafe quadruplum war in diesen Gesetzen öffentlich, so dass ein *crimen publicum* ihr Grund war. Tac. spricht a. a. O. über *accusatores* gegenüber den Wucherern und Ps. Ascon. in div. § 24 setzt die quadruplatores = accusatores sive delatores criminum publicorum sub poena quadrupli (Ps. Asc. in Verrem 2, 2, 7, 21, vgl. Paulus v. Quadriplatores p. 259 M.: qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio) in Zusammenhang mit pecunia gravioribus usuris fenerata. Bei Livius 7, 28, 9; 10, 23, 11 und 35, 41, 9 treten die aediles curules als accusatores auf. (Deshalb in diesen Fällen nach PERNICE, Labeo 2, 2, 58 die Strafe »ædilicische Bussen». Er irrt indessen, wie GIRARD, Man. 526[6], vollständig darin, dass er die Strafe quadruplum als einen dem *Schuldner* als solchem zustehenden Anspruch betrachtet.) Es ist auch undenkbar, dass man in einem solchen Falle ein Privatdelikt angenommen hat. Und dies gilt, sowohl wenn das Wucherverbot eine lex perfecta als wenn es eine lex minus quam perfecta gewesen ist. Vgl. die Erörterung oben betreffs der lex Furia de sponsu — einer lex perfecta — und der lex Furia testamentaria — einer lex minus quam perfecta. Im ersteren Falle könnte man indessen annehmen, dass sich in der lex Marcia das Prinzip der condictio indebiti geltend machte und dass so die Legisaktion ihren Grund in einer zivilen Obligation hätte. Doch gilt hier derselbe Einwand wie im Falle der lex Furia de sponsu. Die Legisaktion würde nicht verwendet werden können, wenn die verbotenen Zinsen auf Grund eines fehlerhaften Urteils eingetrieben worden waren, was unmöglich ist. Indessen ist höchst wahrscheinlich, dass die älteren Wuchergesetze mit der Strafe quadruplum leges minus quam perfectae waren. Die lex Furia testamentaria, mit welcher die lex Marcia von Gaius I. 4, 23 zusammengestellt wird, konstituierte auch die poena quadrupli (Ulp. Reg. 1, 2). Sowohl wenn man die Bedeutung der quadruplatores und die daraus folgende Wahrscheinlichkeit, dass die Strafe quadruplum im älteren Rechte *immer* öffentlichen Charakter hatte, berücksichtigt, als wenn man die oben dargestellte Unwahrscheinlichkeit eines Privatdeliktes im Falle Verbrechen gegen die lex Furia test. in Betracht zieht, ergibt sich, dass diese lex eine gewisse Handlung zu einem crimen publicum machte. Aber betreffs derselben *wissen* wir, dass sie eine lex minus quam perfecta war (siehe oben S. 352). Die Analogie leitet dann dahin, dass auch die älteren Wuchergesetze solche leges waren. Wenn dies aber wahr ist, wird die Unmöglichkeit eines Privatdeliktes im Falle Wucher noch offenbarer und das Prinzip der condictio indebiti absolut unverwendbar.

dem Magistrate die Schuld weder gesteht noch verneint, oder wenn

---

Die lex Marcia hat wahrscheinlich den durch andere Gesetze konstituierten Charakter des Wuchers als eines crimen publicum dem Schuldner zugute kommen lassen, nämlich durch eine l. a. p. m. i. pura de *reddendis* usuris. (Nach MOMMSEN, Röm. Strafr., 1899, S. 850[3] soll die lex Marcia frühere Gesetze über die quadruplatio beim Wucher ersetzt haben.) — Es ist auch gut verständlich, dass, wenn man dem einzelnen eine legis actio in solchen Fällen geben wollte, in welchen das Rechtsgefühl dies forderte, aber die Handlung, worauf die Aktion begründet werden sollte, nicht als ein privates Delikt betrachtet werden konnte, man zu der Fingierung eines Judikats seine Zuflucht nahm. (Die l. a. pura war nur eine Modifikation der l. a. pro iudicato.) Dadurch brauchte man nicht den Rechtsgrund in das Verfahren des Beklagten gegen die andere Partei zu verlegen. Schliesslich soll bemerkt werden, dass die l. a. p. m. i. pro ioudicatod, die nach der lex Lucerina 4 f. (Bruns 1 S. 283) von jedem beliebigen angestrengt werden kann, einen *sakralen* Rechtsgrund hat. — Jedenfalls besteht eine Kluft zwischen den von Gaius abgehandelten Legisaktionen pro iudicato sowohl in ihrer ursprünglichen als in ihrer modifizierten Form und der l. a. p. m. i. ohne Urteil, die nach der hier kritisierten Theorie gegenüber dem Nexalschuldner verwendbar sein sollte, weil im letzteren Falle notwendig eine zivile Obligation vorlag.

Ferner ist hier zu erwähnen, dass Dion. Hal. 6, 83 Menenius Agrippa zur versammelten plebs sagen lässt: Ἐυρόντες δὲ τὰς ἀποτόμους τῶν δανείων ἀναπράξεις τῶν παρόντων κακῶν αἰτίας γεγονυίας, οὕτως αὐτὰς διορθούμεθα. Agrippa unterscheidet danach zwischen solchen, deren Körper auf Grund der Nicht-Bezahlung vor dem Ausgang der gesetzlichen Frist possidiert werden, und denen, die als δίκας ἁλόντες ἰδίας ihren Gläubigern addiziert worden sind (παρεδόθησαν). Beachte, dass hier nur von Schuldnern auf Grund eines Darlehens die Rede ist. Vgl. die Entgegensetzung: εἴσπραξις συμβολαίου und καταδίκης 5, 69. Aber da also Urteile bei Darlehensschulden überhaupt vorkommen konnten und da nicht einmal die schwächste Andeutung darüber in den Quellen vorliegt, dass der eine Darlehensnehmer durch die Natur des Vertrags selbst eine schlechtere Stellung als der andere gehabt hätte, fehlt es an jedem Anlass anzunehmen, dass nicht *immer* ein solcher Schuldner, der das Vorhandensein der behaupteten Schuld nicht anerkennen wollte, die Sache zum Urteil hätte bringen können — allerdings unter Gefahr, bei Verurteilung einem härteren Schicksale zu begegnen. Denn wenn der Gläubiger bei der Nexumschuld die l. a. p. m. i. pro iudicato hätte anwenden können, also auch wenn der vorgebliche Schuldner ein Urteil forderte, ihn hätte nach Hause bringen und binden können, falls er nicht bezahlte und auch kein vindex erschien, weshalb würde dann *jemals* Urteil in Frage gekommen sein?

er sie zwar ableugnet, aber die für ein Urteil in der Sache nötigen

---

Man hat die Theorie auf die Gaius-Stelle über die Worte, die in der l. a. p. m. i. verwendet werden sollten (I. 4, 21), stützen wollen. Der Agierende sagt: quod tu mihi iudicatus *oder* damnatus es sestertium X milia etc. Die Möglichkeit, »damnatus» anstatt »iudicatus» zu sagen, soll darauf hinweisen, dass Gaius eine besondere l. a. p. m. i. bei der Nexumobligation voraussetzt, welche Obligation nach der Theorie unter anderem durch die Worte damnas (damnatus) esto konstituiert worden sein soll. Man verkennt indessen, dass die Formel einer l. a. p. m. i. auf Grund einer Damnas-Obligation, die nicht Judikatsobligation ist, gewesen sein *muss*: quod tu mihi *dare* damnas (damnatus) es: siehe die Solutionsformel bei dem Legat per damnationem Gaius I. 3, 175 und im übrigen die Ausdrucksweise in der lex Aquilia D. 9, 2, 2 pr. und D. 9, 2, 27, 5: *dare* damnas esto, welche Ausdrucksweise auch ohne Ausnahme in den späteren Gesetzen, die Damnas-Obligationen konstituieren, angewandt wird. In der Formel: quod tu mihi damnatus es sest. X m. *muss* damnatus verurteilt bedeuten. Denn diese Konstruktion, die dieselbe ist, wie die bei iudicare angewandte, und durch die Ausschliessung des Wortes dare ausgezeichnet ist, finden wir in der judiziellen formula wieder: siehe z. B. Gaius I. 4, 43: iudex N:um N:um A:o A:o dumt. X m. *condemna*. Condemnare ist ja nur eine zusammengesetzte Form des damnare. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass Gaius durch die Formel keineswegs irgendeine l. a. p. m. i. bestimmen will, sondern gerade die *iudicati*. Deren Schlussworte sind ja: ob eam rem ego tibi sest. X mil. *iudicati* manum inicio. Senn a. a. O., S. 88[2], führt als Beweis dafür, dass »damnatus» nach älterem Sprachgebrauche nicht hinreichend sein könnte, um »verurteilt» zu bezeichnen, die lex Rubia tab. 2, c. 21, 13 f. an, wo »verurteilt» durch die Worte ex iudicieis dateis damnatus bezeichnet wird, vgl. S. 80[6], wo über diesen Ausdruck gesagt wird: »traduisant exactement l'expression δίκας ἁλόντες [ἰδίας] de Denys, 6, 83». Dion. Hal. stellt hier die Verhandlungen mit der plebs nach der Auswanderung zum mons sacer dar, lange vor der Zeit des Formularprozesses, wo es keine »iudicia data» im Privatprozesse gab! Es ist wahr, dass der Ausdruck damnatus *als solcher* nicht »verurteilt» bedeutet. Aber dass er in der Zusammenstellung: tu mihi sest. X m. damnatus es »verurteilt» bedeutet, das beweist, wenn man wirklich die höchst unwahrscheinliche Meinung verfechten wollte, dass sich während der Zeit des Formularprozesses die Bedeutung der Phrase verändert hätte, gerade Gaius 4, 21, da er in diesem § sagt, dass man in einer l. a. *iudicati* einen solchen Ausdruck verwenden *kann*. Es ist auch wahr, dass damnatus, mit den Worten ex iudiceis dateis verbunden, in der lex Rubria »verurteilt» bedeutet. Aber es ist unrichtig, dass die Phrase als ein Ganzes dies bedeutet. Denn iudicium datum bedeutet, wie schon aus der lex Rubria selbst hervorgeht, prätorische formula oder vielleicht richtiger das aus der Annahme der prätorischen formula entstandene Prozessverhältnis zwischen den Parteien. D. h. die Phrase bedeutet nicht »verur-

Handlungen unterlässt, z. B. dem provocare sacramento nicht Gehorsam leistet.[1]

---

teilt» ohne weiteres, sondern »verurteilt im Prozesse, durch vom Prätor gegebene formula geregelt». Eine *andere* Frage ist die, ob man in der fraglichen l. a. ebensogut den Ausdruck damnatus wie den iudicatus verwenden konnte. Ich werde in einem späteren Zusammenhange nachweisen, dass nur in einem besonderen Falle der erstere Ausdruck verwendbar gewesen sein kann. Indessen geht aus der Untersuchung SENN's hervor, dass die Anhänger der HUSCHKE'schen Theorie nur durch absurde Auslegungen der Zeugnisse der Quellen an derselben festhalten können.

Was die mittelbare Begründung der Theorie betrifft, die man im Charakter der Damnas-Obligation, bei infitiatio zur actio dupli zu führen, und in der Ableitung dieser poena dupli aus der Unterwerfung des besiegten Vindex in einer l. a. p. m. i. unter dieselbe sucht, wird diese Hypothese in einer besonderen Erörterung der Damnas-Obligation und ihres Verhältnisses zu dieser Legisaktion geprüft werden.

[1] Die Richtigkeit der im Texte behaupteten Verschiedenheit in der Exekutionsweise gegen die Schuldner, die, vor den Magistrat gebracht, sich durch Geständnis oder auf andere Weise ohne weiteres der Forderung unterwerfen, und gegen die, die den Prozess bis zum Urteile fortgehen lassen und durch dieses verurteilt werden, folgt unvermeidlich aus dem in der vorherigen Anmerkung geführten Beweise, dass weder die l. a. p. m. i. iudicati noch die pro iudicato auf erstere anwendbar war, und aus der Art, in welcher die Nexusstellung konstituiert wurde. In letzterer Hinsicht kann trotz der Mangelhaftigkeit der Quellen für unzweifelhaft gehalten werden, dass die fragliche Stellung nur durch Vermittlung des Magistrates konstituiert werden konnte. Im zweiten Buche Livius, das sich auf die Zeit *vor* den XII Taf. bezieht, wird von dem Streit zwischen den Konsuln Appius Claudius und Servilius während eines plebejischen Aufstandes wegen der harten Behandlung der Schuldner erzählt. Appius setzte den Zugeständnissen seines Kollegen den bestimmtesten Widerstand entgegen: quam asperrime poterat *ius* de creditis pecuniis *dicere*: deinceps et qui ante *nexi* fuerant creditoribus tradebantur et alii *nectebantur*: c. 27 § 1. Die plebs weigert Gehorsam: neque *decretum* exaudiri consulis prae strepitu et clamore poterat, neque, cum *decresset*, quisquam obtemperabat: § 8. Er warf dem Kollegen vor, quod de credita pecunia *ius non dixisset:* § 10. Man beachte nun, dass dieser Ausdruck *ius de pecunia credita dicere* in der Erzählung der fraglichen Kämpfe bei Livius auch an anderen Stellen vorkommt, die sich auf die Zeit *nach* den XII Tafeln beziehen. Manlius ruft bei seinem Versuche, die plebs aufzuhetzen, aus: prohibete ius de pecuniis dici: 6, 18, 14. Die Volkstribunen hindern gewaltsam: ne quis . . . ius de pecunia credita diceret: 6, 31, 4. Aus den von c. 27 B. 2 angeführten Stellen geht mit aller wünschenswerten Deutlichkeit hervor, dass dieses ius dicere einen Beschluss

des Magistrates bedeutet, nach welchem der Schuldner in den Zustand eines nexus übergehen sollte. Das *Dekret* des Konsuls wurde bei einer Gelegenheit nicht beachtet. Bei einer anderen wurden vorher als nexi Konstituierte durch die magistratische Jurisdiktion ihren Gläubigern überliefert, andere nectebantur. D. h. kein rein formelles Moment wie das mittite ambol in der l. a. sacr. oder die addictio in der iure cessio oder die addictio in der l. a. p. m. i., wenn eine besondere Addizierung in dieser Aktion wirklich stattgefunden hat, worüber später, kann gemeint sein, sondern ein wirklicher *iussus* des Magistrats, welcher zufolge seiner Macht, Recht zu sprechen, Kraft hat. Diese Bedeutung hat das ius dicere und das decernere auch *immer* in alten römischen Gesetzen: siehe z. B. lex agraria 16 u. 24: ita ius deicito decernitoque, utei possessionem secundum eum heredemve eius det und 35: de eo agro loco ius deicito neive de eo agro decernito, lex Rubria tab. 1, 12: satis dare iubeto decernito, vgl. 29 u. 39 (über ein decretum bezüglich des d. i. repromittere). Die Zusammenstellung ius dicito iudicem recuperatores dato ist üblich, siehe z. B. lex agr. 33 u. 35, lex Ant. de Term. II, 3 u. 4, lex Mam. Roscia K. L. V., lex Rubria tab. 1, 18, tab. 2, 28, fr. Atest. 14 ff. Siehe auch betreffs der Bedeutung des magistratischen decretum Gaius I. 4, 139 u. 140: principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponere, z. B. cum (praetor) praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur. Livius verwendet also hier jedem gebildeten Römer bekannte Fachworte. Mit der Darstellung von Livius stimmt die von Dion. Hal. völlig überein. Allerdings spricht er oft ohne weiteres von ἀπάγειν der Schuldner: siehe z. B. 4, 11; 6, 23, 26 u. 37 (ἀγώγιμοι). Aber dass auch er dieses ἀπάγειν als durch ein ius dicere oder decernere des Magistrats bedingt betrachtet, geht aus anderen Stellen hervor: 5, 69: Nach Senatsbeschluss sollte bis auf weiteres μηδεμίαν εἴσπραξιν εἶναι μήτε συμβολαίου μηδενὸς μήτε καταδίκης μηδεμιᾶς, ἀφεῖσθαι δὲ καὶ τὰς ἄλλας ἀμφισβητήσεις καὶ μήτε τὰ δικαστήρια καθίζειν μήτε τὰς ἀρχὰς διαγιγνώσκειν. . . Dies letzte *τὰς ἀρχὰς διαγιγνώσκειν* ist natürlich, was Livius das *ius dicere* des Magistrates nennt; vgl. 4, 25: der *König* macht διαγνώσεις. Weiter 6, 24: Appius Claudius schlägt vor: καὶ τῶν συναλλαγμάτων τὰς ἀναπράξεις *ἐπιτρέπειν* τοῖς δεδανεικόσιν, ἐφ' οἷς συνέβαλον, δικαίοις ποιεῖσθαι καὶ τὰ δικαστήρια καθίζειν. Da vom Verfahren der Magistrate die Rede ist, finden wir hier in *ἐπιτρέπειν* Livius' *decernere* wieder. Es ist nun weiter zu beachten, dass Dion. niemals von einem nexus, der bei ihm als δουλωθείς bezeichnet wird, im Zusammenhange mit einem Urteil im technischen Sinne spricht. Der Ausdruck ist immer πρὸς τὰ χρέα δουλωθείς o. dgl.: 6, 26 u. 59 u. 16, 5, was deshalb bedeutungsvoll ist, weil die Belastung durch χρέα oder συμβόλαιον der durch καταδίκη gegenübergestellt wird: 5, 69; 6, 46 u. 6, 83.

Wir können hieraus erstens den Schluss ziehen, dass die Nexusstellung keineswegs das die *iudicati* treffende Schicksal war. Diese waren ja Gegenstände für eine l. a. p. m. i., die unmöglich für die Konstituierung eines nexus

verwendet werden konnte. Man beachte auch, dass der rechtliche Charakter des nexus gar nicht auf den *iudicatus*, der nicht bezahlt noch einen vindex gibt, passt. Denn dies ist nach dem übereinstimmenden Zeugnisse aller darüber sich äussernden Autoren klar, dass der nexus dadurch charakterisiert wird, dass er als ein Sklave dem Gläubiger dient, bis er bezahlt hat, ohne deshalb dessen Sklave zu werden: Varro l. l. 7, 105: Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam [debebat] ⟨debeat dat⟩ (Augustinus) oder ⟨debet dat⟩ (Schwegler), dum solveret, nexus vocatur; Quint. Decl. 311: Quid enim lex dicit? Addictus, donec solverit, serviat (vgl. Inst. Or. 5, 10, 60 u. 7, 3, 26). (Dass addictus hier den als nexus durch den Magistrat konstituierten Schuldner bedeutet, geht aus der von Varro gegebenen Definition des »nexus», mit welcher die gesetzliche Stellung des »addictus» völlig übereinstimmt, hervor.) Livius 2, 23, 6: ductum se ab creditoribus non in *servitium* sed in ergastulum et carnificinam esse. Dion Hal.: Ausdruck für den nexus: πρὸς τὰ χρέα δουλωθείς (siehe oben S. 357); siehe besonders 6, 79: οἷς τελευτῶντες ἠναγκαζόμεθα τοὺς ἑαυτῶν κλήρους οἱ δείλαιοι γεωργεῖν σκάπτοντες, φυτεύοντες, ἀροῦντες, ποίμνια νέμοντες ὁμόδουλοι τοῖς ἑαυτῶν δορικτήτοις ἀνδραπόδοις ὄντες . . . Welches ist die Lage des iudicatus, der ein ductus geworden ist? Nach Gellius N. A. 20, 1, 46—47 sollte er 60 Tage in Ketten gehalten werden, wenn er nicht von dem ius paciscendi Gebrauch machte. Nach dieser Zeit sollte er getötet oder trans Tiberim verkauft werden. Hier wäre es ja verkehrt, an einen wirklichen Sklavendienst zu denken. Davon wird auch kein Wort gesagt. Natürlich ist der Sinn nur, dass der Gläubiger den iudicatus gefangen halten soll, teils um zu einem pacisci — auch durch Eingriff der Verwandten oder Freunde — zu nötigen, teils um sich das endliche Tötungs- oder Verkaufsrecht zu sichern.

Man hat indessen gleichwohl versucht, die Nexusstellung mit dem Schicksal des insolventen iudicatus ohne vindex zusammenzubringen. Dies auf die Weise, dass die fragliche Stellung durch einen Vertrag — nexum inire oder nexum se dare — begründet werden soll. Diesen Vertrag soll der insolvente iudicatus — wie der confessus, der als ein iudicatus behandelt werden soll — mit dem Gläubiger eingehen, um der schweren »gesetzlichen» Folge des Judikats zu entgehen. So war nach Mitteis, Sav. Z. 22 (1901), S. 118—125 nexum inire oder nexum se dare eine freiwillige, von Bezahlung resolutiv bedingte Selbstmanzipation mit der rei vindicatio als prozessualer Rechtsfolge, wobei der nexus die Schuld abdienen durfte. Dieser Selbstverpfändung unterwarf man sich, um der gesetzlichen Folge des ursprünglichen, die Schuld begründenden Nexumvertrags bei Insolvenz, d. h. der Tötung oder dem Verkaufe trans Tiberim, zu entgehen. Der ursprüngliche Nexumvertrag soll auch mit einer an die Bedingung der Nicht-Bezahlung zu rechter Zeit geknüpften Selbstmanzipation verbunden worden sein können. (Letzteres jedoch Sav. Z. 25, 1904, S. 282—283 zurückgenommen.) Eine ähnliche Meinung ist von

---

KLEINEIDAM, Die Personalexekution der Zwölftaf. (1904) aufgestellt worden (siehe besonders S. 56 ff. u. 74), weiter von KRETSCHMAR, Sav. Z. 29 (1908), S. 262 ff. Man muss sich wundern, wie man eine solche Vergewaltigung der bestimmtesten Quellenzeugnisse wagt. Man geht ohne weiteres an Livius' Darstellung über die Konstituierung des nexus durch das ius dicere oder decernere des Magistrats vorbei, ebenso an der in dieser Hinsicht völlig klaren Erzählung des Dion. Hal. betreffs der εἴσπραξις τῶν συμβολαίων durch das ἀπάγειν des Schuldners, welches gewaltsame Verfahren dem gegenüber den iudicati entgegengestellt wird. — Weiter: wenn man in die Nexusstellung eintrat, um der »gesetzlichen» Folge der Insolvenz zu entgehen, müsste die Abschaffung der Nexusinstitution durch die lex Poetelia, die nach Livius 8, 28, 1 als ein aliud initium libertatis betrachtet wurde, die Stellung der plebs *noch schlechter* gemacht haben, *wenn man nicht zugleich die fragliche schreckliche Folge aufhob*. Aber in den Quellen wird das Schicksal des *iudicatus* keineswegs in Zusammenhang mit der lex Poetelia abgehandelt, wenn man die Worte Livius 8, 28, 8 ausnimmt: ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, was ja auch die iudicati betreffen muss. *Derselbe* Livius sagt doch in § 1 ohne weiteres, dass die neue Freiheit der plebs *deshalb* eintrat, *quod necti desierunt*, und schliesst die ganze Darstellung so: ita *nexi soluti* cautumque in posterum, ne necterentur (man beachte: das Subjekt ist hier trotz des Scheines nicht nexi, sondern die mit Schulden beladene plebs. Die nexi, die einmal soluti geworden waren, konnten natürlich nicht in posterum necti; der Ausdruck bezieht sich auf § 1: Eo anno plebei Romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt). D. h. als das Wesentliche wird die Abschaffung der Nexusinstitution dargestellt. Ganz in derselben Art drückt sich Dion. Hal. 16, 5 (in fine) aus. Cicero de rep. 2, 34, 59: . . . omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum stellt die Abschaffung der Nexusinstitution ohne weiteres als eine sublevatio des allgemeinen Schuldelendes dar. Varro sagt l. l. 7, 105, nachdem er den Charakter des nexus bestimmt hat: Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, [dissoluti] ⟨sed soluti⟩ Müller. Also kann die Milderung der sog. gesetzlichen Folge der Insolvenz gar nicht das *Wesentliche* in der lex Poetelia gewesen sein. — Man beachte nun auch die Ausdrucksweise Varro's: Alle, die . . ., sollten nicht nexi *sein*, sondern (persönlich) frei. Wenn Varro wirklich an einen Vertrag als die Nexusstellung begründend gedacht hätte, *könnte* er sich dann so ausgedrückt haben? Nur wenn die Nexusstellung unabhängig vom *Willen* des Schuldners eintrat, werden die Worte verständlich. Und doch spricht gerade Varro von einem operas suas in servitutem dare als die Nexusstellung bedingend! Man muss dann natürlich auch die sich *offenbar* auf dasselbe beziehenden Ausdrücke: nexum inire (Livius 7, 19, 5) und nexum se dare (Livius 8, 28, 2 und Val. Max. 6, 1, 9) auf eine solche Weise auslegen,

dass die Erklärung mit dem Sinn der Worte Varro's übereinstimmt. Übrigens ist klar, dass die Ausdrücke bei Livius mit Rücksicht darauf ausgelegt werden müssen, wie nach seiner Darstellung in anderen Stellen ein nexus konstituiert wird. Nun ist allerdings völlig sicher, sowohl auf Grund der vollständigen Varrostelle als nach Cicero de rep. 2, 34, 59, über welche Stellen ausführlich später, aber auch auf Grund des Ausdrucks — nexus bezw. necti — selbst, dass für die Konstituierung eines nexus ein Nexumakt — per aes et libram — nötig war. Aber deshalb braucht gar kein Vertrag, in welchem der Schuldner eine Handlung vornehmen musste, notwendig gewesen zu sein. Im Nexumakte als solchen ist die Partei, die die Sache »dat», gar nicht positiv wirksam. Warum sollte nicht dann der Schuldner mit *Gewalt* einem solchen Akte unterworfen werden und dies als nexum inire oder nexum se dare bezeichnet werden können? Vgl. Livius 6, 36, 12: corpus in nervum ac supplicia dare betreffs *addicti* und *ducti!* Die Auffassung des nötigen Aktes per aes et libram als eines Zwangsaktes auf Grund eines iussus oder decretum des Magistrates ist die einzige, die bei einer Berücksichtigung der *gesamten* Nexusstellen möglich ist. Val. Max. 6, 1, 9 leitet *direkt* auf diese Auffassung hin: cum . . . *nexum se dare* . . . *coactus esset*. Ausführlich über das fragliche Zwangsnectere später. Hier ist die Frage nur vorbereitungsweise in der Absicht aufgenommen, um die mit den übrigen Zeugnissen unvereinbare, aber eine scheinbare Stütze in den erwähnten Ausdrücken besitzende Theorie von Mitteis u. a. zu widerlegen. — Weiter: die Angabe bei Gellius 20, 1, 46 über ein ius interea paciscendi des iudicatus ductus wird völlig verdreht, wenn man darin die Möglichkeit sieht, durch einen freiwilligen Nexumakt, der sich auf Sklavendienst beziehen soll, dem harten Endschicksale zu entgehen. Denn in der angegebenen Stelle heisst es ja: ac *nisi* pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. D. h. das fragliche pactum befreit von der weiteren Bindung. Aber ein nexus wird als solcher gewiss nicht von vincula befreit!! Deutlich ist nur ein *solches* pactum gemeint, das auf irgend welche Weise den Gläubiger unmittelbar befriedigt. Man sagt, dass die Historiker das Tötungs- oder Verkaufsrecht nicht erwähnen, und schliesst daraus, dass das fragliche Recht keine andere Bedeutung hatte als die, zum fraglichen Vertrag zu zwingen. Aber wenn man einen solchen Beweisgrund vorbringt, muss man auch sagen, dass schon lange vor den XII Tafeln die unmittelbare Anwendung dieses Rechts ausgeschlossen war und auch nach der Entstehung dieser lex nicht stattfand. Aber waren dann nicht die Decemvirn überaus unpraktisch, wenn sie nicht den einfachen Ausweg wählten zu erklären, der iudicatus, der nicht bezahlt hat noch einen vindex stellt, sei im Sklavendienste des Gläubigers, bis er prästiert hat? Übrigens hat man gar kein Recht, die Nichtanwendung des fraglichen Rechtes deshalb zu behaupten, weil die Historiker die Sache *nicht erwähnen*. (Die einfache Erklärung dieses Umstandes wird später gegeben werden.) Jedenfalls steht dem das Zeugnis von Gellius entgegen. Allerdings erklärt er, wie Quint, Tert. und Dio Cassius

(siehe BRUNS[7], 1, S. 21), in § 52, dass das Recht, den Körper zu zerstückeln und die Stücke zu teilen, wenn es mehrere Gläubiger gab, niemals angewandt worden ist. (Natürlich ist bezüglich des Grundes dieser Tatsache Quint. glaubwürdiger als Gellius. Von lezterem wird der alberne Grund angegeben, dass die Schauerlichkeit der Strafe das Verbrechen gegen die fides hinderte, weshalb die Strafe nicht angewandt zu werden brauchte. Nach dem ersteren war ihre Verwendung zufolge des mos publicus ausgeschlossen: quam legem mos publicus repudiavit.) Aber derselbe Gellius stellt das Tötungsrecht als solches, bezw. das Verkaufsrecht als faktisch angewandt dar: capite poenas dabant . . . venum ibant, § 47. — Schliesslich ist gegen die fragliche Theorie einzuwenden, dass sie die Annahme voraussetzt, dass der confessus als ein iudicatus behandelt wurde, welche Annahme, wie vorher nachgewiesen worden ist, falsch ist.

Wenn die Nexusstellung nicht die Rechtsfolge des den insolventen Schuldner treffenden Judikats war, kann gefragt werden, ob sie mit einem besonderen Schuldkontrakt, der das durch Nicht-Bezahlung bedingte Recht über den Körper des Schuldners gab, in Zusammenhang zu bringen ist, so dass die Jurisdiktion des Magistrates die Aufgabe hatte zu entscheiden, ob ein solcher Kontrakt vorlag und die in demselben angegebene Bedingung für die Besitznahme des Körpers vorhanden war. Man würde dann natürlich in erster Linie an einen schuldbegründenden Nexumkontrakt denken. Dies ist auch die Meinung vieler Autoren. Wir sehen hier von der mit einem solchen Standpunkte oft verbundenen, vorher kritisierten Annahme ab, dass der fragliche Kontrakt eine l. a. p. m. i. iud. oder pro iud. gegeben habe. Die Theorie könnte immer in der Art richtig sein, dass der Nexumkontrakt, als die ursprüngliche Schuld begründend, auch ein bedingtes Recht über den Körper des Schuldners gegeben hätte. SENN a. a. O., S. 77 geht so weit, dass er den »nexus» als mit dem debitor auf Grund eines nexum identisch betrachtet. (Eine Absurdität im Hinblick z. B. auf Livius 2, 27, 1 und Varro l. l. 7, 105.) MUIRHEAD-GRANT, Hist. Introd. to the priv. Law of Rome, 3. Ed. (1916), S. 185 fasst aeris confessi als sich auf die Nexumschuld beziehend auf: der creditor sagt: damnas esto, der debitor: damnas sum, womit er die Schuld gesteht. (Diese Theorie wäre möglich, wenn man sonst im römischen Rechte ein confiteri kennte, das sich auf ein erst in Zukunft aktuelles Schuldverhältnis bezöge. Natürlich kann die Nexumschuld auch nicht im selben Momente aktuell vorhanden sein, in dem sie konstituiert wird! Was wäre in solchem Falle der Sinn einer Darlehensschuld? Gegen MUIRHEAD GOUDY, Ency. Brit. 23, S. 551, 1911, nach MUIRH. S. 186[13].) Aber der Versuch, den Nexuszwang auf einen besonderen Kontrakt als seinen Grund zurückzuführen, ist verfehlt. Denn die Quellen stellen den fraglichen Zwang als von dem Bestand einer Schuld, die nicht eingelöst worden ist, *ohne weiteres* bedingt dar. Nach Varro l. l. 7, 105 ist nexus derjenige, der sich zum Sklavendienst hingibt: pro pecunia, quam debet. Nach Livius 8,

28, 2 war C. Publilius nexum se dare gezwungen: ob aes alienum paternum ohne Berücksichtigung des Grundes der Schulden. Bei Val. Max. 6, 1, 9 tritt der Zwang ein propter grave aes alienum *ohne weiters*. Dion. Hal. *bezeichnet* den nexus: πρὸς τὰ χρέα δουλωθείς (siehe oben S. 357). Beachte besonders 6, 41: ἀπὸ δανείου καὶ ἄλλου παντὸς συμβολαίου. Nun könnte man natürlich sagen, dass *immer* der alte Schuldkontrakt dem Gläubiger die fragliche Macht gab. Er war vielleicht notwendig ein Nexumkontrakt. Dies würde bedeuten, dass durch die lex Poetelia der alte Schuldkontrakt selbst aufgehoben wurde. Aber dann ist das Zeugnis Varro's völlig unverständlich. Er sagt ja a. a. O.: et omnes, qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi . . . Also sollten ja die Schulden *fortdauernd* zur Nexusstellung führen, wenn *nicht* ein gewisser Eid geleistet wurde. Es ist zweifelhaft, welcher Eid gemeint ist. Aber dass der Eid kein Glied des ursprünglichen Kontrakts war, sondern dann geleistet werden musste, wenn die Frage nach der Stellung des Schuldners als eines nexus oder nicht nexus entstand, kann wohl niemand bezweifeln. Dies aber setzt ja voraus, dass der Charakter des *Schuldkontrakts* selbst nicht geändert werden sollte, sondern nur der der *Rechtsfolge* desselben, die *vorher* vom *Gesetze* auf eine andere Weise geregelt war, als dies nun geschah. Wir haben auch schon nachgewiesen, dass die Bedeutung der lex Poetelia von allen Quellen mit absoluter Einstimmigkeit *direkt* in dem Wegfall der *Rechtsfolge* necti erblickt wurde. Was besonders den Nexumakt betrifft, wissen wir ja, dass noch zur Zeit des Gaius (I. 3, 173) Schulden per aes et libram begründet werden konnten. Zum testamentum per aes et libram gehörte ja nach Gaius I. 2, 104 eine Nunkupation, die das geschriebene Testament konfirmieren sollte. Deshalb bezieht Cic. de or. 1, 57, 245 die Kraft derselben auf den Satz der XII Taf.: uti lingua nuncupassit. Gallus Aelius (Festus v. nexum p. 165 M.) betrachtet die testamenti factio als eine *Art* des nexum. Aber im Testamente konnten Legatsschulden konstituiert werden. Also ist die Behauptung völlig absurd, dass durch die Poetelia das nexum in seiner Fähigkeit, Schulden zu begründen, aufgehoben wurde.

Hieraus folgt indessen unvermeidlich, dass der Nexus-Zwang eine vom *Gesetze* festgestellte Rechtsfolge jedes rechtlich gültigen Schuldkontraktes war, welche durch die Nicht-Bezahlung bedingt war. Auf diese Regelung des Gesetzes müssen sich die Worte Quint. Decl. 311 beziehen: Quid enim lex dicit? Addictus, donec solverit, serviat. Über die Bezeichnung addictus alsbald. Aber *da* wir *wissen*, dass das *Judikat* — auch betreffs einer Kontraktsschuld — eine *andere* gesetzliche Rechtsfolge hatte, *da* ein römischer Bürger, belangt und vor den Magistrat gebracht, immer Urteil in der Sache mit Recht auf Selbstverteidigung muss begehrt haben *können*, wenn er nicht gesetzlich einer unmittelbaren l. a. p. m. i., z. B. der pro iud. unterworfen war, und *da* wir auch *wissen*, dass die Addiktion des Magistrates im Falle nexus kein Glied in einer solchen l. a. gewesen sein kann (siehe oben S. 349 ff.), so ergibt sich von

selbst, dass die Rechtsfolge nexus dann eintrat, wenn der Belangte und vor den Magistrat Gebrachte die Sache nicht zum Urteil treiben wollte. Dies aber traf in *drei* Fällen ein. 1. Der als Schuldner Belangte gestand die Schuld: in der l. a. sacramenti beantwortete er die Worte des Agierenden: aio te mihi dare oportere: Val. Prob. 4, 1 durch ein fateor. Confessio aeris trat ein. 2. Er weder ait noch negat: Val. Prob. 4, 3: quando neque ais neque negas. Provocare sacramento quingenario des Gläubigers wird unmöglich: Val. Prob. 4, 2: quando *negas*, te sacr. quing. provoco. 3. Er negat allerdings, aber er verweigert sacramentum oder sonstige für ein wirkliches iudicium nötige Handlungen. In diesen drei Fällen muss die Nexusstellung eingetreten sein können. Doch muss ein wesentlicher Unterschied zwischen dem ersten und den zwei anderen Fällen bestanden haben. Denn der confessus hatte nach den XII Taf. eine Frist von 30 Tagen. *Er* konnte deshalb nicht *unmittelbar* in die Stellung eines nexus eintreten. Erst wenn er binnen der 30 Tage nicht bezahlt hatte, konnte dies geschehen. Dann musste er indessen aufs neue vor den Magistrat gebracht werden, und es war auch eine besondere Entscheidung desselben nötig. Die Tatsache der confessio muss festgestellt werden. Auch muss entschieden werden, ob nicht schon Bezahlung erfolgt ist. In den *anderen* Fällen aber gab es keine Frist. Deshalb muss die Nexusstellung unmittelbar eingetreten sein. Bevor wir weitergehen, mag an die lex Rubria erinnert werden, wo die Fälle, in welchen im formularen Schuldprozesse ein Judikat infolge des Verhaltens des Schuldners nicht gegeben werden kann, besprochen werden. Tab. 2, 11 f.: sei is, quei ita (bezieht sich auf 6: neque id, quod confessus erit, solvet satisve faciet) confessus erit, *aut* d. e. r. non responderit *aut* se sponsione (die sponsio entspricht dem sacramentum im Legisaktionsprozesse: die actio in rem per sponsionem mit ihrer pro praede litis vindiciarum stipulatio ist ja die offenbare Nachfolgerin der legis actio in rem sacr.) iudicioque utei oportebit non defenderit. In 15 ff. kehrt dieselbe Unterscheidung der drei Fälle wieder. (Schon in 6 ff. findet sie sich, aber mit schwerfälliger Ausführlichkeit.) Wir finden daher die drei oben auf den sakramentalen Schuldprozess bezogenen Fälle wieder. In der lex Rubria sind indessen zwei den XII Tafeln fremde Ausgleichungen gemacht worden. In ihr wird nämlich die Rechtsfolge der confessio aeris der einer Verurteilung gleichgestellt: aus dem einfachen Grunde, weil die schwere l. a. p. m. i. mit dem Tötungs- oder Verkaufsrechte des Gläubigers als Abschluss jetzt bei Urteilen in privaten Schuldfragen weggefallen ist und *alle* Exekution von privaten Schulden denselben Charakter erhalten hat wie die vorher gegen den nicht bezahlenden confessus gerichtete. D. h. *alle* Exekution ist auf die Jurisdiktion des Prätors bezogen worden. Auch ist jetzt, wenn wir von der Milderung der Personalexekution absehen, die für den nexus geltende resolutive Bedingung: donec solverit in der Weise auch für den iudicatus geltend geworden, dass die bona, obgleich von den Gläubigern possidiert, doch erst nach siebzig

Tagen dem bon. emptor überliefert werden — natürlich wegen der Möglichkeit einer Bezahlung (Gaius I. 3, 79) — und lezterer danach als Repräsentant des Schuldners selbst den Gläubigern zu bezahlen hat. (Hierüber später.) Andererseits ist die Stellung des confessus mit der des nicht in iure Antwortenden und der des allerdings die Schuld Ableugnenden, aber sonstige nötige Handlungen Unterlassenden ausgeglichen worden. Jedenfalls macht die in der lex Rubria vorgenommene Unterscheidung der drei Fälle, in welchen Urteil nicht ergehen kann, die oben gemachte, auf bewahrte Legisaktionsformeln und die Natur der Sache gestützte Unterscheidung drei entsprechender Fälle hinsichtlich des gewichtigsten Legisaktionsprozesses wahrscheinlich.

Aber erwägen wir nun die Lage in den alten Schuldverhältnissen, mit welchen sich die Historiker beschäftigen. Welche von den vier Verfahrensarten — wir rechnen auch die Möglichkeit mit, dass der Schuldner die Sache zum Judikat gehen lässt — war die natürlichste? Es waren ja beinahe ausschliesslich die drückenden Darlehnsschulden, über welche die plebs klagte. Welches immer aber der gewöhnliche Darlehnskontrakt gewesen sein mag, muss man annehmen, dass er in dieser formgebundenen Zeit durch certa verba und andere Formalitäten konstituiert war und dass nur das »lingua nuncupatum» Rechtskraft hatte, also z. B. der Zins ausdrücklich bestimmt sein musste. Weiter muss man annehmen, dass ebenso die gültige Bezahlung nur in bestimmten Formen geschehen konnte. Aber zum altertümlichen echtrömischen Rechtsgeschäft, das ein *legitimus* actus war, gehörten als ein notwendiges Element besondere testes rogati, falls nicht der Magistrat selbst unmittelbar an dem Akte teilnahm und ihm seine öffentliche Autorität gab, wie im Falle in iure cessio und in anderen vor dem Magistrate vorgenommenen Legisaktionen. So im Nexumakte — fünf testes — so in der manus iniectio gegenüber dem widerspenstigen in ius vocatus: Tab. 1, 1: Ni it, *antestamino* etc., so im *ex iure* manum conserere: Gell. N. A. 20, 10, 9 mit Cic. pro Murena 12, 26 verglichen: suis utrisque *superstitibus* praesentibus istam viam dico, so in der litis contestatio: Paulus v. contestari p. 38 u. 57 M. Darum ist sehr wahrscheinlich, dass der Bestand einer Darlehnsschuld unmittelbar liquid war. Wenn die besonders zugezogenen testes ihr testimonium zu geben weigerten oder es falsch gaben, war dies ein crimen publicum: tab. 8, 22 u. 23. Man beachte, dass der materielle Grund der formell übernommenen Darlehnsschuld — ob wirklich der Schuldner Wert empfangen hat — nicht untersucht zu werden brauchte. Und die Komplikationen, die durch Pfandbestellung zwecks Sicherung der Darlehnsschuld hätten entstehen können, scheinen bei dem Schweigen der Quellen über das Vorkommen von Sicherheitspfändern in privaten Schuldverhältnissen — wenigstens solchen, die vom Pfandgläubiger verkauft werden konnten — im alten Rom keine Bedeutung gehabt zu haben. Deshalb ist natürlich, dass kaum wirkliche Streitigkeiten über den Bestand einer Darlehnsschuld entstehen konnten und dass jedenfalls der Schuldner, der die Sache zum Urteil trieb und verurteilt

wurde, als durch seine eigene Unvorsichtigkeit in eine schwerere Lage, als nötig war, versetzt betrachtet wurde. Dies erklärt erstens, weshalb die Historiker gar *nicht* das *besonders* schwere Endschicksal des insolventen iudicatus als einen Anlass der plebejischen Aufregung darstellen. Es erklärt aber auch, weshalb sie überhaupt die wegen Darlehnsschuld Verurteilten nur beiläufig erwähnen, und dass die Darstellung entschieden auf das Schicksal der nexi, die nicht iudicati waren, konzentriert wurde. Dion. Hal. bespricht nur in *drei* Stellen: 5, 69; 6, 46 u. 6, 83 die Exekution der καταδίκαι im Zusammenhang mit der plebejischen Aufregung und dann immer, nachdem er unmittelbar vorher die *direkte* Exekution auf Grund der Schulden oder der Übereinkünfte erwähnt hat. Aber in *acht* Stellen: 4, 11; 6, 23; 6, 24; 6, 26 (zwei St.); 6, 41; 6, 59 und besonders 16, 5 (wo die Entstehung der lex Poet. dargestellt wird) spricht er *nur* über πρὸς τὰ χρέα o. dgl. ἀπαχθέντες oder δουλωθέντες, welche Bezeichnung bei ihm im bestimmten Gegensatze zur Bezeichnung der direkt auf Grund einer καταδίκη ducti steht. Bei Livius ist im *zweiten* Buche, wo die fraglichen Kämpfe ausführlich dargestellt werden, niemals von den iudicati die Rede. Im sechsten Buche wird nur in *einer* Stelle über einen iudicatus (schlechthin) als ductus gesprochen, nämlich in 14, 3. In drei Stellen wird von iudicati *und* addicti als ducti gesprochen. 14, 10: ne quem vestrum . . . iudicatum addictumve duci patiar. (Manlius redet zur plebs.) Addictum*ve* muss hier als eine Alternative gefasst und also ve durch *oder* übersetzt werden. Sonst würde Manlius die nexi, die nicht iudicati waren, nicht berücksichtigen. 15, 9: quin eam (circumfusa turba) diducitis a me (Manlius redet zu dem Diktator) . . . prohibendo iudicatos addictosque duci . . .? Aus demselben Anlasse wie in 14, 10 bedeuten hier iudicati und addicti verschiedene Personen. 34, 2: . . . fama et corpore, iudicati atque addicti, creditoribus satisfaciebant. Iudicati und addicti auch hier verschiedene Personen. Im selben Buche aber spricht er in *fünf* Stellen nur von einem einfachen addicere: 20,6; 27, 8, 9 u. 10 und 36, 12. Die fraglichen Personen müssen gerade die nexi sein, da in den Stellen, wo iudicati und addicti zusammengestellt werden, unter *addicti* die nexi verstanden werden. Und im selben Buche wird, wie im zweiten Buche, der Ausdruck ius dicere de pecunia credita betreffs der Addiktion durch den Magistrat angewandt (siehe oben S. 356), welcher Ausdruck, wie schon nachgewiesen ist, nicht für eine formelle addictio in der l. a. p. m. i. iudicati passt. In 7, 19, 5 und 8, 28, 2, wo direkt über die nexi gesprochen wird, ist jeder Gedanke an einen iudicatus und auf Grund des Judikats ductus ausgeschlossen.

Wenn wir aber fragen, *welcher* der drei übrigen Fälle: Geständnis, keine Antwort in iure, Unterlassung für Urteil nötiger Handlungen der *normale* gewesen sein muss und deshalb der Fall, an welchen die Historiker gedacht haben, so kann kein Zweifel darüber herrschen. Der Schuldner, der die Sache nicht zum Urteil kommen lassen wollte, versäumte ja seinen eigenen Vorteil, wenn er die Schuld nicht anerkannte. Er wurde ja dann unmittelbar ductus.

Er verlor die gesetzliche Frist der 30 Tage. Also müssen die Historiker bei Darstellung des Grundes der plebejischen Unzufriedenheit — wenn wir vom iudicatus ductus absehen, der aus dem vorher angegebenen Anlasse nur in zweiter Linie berücksichtigt wurde — die Lage der insolventen Schuldner, die die Schuld anerkannt hatten, im Auge gehabt haben. Und da ein iudicatus nicht nexus wurde, muss man, wenn man von nexi spricht, immer an insolvente confessi gedacht haben. Wenigstens muss dies bei den älteren — der fraglichen Zeit näher stehenden — Geschichtsschreibern, denen Livius und Dion. ihre Angaben entnommen haben, der Fall gewesen sein.

Wir haben indessen auch beinahe *direkte* Zeugnisse dafür, dass man sich als Bedingung der Konstituierung der Nexusstellung die confessio aeris denkt. In Dion. Hal. 6, 83 wird zwischen den Schuldnern, deren Körper possidiert werden, weil sie ὑπερήμεροι *ταῖς νομίμαις προθεσμίαις* sind, und denen, welche δίκας ἁλόντες ἰδίας ihren Gläubigern überliefert worden sind, unterschieden. Auf diese νόμιμος προθεσμία bezieht sich natürlich auch die Äusserung von Servilius 6, 23: εἰ δὲ μήγε, κώλυσιν τῆς ἀπαγωγῆς τῶν *ὑπερημέρων* κατὰ τὸ παρόν, wie die Erzählung 16, 5: ἀπήχθη πρὸς χρέος τῆς *προθεσμίας* διελθούσης... In 6, 83 wird ja direkt gesagt, dass sich die fragliche gesetzmässige Bezahlungsfrist nicht auf die iudicati und auf Grund des Judikats ducti bezieht. Was anderes *kann* dann gemeint sein als die in die XII Taf. aufgenommene Frist für den confessus (certa pecunia)? Allerdings denkt Dion. in zwei der angeführten Stellen an die Zeit *vor* den XII Taf. Aber da dieselbe προθεσμία auch in 16, 5, wo es sich um die Zeit *nach* den XII Taf. handelt, besprochen wird, spielt der erwähnte Umstand gar keine Rolle. Da nun der nexus von Dion. als ein ἀπαχθείς oder δουλωθείς *πρὸς τὰ χρέα* bezeichnet wird — mit dem negativen Sinne, dass die καταδίκη nicht die nächste Ursache der ductio ist — und da von einem solchen Schuldner in den drei fraglichen Stellen die Rede ist, kann für beinahe *direkt* bezeugt angesehen werden, dass die nexi, über deren Schicksal von den Plebejern geklagt wurde und deren schwere Lage die Historiker schildern, insolvente Schuldner waren, die vorher ihre Schuld vor dem Magistrate anerkannt hatten.

Quint. Decl. 311 sagt, wie schon angeführt worden ist: Quid enim lex dicit? Addictus donec solverit serviat. Im Hinblick auf die übereinstimmende Definition des nexus bei Varro ist offenbar, dass der als nexus durch den Magistrat Konstituierte gemeint ist. Ich finde keinen Anlass zu bezweifeln, dass die Äusserung, die sich hinsichtlich des unbestimmten Ausdrucks: die lex auf die XII Taf. beziehen muss, eine darin gegebene lex richtig wiedergibt (obgleich »serviat» statt des »servito» des Gesetzes geschrieben ist). Allerdings scheint die angebliche lex vorauszusetzen, dass *jeder* addictus ein nexus werden soll, was nicht damit übereinzustimmen scheint, dass auch der iudicatus bei Insolvenz nach der allgemeinen Annahme in der l. a. p. m. i. dem Agierenden vom Magistrate addiziert werden sollte. Diese Annahme ist indessen falsch.

Man beachte zunächst, dass alle Zeugnisse in dieser Hinsicht, die sich auf die Zeit nach der lex Poetelia 428 oder 441? a. u. c. beziehen, nichts beweisen. Denn *obgleich* das Wesentliche dieses Gesetzes vom Standpunkte der aufgeregten plebs direkt die Abschaffung des Nexusinstituts war (siehe oben S. 359), so ist doch völlig unwahrscheinlich, dass nicht auch die Lage der iudicati verändert wurde. Die Aufhebung der Nexusinstitution schloss ja gar nicht in sich, dass nicht weiter ein ducere des Schuldners erfolgen sollte. Sie bedeutete, dass dieser nicht mehr körperlich wie ein Sklave possidiert werden sollte, sondern dass ihn der Gläubiger nur, um Druck auf ihn auszuüben,und wegen seiner Sicherung hinsichtlich der bona gefangen halten sollte, so dass die Schuldexekution *als solche* sich auf die bona einschränkte. Es ist aber unmöglich, dass man das neue Exekutionsprinzip nicht auf die iudicati anwandte, falls man nicht in der Natur des ursprünglichen Grundes des Judikats einen besonderen Anlass fand, die alte Exekution beizubehalten. Nun sagt Livius 8, 28, 8: ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in conpedibus aut in nervo (beachte tab. 3, 3: vincito aut nervo aut compedibus) teneretur; pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. 'Noxam' bedeutet hier dasselbe wie pro peccato poena (siehe oben S. 53). Vgl. Liv. 23, 14, 3, wo auch das Wort noxa in diesem Sinne verwendet wird. Dass die l. a. p. m. i. iud. bei Urteil in öffentlichen Strafsachen nach der lex Poet. geltend blieb, wenn der Kläger eine private Person war, geht aus den zwei Stellen bei Plautus hervor, wo er von der quadruplatio redet: Persa 70 und Truc. 762. Er lässt den quadruplator nach der damnatio *manum inicere*. (Über erstere Stelle siehe MOMMSEN, Röm. Strafr., 1899, S. 180[1].) Die in der lex Ursonensis 1, 3, 1 ff. besprochene manus iniectio iudicati iure mit ihrem iure civili vincire dürfte sich auf einen derartigen Fall beziehen. Es ist völlig undenkbar, dass diese Aktion in den Fällen, wo der Grund des Judikats eine Kontraktsschuld war, weiter hat verwendet werden können. (Natürlich muss man jedoch die von Varro angegebene Ausnahme betreffs des Eintritts in die Nexusstellung auch auf den iudicatus beziehen.) Es ist in der vorliegenden Frage zu beachten, dass bei Plautus manus iniectio als eine juridische Aktion nur in den zwei erwähnten Stellen, also nur im Zusammenhange mit der quadruplatio, mit Sicherheit vorkommt. (In Aul. 197 haben die Worte manum inicit nicht juridische Bedeutung. In Most. 1089 ist der Text unsicher.) Die l. a. p. m. i. *pro iud.* nimmt eine besondere Stellung ein, weshalb sie lange nach der l. Poet. in Kraft gewesen sein kann. Wir haben oben S. 351 ff. nachzuweisen versucht, dass die Grundlage dieser Aktion — ebenso wie ihres gemilderten Nachbildes, l. a. p. m. i. pura — ein tadelhaftes Verfahren war, das jedoch nicht den Charakter eines Privatdeliktes hatte. In drei Fällen ist offenbar ein crimen publicum oder ein sakrales Unrecht die Grundlage. Dies schliesst indessen in sich, dass das Schicksal der debitores iudicati mit dem der confessi im ganzen durch die lex Poetelia ausgeglichen worden ist und dass also alle nur der auf magistratischem iussus ruhenden

ductio unterworfen worden sind. Deshalb sind alle Zeugnisse, die sich auf die Zeit *nach* der lex Poetelia beziehen und in welchen von iudicati als addicti gesprochen wird, als Beweis für eine besondere addictio seitens des Magistrats in der l. a. p. m. i. wertlos. (Dass solche, in welchen Formularprozess berücksichtigt wird, absolut nichts in fraglicher Hinsicht beweisen, braucht nicht gesagt zu werden, da für alle Exekution auf Grund eines solchen Prozesses unzweifelhaft bezeugt ist, dass der prätorische iussus sie bestimmt.) Damit entfällt die Bedeutung solcher sonst anzuziehenden Stellen wie Plautus Poen. 186, 564, 1341 u. 1361; Bacckh. 1205 und Rud. 891, wo übrigens höchst zweifelhaft ist, ob ein iudicatus gemeint ist, aber auch Cic. de or. 2, 63, 255, wo Naevius angeführt wird, und Val. Max. 7, 6, 1 über die, welche nach der Schlacht bei Cannæ trotz ihrer Stellung als addicti oder capitali crimine damnati Kriegsdienst leisten durften, ungeachtet hier wenigstens *auch* iudicati gemeint zu sein scheinen. Dies, weil sie sich auf eine Zeit, die ca. hundert Jahre später als die lex Poetelia ist, beziehen. Wenn wir aber solche Zeugnisse berücksichtigen, die unzweifelhaft über die l. a. p. m. i. iud. berichten, finden wir erstens, dass Gaius in seiner ausführlichen Darstellung kein Wort über eine addictio seitens des Magistrates sagt: I. 4, 21, sondern ganz einfach bemerkt: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Und doch hebt Gaius in anderen Stellen die wesentliche Bedeutung der addictio hervor: so betreffs der in iure cessio: I. 2, 24 und des furtum man.: I. 3, 189. Die letztere Stelle ist besonders wichtig: utrum servus efficeretur ex addictione an *adiudicati* loco constitueretur, veteres quaerebant. Dass »adiudicatus» hier den dem actor in der l. a. p. m. i: verfallenen iudicatus bedeutet, kann wohl nicht bezweifelt werden. Dadurch wird ja bestätigt, dass der iudicatus dem Agierenden nicht addiziert wurde. Sonst müsste Gaius gerade hier, wo über einen *anderen* Fall der Addizierung berichtet wird, anstatt *adiudicati* loco gesagt haben: *propter iudicatum addicti* od. dgl. Man beachte auch, dass ein eventueller Addiktionsakt des Magistrates ein formelles Element der Legisaktion selbst gewesen sein müsste. Denn die ductio hat ja hier ihren Grund entschieden in dem Akte des Gläubigers selbst: dem manum inicere, dessen unmittelbare, natürliche Fortsetzung sie ist, also gar nicht in der magistratischen Macht. Beachte, dass die ductio nur durch ein faktisches *manum depellere* seitens des vindex verhindert werden kann: geht ex contrario aus Gaius I. 4, 25 hervor. Der eventuelle Addizierungsakt müsste also denselben Charakter wie die Addizierung in der in iure cessio gehabt haben. Wie sie hier als eine formelle Approbierung der Vindikation fungierte, die für die Gültigkeit dieses Aktes nötig war, müsste sie im anderen Falle eine formelle Bedingung für die Gültigkeit des manum inicere gewesen sein. Aber dass Gaius ein formelles, notwendiges Element der Legisaktion in seiner Darstellung derselben nicht erwähnt hätte, ist höchst unwahrscheinlich. — Wir haben indessen ein positives Zeugnis in der Frage, nämlich die Erzählung des Sex. Caec. Africanus bei

Durch die Addiktion seitens des Magistrates wurde der Gläubiger ermächtigt, gegenüber dem Schuldner vor dem ersteren einen Nexumakt mit Gewalt vorzunehmen, wodurch der Schuldner persönlich an ihn gebunden wurde, jedoch, wie schon gesagt, ohne sein Eigentum ex iure Qu. zu werden. Daher stammt die Bezeichnung *nexus*. Der fragliche Zwangsakt wird in den Quellen hinsichtlich des Gläubigers *nectere*, hinsichtlich des Schuldners *nexum inire* oder *nexum se dare* benannt. Betreffend die letztere Benennungsweise muss man sich erinnern, dass man bei der Manzipation und der in iure cessio, trotz der Passivität des Subjekts, dessen Eigentum übertragen wird, im Akte als solchen, von einem *mancipio dare*, bezw. einem *in iure cedere* dieses Subjekts spricht. Natürlich ist aber der hier fragliche Akt gar kein *mancipio* dare, weshalb er nur durch

---

Gellius 20, 1, 44, wo wirklich von einer Addiktion seitens des Prätors gesprochen wird. Aber bemerkenswert ist, dass Caec. selbst seine Behauptung auf die Worte des Gesetzes stützt: sic enim sunt, opinor, verba legis. Aber in diesen verba, die von ihm danach angeführt werden und die die l. a. p. m. i. iud. regeln, wird nichts über eine solche Addiktion gesagt. In der lex Ursonensis, die die fragliche Aktion nach dem Vorbilde der XII Taf. regelt, wird auch nicht davon gesprochen. Wenn man daneben beachtet, dass Caec. auch sonst den Inhalt des zugleich wörtlich angeführten Gesetzes fehlerhaft wiedergibt: vocabantur anstatt ducebantur in § 44, muss man das bezügliche Zeugnis als völlig wertlos betrachten und nur an den Worten des Gesetzes festhalten. Mutmasslich beruht die Äusserung über eine Addiktion darauf, dass zu der Zeit, wo Caec. bezw. Gellius lebte, *jede* Personexekution eine Addiktion seitens des Prätors voraussetzte, weshalb ihnen als selbstverständlich erschien, dass bei der höchstpersönlichen Exekution durch die l. a. p. m. i. iud. eine solche Addiktion nötig war. — Schliesslich kann angeführt werden, dass Livius in den oben zitierten Stellen, wenn er von einem iudicatum addictumve, iudicati addictique und iudicati atque addicti spricht, unter addictus eine andere Person als einen iudicatus verstehen muss, weil er sonst in seiner Erzählung über die plebejischen Kämpfe nicht das Schicksal der nexi berücksichtigen würde, welche niemals als iudicati dargestellt werden.

Aus dem Angeführten folgt, dass mit der grössten Wahrscheinlichkeit ein civis Romanus nach den XII Taf. nur dann ein »addictus» war, wenn er durch eine magistratische Jurisdiktion seinem Gläubiger zum Sklavendienste des nexus überliefert wurde. Damit wird auch die Richtigkeit der Angabe von Quintilianus über eine den nexus betreffende lex bestätigt. *Jeder* addictus musste donec solverit servire, aber kein iudicatus wurde ein addictus.

Worte, die sich auf das Verb nectere beziehen, juridisch bestimmt werden kann. Über die Art, wie er vorgenommen wurde, lässt sich nur sagen, dass Handanlegen, Wage, Werfen eines Kupferstückes, die Anwesenheit von fünf testes rogati und des libripens notwendig sind und dass die solennen Worte des Gläubigers *nicht* aio hunc hominem meum esse ex iure Qu., die zur eigentlichen Manzipation gehörenden Worte des Empfängers, gewesen sein können. Die vorher besprochene Begrenzung der Gebundenheit durch die resolutive Bedingung der Bezahlung hat nichts mit dem Akte selbst zu schaffen, sondern ist vom *Gesetze* festgestellt worden.[1]

---

[1] Dass die Nexusstellung durch einen Nexumakt konstituiert wird, geht *erstens* aus Varro l. l. 7, 105 hervor, wo »nexus» in Verbindung mit »nexum» gesetzt wird. Unmittelbar, nachdem er das nexum erörtert und die Meinung von Mucius gebilligt hat, d. h. die Ansicht, dass nexum eigentlich bedeutet 'etwas, was obligiert wird, ohne Eigentum zu werden', sagt er: Liber, qui . . . nexus vocatur, ut ab *aere obaeratus*. Dies muss einschliessen, dass sich die Nexusbenennung auf nexum bezieht. Aber gerade das von Mucius und Varro als nexum Angenommene ist derartig, dass ein schuldbegründender Akt nicht damit gemeint sein kann. Vielmehr denkt Varro an einen solchen Akt, durch den eine freie Person sachenrechtlich an eine andere gebunden wird, ohne deren Eigentum ex iure Qu. zu werden. Hiernach ist klar, dass die Eigenschaft nexus von Varro nicht an ein nexum in der ersteren Bedeutung angeknüpft wird, sondern an einen Akt, der den letzteren Sinn hat.

Wir werden dies durch eine nähere Analyse der Varrostelle deutlicher zeigen. Sie lautet in dem Teil, der hier interessiert, ohne *jede* Korrektur des überlieferten Textes: *Nexum* Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia, Mucius, quæ per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quam mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo querit; nam id est, quod obligatur per libram 'neque suum' fit, inde 'nexum' dictum.

Kretschmar, Sav. Z. 29 (1908), S. 247 legt die Worte über Mucius so aus: »Er schränkt ein: 'Unter Nexum sind nur diejenigen Libralakte zu verstehen, welche zum Verpflichtungszweck geschehen, ausser, wenn zu mancipium *gegeben* wird (praeter quom mancipio *detur*').» Dies soll den Sinn haben, dass von den Manzipationen nur die Übertragung eines Haussohnes in causa mancipii zum nexum gehört. Diese Auffassung ist unmöglich. Sogar die deutsche Übersetzung, die wortgetreuer dem Texte folgt, gibt nicht den beabsichtigten Sinn. Aus der offenbaren Absicht, die Meinung von Mucius der von Manilius entgegenzusetzen (in quo sint mancipia — praeter qu(ǫ̊)m mancipio detur) geht hervor, dass »praeter» hier eine Einschränkung hinsichtlich der Akte per

aes et libram, die in Frage kommen, bedeutet. Vgl. auch Varro's eigene Stellungnahme: id est, quod obligatur . . . *neque suum* fit. Weiter ist das mancipio dare der allgemeine technische Ausdruck für eine Eigentumsübertragung per aes et libram (siehe z. B. Varro selbst r. r. II, 10, 5), gewiss kein spezieller Ausdruck für Übertragung eines Haussohnes in causa mancipii. Siehe übrigens hinsichtlich der Bedeutung des praeter qu(ȯ)m KLEINEIDAM, Pers. exek., S. 82 ff. Aber die Erörterung dieses Verfassers über die Mucius zugesprochene Meinung ist sonst nicht richtig. Er übersetzt »ut obligentur» durch »so dass eine Obligation entsteht», S. 92. Dadurch wird indessen eine Textemendation von »obligentur» in »obligetur» nötig. Der Versuch, dieser Emendation durch Hinweis auf Ausdrücke, wie tradunt, dicunt = *man* erzählt, sagt (S. 93 f.), zu entgehen, ist absolut verfehlt. KRETSCHMAR a. a. O., S. 250 f., der in dieser Frage einen ähnlichen Standpunkt einnimmt (siehe die Übersetzung S. 247[1]), will ihr durch ein einfaches Hinzudenken der Nexumschuldner als Subjekt für »obligentur» entgehen. KÜBLER, Sav. Z. 25 (1904), S. 261[1], der in derselben Lage ist, erklärt ohne weiteres: »Als Subjekt zu 'obligentur' fasse ich homines, und zwar die Schuldner . . .» Mag sein! Aber meint VARRO dies? Warum sollte er sich so schlecht ausdrücken? Nach dem Wortlaute muss man ja quæ . . . fiant als Subjekt denken. Dass Varro selbst dies auch gemeint hat, geht indessen notwendig aus der Darstellung seiner eigenen Ansicht hervor, in welcher er MUCIUS billigt: nam *id* est, *quod obligatur* per libram, neque suum fit. Id quod obligatur ist ja die ganz offenbare Parallele zu quæ per aes et libram fiant, ut obligentur, wie neque suum fit dem praeter qu(ȯ)m mancipio detur entspricht. Daneben muss Kl. in der Übersetzung ein »also» zwischen den Worten obligentur und praeter qu(ȯ)m einschieben, weil das mancipio dare ein spezieller Fall der obligatorischen Rechtsgeschäfte per aes et libram kaum sein kann. Allerdings sagt KÜBLER a. a. O., S. 261, dass eine solche Betrachtungsweise möglich wäre, weil auch die Manzipationen »ein obligatorisches Moment» (durch actio auctoritatis?) enthalten. Aber hier muss die Frage so gestellt werden: Kann die Eigentumsübertragung ein Verpflichten, das zu geben, was übertragen wird, einschliessen? Denn gerade die Eigentumsübertragung *dessen, was obligiert wird*, schliesst ja das mancipio dare von dem *nexum* aus: nam id est quod obligatur p. l. *neque suum* fit. Ausserdem wäre es wohl sehr gekünstelt, das mancipio dare als ein obligatorisches Geschäft deshalb zu bezeichnen, weil der Manzipant das Risiko der Eviktion tragen muss! Im Gefühle des Unnatürlichen der Situation will sich auch KÜBLER so retten, dass er in der Auslegung ein »also» vor dem praeter qu(ȯ)m einschiebt. Aber dieses Wort hat kein Gegenstück im lateinischen Texte. Wenn dem so wäre, würde der Sinn ein anderer sein als derjenige, der aus dem echten Texte hervorgeht. Schliesslich steht in einem gewissen Zusammenhange mit der angegebenen Auffassung, dass KLEINEIDAM, S. 85 ff. die Worte Varro's: nam id est quod obligatur p. l. neque suum fit, inde nexum dictum so auffasst, dass »quod» nicht ein Relativpronomen, sondern die

Konjunktion »weil» wird, was unmöglich ist. Das Subjekt im Satze: quod obligatur würde nur grammatisch sein, während das Subjekt im damit verbundenen Satze: neque suum fit nicht gut nur grammatisch sein kann. Die Worte: nam id est, quod müssten übersetzt werden: »Es ist nämlich, weil», so dass »id» dem deutschen »es», als nur grammatisches Subjekt angewandt, entsprechen würde. (Er weist selbst auf das französische c'est hin.) Das kann doch wohl kein Philologe gutheissen!

Es ist schon oben S. 26 nachgewiesen worden, dass der Gegensatz zwischen Manilius und Mucius nicht die zu *ihrer* Zeit übliche Bedeutung des Wortes nexum, sondern dessen *ursprünglichen* Sinn betrifft — natürlich mit besonderer Hinsicht auf die Worte der XII Taf.: cum nexum faciet mancipiumque. . . Mucius bestimmt es philologisch richtig als *das*, was auf gewisse Weise rechtlich gebunden wird, nicht als den *Akt*, durch den das rechtliche Band geknüpft wird. Allerdings könnten die Worte quæ per aes et libram fiant auf den *Akt* per aes et libram, nicht auf Gegenstände, die durch denselben rechtlich gebunden werden, hinzuweisen scheinen. Aber erstens kann der Satz ut obligentur (scil. *quæ* . . . fiant, vgl. Varro's Darstellung seines eigenen Standpunktes: *id, quod* obligatur) nur so ausgelegt werden, dass besondere Gegenstände mit quæ gemeint sind. Zweitens ist der Ausdruck im Gesetze: nexum *facere* mancipiumque, auf welchen sich natürlich das Passivum *fiant* hier bezieht, zu beachten. Wir werden eine besondere Untersuchung in diesem Ausdrucke vorkommender Worte anstellen.

Zuerst nexum. Nach Beseler, Sav. Z. 45 (1925), S. 428: »Nexus mancipiumque ist Übereignungsakt + Garantieübernahme» ist nexum Akk. von nexus. Aber bei Varro, der ja offenbar den Satz der XII Taf. behandelt, ist nexum ein Neutrum. Also: da nexum von nectere herstammt, ist nexum facere ein rechtlich Gebundenes oder etwas zu einem rechtlich Gebundenen machen. Danach mancipium. Kann etymologisch *manum capium oder *manu capium sein. Wenn manum capium, ist ein Handschlag gemeint, wodurch die Garantiehaftung bei der Manzipation übernommen wird. So Beseler a. a. O. Aber starke Gründe können für die Richtigkeit der anderen Auffassungsweise angeführt werden.

1. Man hat in der Phrase in mancipio alicuius esse, auf manzipierte freie Personen angewandt, offenbar ein althergebrachtes Fachwort: Gaius I. 1, 116, 123, 135, 140 u. 141; 2, 90. Beachte besonders die Zusammenstellung: in potestate (von freien Gewaltunterworfenen und Sklaven), manu (von der Frau), mancipiove (von freien Personen als manzipierten): lex Salp. 22 Rubr.; Val. Prob. 6, 31; lex Cincia a. 550/204; Paulus Vat. fr. 298; fr. 51; Gaius I. 2, 86 u. 3, 163 u. Ulp. Reg. 19, 18. Es ist unmöglich hier zu übersetzen: in Handschlag als Garantieübernahme zu sein. Aber wenn man die Bedeutung manu capium annimmt, Gaius 4, 16: Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam *iusti dominii*, quod *maxime* sua esse crede-

bant, quæ ex hostibus *cepissent*, weiter die juridische Bedeutung des capere (als Eigentum erwerben oben S. 42[1]) bedenkt und schliesslich die Bezeichnung mancipia für *Sklaven* im alten ädilizischen Edikte (Ulp. D. 21, 1, 1 pr.) beachtet, so wird der Sinn des Ausdrucks verständlich. »Manu capere» (im Kriege) schliesst in sich Erwerb des Eigentums im höchsten Sinne. Manu capium: Griff mit der Hand (im Kriege) als Erwerb solchen Eigentums. Aber betreffs Kriegsgefangener, die damit Sklaven werden, passt am besten die Idee eines Griffes mit der Hand als solches Eigentum gebend. Darum »manu capium» im angegebenen rechtlichen Sinne besonders auf Sklaven anwendbar, die ihre rechtliche Stellung im allgemeinen ursprünglich durch Kriegsgefangenschaft erhalten haben. Als sensu eminenti *Gegenstände* des manu capium im angegebenen Sinne werden sie selbst mancipia genannt. In mancipio alicuius esse dann eigentlich = im Handgriffe und *damit* im Eigentume jemandes im höchsten Sinne sein, was dasselbe wie in Sklavenstellung sein ist: in mancipio esse = in *causa* mancipii (servi): Gaius I. 1, 138. u. 2, 160. Es ist hierbei zu bemerken, dass die besondere Beziehung des Ausdruckes mancipium auf Sklaven als im Kriege mit der Hand gegriffen *ursprünglich* gewesen sein muss. Denn es ist völlig unmöglich, dass, *nachdem* mancipium die allgemeine Bedeutung von Eigentumserwerb oder bloss Eigentum im höchsten Sinne, als durch den Akt per aes et libram zuwegegebracht, bekommen hat, welche allgemeine Bedeutung *durch Jahrhunderte fortlebt* (hierüber alsbald), die Bezeichnung des *Sklaven* oder der *Sklavenstellung* durch dasselbe Wort entstanden wäre. Auch ist natürlich, dass das *wirklich* körperlich besitzergreifende manu capere im Kriege als höchstes Eigentum gebend die Vorstellung der Römer früher beschäftigt hat als das nur symbolische manu capere bei einem Manzipationsakte, und dass ersteres das Vorbild des letzteren ist. — Man könnte allerdings gegen diese Ausführungen einwenden, dass gerade der Unterwerfungsakt bei der Gefangennahme ein Darreichen der Hand seitens des zum Gefangenen zu Machenden eingeschlossen haben dürfte. Aber das besondere Eigentumsrecht, das *unzweifelhaft* mit mancipium gemeint ist, wird sonst immer durch die *eigene* Wirksamkeit des *Erwerbenden* erlangt: so bei der Manzipation, so auch bei der in iure cessio. Ausserdem wird, wie schon gesagt wurde, bei Annahme einer solchen Erklärung des mancipium die alte Redensart: in mancipio esse unverständlich.

Indes erheben sich hier die beiden Fragen, erstens, warum nicht von *wirklichen* Sklaven in mancipio esse gesagt wird, und zweitens, in welchem Verhältnisse die *manus* der Frau zum *mancipium* der manzipierten freien Personen steht. Die erste Frage ist *ohne Zweifel* so zu beantworten, dass die Stellung der wirklichen Sklaven der der freien Gewaltunterworfenen hinsichtlich der Gewalt, die ausgeübt wird, analog ist. Über beide Arten von Personen hat der pater familias die potestas, h. e. *im besonderen* ius vitæ ac necis. Hinsichtlich der Sklaven siehe Gaius I. 1, 52, hinsichtlich der patria potestas siehe Pap.

Coll. 4, 8, 1 vgl. mit Dion. Hal. 2, 26. Dagegen existierte ein solches ius weder der Frau, noch den manzipierten freien Personen gegenüber. Man beachte einerseits den Ausdruck in Gaius I. 2, 90: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem ... an autem possessio adquiratur, quæri solet, *quia ipsas non possidemus*. Hier ist zu bemerken, dass das 'non possidere', insoweit es im Gegensatze zur Stellung der der patria potestas Unterworfenen steht, durch welche ja unzweifelhaft 'possessio adquiritur', die *Abwesenheit* des ius vitæ ac necis bedeuten muss. Aber insoweit es im Gegensatz zur Stellung der von uns possidierten eigenen Sklaven steht, durch welche auch 'possessio adquiritur', bedeutet es die Unmöglichkeit, hinsichtlich der fraglichen Personen eine possessio im rechtlichen Sinne zu haben, was nicht möglich ist, weil auch manzipierte freie Personen, trotz ihrer formellen Sklavenstellung, doch nicht der *Behandlung* als Sklaven seitens des formellen Eigentümers *rechtlich* unterworfen sind. Andererseits beachte man Gaius I. 1, 141, wo contumelia als im Verhältnisse zu manzipierten freien Personen rechtlich ausgeschlossen dargestellt wird, woraus natürlich folgt, dass noch weniger ius vitæ ac necis vorliegt. Man beachte nun, dass die Phrase: in potestate manu mancipiove esse eine Art, die *personæ alieno iuri subjectæ* zu bezeichnen, darstellt. Gaius sagt ja I. 1, 50: Videamus nunc de iis, quæ alieno iuri subiectæ sint. In § 51 heisst es: Ac prius dispiciamus de iis, qui in aliena *potestate* sunt. In § 108 wird von denen, die in *manu* sunt, gesprochen. In § 116 heisst es: Superest, ut exponamus, quæ personæ in *mancipio* sint. Es ist dann nach dem Angeführten klar, dass in potestate das sowohl formelle wie materielle Herrscherrecht bedeutet, während in manu ebenso wie in mancipio sich nur auf das formelle Herrscherrecht bezieht. Nach unseren vorhergehenden Auseinandersetzungen über den späteren römischen Begriff: nudum ius Quiritium in §§ 4 u. 12 ist deutlich, dass das formelle Herrscherrecht als solches eine rein innere Oberhoheit bedeutet, deren *Folge* normaliter die Gewalt über die *physische Person* ist, ohne doch ihr Inhalt zu sein noch vollständig eintreten zu müssen. Auch kann der Gebrauch der Kraft, die die innere Oberhoheit einschliesst, nach späterer, im Begriffe nudum ius Qu. hervortretender, Anschauung einer anderen Person zustehen als der, die diese Kraft hat. In den Fällen in manu und in mancipio tritt die Macht über die physische Person als Folge der inneren Oberhoheit insoweit nur unvollständig ein, als ihre stärkste Äusserung: ius vitæ ac necis fehlt. Jedoch ist natürlich die Macht des pater fam. über die uxor in manu keineswegs vom äusseren Gesichtspunkte aus bedeutungslos. Und was die, die in mancipio sind, betrifft, kann die äussere Macht grösser oder kleiner sein. Man vergleiche die freien Personen, die ex noxali causa manzipiert werden, mit denen, bei welchen es nur dicis causa (zwecks Emanzipation oder Adoption) geschieht: Gaius I. 1, 140 u. 141. (Die nähere Untersuchung über die Rechtsfolgen des in mancipio esse unten bei dem Vergleich mit den nexi.) Hierdurch wird völlig klar, weshalb die wirklichen Sklaven nicht durch die

Phrase in mancipio bezeichnet werden. Diese Phrase wird der formellen Sklavenstellung *ohne* potestas = ius vitæ ac necis vorbehalten. Der Charakter der wirklichen Sklaven aber besteht in dieser stärkeren Unterordnung, die durch die potestas bezeichnet wird und die auch bei den freien Gewaltunterworfenen vorhanden ist, hier jedoch ohne Verbindung mit dem Eigentumsrechte. Dadurch wird die hier behauptete ursprüngliche Identität zwischen dem *mancipium* und dem *Eigentumsrecht* im höchsten Sinne *am Sklaven* beleuchtet. In mancipio esse ist: Gegenstand für das rein innere Eigentumsrecht *als Sklave* sein. Wenn man etwas *mehr* ausdrücken will, muss dies auf andere Weise geschehen.

Was die andere Frage, die über das Verhältnis zwischen in manu und in mancipio, betrifft, ergibt sich die Antwort von selbst. In manu ist die uxor, falls der Gatte die formelle oder innere Oberhoheit hat, ohne dass deshalb die formelle oder innere Freiheit aufgehoben ist, und ohne materielle Oberhoheit. In mancipio ist die manzipierte freie Person, insoweit formelle oder innere Oberhoheit ohne die materielle besteht, aber die formelle oder innere Freiheit dadurch verloren ist. Gerade dieser das rein Formelle betreffende Gegensatz tritt so deutlich wie möglich in Gaius I. 1, 123 hervor: ⟨illa⟩ quidem, quæ coemptionem facit, ⟨non⟩ de⟨ducitur⟩ in servilem condicionem, ⟨at a parentibus et a coemptionatoribus⟩ mancipati mancipatæve servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut . . . (Erbschaft oder Legat nur durch testamentarische Freilassung möglich) sed differentiæ ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipi(a)ntur, quibus servi; *quod non similiter ⟨fit i⟩n coemptione.* (Dass wir es hier mit starker Mystik, die jedoch für das römische Rechtsleben die höchste Bedeutung hatte, zu tun haben, ist nach unseren vorhergehenden Untersuchungen klar. Was frei oder nicht frei ist, ist hier der *rein innere animus* der fraglichen Personen. Er kann sogar *dann* frei sein, wenn eine andere Person die eigentliche potestas: das ius vitæ ac necis hat.) Man versteht indessen auch gut die altherbrachte spezielle Zusammenstellung in manu mancipiove esse als Bezeichnung für die formelle Oberhoheit ohne die materielle. Uxor in manu und die in mancipio stehenden Personen wurden deshalb als eine Gruppe für sich betrachtet. Gellius sagt N. A. 18, 6, 9: matrem autem familias appellatam esse eam solam, quæ in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset. Da nun die Phrase sonst *immer* in manu mancipio*ve* lautet und da Gaius ganz zweifellos (vgl. I. 1, 108 ff. u. 116 ff.) das in manu esse und das in mancipio esse als Alternativen behandelt, liegt wahrscheinlich ein Irrtum von Gellius vor, trotzdem er sich in § 8 auf idonei . . . enarratores beruft, so dass er *que* anstatt *ve* geschrieben hat. Er irrt auch sicher, wenn er von einem in manu mancipioque esse auch bezüglich des gewaltunterworfenen maritus (anstatt in potestate) spricht. Aber die Äusserung von Gellius scheint darauf hinzuweisen, dass man in dem Ausdrucke das

in manu oft so stark mit dem mancipiove verbunden hat, dass man von der uxor in manu die erwähnte Zusammenstellung gebraucht hat, wenigstens wenn die Manusstellung durch coemptio entsteht. Man bemerke auch, dass die Verwandtschaft zwischen der Stellung in manu und der in mancipio stark hervorgetreten sein muss, da beide durch die manus konstituiert werden. Der Ausdruck manus betreffs der uxor dürfte sich auf eine ursprüngliche *Raubehe* (beachte die Legende vom Raube der Sabinerinnen) beziehen. Der Sklave als Kriegsgefangener, die uxor als durch die manus des Gatten heimgeführt haben hinsichtlich ihrer rechtlichen Stellung eine sehr ähnliche Grundlage, was auch in der späteren normalen Art für die Entstehung der Manusstellung: der coemptio mit ihrem symbolischen Handgriffe hervortritt.

2. In dem bekannten Fachausdrucke mancipio dare bezw. mancipio accipere, der schon bei Plautus vorkommt, kann mancipio nicht Ablativus sein, wie doch notwendig wäre, wenn ein Handschlag gemeint wäre. Es muss im Hinblick auf die analogen Ausdrücke foenori, pignori, mutuo, hypothecæ dare, bezw. accipere Dativus finalis sein. Plautus verwendet auch die Ausdrücke mancipio promittere und poscere, in welchen mancipio nicht Ablativ sein kann. Siehe Krüger, Gesch. der cap. dem. I (1887), S. 109 und vgl. Voigt, Die XII Tafeln II (1883) § 84 A. 1 in fine. Als Dativus finalis *muss* das Wort »zum Eigentumserwerb» oder nur »zum Eigentum im höchsten Sinne» — hier jedoch notwendig hinzuzudenken »durch einen Akt per aes et libram» — bedeuten. Wenn man nun bedenkt, *dass* betreffs der res mobiles die Regel gilt, dass sie nur anwesend manzipiert werden können und nur so viele, wie *manu capi* possunt (Ulp. Reg. 19, 6), *dass* ferner nach Gaius zum Manzipationsakte ein rem tenere seitens des Empfängers gehört (I. 1, 119) und *dass* Gaius (§ 121) betreffs der res mobiles die Notwendigkeit des adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur hervorhebt und sogar die Bezeichnung der Manzipation in diesem Zusammenhang aus dem manu capere ableitet, wird die Sache unzweifelhaft. (Natürlich ist die Ausnahme betreffs der res immobiles so zu erklären, dass der Manzipationsgebrauch von den res mobiles auf die Immobilien übertragen wurde, auf welche doch das wirkliche manu capere nicht angewendet werden konnte, weshalb man dasselbe hier nur fingieren musste.) D. h. mancipio dare bezw. accipere ist ein Überliefern bezw. Empfangen zum Eigentumserwerb oder Eigentum im höchsten Sinne auf die Weise, dass die Sache zum Nehmen mit der Hand überliefert, bezw. empfangen wird. Das unmittelbar körperlich wirksame Ergreifen von Kriegsgefangenen ist in ein symbolisches Nehmen übergegangen und hat seine ursprüngliche Fähigkeit, Eigentum zu geben, auf sein Symbol übertragen. Dies ist so geschehen, dass ein Kauf Zug um Zug wenigstens dargestellt wurde. Damit wurde auch der Umfang des mancipium, eig. Handgriff als Eigentum im höchsten Sinne begründend, von den Sklaven zuerst auf alle res mobiles, die Gegenstände solchen Eigentums sein können, ausgedehnt und danach auch auf die res immobiles.

Res mancipi, bezw. res nec mancipi bedeuten also Dinge, die Gegenstände eines *Eigentumserwerbs* im höchsten Sinne durch den Akt per aes et libram sein können, bezw. nicht können. Man beachte, dass, wenn servitutes praediorum rusticorum als res mancipi bestimmt werden, sie auch als *res* incorporales angesehen werden (Gaius I. 2, 17 u. 28—29), wodurch sie als Gegenstände für Eigentum hervortreten.

Dieselbe Bedeutung hat mancipium im Fachausdrucke *lex mancipii*. Nach römischer Anschauung konnte der seine Sache zu Eigentum Übertragende eo ipso eine den Eigentumsübergang betreffende lex geben, die als eine lex der Sache selbst betrachtet wurde: legem suæ rei dicit (D. 23, 4, 20, 1). Siehe Bruns[7], 1, S. 282 ff. cap. 1: Leges dictæ rebus communi sacrove usui destinatis. Vom Verkäufer wurde in Übereinstimmung damit durch eine an den Akt per aes et libram angeknüpfte Nunkupation die lex mancipii ausgesprochen. Ausführlich hierüber später. Hier sind nur folgende Stellen anzuführen: Cic. de or. 1, 39, 178: ... in mancipii lege dixisset, Varro l. l. 6, 74: ab eo ascribi coeptum in lege mancipiorum ... und Ulp. D. 8, 2, 17, 3: hæc lex [traditionis] ⟨mancipii⟩ ... Wenn man das vorher über das Wort mancipium Gesagte, weiter die Phrase: legem suæ rei dicere und ihren Sinn, schliesslich den Umstand, dass *anstatt* lex mancipii auch lex *fundi, praedii, aedium* od. dgl. gesagt werden kann (siehe z. B. Paulus-Alfenus D. 18, 1, 40, 1 u. 8, 2, 33 u. Varro l. l. 5, 27) beachtet, kann kein Zweifel darüber herrschen, dass lex mancipii das den zur Manzipation gehörenden Eigentumserwerb betreffende Gesetz, das durch die Nunkupation konstituiert wird, bedeutet. Nun ist auch zu bemerken, dass, wenn Cicero anstatt des Ausdrucks *in lege mancipii* dicere den kürzeren *in mancipio* dicere verwendet (so de or. 1, 39, 178 u. 179 u. de off. 3, 16, 67), letzterer Ausdruck dasselbe bedeuten muss. Dies wird auch durch die Ausdrucksweise in dem in der formula Baetica gegebenen Formular für fiduziarische pacta bestätigt: Mancipio pluris HS n(ummo) I invitus ne daret, neve satis *secundum mancipium* daret, neve ut in ea verba, quæ in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret ... Secundum mancipium *kann* hier nur der *lex* mancipii gemäss bedeuten. Von dem fraglichen gewöhnlichen satis dare ist die Rede in Varro l. l. 6, 74: ab eo ascribi coeptum est in *lege* mancipiorum: 'Vadem ne poscerent nec dabitur'. Aber dadurch ist nachgewiesen worden, dass in dem *einzigen* Falle, wo man in Frage ziehen *könnte*, ob nicht mancipium im Sinne des Manzipationsaktes als hergebrachter, juridischer Kunstausdruck angewandt werden konnte, dies nicht der Fall ist. Mancipium als der Manzipationsakt, das bei dem sonst von mancipium und mancipare sprechenden Plautus nicht vorkommt (Krüger a. a. O., S. 120—121), muss ein späterer, nicht juridischer Ausdruck sein, der auf dieselbe Weise entstanden ist, wie nexum, mutuum, depositum, commodatum, legatum u. dgl. Bezeichnungen des *Aktes* geworden sind, durch den sie — in ursprünglicher Bedeutung — zustandegebracht werden. Vgl. oben S. 26. (Im ganzen bin

ich hier der m. E. stichhaltigen Beweisführung HANS KRÜGER's gefolgt, habe aber selbständig die grundlegende Idee und ihre Entwicklung dargestellt.)

3. Es fehlt im Manzipationsakte jede Spur eines Handschlags — eines manu*m* capium. — BESELER a. a. O. zieht die analogen Gebilde: princeps, auceps, vesticeps, particeps, forceps an, um wahrscheinlich zu machen, dass manceps bezw. mancipium sich auf ein capere bezieht, das manus zum Akkusativobjekte, nicht Adverbiale hat. Aber ebensogut könnte man artifex, opifex, aedificium, mirificus u. dgl. anziehen, um zu beweisen, dass in beneficium das bene nicht die Art des facere bezeichnet. Beachte übrigens us*u*capio. Die Verwandtschaft zwischen capi*o* (Subst.) und capiu*m* kann wohl nicht bestritten werden. Natürlich muss man jedenfalls in erster Linie die älteste bekannte faktische Bedeutung des Wortes berücksichtigen. — BESELER beruft sich indessen auch auf Plautus Curc. 515: Ego mancipem te nil moror nec lenonem alium quemquam. Manceps soll hier auf Grund der Stelle 494 ff., wo die Unfähigkeit des Kupplers als eines Verkäufers der res mancipi hervorgehoben wird, der mancipio dans sein, nicht derjenige, der im Manzipationsakte nach der entgegengesetzten Meinung mit der Hand nehmen, manu capere, soll. Aber warum kann in 515 die wirtschaftliche und moralische Unbrauchbarkeit des Kupplers in solchen Situationen, wo eine besondere Garantie erforderlich ist, nicht in *anderer* Weise ausgedrückt werden? Eine solche Situation liegt ja auch im Falle manceps nach dem technischen Sinne des Wortes vor: manceps ist derjenige, der a populo emit conducitve: Festus v. manceps p. 151 M. Er ist idem praes: Festus a. a. O. u. BRUNS[7] N:o 170, III, 17—18, haftet also mit seinem ganzen Vermögen wie ein praes und muss, um unmittelbarer Exekution zu entgehen, hinreichende andere praedes und auch praedia als Sicherheit stellen: BRUNS[7] a. a. O., I, 7 und Cic. in Verrem II, 1, 54, 142. Der Kuppler ist für die Mancepsstellung unbrauchbar, will der bei Plautus Redende sagen. Weder hat er selbst etwas als *wirkliches* Eigentum, noch kann er praedes und praedia als Sicherheit stellen. Da der *manceps* vom Staate kauft — vielleicht ursprünglich nur Kriegsgefangene, die e praeda sub corona verkauft werden (Varro r. r. 2, 10, 4): *mancipia* — ist verständlich, dass er als manu capiens (manceps) bezeichnet wird. (Auch als conductor — sogar als conductor operis — was wohl eine *später* vorhandene Möglichkeit war, wobei die Verwendung des Namens manceps von den vom Staate Kaufenden auf die vom Staate Mietenden ausgedehnt wurde, ist er jedenfalls derjenige, der etwas vom Staate *empfängt*.) Davon die Bezeichnung, die also völlig mit der Auffassung des mancipium als eines man*u* capium übereinstimmt. (Gegen BESELER's Ansicht, dass der mancipio dans als manceps bezeichnet worden sei, weil er durch Handschlag sein wirkliches Eigentumsrecht im Momente des Aktes garantieren sollte, kann im übrigen eingewandt werden, dass er doch nicht *selbst* als der die manus — der Gegenpartei — capiens betrachtet werden

konnte, da derjenige, der verspricht, die Hand *darreicht*, der das Versprechen Akzeptierende die Hand *nimmt*.)

Nexum facere mancipiumque in den XII Taf. muss also bedeuten: ein (rechtlich) Gebundenes und Eigentumserwerb oder bloss Eigentum im höchsten Sinne machen, wobei jedoch ein Akt per aes et libram, durch den dies geschieht, hinzuzudenken ist. Man kann dies auch so ausdrücken: etwas zu einem (rechtlich) Gebundenen und zu Eigentum im höchsten Sinne (scil. in einem Akte per aes et libram) machen. Damit ergibt sich die Bedeutung der Worte Varro's: quæ per aes et libram fiant, ut obligentur . . . (Mucius), bezw. nam id est, quod obligatur per libram von selbst. Sie bedeuten: was per aes et libram zu einem rechtlich Bestimmten so gemacht wird, dass es rechtlich gebunden wird, bezw. was per libram rechtlich gebunden wird. Also ist nach Mucius und Varro das nexum auf im Akte vorkommende Gegenstände, die durch denselben einen gewissen rechtlichen Charakter erhalten, zu beziehen, nicht auf den Akt selbst, während Manilius das nexum als den Libralakt selbst betrachtet. — Kübler a. a. O., S. 264 hält — gegenüber Schlossmann — für unmöglich, dass Varro »das eine Mal — bei der Erklärung des Manilius — unter Nexum das Rechtsgeschäft, das andere Mal — bei der Erklärung des Mucius — nektierte Sachen» verstehen sollte. In diesem Punkte könne er nicht nachgeben! Selbst bei Varro würde die Härte unerträglich sein, indem er innerhalb desselben Satzes die Bedeutung des zu erklärenden Wortes wechseln würde. Es ist nicht leicht, diesen so energisch vorgebrachten Einwand zu verstehen. Kann nicht Mucius nach Varro in das zu erklärende Wort eine andere Bedeutung hineinlegen als Manilius, ohne dass sich Varro, der ja ersteren billigt, eines Bedeutungswechsels in demselben Satze schuldig macht?? Liegt eine logische oder grammatische »Härte» darin, dass Varro über die beiden Meinungen in demselben Satze berichtet?? Oder sollte die »Härte» darin liegen, dass Varro *zwei* Gegensätze zwischen beiden hervorhebt: den *einen*, dass nexum für Man. der *Akt* p. aes. et l., für Mucius das *Produkt* eines solchen Aktes ist, den *anderen*, dass nicht *jeder* Akt p. aes. et l. sich nach Mucius auf das nexum bezieht??

Wir untersuchen danach, was unter den Worten: ut *obligentur*, bezw. dem entsprechenden: id est, quod *obligatur* p. l. zu verstehen ist. Dass nicht Obligierung im schuldrechtlichen Sinne gemeint wird, ist schon oben S. 371 f. bewiesen worden. Es ist unmöglich, dass mancipio dare ein spezieller Fall des obligare im schuldrechtlichen Sinne derart ist, dass bei einer gewissen Art des verpflichtenden Rechtsgeschäftes das Eigentumsrecht an dem, zu dessen Leistung man verpflichtet wird, übertragen wird, was hinsichtlich der parallelen Worte Varro's: id quod obligatur neque suum fit der Sinn auch der Mucius betreffenden Worte werden müsste, wenn obligare hier schuldrechtliche Bedeutung hätte. Deshalb ist Mommsen's Konjektur Sav. Z. 23 (1902) S. 349[1]: nam id *aes* (für est) quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum

dictum, verfehlt, trotzdem er sich auf Festus p. 165 M. »wahrscheinlich aus eben dieser Stelle»: nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur beruft. Da neque suum fit unbedingt auf Grund der Mucius zugeschriebenen Worte: obligentur praeter qu(ā)m mancipio detur, welchen Varro selbst beistimmt und welche er durch die Etymologie des Wortes nexum stützen will, hier: »und nicht Eigentum wird» oder »ohne Eigentum zu werden» bedeuten muss, würde die Übersetzung lauten: »Denn das Geld, das man durch einen Akt mit der Wage schuldig wird, ohne dass es Eigentum (des Gläubigers) wird, ist zufolge dessen etc.». Man würde also einem so Geld schuldig werden *können*, dass dieses das Eigentum des Gläubigers wird. SENN a. a. O., S. 70—71 versucht die Schwierigkeit durch Hinweis auf Ulp. D. 50, 16, 213, 1 zu lösen, wo der Ausdruck aes suum in seinem Gegensatze zu aes alienum als Forderung im Gegensatze zu Schuld erklärt wird. Die Worte Varro's sollen darauf beruhen, dass er an folgenden Fall denkt: »une personne a reçu une somme d'argent, cette *pecunia* a fait l'objet d'une obligation *per aes et libram*, l'emprunteur s'est engagé à la restituer et, en conséquence, la somme reçue ne peut figurer à son actif». Ist denn Varro verwirrt gewesen? Gewiss gehört die empfangene Darlehnssumme, die das Eigentum des Schuldners werden muss oder wenigstens von ihm als Bezahlungsmittel muss verwendet werden können, um ihm von Nutzen zu sein, zu seinem »actif». In seinem Kassabuche steht sie unter den Aktiva. Dass die Verpflichtung, ebenso viel Geld zurückzubezahlen nicht zu den Aktiva gehört, ist allerdings sicher. Aber wie könnte *irgend* eine Schuld zu den Aktiva einer Person gehören? Die Worte neque suum fit beabsichtigen ja die Angabe einer Einschränkung des Gebietes für id quod obligatur. Ein ähnlicher Einwand kann natürlich gegen den Versuch, neque suum direkt durch aes alienum zu erklären (so KARLOWA, R. Rg. 2, S. 552) gemacht werden. Im Hinblick auf die Korrespondenz dieser Worte mit der Einschränkung von Mucius, *muss*, wie schon gesagt worden ist, suum hier Eigentum und nichts anderes bedeuten. — HUVELIN erklärt DAREMBERG — SAGLIO, v. nexum S. 80 suum als sui iuris (auf den Schuldner bezogen), was sowohl philologisch wie sachlich unmöglich ist — letzteres, weil der Schuldner bei unterlassener Bezahlung weder Sklave des Gläubigers wird noch unter dessen familienrechtliche potestas kommt.

Nicht genug, dass das fragliche obligare in seiner *Allgemeinheit* nicht schuldrechtliche Bedeutung haben kann, es kann sogar *auch* nicht neben anderem das schuldrechtliche obligare einschliessen. Denn für dieses Gebiet ist die Frage, ob durch das bezügliche Rechtsgeschäft Eigentum entsteht oder nicht, völlig sinnlos. Die einzige natürliche Auffassung des obligare ist hier die, dass gewisse *Gegenstände* eine rechtliche Qualität durch den Akt erhalten, wie besonders aus dem Ausdrucke: quæ . . . *fiant*, ut obligentur hervorgeht. Das *fiant* muss, wie nachgewiesen worden ist, im Hinblick auf den Satz der XII Taf.: cum nexum faciet mancipiumque durch »zu etwas gemacht werden»

übersetzt werden. Aber wenn auch von demjenigen, was man zu liefern schuldig ist, gesagt werden kann, dass es obligatur (vgl. Festus v. nexum p. 165 M.: nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum *obligatur* und Varro l. l. 5, 182: is, qui *alligat* pecuniam, stipulari), so ist es doch unmöglich zu sagen, dass es durch das obligatorische Rechtsgeschäft in rechtlicher Beziehung zu einer anderen Sache gemacht wird. Das Band, das durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft konstituiert wird, trifft doch juridisch nicht die Sache, die man schuldig wird, sondern den Schuldner.

Es ist also schlechthin notwendig, das Wort obligare im sachenrechtlichen Sinne zu fassen. Quae . . . fiant, ut obligentur ebenso wie id quod obligatur muss auf einzelne Gegenstände, die für den Akt Objekte sind, bezogen werden. SCHLOSSMANN, Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren (1904), der quæ, bezw. id quod richtig auf einzelne Gegenstände, die durch den Akt rechtlich bestimmt werden, bezieht, erklärt in Übereinstimmung mit seiner allgemeinen Anschauung von dem nexum »obligare» bei Mucius und Varro als »verpfänden»: S. 27 ff. Diese Auslegung ist keineswegs an sich unmöglich, obgleich man die Auffassung der Stelle, die SCHL. hat, für im ganzen unrichtig halten muss. Die Einschränkung praeter qu(ŏ)m mancipio detur würde dann einschliessen, dass nexum ist, was durch einen Libralakt verpfändet wird, ohne damit das Eigentum des Pfandgläubigers zu werden, wie es bei der Verpfändung durch fiduziarische Manzipation der Fall ist. Das nexum, das mit dem Eintritt einer Person in die Nexusstellung vorhanden ist, hat ja auch durch die resolutive Bedingung — dum solveret — Pfandcharakter. Doch ergibt eine nähere Untersuchung, dass das Wort obligare, das sich, wie nachgewiesen worden ist, auf einzelne Gegenstände bezieht, die weitere Bedeutung rechtliches Binden überhaupt hat. Das Wort obligare wird zu Mucius' Zeit als Fachausdruck für verpfänden angewandt, wie aus der lex agraria 643/111 v. 48 u. 74 hervorgeht. (Unrichtig behauptet HUVELIN a. a. O., S. 72, dass obligare im sachenrechtlichen Sinne erst im 8. Jahrh. a. u. c. profan gebraucht wird.) Dass es aber auch im Sakralrechte früh als Bezeichnung für das sachenrechtliche Binden gebraucht wird, das eine Sache zum *Eigentum* ohne weiteres macht, ist vorher dargelegt worden (oben S. 28). Es hat also eine sehr weite sachenrechtliche Bedeutung gehabt. Wenn es auch nicht betreffs des Privateigentums in *Gebrauch* gewesen ist, so passt es doch hinsichtlich seiner allgemeinen Bedeutung auch auf diesen Fall. Aber hier wird von Mucius und besonders Varro eine Erklärung des ursprünglichen Sinnes des nexum beabsichtigt. Nun war ihnen ohne weiteres klar, dass nexum nur durch einen Akt per aes et libram konstituiert wird. Aber ein solcher Akt ist immer als ein *nectere* bezeichnet worden. Das Wort *nectere* muss angesichts der übereinstimmenden Ausdrucksweise von Cicero und Livius (siehe oben S. 359) in der lex Poetelia gestanden und sich in ihr auf den Akt, durch den die Nexusstellung eintritt, bezogen haben. Gallus Aelius (Festus p. 165 M.) bezeichnet jeden Akt per aes et

libram als ein nectere. Unter solchen Umständen würde völlig unverständlich sein, weshalb Mucius und Varro nicht das Wort nectere in der Erklärung des ursprünglichen Sinnes des nexum erwähnt haben, wenn sie nicht *ein anderes, dieses Wort ersetzendes und die gleiche Bedeutung besitzendes* an dessen Stelle aufgenommen hätten. Es *findet sich* indessen bei ihnen ein solches Wort, und dies ist *obligare*, das auch sonst für nectere eingesetzt wird (oben S. 27[1]) und *an sich* dieselbe Bedeutung hat. Damit wird die ganze Situation wie die eigentliche Streitfrage völlig klar. Dass auch der Akt per aes et libram, der ein mancipio dare ist, ein *nectere* einschliesst, wird von Mucius durch die Worte quæ ... fiant, ut *obligentur*, praeter qu(ŏ)m mancipio detur ebenso wie von Varro selbst durch die Worte id quod per libram *obligatur* neque suum fit vorausgesetzt. Aber der Unterschied zwischen der Auffassung von Manilius und der von Mucius und Varro liegt darin, dass ersterer nexum und nectere identifiziert, während letztere zwar das nexum als durch ein nectere-obligare konstituiert auffassen, aber bestreiten, dass das nectere, was mancipio dare ist, ein nexum herstellt. Nexum ist deshalb nach Varro *nicht*, was nectitur (obligatur), sondern was so nectitur, dass es damit nicht *suum* (alicuius) wird. Dies *neque suum* fit (durch das nectere-obligare), bei welchem an das *nexum facere* zu denken ist, gibt auch nach der kühnen Etymologie Varro's die Erklärung des Wortes nexum. Also: das Verhältnis zwischen dem nectere-obligare und dem nexum, von dem der engere oder weitere Umfang des nexum abhängt, ist der offenbare Streitapfel.

Nun ist weiter noch eines hervorzuheben, hinsichtlich dessen Manilius, Mucius und Varro völlig übereinstimmen. Dies ist, dass es schon von Anfang an ein nexum gab, das Manzipation als *mancipio dare nicht* einschloss und deshalb *nur* als nexum bezeichnet werden konnte. Wie LENEL, Sav. Z., 23 (1902) S. 87 u. 91 ff. (wie SCHLOSSMANN) hinsichtlich des »nexum mancipiumque» in den XII Taf. behaupten kann, dass die Ausdrücke nur verschiedene Seiten *desselben* Aktes bezeichnen, und diese Auffassung in die hier fragliche Stelle hineinzulegen vermag, ist mir bei der unzweideutigen Ausdrucksweise: *in quo* sint mancipia, praeter qu(ŏ)m mancipio detur u. neque suum fit sowie angesichts des Umstandes, dass Cic. de rep. 2, 39, 54 über *nexa* civium spricht, von welchen wir *wissen*, dass sie nicht mancipio dare einschlossen, völlig unverständlich. Dass Cic. *auch*, ja vorzugsweise das mancipio dare als nexum bezeichnet, kann wohl nicht beweisen, dass er ein historisches nexum, das nicht mancipio dare einschloss, nicht anerkenne. — *Nur* darüber stritt man, ob ursprünglich nexum einen so weiten Sinn hatte, dass *auch* mancipio dare unter den Begriff fiel. Obgleich zu Mucius' Zeit das nexum diese weite Bedeutung tatsächlich hatte, kann natürlich die Auffassung von Mucius und Varro betreffs der ursprünglichen Verwendung des Wortes zutreffen und der Gebrauch dieses Wortes *später* auf eigentliche Manzipationen ausgedehnt worden sein. (Deshalb würde gar nicht, wie LENEL voraussetzt, eine Ausdehnung vom Gebiete

---

des Schuldrechts auf das des Sachenrechts stattgefunden haben, sondern nur von einem gewissen sachenrechtlichen Erwerb per aes et libram auf einen jeden solchen.)

Wir können jetzt die Varrostelle, *ohne mehr als einen Buchstaben* im überlieferten Texte zu ändern (a in quam ist ein Schreibfehler für o, wie er nach Angabe meines Kollegen, Herrn Professor H. SJÖGREN, in alten lateinischen Hss. oft vorkommt, und der in unserm Falle den *Sinn* der Stelle nicht verändert; siehe auch die Angabe bei KÜBLER a. a. O., S. 258 über eine gewisse Tendenz des Schreibers der Florentiner Handschrift, die Formen quom, quoius, quoi, quor zu vermeiden), auf folgende Weise übersetzen: »Nexum, schreibt Manilius, ist jeder Akt durch Wage und Kupfer, wozu auch das Geben zu Eigentum sensu eminenti gehöre. Mucius meint, es sei, was (in seinem rechtlichen Charakter) durch Kupfer und Wage so zustande kommt, dass es rechtlich gebunden wird, wenn man die Fälle ausnimmt, wo Übertragung zu Eigentum sensu eminenti stattfindet. Dass dies richtiger ist, zeigt das Wort selbst, betreffs dessen er fragt. Denn es bedeutet, was durch die Wage (rechtlich) gebunden wird, *ohne zu Eigentum* gemacht zu werden (*neque suum* fit), was auf Grund dessen (*neque suum*) *nexum* benannt worden ist.» Da der Text unversehrt mit der erwähnten höchst geringfügigen, den Sinn nicht betreffenden Ausnahme (die völlig notwendige Änderung von e zu ae in querit braucht nicht besonders erwähnt zu werden) einen völlig klaren, mit anderen Quellen übereinstimmenden Sinn gibt, muss man jede eingreifendere Emendation für willkürlich halten und dieser Meinung den wissenschaftlichen Vorzug geben, gerade deshalb, weil sie sich ohne gewöhnliche, gewaltsame Emendationen ergibt. GOETZ und SCHOELL emendieren in ihrer Textedition an drei Stellen — ausser betreffs des quam — wodurch ein ganz anderer Sinn entsteht!

KÜBLER und KRETSCHMAR wollen zwar den Text unversehrt behalten, geben aber eine Übersetzung desselben, die Textemendation notwendig macht.

Varro stellt nun den nexus in so innige Verbindung mit dem nexum, dass er ersteres Wort nicht direkt aus nectere ableiten will, sondern es durch nexum (= neque suum!) als eine sekundäre Bildung erklärt, wie *obaeratus* durch *aes* zu erklären sei. Also muss Varro vorausgesetzt haben, dass der nexus ein nexum sei, folglich eine Person, die sachenrechtlich zugunsten einer anderen Person gebunden wird, ohne doch ihr Eigentum zu werden — dies durch einen Akt per aes et libram. Da indessen, wie schon nachgewiesen worden ist — mit Stütze u. a. auch in den Schlussworten der Varrostelle — die Nexusstellung notwendig auf Grund der Jurisdiktion des Magistrates, vor den der insolvente Schuldner gebracht wird, eintritt, muss hier ein Zwangsnectere vorgelegen haben.

Zweitens tritt dasselbe Zwangsnectere in Cic. de rep. 2, 34, 59 hervor, wo

die Abschaffung desselben (durch die lex Poetelia) besprochen wird: . . . cum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum. Die Worte propter unius libidinem beziehen sich auf das von Livius 8, 28 erzählte Ereignis. Ein in Einzelheiten ähnliches Ereignis wird von Val. Max. 6, 1, 9 erzählt, allerdings nicht in Zusammenhang mit der Entstehung der lex Poet. gebracht. Ein Jüngling musste ob aes alienum paternum (Liv. § 2) oder propter domesticam ruinam et grave aes alienum (Val. Max.) nexum se dare und war dann der schändlichen Begierde des Gläubigers, dem er verfallen war, ausgesetzt. Natürlich kann deshalb bei Cicero nur von der Abschaffung dieses nexum se dare und von der Befreiung derer, die ihm vorher unterworfen worden waren, die Rede sein. Nun wird sowohl bei Cicero wie bei Livius vom Ende des persönlichen necti gesprochen: Liv. § 1: necti desierunt und § 8: cautumque in posterum, ne necterentur; Cic.: nectierque postea desitum. Das fragliche nexum wurde also mit *necti* bezeichnet. Bei Varro l. l. 7, 105 in fine wird hinsichtlich der lex Poet. gesagt: et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, [dissoluti] ⟨sed soluti⟩ (Müller). Wie unter solchen Umständen — nexum trat auf Grund schon bestehender Schuld ein, *unmittelbar* mit dem nexum war die Schuldsklaverei da, das Ende des necti wird auch durch: ne essent nexi bezeichnet — im Ernste diskutiert werden kann, dass die von Cic. besprochenen nexa civium, bezw. nectier auf etwas anderes als die Konstituierung der Nexusstellung, h. e. der rechtlichen Sklaverei auf Grund der Schuld und der Insolvenz, bezogen werden können, ist wenigstens mir völlig unverständlich. Aber ebenso verkehrt ist es, die fraglichen nexa so aufzufassen, dass der Schuldner ohne weiteres ins Gefängnis kam, da man ja bei Cic. selbst de or. 3, 40, 159 diese Definition des nexum findet: nexum quod per libram agitur, vgl. Gallus Aelius bei Festus v. nexum p. 165 M., da weiter in der letzteren Stelle ausdrücklich gesagt ist, dass nexum auch necti genannt wird, und da in Cicero de rep. a. a. O. — wie bei Livius — dieser Fachausdruck wiederkehrt. Doch liegt eine gleiche Vergewaltigung der Quellen vor, wenn man hier an eine freiwillige Selbstbindung per aes et libram denkt. Man setzt sich dann souverän nicht nur über die völlig unzweideutige, durchgehende Darstellung der nexi bei *sowohl* Livius *wie* Dion. Hal., die die Nexusstellung auf eine Jurisdiktion (διάγνωσις) des Magistrats zurückführen, sondern auch über die Äusserung Varro's betreffend der Stellung der Schuldner *nach* der lex Poet. hinweg. (Siehe oben S. 359 ff.) Im übrigen ist auf die obige Darstellung (S. 362) der Absurditäten hinzuweisen, in welche man gerät, wenn man die lex Poet. als *Schuld begründende* Nexumakte abschaffend fasst, und auf die im Texte oben S. 369 gegebene Widerlegung des Einwands, dass die Ausdrucksweise nexum se dare die Freiwilligkeit des Aktes voraussetze: weder das dare mancipio noch das cedere in der in iure cessio schliesst eine formelle, positive Handlung seitens des dans, bezw. des cedens ein, welche seine freiwillige Mitwirkung notwendig machen würde. Schliesslich mag

bemerkt werden, dass der Einwand, die Manzipation, mit welcher der fragliche Nexumakt jedenfalls zusammengehört, obgleich er nicht eine Manzipation im eigentlichen Sinne ist, dulde keine Bedingung, die hier dargestellte Auffassung gar nicht trifft. Wir haben ja in der vorhergehenden Anmerkung nachweisen wollen (oben S. 362 f.), dass sowohl die Nexusstellung selbst wie ihre resolutive Bedingung — *dum solveret* — vom Gesetze geregelt war. Aber dass auch das Eigentum, das durch die Manzipation konstituiert wurde, unter solche »resolutive Bedingungen» fiel, die durch das *Gesetz* festgestellt waren, wird wohl niemand bestreiten. Man will wohl nicht das Dasein des Usukapierungsinstitutes leugnen! Was auch der genannte Satz bedeuten mag, so kann er nicht das Manzipationseigentum über das Gesetz stellen wollen.

(Dass der Einwand, ein römischer Bürger könne sich selbst nicht zum Sklaven machen, nur MITTEIS' Meinung, worüber oben S. 358 ff.: eine *Selbstmanzipation* liege vor, nicht unsere trifft, da nach derselben kein *mancipio* dare vorliegt, versteht sich von selbst.)

So beweist denn die Cicerostelle, dass die Addiktion des Magistrates das Recht auf ein nectere — per aes et libram — des Schuldners, wodurch er rechtlich in Sklavenstellung eintrat, gab. Natürlich bedeutet diese Stelle ein sichereres Zeugnis über das fragliche Zwangsnectere als die vorher erörterte Varrostelle. Aber sie bestätigt die Richtigkeit der oben gegebenen Auslegung letzterer Stelle: das nexum ohne Manzipation, das Varro in so innige Verbindung mit dem nexus setzt, dass er seine besondere Etymologie des Wortes nexum auch auf den nexus anwendet, muss das von Cicero besprochene nexum civis wenigstens einschliessen.

Drittens geht dasselbe Ergebnis aus dem von Livius 7, 19, 5 erwähnten nexum inire und dem von Livius (und Val. Max.) besonders im Zusammenhange mit der lex Poet. besprochenen nexum se dare hervor. Dass letzterer Ausdruck sich auf das Zwangsnectere bezieht, ist schon bei Erörterung der Cicerostelle nachgewiesen worden. (Der *Zwang* tritt direkt bei Val. Max. hervor: cum... nexum se dare ... *coactus esset.*) Was den Ausdruck nexum inire betrifft, ist nur nötig, die Stelle anzuführen: nam etsi unciario fenore facto levata usura esset, *sorte ipsa obruebantur* inopes nexumque inibant.

In der Tat hat schon MITTEIS im Aufsatze Über das nexum (Sav. Z. 22, 1901, S. 96 ff.) die Fehlerhaftigkeit der das nexum inire und nexum se dare auf einen Schuld *begründenden* Kontrakt beziehenden Auffassung bewiesen. (Diese Auffassung z. B. bei KARLOWA, Röm. Rg. II, S. 551; MOMMSEN, Sav. Z. 23, 1902, S. 350: man beachte den geschraubten Versuch des ausgezeichneten Romanisten, MITTEIS zu widerlegen, wodurch er in der Tat nur die Stellung des Gegners verstärkt.) Da jedoch MITTEIS in *Hauptpunkten* — betreffs der Bedeutung des Aktes und dessen Verhältnisses zum *mancipio* dare (über ersteres siehe oben S. 358 ff., über letzteres später) irrt und sich dadurch

schweren Einwänden ausgesetzt hat, war es notwendig, eine völlig selbständige Untersuchung der Sachlage vorzunehmen.

Roby, Rom. Priv. Law II, S. 302—303 (1902) legt in die fraglichen Ausdrücke bei Livius eine rein *körperliche* Bedeutung. Nichts gäbe Anlass, unter nectere und nexus etwas anderes als körperliche Bindung oder Verhaftung zu verstehen. »*Nexum inibant* and *nectebantur* are 'entered into bonds', 'became bond' or 'bound', *i. e.* passed from a state of personal liberty into one of bondage or practical slavery. *Nexum se dare alicui* is like *nuptum se dare* 'to give oneself to someone to bind.» Man würde überhaupt nicht an etwas anderes als körperliche Verhältnisse betreffs der fraglichen Ausdrücke denken, wenn man nicht andere Verfasser berücksichtigte. Falls in dem Angeführten liegen soll, dass Livius selbst bezw. seine römischen Leser nichts anderes unter den Worten verstanden hätten, ist dies unrichtig. Im Gegenteil meint Livius *niemals* mit nexus oder necti gebunden sein, bezw. gebunden werden im physischen Sinne oder einen Gefangenen, bezw. verhaftet werden, insoweit es sich um die Institution handelt, die durch die lex Poet. abgeschafft wurde. Letzteres kann daraus geschlossen werden, dass er die Darstellung der lex Poet. mit den Worten: cautumque in posterum, ne necterentur beendigt, wie er sie mit den Worten: Eo anno . . . velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt beginnt. Necti kann hier unmöglich »verhaftet werden» bedeuten, weil Livius, wie seine römischen Leser, oft erfahren haben muss, dass insolvente Schuldner in privates Gefängnis gesetzt wurden. *Dies* konnte also nicht durch die lex Poet. aufgehört haben. Aber wenn das Wort hier die angegebene Bedeutung nicht haben kann, so kann es sie niemals bei Livius haben, insoweit es die durch die lex Poet. abgeschaffte Institution bezeichnet. Dass die Bedeutung: physisch gebunden werden ausgeschlossen ist, sieht man daraus, dass er von nexi als sowohl vincti wie soluti spricht: 2, 23, 8: nexi vincti solutique se undique . . . proripiunt, und sie sich zum Kriegsdienst einschreiben lässt: 2, 24, 7. Man bedenke weiter, dass bei Cic. de rep. a. a. O. die nexa und das necti betreffs römischer Bürger unzweifelhaft die Bedeutung *rechtlicher* Bande, bezw. die: *rechtlich* gebunden werden, haben. Und diese Bedeutung wird ohne weitere Erklärung vorausgesetzt. Der Rhetor Quintilianus stellt Inst. or. 5, 10, 60 und 7, 3, 26 das dem nexus obliegende servire und das servum esse als verschiedene *Rechtsstellungen* einander gegenüber. Qu. Mucius und Varro setzen die Begriffe nexum und nexus als juridische Fachausdrücke auseinander. Daher war die *rechtliche* Bedeutung der zusammengehörigen Worte: nexum, nectere und nexus, insofern sie in der Geschichte des römischen Schuldrechts vorkamen, dem rechtshistorisch gebildeten Römer unmittelbar vor und unmittelbar nach der Zeit des Livius klar. Aber Livius sollte nichts davon gewusst, sondern seine Quellen von Grund aus missverstanden haben? Kannte er nicht die Darstellungen von Mucius, Varro und Cicero betreffs einer Frage, die ein Hauptthema seiner Geschichte ausmachte? Die einzig wahrscheinliche Annahme ist die, dass Li-

vius aus seinen Quellen die Ausdrücke als juridische Fachworte übernahm, die er als betreffs ihres allgemeinen Sinnes dem Leser bekannt nicht näher zu erklären brauchte. Was ihn interessierte, war ja nur die faktische Sachlage, die durch die Worte gedeckt wurde. Der Schein, dass Livius mit nexus und nectere etwas bloss Physisches meinte, wird dadurch hervorgerufen, dass die zu Gunsten der Gläubiger *rechtlich* Gebundenen gerade damit natürlich im allgemeinen *faktisch* in deren Gewalt kamen, wie sich unter normalen Umständen der Sklave im eigentlichen Sinne in der Gewalt seines Herrn befand. Diesen faktischen Zustand will natürlich Livius in erster Linie schildern. Wenn Roby wirklich meinen sollte, dass wir Livius' Meinung unrichtig auffassen würden, wenn wir keine anderen Verfasser, die die betreffenden Fragen erörtert haben, kennten, so kann dies ja richtig sein, aber die Fragestellung selbst ist dann höchst uninteressant. (Die Auffassung des nexum in der Phrase nexum se dare als Supinum von nectere analog dem nuptum in nuptum se dare erscheint wahrscheinlich, ermangelt aber natürlich jeder Bedeutung betreffs der Frage, was Livius unter nectere verstanden hat. Eine ähnliche Meinung wie Roby's schon vorher von Voigt, Die XII Taf. I, 1883, S. 634 ausgesprochen.)

Pflüger's Erklärung des nexum se dare in der Schrift, Nexum und Mancipium (1908), S. 94 ff.: der Zustand des nexus werde so konstituiert, dass eine Manzipation der operæ des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers geschah, kann nicht richtig sein, da man nicht manzipieren kann, was noch nicht existiert.

Mit dem über den Unterschied zwischen dem fraglichen Nexumakte und dem mancipio dare Angeführten soll indessen gar nicht gesagt werden, dass nicht auch der Nexumakt als eine Manzipation im weitesten Sinne bezeichnet werden konnte. Auch die coemptio wird von Gaius I. 1, 113 als mancipatio bezeichnet, wobei diese als quædam imaginaria venditio bestimmt wird. Und *doch* liegt hier kein wirkliches *mancipio dare* vor. Dieselbe Bezeichnungsweise — sogar der Ausdruck mancipio dare — wird von Gaius I. 2, 102 u. 104 bezüglich der familiæ emptio angewandt, obgleich auch hier kein wirkliches *mancipio dare* vorkommt, wie bestimmt aus dem Formular gefolgert werden kann, das in § 104 mitgeteilt ist: familiam pecuniamque (beachte: als ein Ganzes keine res mancipi) *tuam!* endo mandatela [tua] ⟨tutela?⟩ (Huschke) custodelaque mea ⟨esse aio⟩. Hierin ist gar kein *dare* enthalten! Das Wort mancipare ist ja eine sekundäre Verbalbildung aus manceps oder mancipium und bezieht sich auf den Akt, *in welchem* ein mancipium = Eigentumserwerb oder Eigentum im höchsten Sinne zustande kommt. Es ist dann leicht verständlich, dass man den fraglichen Ausdruck auf jeden Akt, der denselben formellen Charakter eines Kaufs hatte, ausdehnen konnte, womit sogar auch das mancipio dare eine Verwendung erhielt, die weit über das Gebiet des wirklichen dare hinausging. Dies hat jedoch keine Bedeutung für die Frage, ob das technische man-

Was die Frage nach der Geldschuld betrifft, von deren Nichteinlösung der Zwang zum nexum se dare abhängig war, so findet sich in den Quellen *keinerlei* Andeutung über eine besondere Art für Konstituierung einer solchen Schuld als den Zwang bedingend. Alle Quellen sprechen in dieser Hinsicht nur von unbezahlter Geldschuld ohne weiteres, wenn auch die Historiker aus natürlichen Gründen vor allem an die Darlehnsschuld, die ja besonders die plebs drückte, denken.[1] Ein besonderer Zusammenhang zwischen einem Nexumakte als Schuld begründend und dem Zwang zum persönlichen nectere ist nicht einmal irgendwo angedeutet. Die gewöhnlichen Behauptungen in dieser Hinsicht sind nur freie Phantasien. Aber eine andere Frage ist die, ob nicht eine Schuld, auf certa pecunia gerichtet, wovon allein hier die Rede ist, durch einen Nexumakt begründet werden konnte, und weiter, ob nicht der Akt, auf den eine solche Schuld als Kontraktsschuld zu gründen war, vor der Üblichkeit der Stipulation, von der die bewahrten Fragmente der

---

cipio dare, wovon allein natürlich in der hier kommentierten Varrostelle die Rede ist, als Bezeichnung für nexum se dare verwandt werden kann.

Wir sind in dieser Untersuchung von der Voraussetzung ausgegangen, dass der nexus als solcher nicht das Eigentum des Gläubigers wurde, dass er also *als* Sklave rechtlich gebraucht werden durfte, aber deshalb seine libertas ex iure Qu. nicht verlor. Obgleich schon völlig beweisende Argumente für die Richtigkeit dieser Voraussetzung in der Literatur gegeben worden sind (siehe Girard, Man. S. 131, Roby a. a. O., S. 310 u. 428 und Kretschmar a. a. O., S. 255 ff.), mögen die bedeutendsten Gründe um des Gewichts der Sache willen hier besonders mitgeteilt werden. 1. Vom iudicatus-ductus, der keine bessere Stellung als der nexus gehabt haben kann, wird tab. 3, 4 gesagt: *suo* vivito. 2. Nexi konnten zum Kriegsdienste ausgeschrieben werden (Liv. 2, 24, 7). 3. Quint. Decl. 311; Inst. or. 5, 10, 60 u. 7, 3, 26—27 unterscheidet das dem addictus-nexus obliegende servire von dem servum esse. Er behält seinen Namen und bleibt in seiner tribus.

Schliesslich ist betreffs der Behauptung im Texte, dass die resolutive Bedingung der Nexusstellung vom *Gesetze*, nicht von einer zum Nexumakte gehörenden Klausel abgehangen haben muss, auf die vorhergehende Anmerkung hinzuweisen.

[1] Siehe oben S. 361 f.

XII Taf. nicht die geringste Andeutung enthalten, ein Nexumakt gewesen sein *muss*. Ein solcher Akt war ja durch seinen formellen Charakter und durch die Möglichkeit, daran eine rechtsgültige Nunkupation anzuknüpfen, für allerlei Zwecke verwendbar: Eigentumsübertragung, Verpfändung, Servitutsbestellung, Übertragung von usus fructus, Schuldbezahlung und Testamente. Es ist unter diesen Umständen unwahrscheinlich, dass er nicht auch für Begründung einer Schuld angewandt worden sein sollte, bevor das einfachere Mittel — die Stipulation — in Gebrauch kam. Man hat keinen Anhaltspunkt dafür, dass es zu jener Zeit eine andere Möglichkeit gegeben hätte, sich durch Kontrakt zu binden.

Aber eine Schuldobligation kann nicht mit dem Nexumakte unmittelbar gegeben sein. Man kann durch einen Barkauf mit unmittelbarer Übergabe der Sache, sei es als Käufer, sei es als Verkäufer, nicht direkt verpflichtet werden. Aber der Nexumakt hatte ja den formellen Charakter eines solchen Kaufs. Eine Schuld kann durch den fraglichen Akt nur mittelbar entstehen, nämlich vermittelst der an denselben angeknüpften Nunkupation *entweder* so, dass in dieser die Entstehung der Schuld verbaliter ausgeprochen wird[1], *oder* so, dass man durch falsche Angaben in der Nunkupation in Strafe verfällt.[2] Dies schliesst ein, dass eine *Kontraktsschuld* durch einen solchen Akt nur so entstehen kann, dass die Schuld in einer an den Akt angeknüpften Nunkupation pronuntiiert wird. Gewisse Andeutungen über eine so entstehende Kontraktsschuld finden sich nun auch in den Quellen.[3]

---

[1] So im Legate per damnationem, an die familiæ emptio angeknüpft: Gaius I. 2, 104, Ulp. Reg. 20, 9 u. Cic. de or. 1, 57, 245.

[2] Dass nicht nur die von Cic. de off. 3, 16, 65 erwähnte falsche Nunkupation betreffs der vitia der prædia und die von Paulus Sent. 2, 17, 4 erwähnte betreffs des modus agri der poena dupli zu Grunde lag, sondern auch das duplum des Kaufpreises, worauf die actio auctoritatis ging, auf eine falsche Nunkupation zurückgeführt wurde, wird später wahrscheinlich gemacht werden.

[3] Man muss jedoch Lenel, Sav. Z. 23 (1902), S. 85 ff. insoweit beistimmen, dass, wenn man die Stellen wegnimmt, die sich *in Wahrheit*, obgleich scheinbar hierher gehörig, nicht auf Schulden beziehen, nicht viel übrig bleibt, was eine direkte Stütze für die Ansicht sein könnte. Was darauf mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit direkt bezogen werden kann, sind drei Stellen in Festus

und Varro. 1. Festus p. 165 M. *Nexum* aes apud antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur. 2. Festus p. 173 M.: *Nu⟨n⟩cupata* pecunia est, ut ait Cincius in l. II de officio iurisconsulti, 'nomina⟨ta⟩, certa', 'nominibus propriis pronuntiata'. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto; id est 'uti nominarit, locutusve erit, ita ius esto'. Vota nuncupata dicuntur, quæ consules praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt; ea in tabulas praesentibus multis referuntur. At Santra l. II de verborum antiquitate satis multis 'nuncupata' conligit non 'de recto nominata' significare, sed 'promissa et quasi testificata', 'circumscripta', 'recepta', quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius. 3. Varro l. l. 6, 60: *Nuncupare* nominare valere apparet in legibus, ubi 'nuncupatæ pecuniæ' sunt scriptæ. Was nun die erste Festusstelle betrifft, sagt LENEL a. a. O., S. 89 f., dass sie einerseits auf Cicero pro Murena 2, 3: qui se nexu obligavit (actio auctoritatis), andererseits auf Gaius I. 3, 173 u. 175 (das Legat per damnationem) bezogen werden kann. Aber ersteres ist schwer anzunehmen. Denn Cicero sagt allerdings, dass man sich durch den Manzipationsakt bindet, aber keineswegs, dass man dadurch zur Bezahlung einer gewissen Geldsumme verbunden wird, sondern nur, dass man sich *so* bindet, dass man periculum iudicii, d. h. periculum einer den mancipio accipiens treffenden Eviktion tragen muss. Es wäre wohl doch eine eigentümliche Ausdrucksweise, eine *solche* Gebundenheit als eine gewisse Geldschuld zu bezeichnen. Was die Erklärung durch das Legat per damnationem als in einem Nexumakte begründet betrifft, kann eingewandt werden, dass ein solches Legat niemals eine spezielle Relation zu *Geld* gehabt hat. Dagegen ist offenbar, dass sich die nach den Historikern im alten Rom so bedeutungsvolle *Darlehnsschuld* entschieden auf Geld bezog.

Als Vorbereitung zur Erörterung der beiden anderen Stellen mag hinsichtlich der *Möglichkeit* eines Darlehnsschuld begründenden Nexumaktes zuerst daran erinnert werden, dass das Legat per damnationem seine Kraft durch die von Gaius I. 2, 104 erwähnte, das geschriebene Testament konfirmierende Nunkupation hat, die selbst auf Grund des XII Taf.-Satzes: cum nexum . . . ita ius esto gilt, auf welchen Satz Cicero de or. 1, 57, 245 die Kraft des Testamentes per aes et libram zurückführt. Beachte hier, dass der familiæ emptor eine ganz andere Person als eine der Parteien ist, zwischen denen das Schuldverhältnis besteht, und dass die fam. emptio ein *an sich* völlig wirkungsloser Akt ist. Aber kann man wirklich glauben, dass, wenn die römischen iuris prudentes die an einen Nexumakt angeknüpfte Nunkupation als Schuld begründend sogar auf die Weise verwandt haben, dass der Akt an sich völlig wirkungslos sein und sich auf eine aussenstehende Person beziehen konnte, sie verhindert gewesen sein sollten, eine Schuld begründende Nunkupation zuzulassen, die an die Übergabe der Darlehnssumme durch einen Nexumakt angeknüpft war? Allerdings war das aes keine res mancipi und konnte daher nicht durch *mancipio dare* übertragen werden. Aber das *mancipio dare* war keineswegs der allein

mögliche Nexumakt, wie oben S. 370 ff. nachgewiesen worden ist. Nicht einmal die familiæ emptio hatte diesen Charakter! Wenn auch die Darlehnssumme nur durch *Tradition* zu *Eigentume* überliefert werden konnte, so konnte das *Besitzrecht*, das, wenn es mit der Fähigkeit, das Geld zu Eigentum zu überliefern, verbunden war, dieselbe Kraft wie das Eigentum hatte, durch einen *Nexumakt* übertragen werden, woran eine rechtsgültige Nunkupation anzuknüpfen möglich war. Eine Übertragung des *Besitzrechts* an dem Körper des Schuldners durch einen Nexumakt, der *kein* mancipio dare war, kam ja *erwiesenermassen* in den nexa civium vor. (Weiteres über das fragliche Besitzrecht später.) Wie soll man sich übrigens z. B. den Mietkontrakt, den man wohl im alten Rom kaum hat entbehren können, vor der Verwendung der Stipulation vorstellen, wenn nicht so, dass das Gebrauchsrecht durch einen Nexumakt übertragen wurde und die Bedingungen durch Nunkupation festgestellt wurden? Überhaupt ist unmöglich zu verstehen, wie alle solche Transaktionen, die nicht Eigentumsübertragung einer res mancipi betrafen und doch in dieser an die Worte gebundenen Zeit besonderer rechtskräftiger Worte bedurften, hätten stattfinden können, wenn nicht Nexumakte ohne mancipio dare zu Gebote gestanden hätten. Da wir nun auch offenbare *Rudimente* solcher Akte in der familiæ emptio mit ihrer Formel: familiam pecuniamque *tuam* endo mandatela . . . *mea* esse aio und in der von Gaius I. 3, 173 besprochenen Liberationsart ohne wirkliche Bezahlung — als *nexi* liberatio von Gallus Aelius bezeichnet — in der späteren republikanischen und der klassischen Zeit haben, können wir ruhig annehmen, dass es in älterer Zeit mehrere kein mancipio dare einschliessende Nexumakte gegeben hat, die Vorgänger für seitdem ausgebildete Transaktionen »iuris gentium», vor allem das mutuum und die Stipulation, gewesen sind. (Man bemerke, dass die spezifisch römische Stipulation — die sponsio — nicht allzu alt gewesen sein kann, da sie — wenn man von der Abwesenheit jeder Andeutung darüber in den XII Taf. absieht — jedenfalls zuerst bloss als Mittel für Eintritt als Bürge fungiert hat, wie aus der Bedeutung des Wortes sponsor zu folgern notwendig scheint.)

Die hier angeführten allgemeinen Wahrscheinlichkeitsgründe für den Charakter des ursprünglichen Darlehnsaktes als eines nexum würden indessen an Kraft gewinnen, wenn man direkte Zeugnisse dafür hätte, dass in irgend einem Falle — abgesehen von dem gekünstelten Falle: Testament per aes et libram — wirklich die an einen Nexumakt angeknüpfte Nunkupation eine den Empfänger treffende Schuld unmittelbar schuf. Es *gibt* indessen solche Zeugnisse. Gaius sagt nämlich betreffs Manzipationen freier Personen I. 1, 140: excepto eo, quem pater *ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur* und I. 1, 172: *qui . . . ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur*. Man beachte hier den Ausdruck *lex* im unmittelbaren Zusammenhang mit der Manzipation und die wörtliche Wiederholung der Phrase. Es ist notwendig, an die in den Quellen oft erwähnte, technische Bedeutung besitzende lex mancipii zu denken.

Was bedeutet diese? Cicero de or. 1, 39, 178 spricht von einer lex mancipii, die sich auf die Erklärung des Manzipanten betreffs den fundus belastender Servituten bezieht. Eine solche lex wird im selben § als *mancipium* bezeichnet, wie die entsprechende, im nächsten § erwähnte betreffs zum fundus gehörender Servituten. (Siehe oben S. 377.) Sie muss deshalb mit dem Eigentumserwerbe im Manzipationsakte unauflöslich verbunden sein und also bei diesem Akte selbst ausgesprochen werden. Vgl. hiermit Ulp. D. 8, 2, 17, 3: Haec lex [traditionis] ⟨mancipii⟩: stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint; Paulus D. 18, 1, 40, 1 über eine lex fundi betreffs anderen Vorteils, Qu. Mucius-Venuleius D. 21, 2, 75 vom [tradere] ⟨mancipare⟩ fundum, uti optimus maximusque esset, Ulp. D. 41, 1, 20, 1: Si quis igitur fundum dixerit liberum, cum [traderet] ⟨manciparet⟩ eum, qui servus sit . . . obligat se debebitque praestare, quod dixit, Ulp. D. 50, 16, 126: si cum fundum tibi ⟨mancipio⟩ darem, legem ita dixi . . . Siehe auch Varro l. l. 5, 27: lege praediorum urbanorum scribitur 'Stillicidia . . .' und 6, 74: in lege mancipiorum: vadem ne poscerent nec dabitur. Aber dass sich diese leges auf eine an die Manzipation angeknüpfte *Nunkupation* bezogen, die derart nach dem Satze der XII Taf. gültig war, dass die falsche Erklärung dupli poena mit sich führte, geht mit voller Evidenz aus Cic. de off. 3, 16, 65 hervor: Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea (scil. vitia praediorum) praestari, quæ essent *lingua nuncupata*, quæ qui infitiatus esset, dupli [poenam] subiret, a iuris consultis etiam reticentiæ poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. Dieses »nominatim dicere» muss in Zusammenhang mit dem nach dem folgenden § erforderlichen »pronuntiare» gesetzt werden. Dass der »venditor», der die Fehler angeben soll, hier zugleich ein mancipio dans ist, geht unzweifelhaft aus der Verwertung in § 67 hervor: Eæ serviebant, sed hoc *in mancipio* Marius non dixerat. »Nominatim dicere» und »pronuntiare» ist dasselbe wie »lingua nuncupare». Die Juristen führten auch für die unterlassene Nunkupation Prästationsschuldigkeit ein, wenn der Manzipant die vitia praedii kannte. Dies ist der ganz deutliche Sinn der Darstellung Ciceros. Auf eine entsprechende Bestimmung betreffs der Manzipation eines servus statu liber bezieht sich Scaevola D. 21, 2, 69. Bei lügenhafter Erklärung wird der Manzipant von actio auctoritatis getroffen, bei dolosem Schweigen von actio empti. (»Tradere» in derartigen Fällen für »mancipare» oder »mancipio dare» und »evictionis nomine» für »auctoritatis» interpoliert: Lenel.) Auch bei Cicero wird die constitutio iuris consultorum durch actio empti geltend gemacht. — Aber von derselben Sache ist die Rede in der erwähnten Stelle Cic. de or.: neque servire . . . *in mancipii lege* dixerat. Bechmann, Der Kauf I, S. 270 ff. bestimmt ganz unrichtig die lex mancipii als ein besonderes pactum oder eine Stipulation. Siehe Voigt, XII Taf. II, § 85.[1] Völlig verkehrt ist auch die Behauptung Iherings, Geist II, 2, S. 549, 729 a, dass der Manzipant niemals bei der Manzi-

pation redete. In den hier erörterten Fällen ist völlig offenbar, dass gerade der Manzipant redet, wie er für *seine* Worte, bezw. *sein* Schweigen verantwortlich ist. — Aber hiermit ist nachgewiesen, dass das in Gaius I. 1, 140 u. 172 vorkommende ea lege mancipio dedit, ut remanciparet sich auf eine an den Nexumakt angeknüpfte Nunkupation bezieht, in der eine den mancipio accipiens treffende Obligation ausgesprochen wird und auf Grund des XII Taf.-Satzes Kraft bekommt.

Wenn man den *Wortlaut* des aedilizischen Ediktes, nicht die *Anwendung* und *Auslegung* desselben bei den römischen Juristen berücksichtigt, wird man finden, dass es *ursprünglich* eine der constitutio juris consultorum in Cic. de off. 3, 16, 65 vollständig analoge Forderung einer Nunkupation betreffs der vitia servi enthalten hat. Nach Ulp. D. 21, 1, 1 pr. lautete es: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia cum ea mancipia venibunt, *palam recte pronuntianto.* quod si mancipium adversus ea venisset sive adversus quod *dictum promissumve* fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur . . . (über die actio redhibendi.). Notwendigerweise ist palam pronuntiare hier ursprünglich als Nunkupation vor testes rogati zu fassen. Denn nach technischem Sprachgebrauche ist es unmöglich, eine Stipulation so zu bezeichnen. Aber dass das fragliche pronuntiare den Verkäufer bindet, ist offenbar. Denn wenn er beim Verkaufsakte betreffs der aufgezählten vitia nicht palam recte pronuntiiert, verfällt er der actio redhibendi nach der Klausel: quod si mancipium adversus ea (u. a. gegen die Bestimmung des palam recte pronuntiare) venisset; wenn er adversus quod dictum promissumve fuerit den Sklaven verkauft hat, verfällt er derselben actio gemäss dieser Klausel. Die einzige *Unterlassung* bei dem Verkauf selbst, gegen welche reagiert wird, ist also dies palam recte zu pronuntiieren, und es ist kein *besonderes* von dieser Pronuntiierung unterschiedenes dicere oder promittere nötig. Das dictum promissumve, quod eius praestari oportere dicetur ist deshalb *dasselbe* wie das recte pronuntiatum. Man beachte im übrigen das Wort *dictum*, das nur für eine Pronuntiation, nicht für eine Stipulation passt. Das Wort promissumve erscheint als ein späterer Zusatz aus der Zeit, wo besondere Stipulationen nötig geworden sind, worüber alsbald. Hat man in der fraglichen Pronuntiation unrichtige Angaben gemacht, so ist man dafür verantwortlich. Wenn man dies, weiter Gaius' Definition des nuncupare im Manzipationsakte I. 2, 104: *palam* nominare, Cicero's Bezeichnung desselben nuncupare de off. 3, 16, 66 als pronuntiare, schliesslich Cicero's Ausdrucksweise in der ganzen Abteilung de off. 3, 16, 65—67 betreffs des in der Manzipation eingeschlossenen Kaufs der praedia: venditor anstatt venditor mancipans, bezw. vendere anstatt vendere in mancipatione beachtet, wird völlig klar, dass es sich ursprünglich in dem ädilizischen Edikte um die Notwendigkeit einer formellen Nunkupation betreffs der vitia der Sklaven, an eine Man-

zipation angeknüpft, in welcher *der Kauf selbst* eingeschlossen gewesen ist, gehandelt hat. Aber später wurde die durch das fragliche Edikt geschaffene Notwendigkeit, in der Manzipation die vitia zu nunkupieren, unpraktisch, weil der *Kauf* vom *Manzipationsakte* unterschieden wurde und übrigens dieser Akt durch eine einfache traditio mit Erwerb des Eigentums in bonis ersetzt werden konnte. Dann wurden anstatt der Nunkupation an den von der Manzipation abgetrennten Kauf angeknüpfte Stipulationen nötig, und man legte durch Umdeutung diese Forderung in das Edikt hinein. Mutmasslich wurden auch Zusätze betreffs dieser Stipulationen gemacht. Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht wird auch dadurch bestätigt, dass im ursprünglichen vollständigen ädilizischen Edikte nur von mancipia und iumenta, also nur von res mancipi gesprochen worden sein kann. (Dass die Worte Ulp. D. 21, 1, 38, 5: quæ de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto ein späterer Zusatz sind, kann wohl vernünftigerweise nicht bezweifelt werden.) Wir haben also hier ein weiteres Beispiel einer lex mancipii, die durch Nunkupation konstituiert wird. Das Angeführte gibt auch einen Beleg für die oben S. 391 ausgesprochene Vermutung, dass die *Stipulation* der ursprünglich allein möglichen Art, sich *verbis* zu obligieren: der *Nunkupation* nachgefolgt ist.

Zu demselben Ergebnisse hinsichtlich der Bedeutung dieses ea lege mancipare und zugleich auch zu einem besseren Verständnisse der Nunkupation als *unmittelbar* Schuld begründend kommen wir auf einem anderen Wege. Dies ea lege mancipare hat sein Gegenstück in hac lege oportet locare oder hac lege venire oportet in Cato de agricult. 145, 1; 146, 1; 147, 1; 149, 1; 150, 1. Vgl. 154 index: lex oleæ faciundæ; 155 ind.: lex oleæ pendentis; 156 ind.: lex vini pendentis; 157 ind.: lex vino in doliis; 158 ind.: lex papulo locando. (In entsprechender Weise: ea lege mancipio dare Parallele zur lex mancipii, lex fundi etc. nach dem Prinzipe: quisque legem suæ rei dicit: siehe oben S. 377.) Nun kann ja kein Zweifel darüber vorliegen, dass hac lege locare oder venire eine vom Vermieter bezw. dem *Verkäufer* im *Miet-* bezw. *Kaufakte* ausgesprochene Bedingung bedeutet, welcher der Mieter bezw. der Käufer unterworfen wird, indem er die Offerte akzeptiert. Aber in Analogie hiermit muss lex in ea lege mancipare eine vom Manzipanten im Manzipationsakte festgestellte, die Sache betreffende Bedingung sein, der der mancipio accipiens unterworfen wird, indem er die Sache *empfängt*.

Dass die Bedeutung von lex in der Phrase: ea lege mancipio dedit richtig bestimmt worden ist, bestätigt weiter die Ausdrucksweise betreffs fiduziarischer Manzipationsakte. In der formula Baetica (3—4) heisst es: fidi fiduciæ causa mancipio accepit; vgl. Gaius I. 2, 59: qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in iure cesserit u. 2, 220. Hieraus folgt, dass die fiduziarische Bedingung bei dem Manzipationsakte selbst aussprochen worden sein muss. Man stelle sich in anderen Fällen eine causa, z. B. eine causa traditionis vor,

die nicht auf irgend welche Weise im Akte selbst bezeichnet und von *beiden* Parteien als solche anerkannt würde! Aber dass die causa bei einem so von der *Form* abhängigen Akte wie einem Manzipationsakte auf solenne Weise ausgesprochen werden muss, um Kraft zu erhalten, muss man wohl notwendig voraussetzen. Bei fiduziarischen Verpfändungen, deren Formular sich in der formula Baetica findet, war üblich, dass ein unbenanntes pactum der Erklärung der Fiduzierung und dem Manzipationsakte nachfolgte. In diesem Vertrage wurde bestimmt, in welcher Weise vom Empfänger mit der Sache verfahren werden sollte. Auf denselben wurde die im Manzipationsakte erklärte »fiducia» bezogen, so dass er bestimmte, was unter der geforderten Redlichkeit zu verstehen war. (Die Ansicht RUDORFF's, KARLOWA's u. a., dass dieses pactum nicht die reelle fiduziarische Übereinkunft sei, sondern nur ein hinzugefügtes pactum de vendendo, ist unhaltbar. Beachte: usque eo is fundus eaque mancipia fiducia⟨e⟩ essent, donec etc. Aber gleich unhaltbar ist die Meinung IHERING's, GIRARD's u. a., dass dasselbe die einzige Grundlage der fiduziarischen Gebundenheit sei. Ein unbenanntes pactum war von Iulianus noch nicht als civilis actio gebend anerkannt: D. 2, 14, 7, 2, vgl. D. 19, 5, 5, 2.) — Völlig unzweifelhaft wird die hier vertretene Ansicht durch einen Papyrus vom dritten Jahrh. n. Chr., aufgenommen in GIRARD, Textes de droit romain (1923), S. 829. Er betrifft eine familienrechtliche fiduziarische Manzipation und lautet 12—13: Aurelius . . . Sarapionis filiam suam mancipio dedit ⟨praesentibus testibus⟩ supra scriptis fiducia contracta ⟨ut⟩ sibi remancipa⟨retur⟩. Die Phrase von Gaius: mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, findet man ja hier wieder. Dieselbe familienrechtliche Manzipation fiduciæ causa muss daher gemeint sein. Aber anstatt *ea lege* steht hier praesentibus testibus supra scriptis fiducia contracta. Damit ist ja klar, dass die fragliche lex beim Manzipationsakte selbst vor den *dazu* gehörigen testes ausgesprochen wurde und dass diese Erklärung vom mancipio dans abgegeben, vom Empfänger durch den Empfang anerkannt, die fiduziarischen Pflichten begründete: beachte *fiduciam contrahere* und vgl. Gaius 2, 60: fiducia contrahitur . . . contracta sit fiducia (betreffs fiduziarischer Verpfändungen und der fid. cum amico). Aber dieses palam (vor den testes) pronuntiare beim Manzipationsakte ist ja die Nunkupation der XII Taf., die hier den Charakter eines Kontrakts hat, in welchem die beiden Parteien mitwirken.

Wir können auch wenigstens einige Worte feststellen, die zur fraglichen Nunkupation gehört haben müssen, nämlich die von Cicero de off. 3, 17, 70 angeführten Formelworte: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, von welchen LENEL nachgewiesen hat, dass sie zur fiducia gehört haben. Doch kann die Ansicht LENEL's Ed.[2] 284[5], dass sie ein Bestandteil einer alten Legisaktionsformel gewesen sind, nicht richtig sein, wenn darin liegt, dass sie nicht *auch* in der ursprünglichen Nunkupation, von dem mancipio dans ausgesprochen, vom Empfänger anerkannt, vorgekommen sind und *deshalb* als eine

lex privata, durch die lex publica konfirmiert, in die Legisaktion aufgenommen worden sind. Gegen KARLOWA R. Rg. 2, S. 565, der einwendet, dass die Formel sich auf die Zukunft bezieht und deshalb nicht als Legisaktionsformel passt, sagt LENEL: »Warum sollte aber der Kläger in der legis actio nicht haben sagen können: ich verlange — jetzt — das Verhalten, das erforderlich ist, ut ne captus siem»? Es ist doch offenbar, dass ein solches »Verlangen» in einem die Gegenpartei treffenden oportere Ausdruck gefunden haben muss. Nun wissen wir, dass im Formularprozesse die formula ursprünglich ein: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione enthalten hat: Cic. de off. 3, 17, 70. (Die Behauptung, dass diese Formel nur zu einer fiduziarischen actio *in factum* gehört hat, ist mit bestimmten Äusserungen Cicero's nicht vereinbar: de off. 3, 15, 61: Atqui iste dolus malus . . . erat vindicatus . . . sine lege iudiciis, in quibus additur *ex fide bona*. *Reliquorum* autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriæ *melius aequius*, in fiducia *ut inter bonos bene agier*, vgl. Top. 17, 66: In omnibus igitur his iudiciis, in quibus *ex fide bona* est additum, ubi [vero] etiam *ut inter bonos bene agier oportet* in primisque in arbitrio rei uxoriæ, in quo est *quod eius melius aequius*, parati esse debent und ad fam. 7, 12, 2. Wenn man hiermit de off. 3, 17, 70 vergleicht: Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona*, fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus fiduciis . . ., muss gesagt werden, dass Cicero sich verworren ausdrücken würde, wenn er nicht meinte, dass die beiden Formeln: ex fide bona und uti inter . . . *dasselbe* bedeuten, aber in der fiducia nur die letztere angewandt wurde. Beachte auch, dass er de nat. deorum 3, 30, 74 zum fraglichen iudicium eine Untersuchung betreffs einer eventuellen fides mala gehören lässt. Aber auch wenn man ganz einfach ex fide bona hat sagen können, so ist jedenfalls die andere altertümliche Formel die ältere und also die einzige für die betreffende legis actio mögliche. (Dass sie speziell einer actio in factum angemessen sein soll, ist unverständlich.) In einer legis actio müssen also die fraglichen Worte etwa so eingefügt worden sein: aio te . . . remancipare oportere, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim (in der l. a. sacr.) oder so: quod N:o N:o fundum ob pecuniam debitam fiduciæ causa mancipio dedi et ea pecunia N:o N:o soluta est (erst damit hat die fiduziarische Obligation mehr als hypothetische Gültigkeit) te, praetor, iudicem arbitrumve postulo, uti des, quidquid N:^{m} N:^{m} mihi dare facere praestare oportet, uti inter bonos etc. (in einer l. a. per iud. post.: über die Konstruktion iudicem, quidquid . . . siehe Cic. de off. 3, 16, 66: arbitrum . . . adegit, quidquid . . .) Aber es ist im Hinblick auf Gaius I. 4, 11 schlechterdings unmöglich, dass sich nicht der Ausdruck oportet in einer legis actio auf eine lex bezöge. Hier kann natürlich die fragliche lex nur die durch die lex publica konfirmierte Nunkupation gewesen sein. Also: wenn sich die fraglichen Worte

Die Rechtsfolge der nicht eingelösten Schuld, die auf certa pecunia geht, ist, wie vorher nachgewiesen worden ist, nach confessio in iure oder Unterlassung der für Urteil in der Sache nötigen Handlungen durch den Beklagten *die Nexus-Stellung*. Diese wird durch ein vom Magistrate dem Schuldner auferlegtes, vom Gläubiger zu realisierendes Zwangsnectere aktualisiert. Aber nach wirklichem Judikate ist die Rechtsfolge die gefährlichere legis actio per manus iniectionem iudicati. Dies ist damit in Zusammenhang zu setzen, dass die Judikatsobligation von den römischen Juristen als eine höhere Potenz der ursprünglichen Obligation betrachtet wird, die mit der Aktion — während der Zeit des Formularprozesses in die litis contestatio zusammengezogen — als Durchgangsstadium zu ihrer höchsten Kraft als Judikatsobligation entwickelt wird.[1] Deshalb erhält sogar die Judikatsobligation eine spezielle Bezeichnung: *iudicatum facere* oportet[2], nicht die der ursprünglichen Obligation:

---

in der ursprünglichen legis actio fiduciæ gefunden haben, wie höchst wahrscheinlich ist, so müssen sie *auch* in der zu Grunde liegenden Nunkupation vorgekommen sein. Indessen ist zu bemerken, dass CICERO kaum an die schon veraltete legis actio fiduciæ gedacht haben kann. Aber in einem *iudicium* fiduciæ können die Worte in angegebener Form nicht vorgekommen sein. Beachte: es wird in der *ersten* Person gesprochen. Deshalb ist wahrscheinlich, dass Cicero an die natürlich auch zu seiner Zeit übliche fiduziarische Nunkupation direkt gedacht hat. Jedenfalls können die Worte prinzipiell nur dazu gehört haben.

Im Hinblick auf die hier angeführten Umstände scheint die nuncupata(ae) pecunia(æ) bei Festus und Varro kaum mehr als auf eine Weise aufgefasst werden zu können. Unmöglich kann hier von der testamentarischen Nunkupation die Rede sein. Denn diese konfirmiert nur in abstracto das im Testamente Geschriebene. Aber ebensowenig kann, wie BECHMANN a. a. O., S. 94 annimmt, eine in den Nexumakt selbst aufgenommene Preisbestimmung gemeint sein. Warum würde dann nicht *pretium* nuncupatum gesagt werden? Wenn man den Hinweis auf den XII Tafelsatz und auf das votum nuncupare, wo nuncupare offenbar ein Obligieren einschliesst, die Behauptung Santra's, dass nuncupata pecunia *'promissa et quasi testificata'* pecunia bedeutet, die Erklärung desselben Festus des nexum aes als *pecunia*, quæ per nexum obligatur, schliesslich das unmittelbar vorher hier Angeführte berücksichtigt, scheint es unmöglich, die Annahme abzuweisen, dass Geldschuld unmittelbar begründende, an einen Nexumakt angeknüpfte Nunkupation gemeint ist.

[1] Gaius I. 3, 180.

[2] Gaius a. a. O.; XII Taf., tab. 3, 3; lex Urs. tab. 1 col. 3, 5—6.

dare oportet. Wenn man mit dem Judikat die Bedeutung der confessio und des negativen Verhaltens des Belangten vor dem Magistrate vergleicht, findet man leichthin, dass es sich hier nicht um eine Entwicklung zu einer höheren Potenz des ursprünglichen Bandes handeln kann. Was zunächst die confessio betrifft, kann man allerdings teils aus der Bedeutung der confessio auf dem Gebiete der Noxalaktion — das Geständnis vor dem Prätor, dass der belangte Sklave oder Familiensohn *meiner* ist, überträgt die Obligation des schuldigen Sklaven oder Sohnes auf mich, und diese Obligation ist mit der des wirklichen dominus oder paterfamilias korreal[1] — teils aus der allgemeinen Entstehungsweise einer Obligation im älteren Rechte — Behauptung und Anerkennung (in der Nunkupation[2]), Frage und bejahende Antwort (in der Stipulation) — folgern, dass eine *neue* Obligation als durch die confessio entstanden angesehen wurde.[3] Ob dabei eine mit der ursprünglichen korreale Obligation

---

[1] Siehe oben S. 51—52.

[2] Siehe oben S. 394 f.

[3] Der letztere Grund gewinnt an Bedeutung, wenn man beachtet, dass ja Eigentumsübertragung (in der in iure cessio) vor dem Prätor durch einen darauf sich beziehenden positiven Erwerbsakt — die Vindikation mit dem in solchen Akten gewöhnlichen Aio-Satze — ohne Widerstand seitens des anwesenden ursprünglichen Eigentümers geschehen konnte. (Dass hier keine besondere Zustimmung der anderen Partei nötig war, hat seinen Grund darin, dass sie selbst in diesem Falle von keinem Bande getroffen werden sollte. Vgl. Eigentumserwerb durch die Manzipation. Für *Schuld* begründende Akte wurde immer die Mitwirkung der zu bindenden Partei gefordert.) BETTY, Riv. It. 56 (1915), S. 5—6 scheint zu verkennen, dass er sich selbst widerspricht, wenn er einerseits die Gültigkeit der confessio in iure durch die Analogie der sponsio, der Manzipation, der in iure cessio u. dgl. erklärt, andererseits das juridische Ergebnis der confessio als ein 'accertamento' der Wahrheit der klägerischen Behauptung auffasst. In den analogen Fällen besteht ja von Anfang an gar keine Ungewissheit über die Rechtslage. Keine der Parteien meint, dass möglicherweise *vor* dem Akte ein Recht bestände, dessen Vorhandensein durch denselben gewiss werden sollte. (Über die Bedeutung der Aio-Phrase in dem Nexumakte siehe oben in § 3.) Ein absolut neues Recht wird geschaffen. Im Zusammenhange mit diesem Irrtum BETTY's steht seine Auffassung in der Frage, weshalb das Judikat im Sakramentalprozesse präjudiziert. Auch hier soll nur ein 'accertamento' der klägerischen Behauptung eintreten, der deshalb gelte, weil sich die Parteien durch die litis contestatio = provocatio sacra-

(wie im Falle der confessio der Dominus- oder Paterfamiliasstellung in der Noxalaktion) entstand oder die erstere für durch die neue konsumiert gehalten wurde, was die praktische Bedeutung hat, dass der Kläger im einen Falle eine andere neue Rechtsbehauptung in derselben Sache machen kann, wenn er nicht schon den confessus zu einem nexus gemacht hat, im anderen Falle niemals, kann nicht entschieden werden. (Die Entscheidung beruht darauf, ob schon das aio te dare oportere vor dem Magistrate als eine solche *Aktion* betrachtet wurde, die nach dem Satze bis de eadem re ne sit actio alles andere Aktionsrecht konsumiert oder ob dazu die provocatio sacramento nötig ist.) Aber soviel ist klar, dass die neue Obligation nicht als eine aus der ursprünglichen zu höherer Kraft entwickelte betrachtet wurde, wie es bei dem Judikate der Fall ist. Die confessio ist ein Rechtsgeschäft, das beispielsweise der Schuld unmittelbar begründenden Nunkupation in einem Nexumakte analog ist, und

---

mento der Entscheidung des iudex unterworfen haben. Er sagt S. 6 A. 1: »L'actio (hier = die litis cont. im angegebenen Sinne) crea infatti l'obbligazione di *assogettarsi* alla pronuntiatio del iudex, a prescindere dalla sua giustezza o meno . . .: la pronuntiatio ha valore formale definitivo della controversia in quanto la sua funzione è per l'appunto di sbrigarla (ted. erledigen), accertando l'incerto. Di qui anche l'impossiblità dell' actum agere: ciò che è stato sbrigato una volta non può essere più riproposto a giudizio.» Ein Knäuel absurder Behauptungen! 1. Die Anerkennung im Voraus der judiziellen Entscheidung (durch provoc. sacr.) begründe eine *Obligation* zur Unterwerfung, während die *nach B. selbst* analoge unmittelbare Zustimmung des reus (die confessio) ohne weiteres die formelle Wahrheit des Gesagten bewirke. 2. Die Obligation zur »Unterwerfung» muss eine Obligation zur zukünftigen Anerkennung bedeuten, aber erhält dieselbe Wirkung, als ob sie wirklich erfüllt worden wäre, d. h. als ob die Anerkennung der Obligation *gemäss* erfolgt wäre. 3. *Hieraus* soll die Unmöglichkeit des actum agere h. e. der Satz: bis de eadem re ne sit actio folgen. Aber wie kann die Feststellung, dass der Kläger das in die provocatio sacr. aufgenommene Recht nicht hat, irgendwie die Frage über das ursprüngliche Recht entscheiden, wenn *pluris* petitio vorliegt, und daher *neue* Aktion mit *anderer* Rechtsbehauptung im selben Falle verhindern? Und wie könnte das Urteil in dem Sakramentalprozesse, wo der Kläger infolge eines Formfehlers (siehe Gaius I. 4, 11 u. 30) besiegt wird, neue Aktion ausschliessen, wenn die Konsumtion von der theoretisch bindenden Feststellung des ursprünglichen materiellen Rechtes abhinge?? — Über die Auffassung Betty's vom Sinne der Präjudizierung im römischen Rechte Weiteres später.

kann deshalb keine höhere Kraft als die ursprüngliche Obligation haben. Der Unterschied von anderen durch ein Rechtsgeschäft begründeten Obligationen, dass kein Urteil betreffs derselben, sondern nur eine direkte Entscheidung des Magistrates möglich ist, kann keine Verschiedenheit hinsichtlich der Kraft bedeuten.

Was sodann die Unterlassung der für ein Urteil nötigen Handlungen durch den Beklagten betrifft, sei es, dass er die Rechtsbehauptung weder bejaht noch verneint, sei es, dass er sie zwar verneint, aber sich sonstigen nötigen Handlungen nicht unterzieht, so ist ganz offenbar, dass, wenn dies auch, wie man annehmen muss, den Eintritt der Nexusstellung mit sich brachte, hier doch keine neue Obligation als entstanden angesehen worden sein kann. Hier fehlt es ja vollständig an der sonst für die Entstehung einer Obligation nötigen Mitwirkung des zu Obligierenden. Es kann deshalb in diesem Falle kein anderer Grund der Nexusstellung angegeben werden als der, dass die vom Kläger behauptete Obligation durch die Unterlassung des Beklagten, die Sache zum Urteil zu treiben, als liquid betrachtet werden darf. Die formelle Wahrheit der Rechtsbehauptung ist also hier der wahrscheinliche Grund. Wie dem auch immer sei, ist augenfällig, dass die *Nexusstellung als die Rechtsfolge der primären Obligation selbst* zu betrachten ist, während die l. a. p. m. i. die Rechtsfolge der *sekundären* Obligation ist, die ihrer Natur nach eine Potenzierung der ursprünglichen darstellt — d. h. der Judikatsobligation. Dass der Belangte immer den Eintritt dieser unmittelbaren Rechtsfolge der primären Obligation, falls sie nicht durch confessio in iure entstanden ist oder er in iure für Urteil nötige Handlungen unterlassen hat, durch die Forderung, dass in der Sache geurteilt wird, verhindern kann, schliesst keineswegs aus, dass die Nexusstellung an sich diesen Charakter hat, ebensowenig wie der Umstand, dass der Obligierte sich durch Bezahlung immer von der ursprünglichen Obligation lösen und so natürlich der Rechtsfolge entgehen kann.

Aber war wirklich das Zwangsnectere des Schuldners die *einzige* Rechtsfolge der Schuld? Nach der Darstellung der Historiker, deren Zeugnisse allein uns in dieser Hinsicht zu Gebote stehen, hatte der Gläubiger auch das Recht, die bona, ja, alle der potestas des Schuld-

ners Unterworfenen zu possidieren und erstere zu verkaufen. Da nun keine anderen Zeugnisse über die Rechtsfolge der Schuld dieser Angabe widerstreiten, besteht kein Anlass, dieselbe zu bezweifeln. In *einem* Falle scheint sie sogar höchst wahrscheinlich, nämlich wenn der Schuldner nicht persönlich zu erreichen war.[1]

---

[1] Bevor wir die fraglichen Stellen bei den Historikern anführen und kommentieren, ist es zweckmässig zu untersuchen, ob etwas gegen die Möglichkeit der im Texte erwähnten Possidierung angezogen werden könnte. Es kommen hier nur zwei sicher bezeugte Umstände in Frage. Der eine ist der XII Taf.-Satz betreffs des iudicatus: Si volet, *suo* vivito. Diese Worte können indessen *höchstens* als ein Zeugnis dafür betrachtet werden, dass der *iudicatus*-ductus während der Frist der 60 Tage, ehe er dem Tode oder dem Verkauf verfällt oder mit dem Gläubiger pactum eingeht, das Dispositionsrecht über sein Eigentum behalten darf. Aber nicht einmal so viel kann in Wahrheit daraus gefolgert werden. Natürlich schliesst das Possidierungs- und Verkaufsrecht des Gläubigers — allermindestens ersteres — durchaus nicht in sich, dass der Schuldner sein Eigentum ex iure Qu. verliert. Das fragliche Gesetz kann gut den Sinn haben, dass der iudicatus-ductus, obgleich er das Dispositionsrecht über sein Eigentum verloren hat, dennoch fordern kann, dass er zu seinem Lebensunterhalt das Nötige aus seinen eigenen Vorräten erhält. Diese Auffassungsweise erscheint sogar als die natürlichste. Denn wenn er selbst wirklich über sein Eigentum frei disponiert hätte, wäre wohl kein Anlass vorhanden gewesen, das erwähnte Recht, aus dem suum ernährt zu werden, besonders hervorzuheben. KLEINEIDAM a. a. O., S. 267 sagt: »Das Gesetz spricht auch *nach* der addictio noch unbedenklich von einem suum des Schuldners, *über das ihm die freie Verfügung zusteht*». (Kurs. von mir.) Ersteres ist wahr, letzteres nur eine willkürliche Behauptung.

Der andere Umstand, der gegen die fragliche Möglichkeit angezogen werden könnte, ist der dem nexus geltende Satz: serviat, donec solverit. Dieser scheint ja darauf hinzuweisen, dass die Nexusstellung eintrat, damit der Schuldner bezahlte, um sich aus seiner schweren Lage zu befreien, und dass deshalb eine auf seine bona gerichtete Zwangsexekution nicht möglich war. Nun ist zu bemerken, dass eine Zwangseintreibung des Schuldbetrags im modernen Sinne nicht einmal in der klassischen Zeit stattfand. Erstens geht dies daraus hervor, dass jede auf besondere Vermögensteile, die für Deckung des Schuldbetrags hinreichend waren, gerichtete Exekution unzulässlich war. Nur die possessio, proscriptio und venditio der bona des Schuldners, als universitas betrachtet, war möglich. Zweitens geht dasselbe daraus hervor, dass der Schuldner nicht einmal zu dieser Zeit des quiritischen Eigentumsrechtes an seinen bona durch die Exekution beraubt wurde, sogar nicht durch Verkauf derselben. Letzteres folgt ja daraus, dass der bonorum emptor die

Sachen des Schuldners nur in bonis hat, obgleich er natürlich, wie immer, wo Besitzrecht vorliegt, usukapiert. (Gaius I. 3, 80.) Aber besonders wird die Sachlage dadurch klar, dass das Aktionsrecht der Gläubiger — nach einer beim Kaufe vereinbarten Rate — nach dem Kaufe nur dem bon. emptor gegenüber gilt. (Siehe oben S. 300 ff. über die analoge Stellung des bon. emptor betreffs der Forderungen des Schuldners.) Sie erhalten also nur das Recht, Bezahlung vom Käufer zu fordern, welcher als Inhaber der bona den Schuldner selbst in fraglicher Hinsicht vorstellt. Wir müssen indessen beachten, dass es nach den späteren Regeln für die bonorum venditio dem Schuldner eine längere Zeit *nach* der Possidierung und Proskribierung der bona möglich war, die endgültige Addizierung derselben an einen bonorum emptor zu verhindern. (Gaius I. 3, 79: quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, *ne facile bonorum venditiones paterentur*.) Natürlich konnte dies nur durch Schuldbezahlung geschehen. Aber da das Vermögen des Schuldners von dem Gläubiger possidiert wurde, konnte natürlich ersterer selbst nur so bezahlen, dass er unter der Aufsicht des Possidierenden seine Aktiva selbst verkaufen durfte.

Wenn wir diese späteren Verhältnisse berücksichtigen, *kann* sehr gut vor der lex Poetelia folgender Zustand hinsichtlich einer auf die bona gerichteten Exekution vorhanden gewesen sein. Das Besitzrecht, das der Gläubiger hinsichtlich der dem Schuldner gehörenden Dinge erhält, hat ganz dieselbe Natur, wie das Besitzrecht an dem nexus selbst. D. h. es ist durchaus nicht — sei es relativ, sei es absolut — eine Zwangseintreibung des Schuldbetrages, sondern im Gegenteil eine Aktualisierung des ursprünglichen Schuldbandes. Das so entstandene Band kann wie das den nexus selbst bindende nur durch wirkliche Bezahlung gelöst werden. Aber eine aussenstehende Person kann vor dem Zwangsverkauf von dem nexus selbst unter Aufsicht des Gläubigers die fraglichen Dinge kaufen, durch die Kaufsumme das Band lösen und so wenigstens relativ für den Schuldner bezahlen. Der Zwangsverkauf durch den Gläubiger aber kann natürlich nicht mehr als das Besitzrecht auf die Käufer übertragen, obgleich sie usukapieren können, d. h. das Band wird nur übertragen, nicht gelöst. Die so erhaltene Kaufsumme ist *an sich* gar nicht mehr als eine vom Bande selbst herstammende Einnahme. Die Bezahlung allein löst das Band. Wie der nexus persönlich durch die Bezahlung gelöst wird, so muss auch das die bona treffende Band — sogar *nach* dem Zwangsverkaufe, aber *vor* der Usukapierung — durch dieselbe gelöst werden. Wenn diese erfolgte, bekommt der quiritische Eigentümer sein Vindikationsrecht wieder, falls nicht schon Usukapierung eingetreten ist, und der Käufer erhält Regressrecht gegenüber dem Verkäufer. Vgl. das Einlösungsrecht durch die litis aestimatio *nach* der ductio des Noxalsklaven *vor* der Usukapierung desselben oben S. 80[2]. Aber die Bezahlung ist eine ganz andere Sache als der Erwerb des Kaufpreises für die verkauften bona. Wir wissen ja — hierüber später —, dass die Bezahlung

ursprünglich durch einen Akt per aes et libram geschehen muss, weshalb auch notwendig zu sein scheint, dass für den nexus nur eine aussenstehende, wirklich freie Person (als vindex?) wenigstens so bezahlen kann, dass der Gläubiger das Angebot annehmen muss. Das Gesagte schliesst gar nicht aus, dass die aussenstehende Person, obgleich sie *formell* die ganze Schuldsumme bei dem Solutionsakte übergibt, *reell* die aus dem Verkaufe stammende Einnahme abrechnen darf. Jedoch kann hier nur die Einnahme in Frage kommen, die nicht dem verkaufenden Gläubiger abgenommen werden konnte, also nur die, die sich auf die zur Zeit der Bezahlung schon usukapierten Dinge bezieht, welche vom Schuldner, für den schon bezahlt worden ist, nicht zurückgefordert werden konnten, wodurch allein der Verkäufer gegen Zurückforderung des Kaufpreises seitens des Käufers sichergestellt war. Wenn, wie man, jedoch ohne wirklichen Rückhalt in den Quellen, anzunehmen pflegt, der nexus die Schuld abdienen durfte, so *kann* dies nur auf die Weise realisiert worden sein, dass die formell bezahlende Person nach arbitratus boni viri den Wert des Dienstes bestimmen und abrechnen durfte. Das spätere Institut der bonorum emptio *braucht* betreffs dieses möglichen älteren Schuldrechtes nur die Veränderung gebracht zu haben, dass die Rechtsverhältnisse zwischen den verschiedenen Gläubigern rationeller geordnet wurden — vorher hat aller Wahrscheinlichkeit nach das Prinzip: occupantis condicio melior est geherrscht — und dass nach der endgültigen prätorischen Addizierung der bona an den bon. emptor dieser nach einer im Kaufe vereinbarten Quote die Schuld selbst übernahm und also für den Schuldner bezahlen musste.

Hiernach lässt sich absolut nichts anführen, was die Zeugnisse der Historiker weniger glaubhaft machen könnte. Es wäre darum keine gesunde wissenschaftliche Methode, ihre Angaben in fraglicher Hinsicht zu verwerfen. Wir wollen diese jetzt untersuchen! Livius 6, 20, 6 erzählt von Manlius, dass er für vierhundert Schuldner bezahlt und so den Verkauf ihrer bona und ihre persönliche ductio verhindert habe: quorum bona venire, quos duci addictos prohibuisset. Ersteres *kann* sich indessen auf einen freiwilligen Verkauf der bona vor der Exekution beziehen, welchen die Schuldner sonst, um der ductio zu entgehen oder sie aufzuschieben, hätten vornehmen müssen. (Darum handelt es sich offenbar 2, 23, 6.) Aber entschieden bezieht sich auf Zwangspossidierung der bona wie auf die Possidierung der freien Gewaltunterworfenen des Schuldners 2, 24, 6: contioni deinde edicto addidit (consul Servilius) fidem, quo edixit, ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud consules potestas fieret, neu quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur. Diese Stelle ist die einzige bei den Historikern, welcher Kleineidam a. a. O., S. 279 ff. irgend eine Bedeutung zuerkennen will, weil Livius oder sein Auktor möglicherweise das fragliche Edikt gelesen haben könne. (Sonst sollen sie bei derartigen Angaben von zu ihrer Zeit herrschenden Schuldrechtsverhält-

nissen irregeführt worden sein.) Aber das Angeführte soll nach Kl. so auszulegen sein, dass ein altes Recht, die bona und die freien Gewaltunterworfenen des *latitierenden* oder *abwesenden* Schuldners zu possidieren, während des Volskerkrieges 259/495 hinsichtlich der Lagersoldaten durch das Edikt aufgehoben worden sei. Diese Auslegung widerstreite auch nicht dem Wortlaute. Die Richtigkeit letzterer Behauptung ist indessen davon abhängig, was man unter Widerstreit gegen den Wortlaut versteht. Wenn man damit meint, dass die Auslegung der in den Worten hervortretenden Meinung des Verfassers nicht widerspricht, ist die Behauptung offenbar falsch. Denn die Konjunktion *donec* anstatt *cum* weist darauf hin, dass *Livius* gemeint haben muss, dass das fragliche Verbot seine zeitliche Grenze im Ende des Feldzugs haben sollte, was die Wiederherstellung des Rechtes mit der Heimkehr des Soldaten voraussetzt. Ganz denselben Sinn hat das Edikt in der entsprechenden Darstellung bei Dion. Hal. 6, 29: . . . ὅσοι ἂν Ρωμαίων ἐπὶ τὸν κατὰ Οὐολούσκων πόλεμον ἐκστρατεύσωσι, τὰς τούτων οἰκίας μηδένα ἐξεῖναι μήτε κατέχειν μήτε πωλεῖν . . . ὅσοι δ᾽ἂν ἀπολειφθῶσι τῆς στρατείας, τὰς κατὰ τούτων πράξεις ὑπάρχειν, womit zu vergleichen ist, was Virginius *nach* dem Kriege vorschlägt: 6, 37: οἴομαι δεῖν τοὺς συναραμένους ἡμῖν τότε καὶ τῶνδε τῶν πολέμων μετασχόντας ἀφεῖσθαι καὶ μηδενὸς αὐτῶν μήτε τὸ σῶμα μήτε τὴν οὐσίαν ὑπὸ τῶν δανειστῶν κρατεῖσθαι. Der Hinweis auf das prätorische Edikt betreffs des latitierenden oder abwesenden Schuldners ist auch an sich verfehlt. Denn bei Livius handelt es sich ja vor allem um die schon nexi Gewordenen, also schon der Jurisdiktion des Magistrates Unterworfenen. Beachte die von Livius 2, 24, 7 erzählte Wirkung des Servilischen Ediktes: Hoc proposito edicto et qui aderant *nexi* profiteri . . . Aber in dem erwähnten prätorischen Edikte trifft die Possidierung solche Personen, die nicht in gehöriger Weise vor dem Prätor erscheinen noch von einer anderen Person verteidigt werden, weshalb eine endgültige Entscheidung in ihrer oder eines Defensors Anwesenheit nicht möglich ist. (Über die Formulierung des prätorischen Edikts siehe Lenel, Ed.[2] S. 400.) Wir müssen also als das Wahrscheinlichste annehmen, dass wirklich vor der lex Poetelia nicht nur der Schuldner selbst, sondern auch seine bona und seine freien Gewaltunterworfenen possidiert und erstere nach einer Frist verkauft werden sollten. (Über den wesentlichen juridischen Unterschied zwischen einem solchen Zwangsverkauf und der modernen Zwangsexekution in das Vermögen unmittelbar vorher.) Indessen liegt in dem Hinweise Kl:s auf das prätorische Edikt gegen den *latitierenden* und *abwesenden* Schuldner, trotzdem die Erklärung der Liviusstelle durch diesen Hinweis missglückt ist, immer das Richtige eingeschlossen, dass es beinahe als unmöglich erscheint, dass in einer solchen Lage der Gläubiger völlig machtlos sein und nicht einmal die bona und freien Gewaltunterworfenen des Schuldners in Besitz nehmen dürfen sollte. Jedoch müssen in fraglicher Hinsicht mit den erwähnten Fällen die folgenden zusammengestellt werden: cui heres non exstabit und qui exsilii causa solum

Indessen ist notwendig anzunehmen, dass, wenn auch, wie wahrscheinlich ist, der Gläubiger die bona und freien Gewaltunterworfenen des Schuldners ebensogut wie den Schuldner in Besitz nehmen durfte, diese Rechtsfolge der Schuld, erst durch Ermächtigung des Magistrates in dessen Jurisdiktion aktualisiert werden konnte. Denn das Recht an den bona und freien Gewaltunterworfenen muss jedenfalls dieselbe Natur wie das Recht am corpus des Schuldners gehabt haben, also ein blosses Besitzrecht gewesen sein. Dass der Schuldner sein quiritisches Eigentumsrecht auf Grund der Nicht-Bezahlung nicht verlor, ist völlig sicher, da sogar der iudicatus-ductus sein Eigentumsrecht während der Frist der 60 Tage behielt und da später der bonorum emptor nur Eigentümer in bonis der dem Schuldner gehörenden Dinge wurde.[1] Das fragliche Besitzrecht muss, auch wenn es durch Verkauf übertragen worden war, unter derselben resolutiven Bedingung wie die Nexusstellung selbst: *donec solverit* gestanden haben.[2]

Aber wir können hier einen Schritt weiter gehen. Da das fragliche Besitzrecht betreffs der Person des Schuldners in dieser an Formen gebundenen Zeit nicht durch eine einfache Ermächtigung zur ductio desselben realisiert werden konnte, sondern dafür eine Ermächtigung zum formellen nectere nötig war, muss man annehmen, dass dasselbe Besitzrecht auch betreffs der bona und der freien Gewaltunterworfenen zu seiner Realisation ein nectere erforderte. Man kann nur darüber im Zweifel sein, ob der fragliche Akt in *Abwesenheit* des Schuldners realisiert werden konnte. Aber es besteht kein sicherer Anlass zu leugnen, dass der Magistrat selbst, der ja doch durch seine Ermächtigung über das Besitzrecht verfügte, als die dasselbe im Nexumakte übertragende Partei fungieren konnte.

---

verterit: Cicero pro Quinctio 19, 60. Ja, es muss auch als höchst unwahrscheinlich angesehen werden, dass, bevor das Verhältnis zwischen den Gläubigern rationell geordnet worden war und während noch das Prinzip: occupantis condicio melior est galt, die Gläubiger, die den Schuldner selbst nicht als nexus erhalten hatten, nicht einmal dessen bona und freie Gewaltunterworfenen, die noch der Possidierung zugänglich waren, in Besitz hätten nehmen dürfen.

[1] Gaius I. 3, 80.

[2] Siehe oben S. 402.

Überhaupt kann allgemein gesagt werden, dass die sicher feststellbare Tatsache, dass das Besitzrecht an dem Schuldner durch ein Zwangsnectere auf Grund der Jurisdiktion des Magistrats auf den Gläubiger übertragen wurde, darauf hinweist, dass jede solche ductio iussu praetoris wie jede solche missio in bona, die ein Besitzrecht an der Sache gab, *ursprünglich* durch einen Nexumakt vollzogen wurde, aber diese Form allmählich ausser Gebrauch kam. Dahin muss besonders die ductio des Noxalsklaven iussu praetoris gehört haben, deren hohes Alter daraus geschlossen werden kann, dass sie eine offenbare Parallele zur Nexusstellung des Schuldners als Folge der nicht eingelösten Schuld bietet. (Hierüber alsbald.)

Durch die lex Poetelia wurde die Änderung getroffen, dass als die eigentliche Rechtsfolge der nicht eingelösten Schuld nur die Possidierung der bona zu betrachten war. Obgleich der insolvente Schuldner nach wie vor vom Gläubiger in Arrest gesetzt werden durfte, sollte er durchaus nicht als ein Sklave behandelt werden. Die ductio hatte jetzt nur den Zweck, als eine Sicherheitsvorkehrung gegen doloses Verfahren hinsichtlich der bona und wohl auch als ein Druck auf Bezahlung zu dienen. Sie war in keiner Weise mehr die Rechtsfolge der nicht eingelösten Schuld. — Es ist betreffs der Wirkung der lex Poetelia nur hinzuzufügen, dass sie mutmasslich auch eine völlige Ausgleichung der Behandlungsweise des confessus und der des iudicatus zuwegegebracht hat. Wenn die persönliche Gewalt über den Schuldner nicht mehr die Rechtsfolge der ursprünglichen Obligation war, scheint es unmöglich, dass eine solche Gewalt fortdauernd als die Rechtsfolge der sekundären Judikatsobligation betrachtet worden ist. Aber wenn die Zwangsexekution im wesentlichen auf das Vermögen beschränkt wurde, bestand kein Anlass, einen Unterschied zwischen dem confessus und dem iudicatus zu machen.[1]

Es ist schliesslich zu untersuchen, welcher Art das Recht ist, das der Gläubiger an dem nexus als solchem hat. Dass letzterer nicht rechtlich Sklave wird, obgleich er als Sklave behandelt werden darf, geht aus der vorhergehenden Darstellung hervor. Dadurch

---

[1] Siehe oben S. 367 f.

steht er in einem entschiedenen Gegensatz zur manzipierten freien Person, obgleich der hinsichtlich dieser angewandte Ausdruck: servi *loco* constituitur[1] auf dieselbe rechtliche Stellung hinweisen könnte, da der entsprechende Ausdruck für den nexus *servire* ohne *servum esse* ist.[2] Denn die manzipierte freie Person hat als *mancipio* im technischen Sinne oder zu Eigentum im höchsten Sinne gegeben ihre rechtliche Bestimmtheit gerade darin, dass der Empfänger das höchste Eigentumsrecht an ihr hat. Andererseits fehlt hier der materielle Inhalt des Eigentumsrechts an Personen, nämlich die *potestas*, die als solche ius vitae ac necis ist.[3] Und wenn auch in gewissen Fällen der Empfänger materielle Vorteile durch das Recht, die manzipierte Person wirklich zu gebrauchen, mit dem Empfang des Eigentumsrechts erworben haben muss — so bei der noxæ deditio und dem wirklichen Verkaufe gegen einen nicht nur scheinbaren Preis[4] — kann doch das Recht auf irgend welchen Gebrauch des Manzipierten für dessen Stellung nicht wesentlich gewesen sein, wie man aus dem Falle der Manzipation *dicis causa*[5] zum Zwecke der Emanzipation oder Adoption folgern kann. Nun bedeutet dies allerdings nicht *ganz* dasselbe wie das Vorhandensein des sog. *nudum* ius Qu. Denn einerseits erwirbt derjenige, der *nur* ex iure Qu. dominus ist, durch den Akt des Sklaven aus keiner causa — anstatt dieses dominus erwirbt der bonitarische[6] — während derjenige, der die freie Person mancipio empfangen hat, durch den Akt des Manzipierten aus jeder causa erwirbt, wenn man die possessio ausnimmt.[7] Andererseits kann der nur quiritische dominus auf keine Weise den

---

[1] Gaius I. 1, 123.

[2] Quint. Inst. or. 5, 10, 60 u. 7, 3, 26.

[3] Der Beweis mit nötigen Belegen oben S. 373 ff.

[4] In Gaius 1, 140 wird direkt auf den ersten Fall, indirekt wenigstens auf die Möglichkeit des zweiten hingewiesen durch die Worte: nam hunc actor pro pecunia habet.

[5] Gaius I. 1, 141.

[6] Belege oben S. 72[2].

[7] Gaius I. 2, 90. Zwar wird hier nur die proprietas, als durch den Manzipierten möglich zu erwerben, besprochen. Aber der Anlass für die besondere Erwähnung der *proprietas* liegt offenbar in der Absicht, den Erwerb der *possessio* als zweifelhaft darzustellen.

Sklaven freilassen, wenn nicht vorher der bonitarische ihn freigelassen hat, in welchem Falle ersterer ihn durch die Iteration der Freilassung zu einem römischen Bürger machen kann.[1] Aber derjenige, der eine freie Person mancipio empfangen hat, kann sie unter allen Umständen freilassen.[2] Aber *erstens* ist das Wesentliche für das *nudum* ius Qu. betreffs des Sklaven das Fehlen der potestas.[3] Wenn wir den unmittelbaren Rechtsinhalt berücksichtigen und von den rechtlichen Folgen des Rechtes selbst absehen, liegt der Unterschied zwischen dem nudum ius Qu. und dem plenum ius an einem Sklaven nur darin, dass es ersterem an der *potestas* fehlt. Und ebenso muss gesagt werden, dass sich das Eigentumsrecht an der manzipierten freien Person vom vollen Recht über einen Sklaven wesentlich darin unterscheidet, dass ersteres der *potestas* entbehrt. *Zweitens* ist zu bemerken, dass der zweite der erwähnten Unterschiede zwischen dem nudum ius Qu. und dem formellen Eigentumsrechte im Falle manzipierte freie Person — derjenige, der die Freilassungsmöglichkeit betrifft — nur eine Folge davon ist, dass der nur quiritische Eigentümer den bonitarischen neben sich hat, der die *potestas* über sie als Sklaven innehat, während im anderen Falle kein anderer eine solche *potestas* besitzt. Natürlich kann der nur quiritische Eigentümer nicht durch Freilassung den bonitarischen seiner potestas berauben. Der erste der angegebenen Unterschiede — derjenige, der die Möglichkeit, durch die untergeordnete Person zu erwerben, betrifft — liegt gewissermassen auf einer anderen Linie. Wir *wissen*, dass die Anerkennung des bonitarischen Rechts als eines besonderen dominium nicht der älteren römischen Rechtsanschauung angehörte, was auch so ausgedrückt werden kann, dass *ursprünglich* nur der do-

[1] Nach dem fr. Dos. 9 kann der nur quiritische dominus den Sklaven *nicht einmal* zu einem Latinus Junianus machen, also ihm die Freiheit *ohne* römische Zivität geben. Über die Möglichkeit, durch Iteration den vorher durch den bonitarischen Eigentümer zu einem Latinus Junianus Gewordenen zu einem römischen Bürger zu machen, siehe oben S. 78 A.

[2] Nach Gaius I. 1, 123 kann die manzipierte freie Person unter Voraussetzung testamentarischer Freilassung Erbschaft oder Legat von dem, der sie mancipio empfangen hat, erwerben. Vgl. I. 2, 160.

[3] Siehe oben S. 74[1].

minus ex iure Qu. als *dominus* anerkannt wurde.[1] Dass der *nur* quiritische Eigentümer nicht durch die Akte des Sklaven erwarb, sondern statt seiner der bonitarische, setzt natürlich die spätere Anerkennung eines besonderen bonitarischen *Eigentums* voraus. Und der fragliche Rechtssatz ist natürlich eine Anwendung des älteren Rechtssatzes über den Erwerb des *dominus* durch den Sklaven auf den *bonitarischen* Eigentümer, die möglich wurde, *seitdem* ein solches Eigentum anerkannt war. Aber das Institut *in mancipio esse* betreffs der manzipierten freien Person in seinem Unterschiede vom Institute *in potestate esse* betreffs des wirklichen Sklaven weist Zeichen eines sehr hohen Alters auf.[2] Unter solchen Umständen ist leicht verständlich, dass man in *diesem* Falle den mit dem formellen Eigentumsrechte Ausgerüsteten den Vorteil aus dem alten Satze über Erwerb des dominus durch den Sklaven hat ziehen lassen. Eine Übertragung des Satzes auf einen anderen als den quiritischen Eigentümer hatte zur Zeit der Ausbildung des Institutes nicht stattgefunden. Hierzu kommt, dass in unserm Falle niemals der Grund gelten konnte, dass eine andere Person als *bonitarischer* Eigentümer einen befugten Anspruch auf den Vorteil des Sklavenerwerbs machen konnte.[3]

---

[1] Gaius I. 2, 40 . . . aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

[2] Nicht nur der Umstand, dass die Phrase in potestate, manu mancipiove esse ein hergebrachter juridischer Fachausdruck sein muss, weist auf ein hohes Alter hin, sondern auch der Ausdruck in mancipio als in causa mancipii (servi) bedeutend. Denn vorher ist nachgewiesen worden, dass mancipium als Ausdruck für den Sklaven oder die rechtliche Lage desselben die *älteste* Verwendung des Wortes gewesen ist. Später erhielt es eine viel weitere Bedeutung. In den XII Tafeln wird die Möglichkeit des in mancipio esse *vorausgesetzt:* tab. 4, 2: Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto. Venum dare hier = *mancipio* dare. Siehe Gaius I. 1, 132 und Ulp. Reg. 10, 1.

[3] Im übrigen tritt die wesentliche Ähnlichkeit zwischen dem nur quiritischen Eigentumsrecht an Sklaven und dem formellen Eigentumsrecht an manzipierten freien Personen darin hervor, dass die betreffenden Rechtsinhaber letztere immer *nur* durch einen actus legitimus: vindicta, census oder testamentum freilassen konnten. Hinsichtlich des nur quiritischen Eigentümers folgt dies daraus, dass er überhaupt nur durch Iteration einen Latinus Junianus freilas-

Wir haben indessen vorher[1] nachgewiesen, dass das nudum ius Quiritium nur das reingezüchtete Grundelement im Eigentumsrechte ist, d. h. die Macht über die *species* oder den *animus* des Dinges an sich oder als ein rein Inneres betrachtet. Die rechtliche Macht über das Äussere des Dinges ist nur eine *Folge* der ursprünglichen mystischen Kraftquelle und kann deshalb von einer anderen Person als dem Träger der Kraftquelle selbst innegehabt werden, nämlich wenn diese andere Person die Fähigkeit, die Grundkraft zu gebrauchen, erhalten hat. In diesem Falle ist die Person, die die rein innere Macht hat, nur mit dem *nudum* ius Qu. ausgerüstet. Wir können nun auf Grund des unmittelbar vorher Angeführten sagen, dass das formelle Eigentumsrecht an der manzipierten freien Person *ohne* potestas, als in seinem Wesen mit dem nudum ius verwandt nichts anderes ist als eben dieselbe rein innere Gewalt — hier auf den animus der Person gerichtet — ohne die sonst aus einer solchen Gewalt folgende Macht über den Gegenstand in dessen äusserem Dasein. Damit ist auch nachgewiesen, dass die mystische, rein innere Gewalt, die im nudum ius Qu. vorliegt, ohne dass der Machthaber im Äusseren herrscht, in unserm Falle in der Weise vorhanden ist, dass die untergeordnete Person selbst über ihren *Körper* herrscht. Also ist die Person materiell frei, obgleich ein inneres Band ihren animus bindet. (Dies schliesst nicht aus, dass eine relative äussere Herrschaft der übergeordneten Person wie im Falle noxæ deditio einer freien Person vorhanden sein kann. Das Wesentliche ihrer äusseren Freiheit aber behält die untergeordnete Person, da kein anderer die eigentliche potestas — das ius vitæ ac necis — hat.) Wir verstehen nun den technischen Ausdruck betreffs der manzipierten freien Person: servi *loco* constituitur. Diese ist vom materiellen Gesichtspunkt aus nicht Sklave, weil die übergeordnete Person keine potestas innehat. Aber das rein innere Element im Eigentumsrechte an einem Sklaven ist vorhanden, und hinsichtlich dieser rein inneren Gewalt ist die manzi-

---

sen und so zum römischen Bürger machen konnte. Hinsichtlich des formellen Eigentümers einer manzipierten freien Person geht dasselbe aus Gaius I. 1, 138 hervor. Eine solche Person werde, vindicta, censu oder testamento freigelassen, sui iuris.

[1] § 12.

pierte freie Person ein Sklave, weshalb andere Rechtsfolgen aus der Sklavenstellung als solche, die sich auf die äussere Macht über die Person beziehen, eintreten. — Aber auch dies geht aus dem Angeführten hervor, dass der Fall manzipierte freie Person die *älteste* Verwendung der Idee einer rein inneren Gewalt (ohne Gewalt über das Äussere des Gegenstandes) ist. (Die XII Tafeln setzen ihn als eine Möglichkeit voraus.) Das sog. nudum ius Qu. ist eine spätere Verwendung derselben Idee. Schliesslich ist zu bemerken, dass die viel später gegebene Möglichkeit, einen Sklaven durch Freilassung zu einem Latinus Junianus zu machen, eine Situation schafft, die der Lage der manzipierten freien Person analog ist. Der Freilassende behält ein nudum ius Qu., wenn er den Sklaven pleno iure besessen hatte. Und derjenige, der vorher nur ein nudum ius Qu. am Sklaven gehabt hatte, behält dieses, wenn letzterer vom bonitarischen Eigentümer freigelassen worden ist. Aber der Latinus Junianus herrscht trotz des Mangels an der rein inneren Freiheit — der libertas ex iure Quiritium — selbst über seinen Körper.[1] Nur *die* Verschiedenheit zwischen der Lage der manzipierten freien Person und der des Latinus Junianus ist von rechtlichem Gesichtspunkte vorhanden, dass erstere durch rechtliche Akte ihrem Übergeordneten erwirbt, während letzterer für sich selbst erwirbt. Diese Verschiedenheit ist indessen von der vorher besprochenen, *späteren* Anwendung des alten Rechtssatzes über den Erwerb des *dominus* durch den Sklaven auf den bonitarischen Eigentümer abhängig. Der Latinus Junianus entspricht nämlich im Verhältnis zu sich selbst völlig dem bonitarischen Eigentümer.[2]

Aber wie das spätere Institut nudum ius Quiritium sein uraltes Vorbild in der Gewalt des mancipio Empfangenden über die manzipierte freie Person hat, so hat das entsprechende, spätere bonitarische Eigentum sein uraltes Vorbild in der Gewalt des Gläubigers über den nexus. Dass diese Gewalt ein *Recht* an der Person war, kann nicht bezweifelt werden, da man weiss, dass der nexus als solcher durch einen Nexumakt konstituiert wurde. Dass dieses Recht sich auf eine reelle, aber nicht formelle, Sklaverei bezog, wird ein-

[1] Siehe oben S. 78 A.

[2] Siehe oben S. 77 f. A.

stimmig bezeugt[1] und kommt besonders in dem Terminus *servire*, nicht *servum esse*, zum Ausdruck. Wir können auch feststellen, dass das fragliche Recht als ein Recht am *Körper* des nexus betrachtet wurde[2] und dass es sehr weit war.[3] Ob die potestas im eigentlichen Sinne als ius vitæ ac necis vorlag, kann nicht sicher entschieden werden, da es keine darauf sich beziehenden Äusserungen in den Quellen gibt. Aber es ist dies nicht allein möglich, sondern auch wahrscheinlich, wenn man nur in das fragliche ius nicht mehr hineinlegt, als es bei der *patria potestas* oder der *potestas* über rechtlich freie Personen einschliesst. In diesem Falle bedeutet es nur die Stellung des pater als *höchsten Richters* und kann deshalb nur dann angewandt werden, wenn ein Verhalten vorliegt, das Sühne durch den Tod verdient.[4] Wahrscheinlich wird die fragliche Annahme, wenn man den stehenden Fachausdruck *servire* ohne *servum esse* beachtet, der darauf hinweist, dass keine *andere* Einschränkung in der Herrschermacht vorhanden ist als die, die sich daraus ergibt, dass die rein innere Gewalt — das Eigentum ex iure Qu. — fehlt. Ebensowenig wie das *Vorhandensein* dieser inneren Gewalt die *Abwesenheit* des ius vitæ ac necis ausschliesst, ebensowenig kann der *Mangel* an ersterer das *Vorhandensein* des letzteren hindern. Aber wie dem auch sei, so ist es jedenfalls unmöglich, das fragliche Recht als einen blossen *ususfructus* an dem nexus, der von einem wirklichen Besitzrecht zu unterscheiden wäre, zu fassen. Es findet sich in den XII Tafeln keine Andeutung

---

[1] Siehe oben S. 358.

[2] Siehe z. B. Livius 2, 23, 6: postremo velut tabem pervenisse ad *corpus*. 6, 34, 2: fama et *corpore* ... creditoribus satis faciebant; 6, 27, 8: sciat unus quisque, quid sui, quid alieni sit, supersit sibi liberum *corpus* an id quoque nervo debeatur; 8, 28 fin: pecuniæ creditæ bona debitoris, non *corpus* obnoxium esset; vgl. Dion. Hal. 5, 69; 6, 26; 6, 41; 6, 58: οἱ ... πολλὰ καταδουλωσάμενοι πολιτῶν σώματα ...; 6, 83 : καὶ εἴ τινων ἤδη τὰ σώματα ... κατέχεται ...

[3] So war der Gebrauch von Fesseln und im allgemeinen eine schmachvolle Behandlung zulässig. Siehe z. B. Livius 2, 23, 7 und Dion. Hal. 6, 79. Allerdings erzählt Val. Max. 6, 1, 9 von einem Gläubiger, der wegen schmachvoller Behandlung eines nexus zum Tode verurteilt wurde. Da es sich jedoch hier um *stuprum* handelt, kann kein Schluss daraus betreffs des allgemeinen Rechts des Gläubigers gezogen werden.

[4] Siehe hierüber RAGUSA, Le XII Tavole (1924), S. 140 f.

des späteren Institutes usus oder ususfructus. Dazu kommt, dass nach der Terminologie dieser Gesetzsammlung usus *bedeutet*, was später possessio benannt wurde.[1] Es muss sich also um ein wirkliches Besitzrecht handeln, das dem späteren nur bonitarischen Eigentum entspricht, obgleich keine aussenstehende Person hier das nudum ius Qu. behält, weil die beherrschte Person *liber ex iure Qu.*, also von jeder übergeordneten, rein inneren Gewalt frei ist.

So besteht eine Korrespondenz zwischen den beiden uralten Instituten: in mancipio esse und servire ohne servum esse. Im ersteren Falle ist die Freiheit vom *inneren* Gesichtspunkte verloren, aber die rechtliche Freiheit bleibt doch betreffs der äusseren Person bestehen. Wenigstens hat der Gewaltinhaber keine potestas im eigentlichen Sinne als ius vitæ ac necis. Im letzteren Falle bleibt die rein innere Freiheit, aber die rechtliche Freiheit betreffs der äusseren Person ist wenigstens relativ verloren. In den beiden Fällen findet eine *uralte* prinzipielle Unterscheidung zwischen der rein inneren und der das Äussere des Gegenstandes betreffenden Gewalt statt, dieselbe Unterscheidung, die dem *späteren* Gegensatz zwischen dem nudum ius Quiritium und dem bonitarischen Eigentum zugrunde liegt, obgleich hier zwei Gewaltinhaber hinsichtlich desselben Gegenstandes vorhanden sind, während in den beiden älteren Fällen nur eine Person Gewaltinhaber ist und der Gegenstand, der in diesen Fällen selbst eine Person ist, entweder die innere Freiheit unter Verlust der äusseren oder umgekehrt bewahrt. Es unterliegt des-

---

[1] Siehe tab. 6, 3 (Cic. Top. 4, 23): *usus* auctoritas fundi biennium est. Beachte auch den Ausdruck *usucapio*. Dass man später possessio anstatt usus sagte, hat unzweifelhaft seinen Grund darin, dass usus als ein Recht mit besonderem Inhalte vom Rechte, über das Ding selbst zu bestimmen, abgesondert wurde, weshalb auch die faktische Macht über das Ding selbst nicht weiter usus benannt werden konnte. (Beachte jedoch, dass noch zu Cicero's Zeit die Ausübung des usus fructus zwar nicht dasselbe wie possidere war, aber dies einschloss. Siehe oben S. 141[1]) Wenn Varro l. l. 7, 105 den nexus als qui *suas operas* in servitutem pro pecunia quam [debebat] (debet dat?) bestimmt, muss dies im Lichte des Fachausdruckes nexum *se* dare gesehen werden. Man kann fragen, ob nicht in Varro's Quelle über einen *usus* des Schuldners *wie* eines Sklaven gesprochen worden ist und Varro die Bedeutung dieses Ausdrucks nach dem Sinne desselben zu *seiner* Zeit ausgelegt hat.

halb keinem Zweifel, dass in den erwähnten miteinander korrespondierenden Instituten die Grundlage für das Institut bonitarisches Eigentum als vom quiritischen unterschieden zu finden ist.

Das Ergebnis dieser Untersuchung wird dadurch stark gestützt, dass nach völlig unzweideutigen Zeugnissen die bona des Schuldners vom bonorum emptor nur als *bonitarisches* Eigentum erworben werden. Niemand kann bestreiten, dass die rechtliche Macht der Gläubiger über die bona des Schuldners als die nach der lex Poetelia wesentliche Rechtsfolge der nicht eingelösten Schuld nur eine Verlegung des Schwerpunktes der Exekution von der Person des Schuldners auf dessen bona bedeutete. Das ältere Recht an der Person *muss* dann einen analogen Sinn gehabt haben.

Noch ein Umstand kann zur Bestätigung des gewonnenen Ergebnisses angeführt werden. Wir *wissen*, dass der Noxalsklave zur klassischen Zeit, wenn niemand als sein defensor auftrat, der ductio iussu praetoris unterworfen war und dass er durch diese ductio das Eigentum in bonis des Verletzten wurde.[1] Man kann wohl kaum im Ernste behaupten wollen, dass in älteren Zeiten der Verletzte unter denselben Umständen ein minderes Recht hinsichtlich des Sklaven gehabt habe. Aber dann muss es lange vor der Ausbildung des Institutes bonitarisches Eigentum ein dem durch den Sklaven Verletzten vorbehaltenes mögliches Besitzrecht am Sklaven gegeben haben, das jedoch nicht Eigentumsrecht war. Nun ist indessen zu bemerken, dass der *unmittelbar* durch das fragliche Verbrechen Gebundene *immer* der Sklave selbst gewesen ist, was sowohl aus dem in den XII Tafeln erwähnten Institute noxæ deditio als den dominus befreiend wie aus dem althergebrachten Satze: noxa sequitur caput folgt. Die Realisation des fraglichen Besitzrechtes — wie es auch dabei hergegangen ist[2] — war indessen nichts anderes als eine Aktualisierung der erwähnten Gebundenheit des Sklaven.[3] So hatte denn in diesem Falle in älteren Zeiten eine auf Grund eines Sklavenverbrechens bestehende Obligation des Verbrechers selbst, insoweit sie nicht schon eingelöst war, was nur durch Bezahlung

[1] Siehe oben S. 68 f. u. S. 72.

[2] Über das Wahrscheinliche in dieser Hinsicht siehe oben S. 406.

[3] Siehe oben S. 77—78.

der litis aestimatio oder durch noxæ deditio seitens des dominus geschehen konnte, ihre unmittelbare Rechtsfolge im Besitzrechte des Obligationsinhabers an dem Gebundenen. Dieses Besitzrecht wurde, seitdem sich die Idee eines bonitarischen Eigentums eingebürgert hatte, ein solches Eigentumsrecht — ganz wie das ursprüngliche Besitzrecht an den bona des Schuldners sich unter ähnlichen Verhältnissen dazu entwickelte.

Wir haben hier nur die Nexusstellung als die unmittelbare Rechtsfolge der nicht eingelösten Obligation, die auf certa pecunia geht, erörtert. Der Anlass liegt darin, dass wir uns nur hinsichtlich solcher Schuld auf direkte Zeugnisse über die Schuldverhältnisse der älteren Zeit berufen können. Es ist ja auch natürlich, dass solche Schuld, besonders als Darlehnsschuld, die wichtigste gewesen und deshalb sowohl von den alten Gesetzen wie den Historikern vor allem berücksichtigt worden ist. Indessen ist offenbar, dass sich auch andere Schuld, z. B. die von certa res, die von anderen vertretbaren, der Art und Menge nach bestimmten Sachen (z. B. Wein, Getreide ohne Individualisierung) oder die von incertum (z. B. die vom doppelten Werte der gestohlenen Sache), nicht bis zu einer Judikatsobligation entwickeln *musste*, um Exekution bei Nichteinlösung mit sich zu bringen. Wenn confessio in iure oder Unterlassung, in iure zu antworten, oder Verweigerung anderer für Urteil nötiger Handlungen vorlag, konnte natürlich auch bei solchen Schulden Exekution nicht ausbleiben, wenn der Belangte weder die Schuld einlöste, wenn sie unmittelbar eingelöst werden konnte, noch Sicherheit leistete, noch in den Fällen, wo sie nicht unmittelbar eingelöst werden konnte (z B.: der individuelle Gegenstand, den man schuldig war, war untergegangen, ohne dass deshalb die Schuld aufhörte; die Schuld ging aufs duplum des *Wertes* eines gewissen Dinges) ein arbitrium litis aestimandæ zuliess noch paziszierte.[1] Unter den angegebenen Vor-

[1] Dass ein *pactum* mit dem Kläger den Belangten von Exekution befreite, geht aus tab. 1, 6 u. 7: Rem ubi pacunt, orato. *Ni* pacunt, in comitio. . . hervor. Über ein pactum als die Verhaftung nach l. a. p. m. i. aufhebend, siehe Gellius, N. A. 20, 1, 46. Über das hier fragliche pactum später. Dass

aussetzungen konnte ja kein Urteil ergehen, und doch muss Exekution gegen den Belangten möglich gewesen sein. Ja, auch wenn ein Urteil zustandegekommen war, das im Legisaktionsprozesse auf andere Schuld als die von certa pecunia direkt gehen konnte[1], war deshalb nicht unmittelbar die l. a. p. m. i. iud. verwendbar, wenn nicht zu certa pecunia verurteilt worden war, da erstere ein Endurteil auf Geld voraussetzte.[2] Wenn in diesem Falle der Beklagte weder die Judikatsobligation unmittelbar einlöste noch Sicherheit leistete noch sich einem arb. l. ae. unterwarf noch paziszierte, muss auch eine andere Exekution als l. a. p. m. i. iud. seitens des Klägers möglich gewesen sein.[3]

---

ein *arbitrium litis æstimandæ* unter im Texte angegebener Voraussetzung möglich war, geht sicher aus tab. 12, 3 hervor: Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tris dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito. Vindiciam falsam ferre, durch Urteil im Vindikationsprozesse festgestellt, ist offenbar als ein furtum nec manifestum, für welches eine obligatio aufs duplum eintrat, betrachtet worden.

[1] Gaius I. 4, 48. — Es ist auch an sich notwendig, dass im Sakramentalprozesse in personam, in dem nur entschieden wurde, wessen sacramentum iustum war, welches sacramentum die ursprünglich vom Kläger behauptete Schuld: aio te mihi dare oportere (Val. Prob. 4, 1) betraf, das Urteil, wenn die ursprüngliche Schuld nicht auf certa pecunia ging, gleichfalls nicht darauf gegangen sein kann.

[2] Siehe die Formel Gaius I. 4, 21.

[3] Das im Texte Angeführte, das sich als notwendig aus dem über den Legisaktionsprozess Bekannten ergibt, wird durch Rückschluss aus dem zur Zeit des Formularprozesses geltenden Exekutionsrechte bestätigt. Zuerst ist dann das prätorische Edikt de postulando zu erwähnen, wo bestimmt wird, wer vom Rechte, für andere im Prozesse zu plädieren, ausgeschlossen ist. Folgende Worte darin sind hier bedeutungsvoll: Iul. D. 3, 2, 1: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit. Dass das Edikt in der Hauptsache betreffs der erwähnten Fälle richtig wiedergegeben ist und dass sich besonders die Worte: damnatus pactusve erit darin befunden haben, geht sowohl aus Gaius 4, 182 als aus der lex Iulia mun. v. 110 hervor. Über die Notwendigkeit, die Julianusstelle auf das Edikt de postulando zu beziehen, siehe LENEL, Ed. 2, S. 76 f. Aber man muss fragen, weshalb nicht hier *auch* derjenige, der furtum etc. *gestanden*, jedoch weder paziszierte noch die für arbitrium litis æstimandæ nötigen Handlungen vorgenommen hat, erwähnt worden ist. Wenn auch richtig ist, dass ein confessus certam pecuniam während der klassischen Zeit als damnatus gegolten hat,

kann doch der confessus in anderen Fällen diesen Charakter nicht gehabt haben, da im Formularprozesse für die damnatio wesentlich war, dass sie auf certa pecunia ging. Man findet auch, dass nach der lex Rubria tab. 2, c. 21 der nicht bezahlende noch Sicherheit leistende confessus certam pecuniam (creditam) als ein ex iudicieis dateis . . . damnatus (13 u. 14) zu betrachten ist, während dies in c. 22 betreffs des nicht den Kläger befriedigenden confessus in anderen Fällen nicht gesagt, sondern nur von unmittelbarer ductio und missio in bona gesprochen wird. (Siehe auch z. B. KADEN, Sav. Z. 45, 1925, S. 543. Es ist unmöglich, dass in solchen Fällen der confessus, der nicht erfüllt noch Sicherheit leistet, die Sache, von welcher er zugestanden hat, dass sie dem Kläger gehört, nicht restituiert, sich dem nötigen iudicium nicht unterwirft oder nicht pazisziert, *deshalb* als ein damnatus zu betrachten wäre, weil er dann dem Eide des Klägers über den pekuniären Wert der Sache unterworfen wäre. Ein solcher Eid würde weder Schiedseid, freiwillig oder auferlegt, noch iusiurandum in litem sein. Letzteres dient ja nur als Beweismittel bei der damnatio des iudex. Siehe besonders DEMELIUS, Schiedseid und Beweiseid im römischen Zivilprozesse, 1887, § 13 ff. Jedenfalls ist die litis contestatio für die Möglichkeit eines solchen Eides nötig. Eine nähere Untersuchung der Situation des confessus während verschiedener Zeiten, welche eine Stellungnahme zu verschiedenen Theorien von DEMELIUS, GIFFARD, COLLINET, PÜSCHEL u. a. voraussetzen würde, würde zu weit von der hier gestellten Aufgabe abführen.) Also kann unmöglich im prätorischen Edikte de postulando unter den wegen des furtum etc. damnatus der confessus als solcher subsumiert werden. Aber dass dieser der Ausschliessung vom postulare für andere entgangen sein sollte, ist unmöglich, da nach Paulus D. 3, 2, 5 (vgl. Ulp. D. 49, 14, 4) der *pactus* gerade deshalb ausgeschlossen sein soll, weil er als ein confessus zu betrachten ist. Die Erklärung der Sachlage kann nur die sein, dass der confessus furtum etc., der ein nötiges arbitrium litis æstimandæ verhindert und auch nicht pazisziert, unter eine andere Kategorie fällt, die gleichfalls das fragliche Recht nicht hat. Diese Kategorie kann, wenn man die lex Rubria tab. 2, c. 22, v. 36: neque se iudicio utei oportebit defendet und 45 ff: pr⟨aetor⟩q⟨ve⟩ . . . bona eorum possideri proscreibeive veneireque iubeto berücksichtigt, nur der in der entsprechenden Bestimmung der lex Iulia mun. 116 u. 117 erwähnte Fall: quoiusve bona ex edicto eius . . . possessa proscriptave sunt erunt sein. (Über die Wahrscheinlichkeit, dass diese Klausel in das prätorische Edikt de postulando mit einer Ausnahme für den Fall der cessio bonorum, die erst nach der lex Iul. mun. möglich war, aufgenommen war, siehe LENEL, Ed.[2], S. 78. In der Tat *beweist* der angegebene Umstand, dass die Annahme LENEL's richtig ist.) Das Angeführte schliesst ein, dass der confessus furtum etc., um der possessio und proscriptio bonorum zu entgehen, zur Zeit des Formularprozesses entweder paziszieren oder iudicium zwecks litis aestimatio aufnehmen musste. Dass dies auch für andere Fälle der confessio betreffs solcher Schulden,

Aber dass diese notwendige Exekution die Konstituierung des Belangten als nexus gewesen ist, kann trotz des Schweigens der Quellen darüber als höchst wahrscheinlich angesehen werden, da wir *wissen*, dass in der späteren Zeit in den erwähnten Fällen ductio und possessio bonorum iussu praetoris angewandt wurde.[1] Da das Zwangsnectere nach dem Dekrete des Magistrates im Falle Schuld von certa pecunia erwiesenermassen Vorgänger der formlosen ductio und possessio bonorum iussu praetoris war, da wir ferner, wenn wir von der noch härteren legis actio iud. oder pro iud. absehen, die hier nicht Anwendung gefunden haben können[2], keine andere Exekutionsweise hinsichtlich der nicht eingelösten Obligation in der älteren Zeit kennen, und da jedenfalls Exekution ohne formellen Akt in dieser Zeit unmöglich gewesen ist, so muss angenommen wer-

---

die nicht unmittelbar eingelöst werden konnten, galt und dass in dieser Hinsicht der confessus dieselbe Stellung gehabt hat wie derjenige, der nichts in iure antwortet oder zwar die klägerische Behauptung bestreitet, aber sonstige für das Urteil nötige Handlungen verweigert, geht aus lex Rubria tab. 2, c. 22 hervor. Die Fälle, welche ductio und missio in bona mit sich bringen, sind hier betreffs der angegebenen Schulden folgende: 1. Confessus, der nicht d. e. r. satis utei oportebit faciet (34) (umfasst sowohl direkte Einlösung wie Sicherheitsleistung) oder nicht se iudicio utei oportebit defendet (36) (die Worte schliessen sowohl den confessus wie den Bestreitenden ein — die zunächst vorhergehenden Worte: aut, sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet ⟨aut⟩ non restituet beziehen sich auf den in iure Bestreitenden *und*, hinsichtlich der Worte ⟨aut⟩ non restituet, auch auf den confessus in gewissen Fällen). 2. Bestreitung in iure, ohne dass der Belangte iudicium annimmt. (Siehe die unmittelbar vorher angegebene Bedeutung der Worte in 36: neque se iudicio utei oportebit defendet.) 3. Keine Antwort in iure, auch nicht Unterwerfung unter ein iudicium, wo dies wegen der Feststellung der Schuld als ursprünglich auf incertum gehend nötig ist. Dies muss der Sinn der Worte in 36 und 37 sein: aut sei d. e. r. in iure nihil responderit, neque d. e. r. se iudicio utei oportebit defendet. Allgemein werden diese drei Fälle in 43 und 44 ausgedrückt: in iure confessus esset aut ibei d. e. r. nihil respondisset aut iudicio se non defendisset, vgl. 48—50. (Aus vorher angegebenen Gründen kann ich hier nicht auf früher gemachte Dekompositionsversuche der lex Rubria eingehen. *Im ganzen* muss die hier gegebene Auslegung richtig sein.)

[1] Siehe die vorherige Anmerkung.

[2] Über die Art der legis actio pro iud. mit ihrer gemilderten Form l. a. pura siehe oben S. 351 ff.

den, dass auch hier die erwähnte Exekution verwandt worden ist. Wenn auf Grund der Zeugnisse der Historiker als wahrscheinlich angesehen werden darf, dass im Falle nicht eingelöster Obligation, die auf certa pecunia ging, eine entsprechende Exekution hinsichtlich des Vermögens stattfand, so besteht kein Anlass zu bezweifeln, dass dies auch in den hier zuletzt erwähnten Fällen geschah.

Hiernach darf allerdings *allgemein* als *wahrscheinlich* angesehen werden, dass in der älteren Zeit die nicht eingelöste Obligation zur unmittelbaren Rechtsfolge das Zwangsnectere des Schuldners und dessen zugänglichen Vermögens nach dem Dekrete des Magistrates hatte, wobei die Nectierung ein besonderes Besitzrecht — jedoch nicht Eigentumsrecht — mit sich brachte, das nur durch die Einlösung der Obligation aufhörte. Aber streng *beweisbar* auf Grund mannigfaltiger, direkter, völlig unzweideutiger und einstimmiger Zeugnisse ist nur das fragliche Zwangsnectere des Schuldners selbst im Falle einer nicht eingelösten Schuld von certa pecunia.

§ 14.

Über die Schuldforderung im älteren römischen Rechte als eine potentielle Gebundenheit einer freien Person von sachenrechtlicher Natur mit einer 'geforderten' Handlung als Lösungsmittel, welche Gebundenheit als Recht an dem Körper (und den bona) aktualisiert wird, wenn nicht rechtzeitig Einlösung erfolgt.

Dass die Schuldforderung als eine potentielle sachenrechtliche Gebundenheit des Obligierten an den Berechtigten mit einer gewissen Handlung als Lösungsmittel betrachtet worden ist, ergibt sich zunächst daraus, dass einerseits die Auflösung der Pfandstellung einer Sache als ein rem solvere ac liberare bezeichnet wird[1], andererseits die Einlösung einer Mehrzahl älterer Schuldforderungen — Nexum-,

[1] Siehe oben S. 47.

Damnas-, Damnatus- oder Condemnatus- und Judicatus-obligationen —, insoweit sie auf ein certum gehen und also unmittelbar eingelöst werden können[1], ursprünglich nur durch ein formelles: *me* a *te* solvo liberoque oder dergl. erfolgen konnte.[2] Es ist hinsicht-

---

[1] Dass die Eigenschaft damnas (damnatus oder condemnatus) das Vorhandensein einer Schuldforderung einschliesst, beweist Gaius I. 2, 204 (über das Legat per damnationem: intentio: heredem . . . dare oportet) und 3, 180 (über die Kondemnierung: iudicatum facere oportet). Man beachte auch 'damnum decidere oportet' (Diebstahlsobligation). Dass »damnum» hier eng mit dem Verb damnare zusammenhängt, wird später nachgewiesen werden.

[2] In Gaius I. 3, 173—175 wird betreffs solcher Schulden, die per aes et libram konstituiert werden, und betreffs Condemnatusschulden eine Einlösungsart durch imaginäre Bezahlung per aes et libram besprochen. Es wird hier besonders das Legat per damnationem erwähnt, mutmasslich als Beispiel einer Nexumschuld, zu welcher Art unzweifelhaft die durch Testament per aes et libram begründete Schuld gehört. (Siehe oben S. 390.) Man sagt unter Einhaltung der sonstigen für solche Akte geltenden Vorschriften (Anwesenheit der fünf testes rogati und des libripens, Werfen eines Kupferstücks auf die Wage etc.) bei Einlösung einer Condemnatusschuld: Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra . . . und bei Einlösung einer Legatsschuld: Quod ego tibi tot milibus testamento dare damnatus sum . . . Dass dieses negotium zu Gaius' Zeit eine Form für Schuldeinlösung ohne reelle Bezahlung war, ist augenscheinlich. Es wird ja mit der acceptilatio zusammengestellt: est etiam *alia* species imginariæ solutionis. Dass es möglich war, durch den blossen Formalakt von Legatsschuld befreit zu werden, geht auch aus Cic. de leg. 2, 20, 51 und 2, 21, 53 hervor. Aber nichts deutet darauf hin, dass die reelle Bezahlung, um gültig zu sein, in den erwähnten Fällen unter Anwendung einer solchen Form geschehen musste. Indessen macht die Möglichkeit, sich durch den blossen formellen Akt zu befreien, es höchst wahrscheinlich, dass in älteren, von der Form gebundenen Zeiten dieser Akt in den genannten Fällen ein wesentlicher Teil des Solutionsaktes als solchen war. — Hinsichtlich der Judicatusschuld hat man ein direktes Zeugnis für die Notwendigkeit, den Solutionsakt per aes et libram vorzunehmen, in Livius 6, 14, 5. (Siehe Girard Man. S. 983.) — Dass der Akt zur Einlösung einer Damnasschuld auf certum überhaupt gehört haben muss, geht daraus hervor, dass bei der Einlösung einer Condemnatusschuld das Wort condemnatus angewandt werden muss und dabei als das Korrelat zum Worte solvo dient. Bei der Legatsschuld muss nach Gaius in entsprechender Weise gesagt werden »⟨testamento⟩ dare damnatus». Beachte, dass, wenn das Wort testamento richtig von Studemund eingesetzt worden ist (nach ihm in Huschke's, Seckel-Kübler's, Girard's und Kniep's Gaiuseditionen

lich dieses Umstandes weiter zu beachten, dass ursprünglich das Rechtsprinzip gegolten hat, dass ein durch gewisse formelle Handlung konstituiertes Band durch einen der konstituierenden Handlung so viel wie möglich entsprechenden Akt mit entgegengesetztem Sinne gelöst werden muss. Dies me a te solvo liberoque muss deshalb als der formelle Redeakt mit entgegengesetztem Sinne betrachtet worden sein, der dem formellen Redeakt, wodurch die ursprünglichen Obligationen konstituiert wurden, so viel wie möglich entspricht. Daraus folgt, dass der Sinn der Worte, durch welche die fraglichen Obligationen konstituiert wurden, also besonders der Worte damnas, damnatus, condemnatus und iudicatus, welche ent-

---

aufgenommen), der Solutionsakt keinen Hinweis auf einen Schuld begründenden *Nexumakt* enthält. Obgleich Gaius den Fall als ein Beispiel für die formelle Solution einer Nexumschuld anzuziehen scheint, wird doch die Entstehung der Schuld durch einen Nexumakt in der Formel nicht als das Korrelat zur Solutionsart betrachtet. Nur dies, dass man testamento dare *damnatus* est, macht nach der Formel die fragliche Solutionsart möglich. — Dass solche Damnasobligationen wie die auf Grund eines furtum nec manifestum — über deren Damnascharakter später — und die durch die Worte in der lex Aquilia: dare damnas esto (Gaius D. 9, 2, 2 und Ulp. D. 9, 2, 27, 5) bestimmte nicht von Gaius a. a. O. erwähnt werden, hat seine Erklärung darin, dass sie an sich nicht auf certum, sondern auf den doppelten oder einfachen Wert der Sache gingen. Es gab unter solchen Umständen nur zwei Arten, von der Obligation frei zu werden, nämlich einerseits das pacisci, andererseits, sich einem arbitrium litis aestimandæ zu unterwerfen. (Siehe oben S. 415.) Aber das pacisci befreit nur als *solches*, nicht als ein Geben einer gewissen Summe. (S. unten!) Durch arbitrium litis aestimandæ wird die Obligation nur in eine höhere Potenz erhoben und tritt als eine Judicatusobligation hervor, in welcher Form sie per aes et libram eingelöst wird. Vgl. Mitteis, Röm. Pr. R. I, S. 274[36]. — Hinsichtlich der sakralen Damnasobligation ist der bei Livius vorkommende Ausdruck: se exsolvere (liberare) religione (z. B. 5, 25, 4 u. 40, 44, 8) oder votum (= die Votivobligation) solvere (z. B. 31, 9, 7) sowie auch die Formel: votum solvit lubens merito (Wissowa, Rel. u. Kultus d. Römer, S. 382) zu beachten. Diese Ausdrücke weisen darauf hin, dass ein ähnlicher Ausdruck beim Einlösungsakte angewandt wurde. — Was schliesslich solche Damnasobligationen betrifft, bei welchen eine Körperschaft selbst berechtigt war, so waren diese zwar der Form nach privatrechtlich, realiter aber von öffentlichrechtlicher Natur. Sie können übrigens sehr gut durch einen Akt per aes et libram einlösbar gewesen sein, obgleich Gaius dies in einem Kompendium des römischen Privatrechts nicht besprochen hat.

weder unmittelbar in dem zu Grunde liegenden Redeakte ausgesprochen oder in der offiziellen Terminologie zur Bezeichnung des durch den Akt entstehenden Bandes angewandt werden, als dem Sinne der Worte: me a te solvo liberoque negativ korrespondierend betrachtet worden sein muss. Sie bezeichnen also eine wirkliche *Unfreiheit* des Schuldners und damit eine *Macht* des Gläubigers über den Schuldner mit einer gewissen Handlung als Lösungsmittel. Diese Macht muss indessen als eine blosse Kraftquelle aufgefasst werden, die erst, wenn die für die Einlösung festgesetzte Zeit vergangen ist, in Aktualität übergehen kann. Sie ist jedoch nicht die rein innere Macht, die im Eigentumsrechte an einer Person als solchem vorliegt, welches Recht sich hier nicht findet. Aber sie ist eine Parallele dazu, insoweit in beiden Fällen eine blosse Kraftquelle vorhanden ist, aus welcher die aktuelle Macht über eine Person entquillt.[1] Sie dürfte nicht anders definiert werden können als so, dass sie eine Kraftquelle der rechtlichen Herrschaft über die Person ohne Eigentumsrecht ist — oder die rechtliche Herrschaft in potentia ohne jede weitere Bestimmtheit. Da jeder Nexumakt den formellen Charakter eines Kaufs hat und die Einlösung durch einen solchen Akt geschehen muss, hat die lösende Handlung in der Tat den Charakter der Bezahlung eines Kaufpreises für die verlorene Freiheit.[2]

---

[1] Man beachte auch, dass, wie im späteren Rechte das reine Eigentumsrecht als ein nudum ius Qu. vorhanden sein konnte, das obligatorische Band als eine bei seinem Inhaber völlig wirkungslose Macht existieren konnte. (Siehe oben S. 347 f.)

[2] Das Prinzip der Notwendigkeit eines 'contrarius actus' ist Pomp. D. 46, 3, 80 am deutlichsten ausgesprochen: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, womit Gaius D. 50, 17, 100: Omnia, quæ iure contrahuntur, contrario iure pereunt, Ulp. D. 50, 17, 35: Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, Paulus D. 50, 17, 153: Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur . . zu vergleichen ist. Über eine spezielle Anwendung des Prinzips siehe Ulp. D. 46, 4, 8, 3. Der Satz ist im Munde der klassischen Juristen sonderbar. Denn schon zur Zeit des Pomponius und Gaius konnte unzweifelhaft z. B. die Stipulationsobligation durch reelle Handlung (ohne entsprechenden Verbalakt) aufgelöst werden. Und Pomp. selbst weist gerade a. a. O. auf die Möglichkeit, eine solche Obligation sowohl re als verbis einzulösen, hin. Aus diesem Umstande kann gefolgert werden, dass der Satz eigentlich einer älteren Zeit

angehört, aber von der klassischen Jurisprudenz aufgenommen worden ist, um gewisse Fälle zu erklären, in welchen er noch wirksam war, weil er in diesen Fällen von den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht verdrängt worden war. Über diese bleibenden Wirkungen beim Widerrufe eines Legats und beim Erlass einer Stipulationsobligation oder Litteralschuld siehe IHERING, Geist, 2, 2, S. 627 f. Besonders bedeutungsvoll ist die Anwendung des Prinzips in altertümlichen, vom fas bestimmten Akten: bei Auflösung einer civitas wurde nach Ps. Servius in Aen. 4, 212 der Pflug gebraucht, ut eodem ritu quo condita subvertatur (es wird auf Hor. Carm. 1, 16, 20 hingewiesen: imprimetque muris hostile aratrum); die Auflösung einer durch 'confarreatio' begründeten Ehe sollte durch 'diffarreatio' geschehen: Paulus p. 74 M. v. diffarreatio. Da die ursprüngliche römische Rechtswissenschaft pontifikal war und eine innere Verwandtschaft zwischen dem Zivilrechte und dem Sakralrechte vorhanden ist, indem auch im ersteren geheime, übernatürliche Kräfte angenommen werden, nämlich hinsichtlich des Berechtigten als solchen, lässt sich aus der angegebenen Tatsache folgern, dass das Prinzip im älteren, vom Kapitalismus und der damit zusammenhängenden Herrschaft des *Handels* in der Volkswirtschaft noch nicht beeinflussten Zivilrechte durchgehende Gültigkeit gehabt hat. Dass der entwickelte Handelsverkehr einfachere Bezahlungsarten forderte und deshalb später das Prinzip nicht beibehalten werden konnte, ist leicht verständlich.

Gegen die Gültigkeit des Prinzips — auch im älteren Recht — ist eingewandt worden, dass jede Obligation durch Novation aufgelöst werden konnte und dass Judikats-, Delikts- und Legatsobligationen sowie auch solche Obligationen, die durch confessio in iure entstanden sind, durch keinen eigentlichen contrarius actus eingelöst wurden: SCHLOSSMANN, Altr. Schuldr. S. 81—82 und KNIEP, Gaius 3, 2, S. 364. Man behauptet im Zusammenhang damit, dass die Anwendung der solutio per aes et libram in den von Gaius angeführten Fällen durch die Liquidität der fraglichen Forderungen veranlasst war, die ihr natürliches Komplement darin hatte, dass seitens des Beklagten nur von besonderen, zum Akte hinzugezogenen Zeugen bescheinigte Bezahlung als Einwand bei der Eintreibung der Schuld geltend gemacht werden konnte — ein Gegenstück zum modernen Urkundenprozesse. Solche Zeugen waren die Solennitätszeugen beim Rechtsgeschäfte per aes et libram. Deshalb wurde ein solches Rechtsgeschäft als Form für die Bezahlung in den erwähnten Fällen verwandt. So SCHLOSSMANN, a. a. O., S. 117 ff. Man nimmt auch an, dass hier ein Überbleibsel aus der Zeit vorliege, wo Übertragung von Eigentumsrecht an Geld durch Wägen des Kupfers geschehen musste. So MITTEIS, Röm. Pr. R. 1, S. 274 f. Ja, man wagt sogar die Behauptung, dass das aes ursprünglich eine res mancipi gewesen sei und deshalb das Eigentumsrecht an ihm nur durch Manzipation übertragen werden konnte. So KNIEP, a. a. O., S. 350—351. Indessen haben diese Behauptungen keine Beweiskraft

gegen die an sich wahrscheinliche Annahme, dass das Prinzip des contrarius actus im älteren Rechte allgemein gegolten hat.

Was die *Novation* betrifft, kann — abgesehen von der Frage ihres Alters — gesagt werden, dass sie keine absolute Aufhebung, sondern ein Ersatz der ursprünglichen Obligation war. Was die *Judikats-*, *Delikts-* und *Legats*obligation angeht, so haben alle diese die Eigentümlichkeit, dass sie durch Erklärungen einer aussenstehenden dritten Person konstituiert werden, die, *nachdem* die Obligation einmal entstanden ist, nicht auftreten und ihre Einlösung empfangen oder sie selbst einlösen kann. Die Judikatsobligation wird ja durch die Worte des *Richter's* konstituiert, die Deliktsobligation durch die Worte des *Gesetzes* — keineswegs durch das Delikt selbst, das gewiss kein civilis actus ist — und die Legatsobligation durch die Worte des *Testators*, ursprünglich in den comitia calata oder in procinctu, später in der sich auf das geschriebene Testament beziehenden, an einen Akt per aes et libram angeknüpften Nunkupation. Aber nach dem Aussprechen der Worte hört die Richterstellung auf. Der Gesetzgeber kann zwar durch entgegengesetzte Worte die einmal von ihm konstituierte Obligation aufheben. Er kann aber nicht selbst ihre Einlösung empfangen oder sie einlösen. Wenn die Legatsobligation einmal entstanden ist, ist ja der Testator gestorben. Wenn auch der Erbe in dessen Rechtsstellung eingetreten ist, kann er doch nicht *als* Testator die Obligation einlösen. (Wenn der Testator selbst die einmal konstituierte Obligation aufheben wollte, musste dies ja durch entgegengesetzte Worte geschehen: siehe oben S. 423.) Deshalb *konnte* hier im auflösenden Akte auf den bindenden Akt keine Rücksicht genommen werden, insoweit dieser der Stellung des aussenstehenden Dritten angepasst war. Andererseits konnten solche Momente im bindenden Akte berücksichtigt werden, die sich nicht speziell auf die Stellung des ursprünglich Agierenden bezogen. Dahin gehörte, dass er ein civilis actus — im Gegensatze zu dem später als ein actus iuris gentium bezeichneten — war, d. h. dass er eine solche Rechtshandlung darstellte, die rechtsgültig prinzipiell nur von römischen Bürgern vorgenommen werden konnte. (Paulus Vat. fr. 47 a sagt, dass der usus fructus nur durch eine actio civilis konstituiert werden kann, also nicht durch die traditio, die eine actio iuris gentium ist. Als Beispiel für ersteren Akt wird adiudicatio in einem iud. leg. erwähnt. Im unmittelbar vorhergehenden § wird gesagt, dass der usus fructus durch Manzipation, in iure cessio und Vindikationslegat konstituiert werden kann. Diese sind also zivile Akte.) Dieser Charakter des bindenden Aktes konnte ja beim einlösenden Akte berücksichtigt werden. Hinsichtlich der Deliktsobligation ist zu beachten, dass keine solche — abgesehen von den nur der Form nach privatrechtlichen, ihrer Einlösungsart nach unbekannten Deliktsobligationen, die dem Volke selbst oder einem Municipium gehörten — insoweit sie eine *civilis* obligatio war, aufs certum ging und dass deshalb keine solche unmittelbar so eingelöst werden konnte, dass die Obligation an sich verschwand. Nur in

der Form einer Judikatsobligation konnte eine solche Obligation so eingelöst werden. (Vgl. oben. Der Beweis, dass *jede* zivile Deliktsobligation aufs incertum ging, wird später geführt werden.) Deshalb ist diese Obligation in fraglicher Beziehung nicht zu berücksichtigen. Aber sicher ist, dass die Legats- und Judikatsobligationen, insoweit sie aufs certum gingen, ursprünglich durch einen zivilen Akt eingelöst werden mussten. Weshalb sollte diese Notwendigkeit nicht als vom Prinzipe des contrarius actus bestimmt aufzufassen sein? Ferner lässt sich die Formulierung me a te solvo liberoque weder aus praktischen Bedürfnissen, noch daraus erklären, dass ursprünglich alle Bezahlung durch Wägen geschehen musste. Sie können nur so verstanden werden, dass die einzulösende Obligation bei ihrer Konstituierung auf solche Weise bezeichnet worden war, dass sie nach dem Sinne der Worte eine Macht des Gläubigers über den Schuldner einschloss. D. h. die lösenden Worte müssen aus dem Prinzipe des contrarius actus erklärt werden. Was endlich die Verwendung eines Nexumaktes bei der Einlösung betrifft, so ist die Erklärung, dass die Obligation selbst als ein dingliches Recht an einer freien Person, wenn auch nur als ein Kraftvorrat ohne unmittelbare Aktualität aufgefasst wurde, mindestens sehr einfach. Es ist natürlich, dass eine solche Vorstellung die Idee der Einlösung als eines Kaufes der Freiheit mit sich brachte. Aber dass man die Obligation wirklich so auffasste, geht daraus hervor, dass die Erfüllung der Obligation nicht als *Gehorsam gegen eine Forderung*, sondern als eine *Befreiung* von einem Bande betrachtet wurde. Das Band selbst kann unter solchen Umständen nicht als Unterworfensein unter eine Forderung oder als eine Pflicht gedacht worden sein. Man *vollzieht* Befehle, *hält* seine Verpflichtungen *ein*, man *löst* sich nicht vom Befehle, bezw. der Pflicht durch die einem obliegende Handlung. Aber man kann sich von der Herrschaft einer anderen Person durch gewisse Handlung lösen. Das Band, wovon der Schuldner durch die Handlung gelöst wird, muss eine selbständige Bedeutung im Verhältnisse zur lösenden Handlung haben und kann deshalb nicht im Zwange *zur* Handlung oder dgl. liegen. (Hierüber alsbald im Texte.) Die hier gegebene Erklärung steht auch mehr in Übereinstimmung mit der stark mystischen Färbung der älteren römischen Anschauung über die Entstehung von Rechten und Pflichten als die SCHLOSSMANN'S, die von modernen Gesichtspunkten bestimmt ist. Im übrigen ist hinsichtlich dieser Erklärung zu sagen, dass sie, wenn sie auch auf die Judikatsobligation anwendbar sein würde, bezüglich der Legatsobligation unmöglich ist. Es bestand kein praktischer Anlass, die Eintreibung der Legatsforderungen mehr zu erleichtern als die der Stipulationsforderungen. Es muss als sehr unpraktisch angesehen werden, den Erben zu der komplizierten Prozedur mit libripens, Solennitätszeugen etc. zu zwingen. Allmählich ist diese Notwendigkeit auch weggefallen, weil sie allzu lästig war. (Dass übrigens die Solennitätszeugen beim Nexumakte eine ganz andere Aufgabe hatten als die von SCHLOSSMANN angenommene, wird später wahrscheinlich gemacht

werden.) — Was besonders die auf confessio in iure gegründete Obligation betrifft, so ist ja die Anwendung des Prinzips des contrarius actus völlig offenbar, wenn man annehmen darf, dass diese Obligation wie andere ältere Obligationen durch eine solutio per aes et libram eingelöst werden musste. Der das Recht Erwerbende sagt vor dem Praetor: aio te mihi dare oportere, und der die Schuld Anerkennende bejaht dies. Durch diese Worte wird die Unfreiheit des Schuldners bezeichnet. In völlig entsprechender Weise sagt beim Einlösungsakte der seine Freiheit wiedererwerbende Schuldner: me a te solvo liberoque, und der Gläubiger, der hier das passive Subjekt ist, gesteht die Richtigkeit durch Entgegennahme des Kaufspreises.

Der Hinweis auf die Übertragung des Eigentumsrechts an Geld als ursprünglich einen Akt per aes et libram erfordernd ist in diesem Zusammenhange besonders verfehlt. Dadurch wird die Notwendigkeit eines Nexumaktes oder einer Manzipation im weiteren Sinne für die Einlösung der älteren zivilen Obligation keineswegs erklärt. Denn ebenso gewiss wie Eigentumsrecht an Geld ursprünglich in Zusammenhang mit einem Wägungsakte übertragen werden musste, kann eine solche Eigentumsübertragung niemals eine Manzipation gewesen sein. Das Prinzip der Unterscheidung zwischen den res mancipi und den res nec mancipi: im einen Falle Immobilien und deren wesentliche Akzidentien, im anderen sonstige Mobilien widerstreitet ja völlig einer solchen Annahme. Aber auch wenn man dieses Prinzip für eine spätere Rechtsbildung hält, wozu man jedoch kein Recht hat, wenn die Zeit *nach* der Entstehung des Eigentum übertragenden Manzipationsaktes berücksichtigt wird, so zeigt jedenfalls der Charakter der Manzipation als einer imaginaria venditio, dass auch zu der Zeit, wo die Manzipation ein wirkliches Zuwägen des aes rude einschloss, das beim Akte als wirklicher Kaufpreis übergeben wurde, die Übertragung des Eigentumsrechts an demselben durch eine einfache Tradition, nicht durch einen zivilen Akt erfolgte. Man beachte nämlich, dass bei der Manzipation als einem nur fiktiven Kaufe nur die res, die fiktiv verkauft wurde, durch solennes Ergreifen und solenne Worte auf den mancipio accipiens zu Eigentum übertragen wurde, während die fiktive Preisbezahlung durch eine formlose Übergabe geschah. Siehe Gaius I. 1, 119 ... deinde aere percutit libram *idque aes dat* ei, a quo mancipio accipit. Wer wirklich *mancipio* dat, ist nur der »Verkäufer». Es folgt hieraus, dass die Solennitätszeugen, die prinzipiell römische Bürger sein mussten und also im Zusammenhange mit dem zivilen Charakter des Aktes stehen, keineswegs für die Eigentumsübertragung des Geldes, sondern nur für die Entstehung eines Eigentums im höchsten Sinne — mancipium: über das Wort oben S. 372 ff. — an der verkauften Sache nötig waren. Das Geld wurde nicht zu Eigentum im höchsten Sinne erworben, so dass die hohe Qualität eines römischen Bürgers in dem fraglichen Eigentum *hervortrat*. Wenn auch das ius Quiritium hier wie überhaupt betreffs der res nec mancipi beim Eigentumserwerbe insoweit wirksam

war, als es denselben zuliess, so war dieses ius doch nicht die *positiv* bestimmende Kraft. Aber niemand kann bezweifeln, dass das fiktive Wägen wie die fiktive Preisbezahlung nur deshalb in den Manzipationsakt aufgenommen wurden, damit dieser denselben formellen Charakter bewahrte, den er früher hatte, als er einen effektiven Wägungsakt und eine effektive Preisbezahlung einschloss. Es bestand hierzu kein anderer Anlass als das Bedürfnis, an die althergebrachte Form der magisch wirksamen Rechtsformeln anzuknüpfen. Dann muss auch im älteren Manzipationsakte die Übertragung des Eigentumsrechts am Gelde denselben Charakter einer einfachen Tradition gehabt haben. Im übrigen geht aus der Form der Manzipation als eines fiktiven Kaufs hervor, dass die für die Gültigkeit der Eigentumsübertragung durch eine Manzipation, die den späteren Charakter hatte und die Realisation eines Kaufs war, nötige effektive Preisbezahlung (I. I. 2, 1, 41) schon von Anfang an durch blosse Tradition geschah. Wenn man nun den durch die Worte: me a te solvo liberoque gekennzeichneten, für die Einlösung der älteren Obligation nötigen Akt betrachtet, findet man allerdings, dass auch dieser Akt kein mancipio dare im eigentlichen Sinne war. Aber er war doch unzweifelhaft ein *ziviler* Akt, der auch dem eigentlichen mancipio dare analog war. Denn die agierende Person überträgt auf sich selbst die Freiheit, die sie ursprünglich verloren hatte, und dies geschieht in einem prinzipiell nur für römische Bürger verwendbaren Akte unter Aussprechen solenner Worte. Aber die in den Akt eingeflochtene Übertragung des gewogenen aes ist eine einfache Tradition — ganz ebenso wie die entsprechende Übertragung beim eigentlichen Manzipationsakte: Gaius I. 3, 174 sagt in vollem Parallelismus mit 1, 119: deinde asse percutit libram *eumque dat* ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa. Die ursprüngliche Notwendigkeit, das Eigentumsrecht an Geld im Zusammenhange mit einem Wägungsakte zu übertragen, erklärt nur das scheinbare Wägen in den fraglichen Akten, welche als zivile, an strenge Formen gebundene Akte, in denen das magische Element stark hervortritt, zu ihrer Gültigkeit ihre ursprüngliche Form bewahren mussten. Dagegen erklärt sie durchaus nicht, weshalb ein ziviler Akt, näher bestimmt ein ziviler Kaufakt, für die Einlösung der älteren Obligation nötig war.

Eisele, Beitr. zur röm. Rechtsgesch. (1896), S. 25 ff., welchem Mitteis, Röm. Pr. R. I, S. 275 beistimmt, meint, dass die Bezeichnung actio *depensi* betreffs der l. a. p. m. i. gegen den Hauptschuldner, 'si in sex mensibus proximis, quam pro eo *depensum* esset, non solvisset sponsori pecuniam' darauf hinweise, dass auch eine Sponsionsschuld ursprünglich durch eine solutio per aes et libram eingelöst werden musste. Wäre diese Meinung richtig, so würde das fragliche Prinzip nicht ursprünglich gegolten haben. Denn erstens wird in einer sponsio die Entstehung eines zivilen Bandes in keiner Weise durch die betreffenden Worte direkt ausgedrückt. Die sponsio (σπένδεσθαι) hat ja an sich sakrale Bedeutung und die zivile Rechtswirkung steht hier in

Wäre der Anspruch oder die Forderungsmacht die Gebundenheit von deren aktiver Seite und also die Pflicht die Gebundenheit von passiver Seite, so würde diese jeder selbständigen Bedeutung im Verhältnis zur geforderten Handlung ermangeln. Letztere würde ja dann zum Inhalte der Gebundenheit gehören. Aber in solchem Falle würde sie nicht als das Mittel, sich von der Gebundenheit zu lösen, zu bestimmen sein. Man kann auch sagen, dass, wenn der Anspruch die Gebundenheit selbst wäre, die Handlung wesentlich als die *geforderte* Handlung zu bestimmen sein würde. Und nur, weil sie diesen Charakter hat, würde sie als von dem in der Forderungsmacht liegenden Bande lösend betrachtet werden können. Aber ihr prinzipieller Charakter würde nicht darin bestehen, dass sie vom Bande löst. Also klafft ein Abgrund zwischen dem römischen und dem modernen Obligationsbegriff, in welchem letzteren das konstitutive Element gerade der *Anspruch* bezw. die *Pflicht* ist. (Wir werden am Ende dieses Paragraphen beweisen, dass die allgemeine Auffassung, das rechtliche 'oportet' oder 'debere' bezeichne eine rechtliche Pflicht, auf einem schweren Irrtume

---

einem äusseren Verhältnisse zum Akte selbst. Deshalb korrespondiert hier gar kein me a te solvo liberoque dem die Obligation konstituierenden Akte. Zweitens fordert das Prinzip des contrarius actus hier unbedingt die Einlösung durch Frage und Antwort, weil der konstitutive Akt ja hierin besteht. Nun *weiss* man indessen, dass die imaginaria solutio bezüglich jeder Stipulationsobligation zu Gaius' Zeit die *acceptilatio* mit korrespondierender Frage und Antwort, nicht die solutio per aes et libram war; vgl. Gaius I. 3, 169 mit 3, 170. Dies weist ja bestimmt darauf hin, dass in der älteren, von Formen gebundenen Zeit eine formelle acceptilatio auch für die reelle Einlösung einer solchen Obligation nötig war. Wie kann man im Ernste gegen diesen so starken Grund den Ausdruck depensi anführen? Dass die lex Publilia, die die fragliche l. a. p. m. i. gegeben hat, diesen Ausdruck angewandt hat, ist allerdings offenbar. Aber was beweist dies anders, als dass zur Zeit der lex Publ., die jedenfalls später als die XII Tafeln ist, der Fachausdruck für Geldbezahlung 'dependere' war? Die Bezeichnung 'solvere' würde nicht dieselbe Prägnanz gehabt haben, weil die lex Publilia sich auf Geldbezahlung des Sponsors bezieht, aber 'solvere' keineswegs so wie 'dependere' speziell *Geldleistungen* bezeichnet. Dass 'dependere' noch zur klassischen Zeit als Ausdruck für Bezahlung angewandt wurde, ist ja allgemein bekannt. Ein schwächerer Grund für die an sich unwahrscheinliche Annahme könnte kaum angezogen werden! Vgl. APPLETON, Sav. Z. 26 (1905), S. 35[1] und LEVY, Sponsio (1907), S. 75.

beruht, wenn auch die gewöhnliche Bezeichnung der römischen Obligation als eines Forderungsrechts, das einer rechtlichen Pflicht korrespondiert, welche Bezeichnung auch hier vorläufig angewandt wird, insoweit berechtigt ist, als dadurch die mit dem Bande wesentlich verbundene lösende Handlung, die als solche immer möglich sein muss, wenn das Band wirklich besteht, von anderen auch lösenden Handlungen unterschieden wird.)

Zur Beleuchtung des hier vorliegenden dinglichen Rechts an einer freien Person mag die den deliktischen Sklaven treffende zivile Obligation mit der Schuldforderung zusammengestellt werden. Es ist zu bemerken, dass der deliktische Sklave nur in den zwei Fällen, wo das Delikt einer Person sui iuris eine zivile Schuldforderung ursprünglich erzeugte, nämlich bei dem furtum nec manifestum und dem damnum iniuria datum, selbst civiliter obligatus ist.[1] Schon diese Tatsache zeigt, dass die notwendig rein sachenrechtliche Obligation des deliktischen Sklaven mit der zivilen Schuldforderung nahe verwandt ist.

Diese Verwandtschaft tritt auch auf andere Weisen hervor. 1. Wie die Schuldforderung, wenn confessio ohne Einlösung oder Unterwerfung unter ein arbitrium litis aestimandæ, falls ein solches nötig ist, vorliegt oder wenn der Belangte nicht gestehen, aber auch die für Urteil nötigen Handlungen nicht vornehmen will, zur Aktualisierung des Rechts an dem Körper und den bona des *Schuldners* führt[2], so bringt auch die Obligation des deliktischen Sklaven, wenn niemand ihn defendieren will, ein aktuelles Recht an *dessen* Körper mit sich.[3] In beiden Fällen ist das aktuelle Recht nur ein Besitzrecht ohne Eigentum. 2. Die Obligation des deliktischen Sklaven ist in ihrer rein sachenrechtlichen Natur die Grundlage der den dominus, der den Sklaven in seiner potestas hat, treffenden Schuldforderung, weshalb die unmittelbare Einlösung der ersteren durch die noxæ deditio auch den dominus befreit und mit dem Verlust

---

[1] Dass nur die erwähnten zwei Delikte eine zivile Schuldforderung ursprünglich erzeugten, wird bald nachgewiesen werden. Über die zivile Obligation des deliktischen Sklaven siehe oben S. 67[1 u. 2].

[2] Siehe oben S. 415 ff.

[3] Siehe oben S. 69 ff.

der potestas die Obligation des vorherigen dominus von selbst verschwindet.[1] 3. Die Obligation des deliktischen Sklaven geht trotz ihrer rein sachenrechtlichen Natur unmittelbar in eine Schuldforderung über, wenn der Sklave freigelassen wird, so dass dieser jetzt als sui iuris der auf Grund des Delikts Verpflichtete wird. In entsprechender Weise geht die eine Person sui iuris auf Grund eines Delikts der fraglichen Natur treffende Schuldforderung in eine Sklavenobligation über, wenn diese Person ihre Freiheit verloren hat.[2]

Wir werden jetzt die Bedeutung der Ausdrücke *damnare, damnas* esto und *damnum* decidere oportet erörtern. Im Zusammenhang damit wird nachgewiesen werden, dass mehrere älteren Obligationen entweder direkt durch eines der erwähnten Worte bezeichnet werden oder wenigstens einen mit Obligationen von der durch solche Worte zu bezeichnenden Natur nahe verwandten Charakter haben.

Zuerst ist damnare als »verurteilen» zu erörtern. Dabei ist indessen hier von der Anwendung des Wortes im Formularprozesse abzusehen, wo dasselbe oder condemnare, um die Verurteilung des Beklagten zu bezeichnen, unter allen Umständen verwendet wird, wobei auch das, wozu er verurteilt wird, eine gewisse Geldsumme sein muss. Ein Vergleich zwischen der Verwendung des damnare und der des iudicare ist besonders instruktiv für die ursprüngliche Bedeutung des ersteren. Jedoch ist dabei das iudicare nur insoweit zu berücksichtigen, als es *verurteilen* bedeutet. Diese Bedeutung hat iudicare nur in den Partizipialformen: iudicatus und iudicatum (Neutr.). Indessen ist dabei zu bemerken, dass nicht einmal 'iudicatus' immer diese Bedeutung hat, sondern nur, wenn kein Infinitiv oder Adjektiv als nähere Bestimmung damit verbunden oder hinzuzudenken ist. Im Sinne 'verurteilt' wird 'iudicatus' weiter immer in Verbindung mit einer gewissen Geldsumme, zu welcher man verurteilt worden ist, und einer privaten Person, zu deren Gunsten die Verurteilung stattgefunden hat, angewendet. Deshalb bedeutet

---

[1] Siehe oben S. 63 u. 67 f.

[2] Siehe Gaius I. 4, 77.

'iudicatus' hier eigentlich *zugesprochen*, so dass das Wort gleichbedeutend mit '*ad*iudicatus' ist. Was 'iudicatum' betrifft, bezieht sich dieses Wort auf eine Verurteilung nur in den Konstruktionen *iudicatum* facere (solvere), manum inicere, agere, obligatio *iudicati*, obligatio ex causa *iudicati* o. d. In diesen Fällen ist das iudicatum, das hier immer eine gewisse Geldsumme bedeutet, das Korrelat zu iudicatus im vorher angegebenen Sinne und also eigentlich *das* einer gewissen Person Zugesprochene (adiudicatum) als der zugesprochenen *Person* korrespondierend. In allen anderen Fällen bedeutet iudicare urteilen oder durch Pronuntiation entscheiden, wobei in der juridischen Sprache eine aufgeworfene Streitfrage vorausgesetzt wird, die durch einen *iudex* geschlichtet wird.[1]

---

[1] Die Grundlage für die Feststellung der Konstruktion von iudicare in der Bedeutung verurteilen ist Gaius I. 4, 21, wo die Formel für die legis actio p. m. i. iudicati nach den XII Taf. angegeben wird: *Quod tu mihi iudicatus* sive *damnatus es sestertium X milia* . . . Hinsichtlich der Möglichkeit, in der fraglichen Formel damnatus es zu sagen, worüber ausführlich später, ist hier zu bemerken, dass die Verwendung dieser Worte anstatt des iudicatus es unter keinen Umständen *notwendig* gewesen sein kann. Dies beweist die Ausdrucksweise von Gaius selbst sowie die anderer römischer Juristen bezüglich solcher Personen, die nach den XII Taf. Gegenstände für die l. a. p. m. i. iud. werden. Im selben § sagt Gaius: nec licebat *iudicato* manum sibi depellere, vgl. § 25. In 3, 78 wird von den bona *iudicatorum* als post tempus, quod eis . . . lege XII tab. . . . tribuitur zu verkaufend gesprochen. Unter derselben Beziehung auf die XII Taf. werden Gaius D. 42, 1, 7 die iudicati als eine gewisse Frist geniessend besprochen. Dieselbe Bezeichnungsweise unter derselben Beziehung auf die XII Taf. in Scaevola D. 15, 1, 51, Pap. 16, 2, 16, 1 und D. 22, 1, 3 pr., Mod. D. 42, 1, 29 u. Marc. D. 44, 3, 2. Dieser Umstand ist deshalb bedeutungsvoll, weil sonst zur klassischen Zeit die Bezeichnung iudicatus für den im Privatprozesse Verurteilten nicht gewöhnlich ist, da die formula von einer *Kondemnierung* des schuldigen Beklagten spricht. Der Ausdruck iudicatus anstatt condemnatus muss auf der älteren Terminologie beruhen. In dem Ausdrucke confessus (certam pecuniam) pro iudicato est Paulus D. 42, 2, 1 u. 3, Ulp. l. c. l. 6 pr. u. D. 42, 1, 56 muss gleichfalls die ältere Terminologie berücksichtigt worden sein, auch deshalb, weil der Satz älter als der Formularprozess sein muss. (Siehe oben S. 366 f. Dass indessen der ursprüngliche Satz durch die Tendenz, ihn auf *jeden* confessus oder wenigstens confessus *certum* auszudehnen, in den Dig. verfälscht worden ist, wird alsbald nachgewiesen werden.) Man beachte, dass in der lex Rubria, wo man die damalige (ca. 49 v. Chr.) korrekte juridische Terminologie natürlich findet (anstatt des iudicatus) ex iudicieis

dateis . . . *damnatus* gesagt wird: tab. II, 21, v. 14, vgl. Gaius 3, 175 betreffs der solutio per aes et libram: sicut *iudicatus* (nach alter Terminologie) *condemnatum* se esse significat. Völlig sicher wird indessen die Annahme, dass »iudicatus» die allgemeine Bezeichnung für den der l. a. p. m. i. iud. Unterworfenen zur Zeit der XII Taf. war, wenn man den Ausdruck legis actio p. m. i. *pro iudicato* beachtet (Gaius I. 4, 23), welche Aktion nach der Zeit der XII Taf. eingeführt wurde. Diese schloss in sich, dass der derselben Unterworfene auf ganz dieselbe Weise behandelt werden sollte wie derjenige, der Gegenstand einer l. a. p. m. i. iud. ist. Wenn auch das Wort iudicati in der Formel der l. a. iud. als Genitivus von iudicat*um* (nicht von iudicatus) aufgefasst werden muss, so ist doch notwendig, 'iudicato' in der Phrase pro iudicato auf 'iudicatus' zu beziehen. Es ist auch höchst wahrscheinlich, dass in der betreffenden Stelle der XII Tafeln wirklich vom iudicatus gesprochen worden ist. Denn obgleich tab. 3, 1 in zwei Stellen: Gellius N. A. 15, 13, 11 u. 20, 1, 45 folgendermassen angezogen wird: aeris confessi rebusque (iure) (fehlt 15, 13, 11) iudicatis XXX dies iusti sunto, *kann* der ursprüngliche Text nicht so gelautet haben. 'Res iudicata' schliesst ja auch die Entscheidung in der legis actio sacr. in rem und betreffs der legis actio in personam die Freisprechung des Beklagten in sich. Aber in beiden Fällen wird die Frist hinsichtlich der manus iniectio, die nur den iudicatus treffen kann, sinnlos. Das Wahrscheinlichste ist, dass der Text ursprünglich *reis* statt *rebus* gehabt hat. Ein reus iudicatus ist nach der älteren Terminologie ein Beklagter, der dem Kläger hinsichtlich einer gewissen Geldsumme zugesprochen worden ist. (Weiteres hierüber alsbald.) Für eine solche Hypothese spricht besonders, dass der notwendig vorhandene Schreibfehler betreffs des Wortes *rebus* auf diese Weise leicht verständlich wird und dass Gellius (Caecilius) unmittelbar *vor* der Anführung des Tafeltextes (20, 1, 42) sagt: confessi igitur aeris ac *debiti iudicatis* triginta dies sunt dati . . . Man beachte auch, dass derselbe Verfasser unmittelbar *nachher* §§ 47 u. 48 den Ausdruck: *pecuniæ iudicati* bezw. quibus *reus* esset *iudicatus* verwendet. Möglich ist indessen auch, dass der ursprüngliche Text aerisque . . . iudicatis, wie angenommen worden ist, gelautet hat. Aber der Schreibfehler wird dann nicht gleich leicht erklärlich. Ausserdem würde die Wiederholung von aeris in demselben Satze: aeris confessi aerisque . . . sehr schwerfällig gewesen sein. Jedenfalls bedeutet auch bei dieser Konjektur 'iudicatis' 'verurteilte Personen'.

Dass 'iudicatus' der allgemeine Ausdruck für den der l. a. p. m. i. iud. Unterworfenen war, wird sowohl durch die Terminologie des die älteren Schuldverhältnisse darstellenden Livius als durch die von Plautus bestätigt. Livius ist hier eine besonders bedeutungsvolle Quelle, weil ihm viel daran gelegen ist, in Rechts- und Sakralfragen die richtige Terminologie anzuwenden. (Man beachte die Verwendung der Fachworte nexus, nexum inire, nexum se dare, addictus, deren Richtigkeit durch andere Quellen völlig bestätigt wird. Siehe oben S. 355 f., 365 u. 385 ff. Was besonders das iudicare betrifft, wird alsbald nach-

gewiesen werden, dass Livius offenbar altertümliche Ausdrucksweisen übernimmt.) Derjenige, der auf Grund eines Urteils im Privatprozesse zur älteren Zeit Gegenstand für ductio war, wird von ihm *ohne Ausnahme* als iudicatus bezeichnet, also niemals als damnatus (condemnatus), welch letzterer Ausdruck doch dem Formularprozesse angemessen war. Dabei *kann* der Zusatz pecuniæ vorkommen: 6, 14, 3 (*iudicatum pecuniæ* cum duci vidisset); 6, 14, 10 (iudicatum addictumve duci patiar); 6, 15, 9 (prohibendo *iudicatos* addictosque duci); 6, 34, 2 (fama et corpore, *iudicati* atque addicti, creditoribus satisfaciebant); 23, 14, 3 (qui capitalem fraudem ausi quique *pecuniæ iudicati* in vinculis essent). Dass in der letzten Stelle die im Privatprozesse zu einer gewissen Geldsumme Verurteilten unter den pecuniæ iudicati verstanden werden, geht aus der Parallelstelle Val. Max. 7, 6, 1, welche dasselbe Ereignis darstellt, deutlich hervor. Hier wird nämlich zwischen den capitali crimine damnati (bei Livius capitalem fraudem ausi) und den addicti (bei Livius pecuniæ iudicati) unterschieden. (Darüber dass während der fraglichen Zeit — 216 v. Chr. — iudicati ebensogut wie confessi *addicti* im technischen Sinne wurden, siehe oben S. 366 f.) Dass 'iudicatus' ohne hinzuzudenkenden oder ausdrücklich gesetzten Infinitiv oder Adjektiv nach der Terminologie von Livius eine *notwendige* Beziehung auf den im Privatprozesse zu einer Geldsumme Verurteilten hat, geht daraus hervor, dass der wegen eines Verbrechens im iudicium publicum Verurteilte *nicht* als 'iudicatus', auf angegebene Weise gebraucht, bezeichnet werden darf, obgleich auch hier 'iudicare' verwendet werden kann. Dann müssen nämlich solche Konstruktionen verwendet werden, die auf 'urteilen' als Grundbedeutung hinweisen. 1, 26, 5: der König sagt: duumviros, qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem facio = ich gebe dem Gesetze gemäss 'duumviri', welche zu ungunsten von Horatius das Faktum einer perduellio zu pronuntiieren haben. Dass hier eine alte, formell notwendige Ausdrucksweise von Livius übernommen worden ist, geht aus den danach folgenden Worten hervor: lex horrendi *carminis* erat: duumviri perduellionem iudicent ... Vgl. das endgültige Urteil: P. Horati, tibi perduellionem iudico. 26, 3, 8 u. 9: tribuni plebis appellati conlegæ negarunt se in mora esse, quo minus, quod ei more maiorum permissum esset, seu legibus seu moribus mallet, anquireret, *quoad vel capitis vel pecuniæ iudicasset privato*, tum Sempronius *perduellionis se iudicare* Cn. Fulvio dixit ... Forcellini v. iudico erklärt iudicare hier durch dicam impingere, was richtig erscheint, so dass die ganze Phrase: capitis etc. alicui iudicare bedeutet: einen einer Pronuntiierung durch iudex betreffs Todesstrafe, Busse (wegen crimen publicum) oder perduellio unterwerfen. Vgl. 25, 4, 3: multos postea principes civitatis iudicium de se populi passos, lex Ac. rep. 8: De heisce ... ioudicium non fiet, 29: De iudicio in eum ... und 49: de reis quomodo iudicetur. Liv. 29, 9, 8: tribunis sontibus iudicatis ... und 39, 41, 7: multos ... in ea regione Italiæ latentes partim noxios iudicavit ... Wenn das Verurteilen in den fraglichen Fällen *direkt* ausgedrückt werden soll,

verwendet Livius keineswegs iudicare, sondern damnare oder condemnare. — Plautus ist betreffs der terminologischen Frage insoweit besonders wichtig, als er nicht den Formularprozess voraussetzt. 'Iudicatus' ohne hinzugedachten oder ausdrücklichen Infinitiv oder Adjektiv in Asin. 937: iudicatum me uxor abducit domum und Men. 97: ego ad Menaechmum hunc eo, quo iam diu sum iudicatus: ultro eo, ut me vinciat. (LODGE, lex. Plaut. v. iudico bezieht letzteren Fall auf eine Konstruktion mit Infinitiv. Ein Infinitiv sollte also hinzuzudenken sein. Welcher? Ire? *Dies* würde indessen eine sonst völlig unbekannte Konstruktion sein: iudicare aliquem ire = einen zum Gehen zum Kläger verurteilen!! Hinsichtlich des Adverbs quo vergleiche man: is, *unde* petitur. Siehe z. B. l. Ac. 24 und Gellius 14, 2, 26. 'Quo' bedeutet hier offenbar dasselbe wie quoi — wenn nicht dieses Wort selbst das ursprüngliche gewesen ist und i wegen des nachfolgenden iam weggefallen ist.) In diesen beiden Fällen bedeutet 'iudicatus' ganz sicher im Privatprozesse verurteilt und dadurch der ductio unterworfen. Da dies nur bei Verurteilung zu einer gewissen Geldsumme geschehen kann, ist aeris oder pecuniæ hinzuzudenken. Das Gesagte ist damit zusammenzustellen, dass, wenn iudicare aliquem bei Plautus nicht 'verurteilen' bedeutet, ein Infinitiv oder Adjektiv als Prädikativum notwendig ist. Dies ist die Konstruktion Stichus 205, vgl. Epid. 707 u. Mil. Gl. 1435. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass bei Plautus damnare (condemnare) *niemals* zur Bezeichnung der Situation, die ductio domum mit sich führt, verwendet wird — ebensowenig wie bei Livius in der Darstellung älterer Rechtsverhältnisse. Über damnare (condemnare) bei beiden später. (Dagegen kommt bei Terentius Phormio 334: damnatum ducent domum damnare in dieser Bedeutung vor. Doch kann ihm, da er von den griechischen Vorbildern überhaupt allzusehr abhängig ist, keine Bedeutung in fraglicher Hinsicht beigemessen werden. Dazu kommt, dass es sich a. a. O. um ein *Verbrechen* handelt. Wir werden später nachweisen, dass wahrscheinlich in Strafsachen mit einer privaten Person als Kläger der Ausdruck damnatus anstatt iudicatus verwendet werden konnte, obgleich letzterer Ausdruck betreffs des nach Hause zu Bringenden auch immer anwendbar war.)

Unter den Verfassern der späteren republikanischen Zeit ist Cicero natürlich in fraglicher Hinsicht besonders beachtenswert. Man findet nun bei ihm denselben eigentümlichen Sprachgebrauch wieder. Der iudicatus ohne Infinitiv oder Adjektiv ist immer der der ductio Unterworfene, so dass iudicare hier 'verurteilen' bedeutet. Sonst hat iudicare *nur* die Bedeutung *'urteilen'* od. dgl. De or. 2, 63, 255 . . . qui *iudicatum* duci videt . . . (Da die Äusserung aus Naevius od. Novius angeführt ist, bezieht sie sich auf ältere Zeiten.) Pro Flacco 19, 45: . . . quem *iudicatum* hic duxit Hermippus und 21, 50: . . . mancipia quædam, quæ se, cum *iudicatus* esset, per vim vendidisse dicebat. In diesen Stellen ist natürlich *pecuniæ* hinzugedacht. Hinsichtlich anderer Konstruktionen ist auf MERGUET, Lex. Cic., hinzuweisen. Indessen ist bemerkens-

wert, dass MERGUET unter den Fällen, wo iudicare aliquem ohne Infinitiv oder Adjektiv verwendet wird, den wegen seiner offenbaren Verbindung mit der älteren Terminologie besonders wichtigen de or. 2, 63, 255 nicht erwähnt, während er Rab. Post. 13, 38: Accusatur is, qui non abstulit a rege, sicut Gabinius iudicatus est, Lael. 17, 62: ... nec habere ... notas, quibus eos, qui ad amicitias essent idonei, iudicarent und 18, 64: Qui ... praestiterit, hunc ex maxime raro genere hominum iudicare debemus ... aufnimmt. Im ersten und dritten Falle ist natürlich die Konstruktion eigentlich: iudicare aliquem mit Infinitiv oder Adjektiv. 'Sicut' ersetzt das Verb abstulisse. Vgl. Iul. D. 3, 2, 1: ... qui in iudicio publico ... quid *fecisse iudicatus erit* und Auct. ad Her. 1, 13, 23: matrem *necasse iudicatus* ... 'Ex ... genere' ist adjektivisch angewandt und hat dieselbe grammatische Stellung wie z. B. dignum in der Konstruktion iudicare aliquem dignum. Im zweiten Falle ist der Akkusativ eos (qui) nur eine Umschreibung für eine Konstruktion mit indirekter Frage. Vgl. Cic. de nat. deorum 3, 30, 74. Wie heterogen realiter die Konstruktion in den Stellen aus de or. und pro Flacco ist, geht am besten daraus hervor, dass iudicare eine fundamental verschiedene Bedeutung hat. Es bedeutet hier verurteilen als ein Zusprechen an den Kläger. In Rab. Post. und Lael. (a. a. O.) bedeutet iudicare urteilen oder entscheiden. Denselben methodischen Fehler findet man bei HEUMANN-SECKEL v. iudico, wo unter unzweifelhaft richtigen Beispielen für die Bedeutung von iudicare als verurteilen in den Dig. auch Iul. D. 3, 2, 1: qui in iudicio publico calumniæ praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit vorkommt. Iudicatus bedeutet hier keineswegs verurteilt, sondern ist *pronuntiatus*, obgleich unzweifelhaft der in iud. publ. quid fecisse iudicatus ein condemnatus hinsichtlich der Tat ist. Hierüber alsbald.

FORCELLINI v. iudico führt keine unrichtigen Beispiele von iudicare = verurteilen an. Aber er erklärt die fragliche Bedeutung so, dass der, zu dessen ungunsten etwas pronuntiiert war, ohne weiteres als iudicatus bezeichnet wurde. Dies ist nicht richtig. Denn *nur*, wenn iudicare ein *Zusprechen* des Beklagten an den privaten Kläger einschliesst, was Verurteilung zu einer gewissen Geldsumme notwendig voraussetzt, bedeutet es verurteilen. Daraus ergibt sich, dass iudicare hier gleichbedented mit *adiudicare* ist. Der reus, der dem privaten Kläger adiudicatus ist, ist ein iudicatus in diesem Sinne. 'Iudicatus' im Sinne verurteilt wird niemals ohne Berücksichtigung eines zukünftigen domum ducere gesagt. In Gaius I. 3, 189: utrum autem (fur manifestus) servus efficeretur ex addictione an *adiudicati* loco constitueretur, *veteres* quaerebant (über welche Stelle oben S. 368) findet man die ursprüngliche Verbindung, die zwischen adiudicare und iudicare als verurteilen besteht. Es könnte vielleicht gegen das Angeführte eingewendet werden, dass 'iudicatus' und 'addictus' hiernach zusammenfielen, während doch ein Unterschied in der Bedeutung zwischen diesen Worten vorhanden sein müsse, weil der 'addictus' *unmittelbar* der ductio unterworfen ist, keineswegs aber der 'iudicatus'. Das

zuletzt Gesagte ist richtig. Aber *obgleich* der 'iudicatus' nicht unmittelbar der l. a. p. m. i. und damit der ductio unterworfen ist, sondern die Frist der 30 Tage zwecks Auslösung hat, ist erstens die l. a. p. m. i. selbst von keiner vorhergehenden besonderen addictio abhängig, sondern hat ihren *einzigen* unmittelbaren Grund im Judikate oder richtiger in der Eigenschaft des reus, ein 'iudicatus' zu sein. Dass manus iniectio eine besondere addictio voraussetzen würde, hat auch niemand behaupten können. *Dann* aber *muss* iudicare im Ausdrucke iudicatus als verurteilt ein *Zusprechen* in sich schliessen. Zweitens ist vorher (oben S. 366 ff.) nachgewiesen worden, dass auch das domum ducere nach der manus iniectio kein besonderes addicere voraussetzt. Dabei sind Gründe angeführt worden, die mit der hier gegebenen Erörterung des technischen Wortes iudicatus nichts zu schaffen haben. Also ist die Exekution als ein Ganzes positiv *nur* von der Eigenschaft iudicatus abhängig, welches Wort daher die Person als *zugesprochen* bezeichnet. (Natürlich wird umgekehrt der früher geführte Wahrscheinlichkeitsbeweis dafür, dass kein addicere für das ducere nach der manus iniectio nötig ist, durch den hier unmittelbar vorher angeführten Grund für die Bedeutung des Wortes iudicatus — 'iudicatus' im besonderen Sinne wird nur im Hinblick auf Exekution gesagt — verstärkt.) Aber sollte dann wirklich 'iudicatus' als ein kürzerer Ausdruck für 'adiudicatus' an sich dasselbe wie 'addictus' bedeuten? Keineswegs. 'Iudicatus' ist der vom *iudex* dem Kläger Zugesprochene. 'Addictus' ist der vom *Magistrate* dem Kläger Zugesprochene.

Betti hat in einem höchst belehrenden Aufsatze in Riv. It. 56 (1915) L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) trotz vieler bedeutsamer Beobachtungen eine von Anfang an verfehlte Darstellung der Bedeutung des Urteils in der l. a. sacr. gegeben, weil er völlig verkennt, dass es sich bei dem Ausdrucke 'iudicatus' (ohne weiters oder mit pecuniæ) nicht um eine Pronuntiation handelt. (Über die Meinung Betti's ausführlich später.) Hier sind nur einige Behauptungen in dem erwähnten Aufsatze zu besprechen. Als Beispiel einer vermeintlichen späteren Verwechslung von iudicare (pronuntiare) und damnare wird S. 105 A. Paulus 42, 2, 1 angeführt: confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. Nach dem Worte damnatur schreibt Betty: (= iudicatur). D. h. der eigentlich korrekte Ausdruck sollte hier iudicatur anstatt damnatur sein. Aber wenn iudicatur dasselbe wie pronuntiatur bedeutet, ist es ja unmöglich so zu sagen. »Der confessus ist als iudicatus zu betrachten, weil er durch seine eigenen (solennen) Worte (sententia) solenn erklärt wird»! Für was? Nun ist auch zu bemerken, dass, *wenn* wirklich *iudicatur* anstatt *damnatur* gesagt wäre, das Wort durch »solenn erklärt wird» od. dgl. übersetzt werden müsste. Denn *nur* in den Partizipialformen iudicatus (ohne weiteres oder mit pecuniæ) und iudicatum (Neutr.) kann iudicare verurteilen bedeuten. D. h. man *könnte* in dieser Stelle überhaupt nicht iudicatur anstatt damnatur geschrieben haben! Weiter:

S. 105 ff. (im Texte) wird gesagt: »La ragione evidente della loro (des iudicare und des damnare) identificazione è che già con la pronuntiatio 'fecisse videri' l'accusato viene dichiarato non solo in conformità col tenore dell' accusatio — responsibile del delitto imputatogli (iudicatus), ma per implicito anobbligato già sin da ora a pagare in genere la poena o il risarcimento (damnatus) . . .» Es handelt sich hier um die Verurteilung im iudicium publicum. Zur späteren republikanischen Zeit kommt diese zo zustande, dass der Vorsitzende des Gerichts »eum reum fecisse videri pronuntiat». (BETTI, a. a. O., S. 105[1] u. HITZIG, Condemnatio in Pauly-Wissowa. Im älteren Perduellionsprozesse sagt der Richter: tibi perduellionem iudico. Siehe oben S. 433.) Pronuntiare bedeutet, wenn dieser Ausdruck als Bezeichnung für die Erklärung des Richters verwendet wird, ganz dasselbe wie de reo iudicare. Vgl. lex Ac. rep. 49: De reis quomodo iudicetur mit 55: de quo reo pr(ætor) ita pronontiaverit. Unter diesen Umständen ist es natürlich völlig sinnlos zu sagen, dass man (seit dem zweiten Jahrh. vor Chr.) iudicare und condemnare, bezw. iudicatus und condemnatus identifiziert haben sollte. In öffentlichen Strafsachen kann iudicare, bezw. iudicatus nur als Richter pronuntiieren, bezw. durch Richter (für etwas) erklärt bedeuten.

Endlich ist zu bemerken, dass der 'iudicatus' als verurteilt und *damit* exekutionsreif hinsichtlich dessen, wozu er verurteilt ist, insoweit es sich um ordentlichen Prozess handelt, immer als zu einer gewissen Geldsumme verurteilt zu betrachten ist, was für den Legisaktionsprozess sowohl aus der von Gaius angeführten Formel der l. a. p. m. i. iud. und aus der Erklärung der betreffenden lex der XII Taf. durch Gellius (Caecilius) als aus der Terminologie von Livius hervorgeht. Am allersichersten ist dies für den Formularprozess bezeugt. Es folgt hieraus, dass sich die echten klassischen oder postklassischen Stellen, in welchen der Satz confessus debitor pro iudicato est ohne Einschränkung aufgestellt wird, auf die extraordinaria cognitio beziehen müssen, wo auch eine Exekution in natura möglich war. (Siehe z. B. GIRARD, Man. S. 1096). Solche Stellen sind Paulus Sent. 5, 5 a, 2, Ulp. D. 42, 2, 6 pr. (über diese Stelle GIFFARD, N. R. H. 29, 1905, S. 458 ff.), C. I. 7, 59, a 211; 6, 31, 4, a 293 (von COLLINET, N. R. H. 29, S. 186[4] ohne Grund für interpoliert gehalten) und 7, 53, 9, a 294. Aber völlig sicher interpoliert sind alle vorgeblichen klassischen Stellen, wo der Satz confessus pro iudicato est in dem Sinne aufgestellt wird, dass *das Zugestandene* (confessum) pro iudicato = als durch den Richter pronuntiiert gelten soll und deshalb der iudex die Sache nicht weiter untersuchen darf. Solche Stellen sind Ulp. D. 42, 1, 56 u. 42, 2, 6, 3 u. Paulus D. 42, 2, 3. (Dagegen darf nicht C. I. 6, 31, 4, a 293, wie COLLINET — siehe oben — es tut, auf diese Gruppe bezogen werden, weil hier gerade der Sinn des Satzes auf confiteri certam quantitatem deberi eingeschränkt wird, was auf seine Anwendung bei der Exekution auf Grund einer extraordinaria cognitio verweist.) *Dass* Interpolationen hier vorliegen, ist schon (siehe z. B. COLLINET

a. a. O., S. 186) behauptet worden. Aber ein wirklich durchschlagender Beweis ist m. W. noch nicht geführt worden. COLLINET meint, dass der klassische Rechtssatz über die Bedeutung der confessio *facti* auf jede confessio *iuris* ausgedehnt worden ist. Aber einerseits gilt schon nach lex Rubria tab. 2, 22 29 ff. wenigstens in gewissen Fällen die confessio iuris als Judikat, andererseits würde aus dem Räsonnement von COLLINET folgen, dass man zur klassischen Zeit wirklich confessus *factum* pro iudicato est sagen konnte, was unrichtig ist. Nur dies beweist die Interpolationen, dass man zu dieser Zeit 'iudicatus' ohne weiters nur von dem Zugesprochenen — d. h. im Formularprozesse dem zu einer Geldsumme, in der extraordinaria cognitio dem zu certum überhaupt Verurteilten — sagen konnte. Dagegen war es immer möglich, *quod* quis confessus est, pro iudicato est zu sagen in dem Sinne, dass, was jemand in iure zugestanden hat, als durch den Richter pronuntiiert gilt. So Ulp. betreffs der oratio divi Marci D. 42, 2, 6, 2.

'Iudicatus' als zu gunsten des Klägers verurteilt oder ihm zugesprochen hat sein notwendiges Komplement in 'iudicatum', insoweit dieses Wort in der Phrase iudicatum facere oder solvere oder in der Zusammenstellung manum inicere, actio, bezw. obligatio iudicati oder deberi (obligatio) ex causa iudicati oder executio iudicati od. dgl. vorkommt. Der Ausdruck iudicatum facere im Sinne eines Mittels, sich von der ductio zu befreien, findet sich schon in den XII Taf.: tab. 3, 3. Weiter ist der Satz der veteres (Gaius I. 3, 180) zu beachten: post condemnationem iudicatum facere oportet. In den D. findet man diese Phrase wieder. So z. B. Ulp. 2, 12, 6, Pap. 5, 1, 45, 1, Ulp. 9, 4, 35 u. 26, 7, 25, Scaevola 46, 1, 45. Iudicatum solvere (siehe z. B. ausser D. 46, 7: iudicatum solvi Ulp. D. 2, 12, 6, Pap. D. 31, 78, 2) ist offenbar ein späterer Ausdruck mit ganz demselben Sinne. 'Manum inicere iudicati' siehe Gaius I. 4, 21. 'Actio iudicati' ist natürlich eine spätere Form der ursprünglichen l. a. p. m. i. iud. 'Deberi (obligatio) ex causa iudicati' siehe Gaius I. 3, 173 und Ulp. D. 42, 1, 4, 7. 'Obligatio iudicati' Ulp. D. 46, 2, 8, 3. 'Iudicati exsecutio' Pap. D. 16, 2, 16, 1. In allen diesen Ausdrücken ist das 'iudicatum' Korrelat zu 'iudicatus' im Sinne: zu gunsten jemandes verurteilt und damit der ductio unterworfen. Da schon nach den XII Tafeln der Verurteilte nur als zu einer gewissen Geldsumme verurteilt der ductio unterworfen werden kann, schliesst das 'iudicatum' hier Verurteilung zu einer gewissen Geldsumme ein. Das Wort bedeutet also: das, wozu der 'iudicatus' im vorher angegebenen Sinne verurteilt worden ist, wobei dies als *Bezahlung einer gewissen Geldsumme* gedacht ist. Diese Bedeutung kann das iudicatum nur auf die Weise erhalten haben, dass damit ursprünglich ein *adiudicare* gemeint ist. Das iudicatum in hier fraglichen Zusammenstellungen ist also eigentlich *das* Zugesprochene, wie der iudicatus im besonderen Sinne *der* Zugesprochene ist — jedoch natürlich in beiden Fällen vorausgesetzt, dass die Zusprechung durch einen *iudex* geschehen ist. — 'Iudicatum facere' u. dgl., was FORCELLINI völlig verkehrt erläutert, bedeutet also: die Bezahlung bevirken o. dgl., *hinsichtlich derer man dem Aktor zugesprochen ist.*

Dass iudicatum in den fraglichen Verbindungen sich nicht auf iudicare als Pronuntiation durch den Richter bezieht, folgt auch daraus, dass, obgleich l. a. p. m. i. *iudicati* auch nach besonderer litis aestimatio, die auf Geld ging, unzweifelhaft anwendbar gewesen ist, letztere doch nicht als eine Judikation im Sinne einer Pronuntiation durch den Richter betrachtet werden darf. Meines Wissens hat niemand bestritten, dass auch im Falle einer besonderen litis aestimatio die l. a. p. m. i. iud. verwendbar war, wenn der Kläger eine private Person war und zu seinen Gunsten die litis aestimatio erfolgte. Dies *kann* auch vernünftigerweise nicht bestritten werden. In den beiden Stellen, wo Plautus von der quadruplatio spricht (Persa 70 und Truc. 762), lässt er manus iniectio auf die Damnation folgen. (Siehe oben S. 367.) Es wird auch alsbald nachgewiesen werden, dass die Möglichkeit, damnatus es statt iudicatus es in der l. a. p. m. i. iud. zu sagen, nur dann verständlich wird, wenn man annimmt, dass auch in privaten Strafsachen die fragliche Legisaktion verwendbar war. Aber in privaten Strafsachen wird gewöhnlich eine litis aestimatio in Verbindung mit der Schuldigerklärung nötig, welche aestimatio der l. a. p. m. i. iud. zugrunde liegt. Aber dass die litis aestimatio nicht als eine Judikation im Sinne einer Pronuntiation durch den Richter angesehen werden darf, steht auf Grund der allersichersten Zeugnisse fest.

Zuerst ist die Formulierung der lex Ac. repet. (631 oder 632/123 oder 122) anzuführen: 4: pr(aetoris) quaestio esto, ioudicium ioudicatio leitisque aestimatio, queicomque ioudic⟨ium ex h. l. erunt, eorum hace lege esto⟩. Die Phrase kommt auch 6 vor. Schon aus dieser Phrase scheint hervorzugehen, dass die litis aestimatio wenigstens keine iudicatio sein kann. Diese Annahme wird dadurch verstärkt, dass von der litis aestimatio nicht gesagt wird, dass sie in einem ioudicium erfolgt, obgleich viele Kapitel sie abhandeln. Aber umgekehrt wird dies zu wiederholten Malen betreffs der *condemnatio* des reus gesagt. 7: eo ioudicio condemnatus erit. 11: ioudicioque publico condemnatu⟨s siet⟩. 74: quei eorum eo ⟨ioudicio apsolutus vel condemnatus est eritve⟩. 76: eo ioudicio hace lege condemnatus erit. So auch 78. Aber apsolvere bezw. condemnare bedeutet in dieser lex *nur* freisprechen oder verurteilen hinsichtlich der Frage: fecisse videri. Siehe 55 und 56. In 7 wird die litis aestimatio als auf die condemnatio folgend dargestellt. Ebenso in 58. Hierzu kommt, dass in 41: deque ea re hace lege iudicium litisque aestumatio essto gesagt wird, was der Phrase ioudicium ioudicatio leitisque aestumatio entspricht. Was die Bedeutung von ioudicium im Verhältnisse zu ioudicare betrifft, ist es notwendig, ersteres Wort als den offiziellen Entscheidungsakt als ein Ganzes, letzteres als die besondere Entscheidung des einzelnen iudex sowie als die Endentscheidung über die Schuld des reus zu fassen. Beachte betreffs iudicium die Ausdrücke 39 u. 71: ⟨ad id⟩ iudicium adesse possit, 72: ioudiciove . . . abierit u. 70: iudicium exercebit (vom Prätor), weiter die oben angeführten Stellen, wo eo iudicio condemnatus geschrieben ist, schliesslich den Ausdruck in 43 u. 70: iudicium fieri oportebit. In der Phrase: queiquomque ioudicium ex

h. l. erunt in 4 u. 6 bedeutet ioudicium offenbar *Gericht*. Der offizielle Entscheidungsakt als ein Ganzes ist die dem Gerichte obliegende Funktion. Ein Verfahren, durch das die Sache entschieden werden kann, zu konstituieren, schliesst natürlich die Konstituierung eines Gerichts in sich. Betreffs ioudicare beachte 37: ⟨neque se facturum, quo⟩ eam rem minus ioudicet (vom einzelnen iudex); 47: quei quomque aderunt iudicare ⟨iubeto⟩; 49: ⟨de⟩ reis quomodo iudicetur und quei iudicare negarint und 71: neive facito quo . . . ⟨quove quoi eorum minus⟩ . . . iudicare liceat. Schliesslich ist zu bemerken, dass, obgleich die litis aestimatio nicht zum iudicium gehört und kein iudicare einschliesst, sie doch durch den iudex (praetor) und sein consilium geschehen muss. Dies wird offenbar in den Kapiteln de leitibus aestumandeis, de pequnia ex aerario solvenda, de tributo indicendo und sonstigen die litis aestimatio betreffenden vorausgesetzt. Siehe z. B. 60: queive eiei iudicei consilioque eius maiorei part⟨i eorum sa⟩tis fecerit . . . litem aestumatam esse sibei und 68: . . . quis praetor litis aestumaverit . . . — Die hier angewandte Terminologie setzt die Bedeutung des iudicare als eine Pronuntiation des Richters betreffs der intendierten *lis* voraus. D. h. der Richter als *iudicans* entscheidet, *ob* der Kläger das intendierte Recht an der Sache hat, *ob* der Beklagte die behauptete, Strafe oder Schadensersatz mit sich bringende Tat begangen hat etc. Überhaupt entscheidet er eine im voraus formulierte Streitfrage. Vgl. Betti a. a. O., S. 13 f. und 96 ff. Aber die litis aestimatio ist keine Entscheidung einer Streitfrage. Bei ihr wird keine im voraus aufgestellte Behauptung hinsichtlich ihrer Richtigkeit geprüft, sondern der iudex bestimmt nur, was der Kläger auf Grund des bereits zu seinen Gunsten geschlichteten Streites erhalten soll, oder er bestimmt im öffentlichen Prozesse die Strafe für die bereits durch die Judikation konstatierte Tat. Deshalb präjudiziert jedes iudicare als Pronuntiation, wenn auch im reinen Rechtsstreite nur inter partes — hierüber später — so dass die einmal entschiedene Streitsache nicht wieder aufgenommen werden darf, während die litis aestimatio, die keine Streitfrage entscheidet, sondern nur dem verurteilten Beklagten etwas auferlegt, ihrer Natur nach kein Präjudikat sein kann.

Im Lichte der hier analysierten Terminologie des Gesetzes ist Cic. pro Clu. 41, 115—116 zu betrachten: Hic profertur id, quod iudicium appellari non oportet, P. Septimio Scaevolæ litem eo nomine esse aestimatam. Cuius rei quæ consuetudo sit, quoniam apud homines peritissimos dico, pluribus verbis docere non debeo. Numquam enim ea diligentia, quæ solet adhiberi in ceteris iudiciis, eadem reo damnato adhibita est; in litibus aestimandis fere iudices aut, quod sibi eum, quem semel condemnarunt, inimicum putant esse, si quæ in eum lis capitis illata est, non admittunt aut, quod se perfunctos iam esse arbitrantur, cum de reo iudicarunt, neglegentius attendunt cetera. Itaque et maiestatis absoluti sunt permulti, quibus damnatis de pecuniis repetundis lites maiestatis essent aestimatæ, et hoc cotidie fieri videmus, ut reo damnato

---

de pecuniis repetundis, ad quos pervenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eos idem iudices absolvant; quod cum fit, non iudicia rescinduntur, sed hoc statuitur, aestimationem litium non esse iudicium. Scaevola condemnatus est aliis criminibus frequentissimis Apuliæ testibus. Omni contentione pugnatum est, uti lis haec capitis aestimaretur. Quæ res si rei iudicatæ pondus habuisset, ille postea vel isdem vel aliis inimicis reus hac lege ipsa factus esset. Hier ist zuerst zu beachten, dass die Terminologie völlig mit der in der lex Acilia übereinstimmt: cum de reo iudicarunt, vgl. l. A. 49: ⟨De⟩ reis quomodo iudicetur (reum iudicare — ohne weiteres — kann nicht gesagt werden: siehe oben S. 436.); reo damnato u. quem semel condemnarunt im Sinne reum fecisse videri pronuntiare, vgl. l. Ac. 55, id quod iudicium *appellari non oportet* . . . litem esse aestimatam . . . vgl. oben S. 439; in litibus aestimandis fere *iudices*, vgl. oben S. 440. Weiter ist indessen zu bemerken, dass, wenn Cicero der litis aestimatio die Eigenschaft eines iudicium aberkennt, sich dies keineswegs auf die litis aestimatio, nur als Auferlegung einer Strafe betrachtet, bezieht. Dass sie *insoweit* kein iudicium ist, versteht sich von selbst, da ein solcher Akt gar keine Pronuntiation über etwas sein kann. Er will nur *dies* hervorheben, dass die Erklärung über begangene Taten, welche die Grundlage der litis aestimatio im besonderen Falle ist und vom ursprünglichen iudicium betreffs der Tat abweichen kann, nicht die Würde eines iudicium — 'rei iudicatæ pondus' — hat und also nicht präjudizieren kann. Dass iudicium der offiziell gültige Entscheidungsakt des iudex — in Strafsachen betreffs der Tat — ist und als ein solcher Akt präjudiziert, ist für den Römer eine natürliche Sache, über die kein Wort gesagt zu werden braucht. Aber dass die zur litis aestimatio eventuell gehörende Entscheidung betreffs begangener Taten keine offizielle Gültigkeit hat und daher kein praeiudicium ist, ist nicht ebenso klar und wird deshalb besonders hervorgehoben. Dass Cicero juridisch recht hat, ist indessen, wenn man die lex Acilia berücksichtigt, offenbar. Er beruft sich ja auch auf eine consuetudo in dieser Sache, die seine Meinung stützt. Man versteht dann, dass Cicero gar nicht verneinen will, dass die litis aestimatio ein *Urteil* ist, wenn man darunter auch eine absolut geltende Auflage durch den iudex versteht. Der iudex hat in Strafsachen eine doppelte Aufgabe: das iudicare und die litis aestimatio. Wlassak Sav. Z. 25 (1904), S. 180 drückt die Sachlage nicht ganz richtig aus, wenn er das iudicium durch 'Urteil' ohne weiteres übersetzt und Cicero als sich selbst widersprechend deshalb betrachtet, weil dieser die ästimierende Tätigkeit auf iudices bezieht. Beides wäre unmöglich gewesen, wenn W. die Terminologie der l. Ac. in diesem Zusammenhange analysiert hätte. (Die Worte in ceteris iudiciis schliessen auch nicht einen Widerspruch ein. Sie gehören nämlich zur *Motivierung*. Cic. nimmt hier die gegnerische Position ein, um sie zu *widerlegen*.)

Dass die litis aestimatio nicht als ein iudicatum im Sinne einer Entscheidung durch Pronuntiation des Richters betrachtet werden darf, geht auch aus

Ulp. D. 9, 2, 25, 2 hervor, wo er sich über die actio legis Aqu. nach vorhergegangener confessio betreffs der Tat äussert, in welchem Falle die Aktion nur auf litis aestimatio geht. Es handelt sich also hier um eine private litis aestimatio. Ulp. sagt: Notandum, quod in hac actione, quæ adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandæ, sed aestimandæ datur: nam nullæ partes sunt iudicandi in confitentes. WLASSAK a. a. O. erklärt die Äusserung ganz richtig so, dass »nach der confessio in der Regel kein Streit zu entscheiden war über Dasein und Grund des Anspruchs». Aber um so merkwürdiger ist die Äusserung S. 181: »Vollstreckbar gegen den Schuldner ist von Anfang an auch die Sentenz des Schätzungsrichters; auch aus ihr entspringt die *actio iudicati*». Wie ist dies möglich, wenn man doch verneinte, dass die litis aestimatio ein iudicare einschloss? W. sagt selbst S. 149 A. 1 betreffs der Sentenz des arbiter litis aestimandæ: . . . »doch hat man es wohl gerne vermieden, sie 'Judicat' zu nennen». Trotzdem benennt man sie ja so in einer der ältesten, sicher bekannten Rechtsformeln, wo die Gültigkeit gerade von der Anwendung der richtigen Worte abhängt!! W. gerät in einen unlösbaren Widerspruch.

Es wird also durch die die litis aestimatio betreffende Terminologie bestätigt, dass 'iudicatum' in der legis actio iudicati nicht als Partizip von iudicare im Sinne einer Entscheidung durch Pronuntiation des iudex zu fassen ist. Aber da iudicare, wenn wir von den besonderen Formen 'iudicatus' und 'iudicatum' in den vorher erwähnten Konstruktionen absehen, im juridischen Sprachgebrauche *immer* diese Bedeutung hat, muss man, wie schon gesagt worden ist, diese Formen so betrachten, als ob sie sich auf ein anderes Verb als das blosse iudicare bezögen. Dieses Verb muss, wenn man die Bedeutung der fraglichen Worte berücksichtigt, adiudicare = zusprechen als iudex sein.

Aus dem Angeführten folgt, dass es völlig verfehlt ist, wenn WLASSAK aus dem Umstande, dass die litis aestimatio kein iudicare einschliesst, den Schluss zieht, dass die Person, die von der litis aestimatio getroffen wurde, nicht als 'iudicatus' bezeichnet werden durfte. Da W. jedenfalls anerkennen musste, dass in der legis actio iudicati die Sentenz des Schätzungsrichters mit 'iudicatum' bezeichnet wurde, wird natürlich die Ausschliessung der Bezeichnung 'iudicatus' betreffs des reus völlig unberechtigt. Und da sich sowohl 'iudicatus' als 'iudicatum' hier nicht auf iudicare als ein Entscheiden beziehen, welches iudicare allein betreffs der litis aestimatio unverwendbar ist, besteht kein Anlass, die eine oder die andere Bezeichnungsweise im Zusammenhange mit der litis aestimatio auszuschliessen. (Dass 'iudicatus' von jedem Gegenstande einer legis actio iudicati muss gasagt werden *können*, ist, wie vorher nachgewiesen wurde, die einzige quellenmässige Annahme. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass 'iudicatum' in der Formel derselben Aktion nicht das vom iudex Pronuntiierte bedeuten kann, sondern ein Korrelat zu 'iudicatus' — adiudicatus — sein muss. Die Ansicht W:s, dass man statt 'iudicatus', wenn litis

Wenn wir nun die Verwendung von iudicare als (jemanden) verurteilen, eig. (jemandem jemanden) zusprechen mit der von damnare (condemnare) als verurteilen vor dem Formularprozesse vergleichen, so fällt zuerst in die Augen, dass betreffs des Privatprozesses letzteres mit ganz derselben Konstruktion verwendet werden kann, um die Herbeiführung des l. a. p. m. i. iud. mit sich bringenden Zustandes zu bezeichnen. D. h. man sagt aliquem alicui damnare mit Zusatz einer gewissen Geldsumme im Genitiv, Akk. oder Abl., welche das, wozu man verurteilt wird, angibt. In diesem Falle bedeutet damnare, ebenso wie iudicare mit der entsprechenden Konstruktion, notwendig jemandem jemanden so zusprechen, dass sich der Zugesprochene durch Bezahlung einer Geldsumme vom Bande lösen kann. (Der Gen., Akk. oder Abl. der Geldsumme ist als ein Gen. etc. respiciendi zu fassen.[1]) Indessen darf deshalb nicht ange-

aestimatio die Grundlage der Aktion war, 'damnatus' sagen musste, ist um so fehlerhafter, als man nicht einmal *immer* in diesem Falle 'damnatus' sagen konnte, was durch die unmittelbar folgende Erörterung über die Verwendung des Wortes 'damnare' vor dem Formularprozesse bewiesen werden wird.)

[1] Die wichtigste Belegstelle ist natürlich Gaius I. 4, 21, wo die Formel für l. a. p. m. i. iud. besprochen wird: quod tu *mihi iudicatus* sive *damnatus* es sest. X *milia* . . . Hinsichtlich iudicare ist betreffs der Konstruktion der Geldsumme weiter die bei Livius vorkommende Phrase iudicatus pecuniæ (siehe oben S. 433) zu berücksichtigen, welche ein technischer Ausdruck sein muss. Hinsichtlich damnare hat natürlich die zur Zeit des Formularprozesses angewandte Konstruktion auch hier Bedeutung, weil sie der in der erwähnten Formel analog ist und als vom Legisaktionsprozesse auf den späteren Prozess übertragen zu betrachten ist. Beachte die Formeln Gaius I. 4, 47: *eius* iudex N. N. A° A° condemnato, vgl. lex Rubria 2, 21, 12—14: *eius pecuniae* iei . . . damnatus; 4, 43: N. N. A° A° dumtaxat X *milia* condemna und 3, 174: tibi tot *milibus* condemnatus sum. (Über die Konstruktion der Kondemnationssumme siehe im übrigen Thes. l. l. v. condemnare und damnare.) Dass der Genitiv, Akk. oder Abl. Gen. etc. respiciendi derart sind, dass die Geldsumme als das Lösungsmittel zu fassen ist, wird besonders deutlich, wenn man beachtet, dass dieselbe Konstruktion bei den Verben addicere und ducere im juridischen Sprachgebrauche vorkommt: addicere aliquem alicui mit einer gewissen Geldsumme im Genitiv (Cic. de or. 2, 63, 255) und ducere aliquem ebenso mit einer gewissen Geldsumme im Genitiv (Lex Rubria tab. 2, c. 21, 18 f.) Hier *muss* der Genitiv auf die angegebene Weise aufgefasst werden. Vgl. *manum inicere iudicati*. — Ganz offenbar bedeutet condemnare aliquem alicui ohne Verbindung mit einer gewissen Geldsumme jemandem

nommen werden, dass man im Legisaktionsprozesse *immer* damnare als verurteilen in dieser Weise statt iudicare verwenden konnte. Unter welchen Umständen dies wirklich möglich war, kann schlechterdings nicht anders entschieden werden als durch eine Untersuchung über die Verwendung des damnare im älteren Sprachgebrauche oder auch in dem späteren, insoweit dieser nicht von der zum Formularprozesse gehörenden Terminologie beeinflusst sein kann.[1]

---

jemanden zusprechen, wenn ein iudex das kondemnierende Subjekt ist. Beispiele: lex lat. tab. Bant. v. 10: iubetoque eum, sei ita pariat, condumnari popul(o); Cic. in Verr. 2, 3, 12, 31 und 2, 2, 8, 22: Hunc hominem Veneri absolvit, sibi condemnat ('Veneri absolvit' ist aus der Vorstellung einer eventuellen Zusprechung an Venus, von welcher der Beklagte befreit wird, zu erklären); Val. Max. 8, 2, 1: illum Calpurnio damnavit.

[1] WLASSAK, Sav. Z. 25 (1904), S. 174 ff. verwendet in fraglicher Hinsicht eine völlig verfehlte Untersuchungsmethode. Er beruft sich auf Gellius (Caecilius) 20, 1, 38, um zu beweisen, dass »der bloss aestimierende Richter ebenso 'damniert' wie der judizierende». Es handelt sich in dieser Stelle um die litis aestimatio des iudex als eintretend, wenn in einer Injurienklage (membrum ruptum) der Verurteilte sich nicht der Talion unterwerfen will. Der iudex, sagt der Verf., *pecuniæ damnabat*. Nun ist zu bemerken, dass man *kein anderes Wort* für verurteilen hatte als damnare (condemnare), wenn wir von den vorher erörterten Partizipialformen von iudicare absehen. Deshalb *musste* der Verf., wenn er die Richtertätigkeit als eine Konstituierung des Beklagten zu einem iudicatus auf die einfachste Weise bezeichnen wollte, das fragliche Wort verwenden. Und besonders zur Zeit des Formularprozesses, wo die Verurteilung in den *Aktionsformeln* selbst durch condemnare ausgedrückt wird, war eine solche Terminologie natürlich. Deshalb beweist die Verwendung des Wortes damnare a. a. O. schlechterdings *nichts* in der Frage, ob man zur Zeit des Legisaktionsprozesses die litis aestimatio als eine damnatio bezeichnen konnte. Mit demselben Rechte könnte man aus Gaius I. 4, 48: iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, ⟨sed⟩ aestimata re pecuniam eum condemnat schliessen, dass in der älteren Zeit eine Verurteilung zu Erfüllung einer Kontraktsschuld, die auf eine certa res ging, als eine condemnatio bezeichnet werden durfte. Noch weniger beweisend ist die ausserdem von WLASSAK angeführte Stelle Cic. pro Rab. Post. 4, 8: Est enim haec causa 'Quo ea pecunia pervenerit' quasi quaedam appendicula causæ *iudicatæ atque damnatæ*. W. sagt S. 182: »Die letztere causa ist die des A. Gabinius, den die Geschworenen im Repetundenprozess verurteilt und dem sie sodann die 'Streitsachen abgeschätzt' hatten». Deshalb soll »wie das *iudicare* auf die Sentenz im Hauptprozesse, so das *damnare* auf die Sprüche im Schätzungsverfahren zu beziehen sein». Ob-

Der fragliche Sprachgebrauch steht insoweit fest, als bis zur Zeit um die Geb. Chr. damnare oder condemnare als verurteilen, auf eine Person bezogen, aber ohne Verbindung mit einer Geldsumme *zu welcher* man verurteilt wird, oder einer anderen Person, *welcher* man durch die Verurteilung zugesprochen wird, m. W. ohne Ausnahme, *strafrechtliche* Bedeutung hat. Das Wort bezieht sich dann auf eine Schuldigerklärung hinsichtlich eines behaupteten Ver-

---

gleich unzweifelhaft die causa des Postumus — quo ea pecunia pervenerit — auf die schon vollzogene litis aestimatio betreffs des im Repetundenprozesse verurteilten Gabinius folgte, ist der Schluss verfehlt. Die litis aestimatio ist selbst nur ein notwendiges Anhängsel der Entscheidung im Repetundenprozesse. Die Worte appendicula causæ iudicatæ atque damnatæ brauchen deshalb nur auszudrücken, dass die causa quo — pervenerit ein mögliches weiteres Anhängsel der Hauptentscheidung ist. In 5, 11 wird die Freisprechung des Postumus so motiviert: Non igitur reus ex ea causa, quæ *iudicata est*, redundat Postumus. Hier wird also die causa quo — pervenerit unmittelbar an die causa *iudicata* angeknüpft. Es ist auch an sich höchst unwahrscheinlich, dass *causam* damnare die von Wlassak angenommene Bedeutung haben sollte. Die causa ist ja die Streitfrage selbst. Vgl. Cicero pro Cluentio 3, 7: Ego me, iudices, ad eam causam accedere, quæ . . . ipsa opinione hominum tacita prope convicta atque *damnata* sit, facile intellego. Man wird wohl nicht meinen, dass 'causa damnata' hier die Tatsache einer litis aestimatio bedeute! Es ist nicht möglich, den Ausdruck causa convicta atque damnata anders als so aufzufassen, dass *der Beklagte* des fraglichen Verbrechens überführt und wegen desselben verurteilt ist. Die 'causa' wird als Subjekt anstatt der Person, um deren causa es sich handelt, verwendet, wie Cicero de rep. 2, 34, 59 *nexa civium* soluta statt *cives nexi* sagt. Da nun damnatus, ohne weiteres von einer Person ausgesagt, *immer* deren judizielle Schuldigerklärung bedeutet (hierüber alsbald), kann causa damnata keinen anderen Sinn haben. — Betreffend endlich den Hauptbeweis Wlassaks für seine These, dass der auf Grund besonderer litis aestimatio der l. a. p. m. i. iud. Unterworfene als ein *damnatus* (nicht *iudicatus*) bezeichnet wurde, ist schon nachgewiesen worden, dass sowohl dieser Beweis als die These an sich selbst unrichtig sind. W:s Verwendung der Cicerostelle pro Cluentio 41, 115—116, worin bestritten wird, dass die litis aestimatio ein iudicium ist (S. 179—180), in diesem Zusammenhange beruht auf einem Missverständnisse. (Siehe oben S. 441 ff.) Es ist direkt quellenwidrig zu bestreiten, dass *ein jeder*, der der l. a. p. m. i. iud. unterworfen war, als iudicatus bezeichnet werden *konnte*. (Siehe oben S. 431 ff.) W:s ganze Darstellung der besonderen Bedeutung des Wortes damnare im Verhältnisse zum iudicare im voräbutischen Prozesse hängt in der Luft.

brechens. Was seine Anwendung ohne die angegebene Verbindung auf ein Verbrechen betrifft, das in einem privaten iudicium als erfolgt proklamiert wird, so *braucht* allerdings dieses Verbrechen kein *ziviles* Delikt zu sein. Aber wenn dies nicht der Fall ist, handelt es sich doch um eine Tat, die eine verwerfliche Handlungsweise einschliesst und der nächste Grund eines gewissen Rechts des Klägers ist.[1]

[1] Der vollständige Beweis der im Texte aufgestellten Sätze kann nicht ohne Berücksichtigung aller der im Thes. l. l. angegebenen Stellen, wo damnare oder condemnare ohne die im Texte erwähnte Verbindung vorkommt, geführt werden. Hier können natürlich nicht alle diese Stellen einzeln erörtert werden, sondern wir können nur auf dieses Beweismaterial verweisen. Indessen ist es möglich, durch Begrenzung der Untersuchung auf besondere Gebiete die behauptete Meinung wenigstens höchst wahrscheinlich zu machen. In der Zeit, wo im Volksgerichte schriftliche Abstimmung in kriminellen Sachen stattfand, war der freisprechende Stimmzettel mit einem A = absolvo der verurteilende mit einem C = condemno bezeichnet: Thes. l. l. A und C. Dies stimmt auch mit der Ausdrucksweise in der l. Ac. überein. Siehe z. B. 55: De reo condemnand⟨o — Sei eae sententia⟩e ibei plurimae erunt 'condemno' . . . Damnare oder condemnare bedeutet nun auch in zahllosen Stellen bei Schriftstellern aus der republikanischen oder früheren Zeit der Kaiserherrschaft ganz einfach eines Verbrechens schuldig erklären. Hier nur eine Auslese. (Über Plautus wird eine besondere Untersuchung später gegeben werden.) Cic. pro Clu. 30, 80: nocentem condemnatum esse; 34, 92: illis legibus condemnatus; 54, 148: iudicio publico condemnaretur; 4, 10: damnatus im Gegensatze zu incolumis; 41, 116 (siehe oben S. 440); 61, 170: damnati, exsulis, deserti; Auct. ad Her. 1, 13, 23: Malleolus iudicatus est matrem necasse. Ei *damnato* statim folliculus . . .; 4, 14, 20: Quem senatus damnarit . . .; 4, 36, 48: si primo coetu condemnassetis . . .; in Verr. 2, 1, 8, 21: . . . omnium ante damnatorum scelera, furta, flagitia . . .; 2, 5, 8, 19: qui suo iudicio damnatus sit; 2, 2, 44, 109: qui damnato Cn. Dolabella damnationem Philodami Opuntii resciderunt; pro Rab. Post. 4, 8: appendicula causæ iudicatæ atque damnatæ, vgl. pro Clu. 3, 7: (causa) convicta atque damnata (siehe oben S. 444 f.); ad Att. 10, 4, 8: qui lege Pompeia condemnati essent . . .; Val. Max. 6, 3, 3: tantum non repet. lege damnatus est; 7, 6, 1: capitali crimine damnati; Tac. Ann. 4, 52: Pulchra et Furnius damnantur; 12, 22: Damnatus ex lege repet., vgl. 13, 33 und Hist. 4, 45; 13, 44: ex lege de sicariis condemnatur; Sen. controv. 1, 3, 1: damnata est, quia incesta erat; 1, 3, 2: ista, quia probavi, damnata est; 2, 3, 15: nihil enim tibi proderit; etiamsi damnaveris (= die Schuldigerklärung bewirkt haben wirst), morieris; 7, 1, 15: qui quem damnavit puniendum fratri dedit; 7, 1, 18 . . . parricidi condemnasses; Livius 1, 26, 7: qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum alter ex iis 'P. Horati,

tibi perduellionem iudico' . . .; 2, 35, 6: damnatus absens . . . exulatum abiit; 2, 41, 11: damnatum populi iudicio, vgl. 27, 34, 3 u. 29, 37, 9; 2, 52, 5 . . . damnato multam dixerunt, vgl. 35, 41, 10; 3, 57, 5: si ad iudicem non eat, pro damnato in vincla duci iubere; 3, 58, 10: die dicta damnatus; 5, 11, 12: praedamnatosque venire ad populi iudicium; 6, 37, 8: patricios aliquot damnatos . . .; 22, 27, 4: . . . in cunctatione ac segnitie deorum hominumque iudicio damnata . . . 25, 4, 2: M. Furium Camillum . . . damnari se . . . passum esse; 29, 20, 3: eum . . . indicta causa prope damnatum; 38, 35, 5: frumentarios ob annonam compressam damnarunt; 38, 56, 8: cum L. Scipio et accusatus et damnatus sit pecuniæ captæ ab rege . . .' 39, 52, 9: Scipio etsi non exsul neque damnatus . . .

In den hier angeführten Fällen handelt es sich um solche Verbrechen, die Gegenstand eines iudicium publicum sind. Aber das Wort wird auch oft in derselben Bedeutung angewandt, wenn es sich um Verbrechen handelt, die nur in einem iudicium privatum proklamiert werden. Ja, auch wenn ein nur verwerfliches Verfahren durch Pronuntiierung in einem iudicium privatum für konstatiert angesehen werden darf, wird oft durch das Wort nur eine Schuldigerklärung ausgedrückt. So z. B. lex Iulia mun. (709/45) 110: quei furtei . . . condemnatus . . . est erit, vgl. Gell. 6, 15, 1: Brutum solitum dicere et furti damnatum esse . . . (Brutus ca. 130 v. Chr.) — mit der Konstruktion vgl. proditionis, veneficii, parricidi damnare: wenn im letzteren Falle damnare ein Schuldigerklären bedeutet, kann es im ersteren keine andere Bedeutung haben —; lex Iulia 111: queive iudicio fiduci[o]⟨ae⟩, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deve d⟨olo⟩ m⟨alo⟩ condemnatus est erit — mit der Konstruktion vgl. iudicio publico condemnare —; Sen. controv. 2, 6, 5: iniuriæ damnatus; Auct. ad Her. 2, 13, 19: iniuriarum condemnavit; pro S. Roscio 39, 113: in minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo iudicio condemnetur necesse est; pro Clu. 42, 119: turpi iudicio damnati; pro Flacco 15, 34: damnatus turpissimis iudiciis. — Besonders beachtenswert ist pro Caec. 2, 6. Es handelt sich um ein rekuperatorisches iudicium in der Frage, ob Sex. Aebutius gegen ein Interdikt de vi armata, zugunsten des Caecina gegeben, gehandelt hat. Über diese Sache war eine sponsio praeiudicialis von Sex. Aebutius geleistet worden, und die Richter hatten unmittelbar bezüglich dieser sponsio zu urteilen. Aber in einem solchen Falle ist eine restipulatio des reus nötig. (Gaius I. 4, 165.) Sie hatten also im Zusammenhang mit der Entscheidung der Sponsionsfrage die Restipulationsfrage zu entscheiden, so dass die eine *oder* die andere der Parteien zu einer Sponsionssumme verurteilt werden musste. Nun sagt Cicero: Quamquam ego mihi sic persuadeo, recuperatores, non vos tam propter iuris obscuram dubiamque rationem bis iam de eadem causa dubitasse quam, quod videretur ad *summam* illius *existimationem* hoc iudicium pertinere, moram ad *condemnandum* quaesisse. Dass sich condemnare hier nicht auf eine Sponsionssumme bezieht, ist offenbar. Die Kondemnation in *dieser* Hinsicht kann ja auch den eigentlichen Aktor treffen, in welchem Falle sie natürlich nicht

die summa existimatio beeinflusst. Ausserdem kann nicht einmal die Kondemnation des eigentlichen reus zu einer Sponsionssumme als *solche* eine Gefahr für die existimatio mit sich bringen. Nur insoweit die gemeinte Kondemnation eine Schuldigerklärung hinsichtlich der in dem fraglichen Interdikte bezeichneten Tat einschliesst, kann sie eine solche Wirkung haben. Die Sache wird weiter durch § 7 beleuchtet: Si quis, quod spopondit, qua in re verbo se obligavit uno, si id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciæ rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior? Dass die Kondemnation betreffs einer einfachen sponsio hier als eine Schuldigerklärung gefasst wird, geht sowohl aus dem Ausdrucke *si id non facit* — als ob die Konstatierung der Unterlassung, das Versprochene zu tun, nicht nur die Feststellung des dare facere oportere zum fraglichen iudicium gehörte — als aus dem Vergleich mit der Kondemnation in einem 'turpe iudicium', in welchem Falle das Delikt *grösser* sein soll, hervor. Cicero hat hier, um die unangebrachte Langsamkeit der Richter in wirklichen Deliktssachen durch einen Vergleich mit der Schnelligkeit derselben in reinen Sponsionsprozessen zu beleuchten, letztere als leichtere Delikte betreffend darstellen wollen.

Ein verhältnismässig begrenztes, jedoch sehr bedeutungsvolles Material bietet die Brunsische Sammlung Fontes iuris romani antiqui. Wenn man dem Index von Otto Gradenwitz folgt, findet man Folgendes. Das *condemnare* kommt in lex Lat. tab. Bant. (ca. 621 /133) 10 u. 11 vor: iubetoque eum . . . condumnari popul⟨o⟩ . . . Sei condemnatus ⟨erit⟩ . . . Es handelt sich um eine Strafaktion. Weiter lex Ac. repet. (631/123) 7: quei eorum eo ioudicio condemnatus erit . . . ; 11: ioudicioque publico condemnatus; 54 u. 55: 'condemno' (Bezeichnung für die verurteilende sententia); 56, 57, 58: quei ex hac lege condemnatus erit vgl. 76 (83) u. 78 (85). In allen diesen Fällen handelt es sich um Schuldigerklärung in einem iudicium nach der lex Ac. Besonders interessant ist die Verwendung des Wortes in 74 (81). ⟨Quibusquom ioudicium⟩ fuit fueritve ex lege, quam L. Calpurnius L. f. tr. pl. rogavit, exve lege, quam M. Iunius D. f. tr. pl. rogavit, quei eorum eo (74) ⟨ioudicio apsolutus vel condem⟩natus est eritve, quo (81) magis de ea re . . ., ⟨eius h. l. nihilum rogato⟩. Dies hat besondere Bedeutung, weil es sich um ein Urteil in einer *legis actio sacramenti* handelt, was aus 23 hervorgeht: neive eum ⟨legat edatve, quei pecuniæ captæ condemnatus est erit *aut* quod cum eo lege Calpur⟩nia aut lege Iunia sacramento actum siet *aut* quod . . . D. h. wenn im privaten Sakramentalprozesse die Entscheidung, wessen sacramentum iustum ist, eine Erklärung fecisse videri einschliesst, wird die schuldige Person als condemnatus betrachtet. Dagegen bedeutet die Besiegung in einem Sakramentalprozess, in welchem entschieden wird, ob eine verbrecherische Handlung geschehen ist, keine Kondemnation der Person, deren sacramentum für iniustum erklärt wird, wenn diese Person diejenige ist, die die Tatsache der Handlung behauptet.

Ebenso enthält die Besiegung in einem Formularprozesse, in welchem die eine verbrecherische Handlung betreffende sponsio die Grundlage desselben ist, keine Kondemnation in abstracto der Person, deren Versprechen fällig ist, wenn die Handlung als nicht geschehen proklamiert wird. (Siehe oben S. 447.) Es ist in diesem Falle nur dann von einer Kondemnation zu sprechen, wenn die Kondemnationssumme, zu welcher verurteilt wird, oder die Person, zu deren Gunsten die Verurteilung erfolgt, erwähnt wird oder offen hinzuzudenken ist. (So Gaius I. 4, 166.) Aber von einer Kondemnation in abstracto wird betreffs eines solchen Prozesses nur dann gesprochen, wenn die verbrecherische Handlung durch die Entscheidung der Sponsionsfrage als geschehen proklamiert wird. Dies geht aus der unmittelbar vorher kommentierten Cicerostelle hervor. — Lex Corn. de sic. (673/81) 12: quo quis iudicio publico condemnaretur; lex Mam. (695/59) 5, 18 u. 20: . . . is condemnatus erit. (Es handelt sich um einen Prozess auf Grundlage eines dare damnas esse infolge eines Verbrechens.) Lex Rubria (c:a 705/49) tab. 1, 20, 27—31 und 38—41: e⟨ius⟩ i⟨udex⟩ Q. Licinium L. Seio . . . condemnato (eine Formula). Lex Iulia mun. (709/45) 110, 111, 112, 118 u. 119. (Es handelt sich um Verurteilung in einer öffentlichen Strafsache oder einem privaten turpe iudicium: siehe oben S. 447.) Fragm. Flor. pars ant. 14 (derselbe Fall wie in der lex Mam.), Fragm. Clus. 5 u. 7 (über Verurteilung in öffentlichem Prozesse); Lex Urs. (710/44) 3, 5, 25 u. 4, 1, 5—7 (über dasselbe). S. C. Iuv. (129 *nach* Chr.) 14 ff: eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. (Zu dem Ausdrucke condemnare ist hier eine gewisse Geldsumme hinzuzudenken, wie aus den Worten *usque eo* hervorgeht.) Edicta praet. 10, 5, 4: tantam pecuniam condemnetur; 15 2 a 7: quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum . . . condemnari; 16, 2, 3: dieselbe Konstruktion; 36, 1: Condemnatus, ut pecuniam solvat; 44, 1 b—f: rei capitalis antea condemnatus fuerit. Lex a vic. Furf. (696/58) 15: über Verurteilung wegen sakralen Verbrechens.

Das Wort damnare als Verurteilen kommt in der Brunsischen Sammlung in folgenden Fällen vor: Lex Rubria 2, 21, 12—14: *eius pecuniæ iei*, quei . . . ex iudicieis dateis . . . damnatus esset fuisset. Lex Iulia mun. 87: in demortuei damnateive locum . . ., vgl. lex Urs. 1, 5, 13: damnatei, scil. eines *Beamten*, hier = des *Amtes* unwürdig Erklärten. (Ohne *jede* nähere Bestimmtheit damnatus = der zum Tode Verurteilte. Beachte Festus p. 221 M: Nam parricida non utique is qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem *indemnatum* = nicht zum Tode verurteilt. In dieser Bedeutung dürfte indemnatus in den XII Taf. vorgekommen sein: tab. 9, 6. Dieselbe Bedeutung in Plautus Curc. 697 u. Capt. 908; Val. Max. 7, 2 ext. 15; Cic. de domo 4, 9, wo auch damnatus, abstrakt gesagt, als zum Tode verurteilt gelesen wird; Cic. in Pis.

13, 30 und de lege agr. 2, 21, 56.) Lex Iulia de vi 3: iudicio publico damnatus. Ed. praet. 6, 2, 3: capitali crimine damnatus; 6, 3, 8 ff.: qui furti, vi bon. rapt., iniuriarum, de dolo malo et fraude . . . damnatus . . . erit: qui pro socio, fiduciæ, tutelæ, mandati, depositi . . . damnatus erit; 38, 7: capitali crimine damnatus. Sent. Min. (637/117) 43: Vituries, quei controvorsias Genuensium ob iniourias iudicati aut damnati sunt, sei quis in vinculeis ob eas res est, eos omneis solvei mittei leiber⟨are⟩ique [Genuenses]? videtur oportere ante eidus Sextilis primas. Die zuletzt erwähnte Stelle ist besonders interessant. Wlassak, Sav. Z. 25 (1904), S. 183 sagt: »Anscheinend stellt der obige Text einander gegenüber die *controvorsias iudicati* einerseits, die *damnati* andererseits, während sich die Worte *Genuensium ob iniourias* . . . auf beide Arten zusammen beziehen». Für diese Auffassung, die durch die Wortstellung völlig ausgeschlossen erscheint, kann kein Grund angezogen werden . Entweder müssen alle Worte von controvorsias bis zu iudicati auf sowohl iudicati als damnati oder nur auf iudicati bezogen werden. Das Natürlichste scheint zu sein, dass man die Sache auf erstere Weise auffasst und das Wort controvorsias auf die controvorsiae, die in v. 1 als Gegenstand für römischen Schiedspruch zwischen den Viturii und den Genuenses dargestellt werden, bezieht. Der Sinn ist mutmasslich, dass, wenn jemand von den Viturii auf Grund einer nach Meinung der Genuenses — der übergeordneten civitas — vorliegenden Rechtsverletzung innerhalb des Gebietes der betreffenden Streitfragen als *iudicatus* oder *damnatus* eingekerkert war, er vor einer gewissen Zeit freizulassen war. Wlassak a. a. O. meint, dass es sich hier um Schuldhaft »als Folge einer auf Geld lautenden Judikation oder Damnation» handele und dass letztere »eine im konfessorischen Prozess vom Schätzungsrichter gefällte Sentenz» sei. Dies aber würde einschliessen, dass gerade in der fraglichen *offiziellen* sententia damnare als verurteilen ohne offene Verbindung mit einer Geldsumme oder einer Person, zu deren Gunsten die Verurteilung geschieht, in einer Weise verwendet wäre, die sonst vor der Geb. Chr. nicht vorkommt. Es dürfte nicht ein einziger Fall nachgewiesen werden können, wo damnare als Verurteilen zu dieser Zeit ohne die erwähnte Verbindung eine andere Bedeutung als einer verbrecherischen Handlung schuldig erklären hat. Dass 'iudicatus' von dem der Personalexekution auf Grund eines vom iudex ausgehenden Aktes Unterworfenen immer wenigstens hat gesagt werden *können*, also auch wenn der iudex nur als Schätzungsrichter fungierte, ist vorher nachgewiesen worden. (Siehe oben S. 431 ff.) Ebenso wurde gezeigt, dass W:s Behauptung, damnare sei im Falle einer besonderen litis aestimatio zu verwenden, völlig in der Luft schwebt. Wenn man nicht annehmen will, dass gerade hier eine sonst nicht angewandte Ausdrucksweise vorliegt, *muss* sich der 'iudicatus' auf den (mit oder ohne besondere litis aestimatio) durch den iudex einer anderen Person Zugesprochenen beziehen, während der 'damnatus' als der einer 'iniuria' schuldig Erklärte zu fassen sein muss. Und da 'iudicatus' und 'damnatus' hier einander entge-

gengestellt werden, muss mit letzterem ein *ohne* Zusprechung an eine andere Person für schuldig Erklärter gemeint sein. Da ein solcher nur, wenn er in einem iudicium betreffs eines öffentlichen Verbrechens schuldig erklärt worden ist, eingekerkert werden kann, wird natürlich hier an eine Kondemnierung in einem solchen Prozess gedacht. Vgl. Livius 23, 14, 3: qui capitalem fraudem ausi quique pecuniæ *iudicati* in vinculis essent mit dem *denselben Fall* erörternden Val. Max. 7, 6, 1: addictorum (= pecuniæ *iudicatorum*) etiam et capitali crimine *damnatorum* (= cap. fraudem ausorum) sex milia conscriberentur. Hier tritt ja der in sent. Min. angedeutete Unterschied zwischen den 'iudicati' und den 'damnati', die eingekerkert worden sind, im angegebenen Sinne offen hervor.

Besonders bedeutungsvoll ist Gaius' Ausdrucksweise I. 3, 180 . . . sed si condemnatus sit, (in einem Schuldprozesse) sublata litis contestatione incipit . . . Zu *dieser* Zeit war eine solche Anwendung des Wortes condemnare (ohne Erwähnung oder offene Voraussetzung einer Person, *welcher*, oder einer Geldsumme, *zu* welcher man kondemniert wurde,) möglich. Siehe Gaius I. 4, 48 u. 4, 51. Dazu Betti a. a. O., S. 107[2]. Aber man beachte, dass in Gaius' nachfolgender Erzählung über quod apud *veteres* scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post l. c. condemnari oportere ganz offenbar das Wort creditori ausgelassen worden ist. Denn dare debitorem oportere, welchem Ausdrucke condemnari oportere korrespondiert, ohne creditori *kann* nicht in der vollständigen Formel der 'veteres' geschrieben worden sein. Denn der debitor hat gewiss nicht einer beliebigen Person zu leisten.

Meines Wissens findet sich nur eine Stelle aus der Zeit vor der Geb. Chr., die scheinbar zu einer anderen Auffassung der Bedeutung von damnare als verurteilen ohne Verbindung mit einer Geldsumme, zu welcher, oder einer Person, zu deren Gunsten man verurteilt wird, führen könnte. Diese Stelle ist Varro r. r. 2, 2, 6: nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium. Indessen ist zu bemerken, dass es sich hier um einen Kauf (von Schafen) handelt, der *nicht* auf *gegenseitige* Stipulationen gegründet ist, wenn auch die Preisbezahlung besonders stipuliert wird, und der *auch kein* Glied eines Manzipationsaktes ist. Man bedient sich bei der Kaufübereinkunft einer 'antiqua formula'. Der Käufer sagt: Tanti sunt mi emptæ? und der Verkäufer antwortet: sunt (§ 5). Die ganze zivilrechtliche Kraft einer solchen Vereinbarung aber liegt in dem Prinzip der fides bona. Dieses Wort bedeutet indessen in der intentio: quidquid dare facere oportet ex fide bona zur Zeit des Varro, wie unzweifelhaft aus Cicero hervorgeht, *Ersatz* für einen vorhergehenden dolus malus oder vorhergehende fides mala. D. h. dieses quidquid dare facere oportet ex fide bona als Grundlage der Verurteilung schliesst in sich, dass man eine *Unredlichkeit* sühnen muss. Siehe Cic. de off. 3, 16, 66: arbitrum illum adegit, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M.

Diese Konstanz im Sprachgebrauche weist darauf hin, dass damnare wie condemnare, insofern der iudex sein Subjekt ist, ursprünglich strafrechtliche Bedeutung gehabt hat und dass die Verwendung

---

Cato sententiam dixit . . . is igitur iudex ita pronuntiavit: 'cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium quod nosset venditor. Was hier nach der Pronuntiation des iudex, die dieselbe Rechtslage in der l. c. voraussetzt, 'ex fide bona' zu geben oder zu tun ist, ist der *Ersatz* für eine vorhergehende Verletzung der fides bona im Sinne der Redlichkeit bei Übereinkünften. Aus § 65, der in § 66 durch ein Beispiel erläutert wird, geht hervor, dass es sich hier um die Anwendung eines Konstitutes der iuris consulti handelt. Nach diesem sollte das unredliche Verschweigen von »Fehlern» des zu verkaufenden praedium bei der Manzipation (vgl. § 67: hoc in *mancipio* Marius non dixerat) die Notwendigkeit eines Schadensersatzes mit sich bringen. — Dass diese Auffassung des Sinnes der fides bona in der intentio: quidquid etc. zur Zeit Ciceros herrschte, kann man auch aus der allgemeinen Erklärung de off. 3, 15, 61 folgern: Atqui iste dolus malus et legibus erat vindicatus . . . et sine lege iudiciis, in quibus additur *ex fide bona*. Weiter ist Cic. de nat. deorum 3, 30, 74 zu beachten, wo iudicia betreffs Vormundschaft, Aufträge, Gesellschaftsverträge, fiducia, Kauf und Verkauf, Mieten und Vermieten als iudicia *de fide mala* oder quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato *contra fidem* fiunt bezeichnet werden. Vgl. auch pro Rosc. com. 6, 16: Si qua enim sunt privata iudicia summæ existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciæ, tutelæ, societatis, pro S. Roscio 39, 113, pro Clu. 42, 119 und pro Flacco 15, 34 (oben S. 447). Das Angeführte besagt, dass, wenn ein Kauf nur so als mit zivilrechtlicher Kraft ausgestattet angesehen werden konnte, dass man auf Grund desselben die intentio quidquid dare facere oportet ex fide bona zu verwenden fähig war, die Kraft desselben ausschliesslich darin bestand, dass Ersatz für Treulosigkeit gegeben werden musste. — Dem Gesagten ist hinzuzufügen, dass Celsus D. 19, 1, 38, 1: Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Aelius, Drusus dixerunt, wo voräbutischer Prozess berücksichtigt wird, sich auf ein arbitrium, quidquid dare facere oportet ex fide bona, beziehen muss und dass in diesem nach S. Aelius zu pronuntiieren war: pro cibariis *damnum* praestari oportet *ex fide bona*. Der Käufer muss seine unredliche mora betreffs des Empfangs des gekauften Sklaven durch Schadensersatz sühnen. (Vielleicht wird auch Plautus Most 669 f.: de vicino hoc proxumo / Tuos emit aedis filius. — Bonan fide? in der *Antwort*, die sich auf die Redlichkeit im *Kaufe* bezieht, eine mögliche auf dem Prinzipe bona fides ruhende Kaufübereinkunft vorausgesetzt.) Also ist wahrscheinlich ex empto vendito damnare bei Varro a. a. O. als ein Verurteilen wegen Treulosigkeit hinsichtlich einer Kaufübereinkunft, die ganz auf 'fides bona' ruht, zu fassen.

der Worte im Formularprozesse mit der Konstruktion pecuniæ alicui aliquem damnare oder condemnare unabhängig von Strafgesichtspunkten eine Ausdehnung der Bedeutung über die ursprüngliche einschloss. Man kann eine solche Ausdehnung gut verstehen, wenn man den dem eigentlichen Formularprozess vorhergehenden rekuperatorischen Prozess, der anscheinend ursprünglich ein strafrechtlicher Fremdenprozess unter Leitung des Prätors gewesen ist, als Vorbild für ersteren auffasst. Das Angeführte besagt, dass *vor* dem Formularprozesse damnare oder condemnare mit der erwähnten Konstruktion bedeutete, dass eine Person einer anderen hinsichtlich einer gewissen Geldsumme *auf Grund* eines Verbrechens zugesprochen wurde.[1]

---

[1] Es kann wohl kein Zweifel darüber herrschen, dass, wenn man pecuniæ damnare oder condemnare betreffs der litis aestimatio im *öffentlichen* Prozesse sagte, dieser Ausdruck durch die zu Grunde liegende damnatio als Schuldigerklärung bestimmt war. Siehe den bezüglich der Verwendung der älteren juridischen Terminologie sehr sorgfältigen Livius 3, 31, 6: uterque magna patrum indignatione damnatus, Romilius decem milibus aeris, Veturius quindecim. (Natürlich ist hier die Schuldigerklärung und die litis aestimatio zu einem Ganzen zusammengezogen worden.) 4, 41, 10; 5, 12, 1; 5, 29, 7; 5, 32, 9; 38, 60, 8. (Dieselbe Zusammenziehung.)

Besonders bedeutungsvoll für die vorliegende Frage ist natürlich die Verwendung der Worte damnare oder condemnare als verurteilen bei Plautus, der ja nicht durch die Terminologie des Formularprozesses beeinflusst war. Wir können indessen mit Anspruch auf hohe Wahrscheinlichkeit behaupten, dass sie bei ihm *überhaupt* nicht ohne strafrechtliche Bedeutung vorkommen. Condemnare bedeutet Capt. 476 schuldig erklären (in einem iudicium publicum). Indemnatum Curc. 695 u. 697 = nicht verurteilt (in einer Kapitalsache), vgl. 693: abduce istum in malam crucem. Ebenso Capt. 908: et quæ pendent indemnatae pernis auxilium ut feram. Truc. 486: convicti et condemnati = überführt und verurteilt wegen Verbrechens. Persa 68 b: qui damnet, det in publicum / Dimidium = derjenige, der (als privater Kläger in einer öffentlichen Strafsache mit der Strafe quadruplum) die Verurteilung bewirkt: vgl. 62: Neque quadrupulari me volo. Trin. 829 (von Neptunus): Pauperibus te parcere solitum, divites *damnare* atque domare; damnare = zum Untergang verurteilen oder weihen. Siehe die Bedeutung des damnatus in abstracto: zum Tode verurteilt oben S. 449 und vgl. Verg. Aen. 4, 699: Stygioque caput damnaverat Orco u. Plin. N. H. XVI, 108: damnatæ religione (von arbores infelices) = dem Götterzorn geweihte oder *sacræ* arbores in Analogie mit homo sacer (hierüber später). Im Besonderen kommt damnare als Verur-

teilen in Verbindung mit einem rekuperatorischen iudicium vor, Rudens 1281 f.: Quis mest mortalis miserior qui vivat alter hodie, /Quem ad recuperatoris modo damnavit Plesidippus? und Bacch. 270 ff.: Postquam quidem praetor recuperatores dedit, /Damnatus demum, vi coactus reddidit/ Ducentos et mille Philippum. Wenn man die ursprüngliche Bedeutung der reciperatio als eines foedus, das bestimmt, 'quomodo per reciperatores *reddantur res* reciperenturque, resque privatas inter se persequantur' (Gallus Aelius bei Festus v. reciperatio p. 274 M.) beachtet, ist es unmöglich, das iudicium recuperatorium nicht in Zusammenhang mit dem völkerrechtlichen res repetere (clarigatio) zu setzen. Dieses res repetere bezog sich ja auf Rechtsverletzungen, die durch Rückgabe der res captæ, z. B. geraubter Menschen oder Tiere, gesühnt werden mussten. Siehe Non. Marc. 529 M. v. Faetiales, Varro l. l. 5, 86, Plin. N. H. XXII 5, vor allem aber Liv.: 1, 22 und 1, 32 sowie Dion. Hal. 2, 72. Sicherlich wurde die Rückgabe als eine Versöhnung der Götter betrachtet. Das Völkerrecht stand ja besonders unter ihrem Schutze. Res repetere sollte *vor* der Kriegserklärung geschehen, damit — bei Weigerung der Gegenpartei — der Krieg *pie* erklärt werden konnte. (Siehe Liv. 1, 22, 4: ita pie bellum indici posse, 4, 30, 13: tunc quoque, ne confestim bellum indiceretur..., *religio obstitit* und 1, 32, 12: *puro pioque* duello quaerendas — die nicht wiederhergestellten res — censeo.) Die Auslieferung sollte geschehen, ne quid ex *contagione* noxæ remaneret (Liv. 9, 1, 6). Mit dem res repetere ist die Forderung der Auslieferung der Schuldigen (obnoxii) verbunden worden, weil diese Prästation auch zur Versöhnung der Götter gehörte. (Siehe Serv. in Aen. 9, 53, Dion. Hal. 2, 72 und oben S. 53 A. Vgl. übrigens betreffs des Institutes res repetere Danz, Der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr, 1857, S. 179 ff.) Wenn man nun bedenkt, dass die reciperatio vom Gesichtspunkte des passiven Subjektes als *res reddere* bezeichnet wird und dieser Ausdruck auch, wenigstens am öftesten, für die Restitution auf Grund des res repetere verwendet wird (vgl. Gallus Aelius a. a. O. u. Plautus Bacch. 271, wo rekuperatorisches iudicium im ursprünglichen Sinne des Wortes — zwischen einem athenischen und ephesischen Bürger — gemeint ist, mit Liv. 1, 22, 6 u. Serv. in Aen. 9, 53), muss die reciperatio als eine durch völkerrechtliche Übereinkunft bestimmte Art des res repetere gefasst werden. Durch das rekuperatorische iudicium zwang das Volk, dem die verletzende Person angehörte, für die es selbst verantwortlich war, durch ein von seinem Gerichtsvorstand angeordnetes iudicium mit Rekuperatoren als Richtern diese Person zum res reddere. Dadurch löste es sich selbst vom Götterzorn. Also ist das fragliche iudicium, soviel es später inter cives, unabhängig davon, ob es sich um eine Strafsache handelte, verwendet worden ist, ursprünglich ein Strafprozess gewesen. (So auch Mommsen, Röm. Strafr. S. 179.) Und daraus ist der Ausdruck damnare für das Verurteilen in demselben zu erklären. Da wir nun wissen, dass es einerseits vor dem eigentlichen Formularprozesse wenigstens in seiner ursprünglichen Bedeutung vorkam und dass

es andererseits immer ein iudicium imperio continens war, also ein iudicium, in welchem die Richter durch den Befehl des Prätors gebunden sind, muss es als höchst wahrscheinlich betrachtet werden, dass die Wirksamkeit des Prätors als im fraglichen iudicium den Rekuperatoren eine Gerichtsformula gebend das Vorbild für seine regelnde Wirksamkeit im 'iudicium legitimum' gewesen ist, und dass der allgemeine Ausdruck für verurteilen zu einer Geldsumme: damnare oder condemnare in diesem iudicium vom ursprünglichen strafrechtlichen Charakter des iudicium recuperatorium herstammt.

Es sind nun noch zwei andere Plautusstellen zu erläutern, wo das Wort condemnare vorkommt, nämlich Most. 1099: Tanto apud iudicem hunc argenti condemnabo facilius und Rud. 1383: . . . si istunc condemnavero. Dass condemnare an ersterer Stelle strafrechtliche Bedeutung hat, kann ohne eingehendere Untersuchung nachgewiesen werden. Es handelt sich um einen Anspruch auf die Übergabe eines Hauses auf Grund eines Kaufes, bei welchem der Käufer eine gewisse Geldsumme als 'arrabo' geleistet hat. Wenn die Sklaven des Verkäufers, die dieser zum peinlichen Verhör angeboten haben soll, ihre Zuflucht zum Altar nehmen, wird der Käufer seiner Meinung nach um so leichter ersteren, der den fraglichen Kauf leugnet und deshalb die Übergabe verweigert, zu einer Geldsumme verurteilen lassen können. Über den fraglichen arrabo siehe Most. 648 u. 918. Wir brauchen die Bedeutung des Arrabo-Institutes zu Plautus' Zeit nicht näher zu untersuchen. Denn dass der Verkäufer, der arrabo empfangen hat, ein *Delikt* begeht, wenn er die verkaufte Sache nicht übergibt, lässt Plautus anderswo einen Käufer expressis verbis erklären, nämlich Rudens 859 ff.: Pl. (der Käufer) Ego hunc scelestum in ius rapiam exulem: /Age, ambula in ius. La. (der Verkäufer) Quid ego *deliqui?* Pl. Rogas?/ Quin arrabonem a me accepisti ob mulierem?/ Iam hinc a[bd]u⟨e⟩xisti? La. Non auexi. (Der Verkäufer bestreitet nicht, dass er ein Delikt begangen haben würde, *wenn* er das Weib weggeführt hätte.) Hieraus folgt, dass die Worte *argenti condemnare* Most. 1099 strafrechtliche Bedeutung haben.

Was nun die vielerörterte Stelle Rud. 1383 betrifft, ist eine weitläufigere Untersuchung erforderlich, weil sie m. E. im allgemeinen missverstanden worden ist. Der Zusammenhang ist dieser: Gripus, ein Sklave des redlichen Kyrenaikers Daemones, hat dem Kuppler Labrax ein eidliches Versprechen abgenommen, dass letzterer ihm eine Geldsumme geben werde, wenn er ihm einen verlorenen Koffer wiederschaffte. Der Koffer findet sich bei Daemones, welcher ihn in Anwesenheit des Gripus herausgibt. Dieser fordert nun von Labrax das eidlich versprochene Geld. Zuerst tritt letzterer frech auf und erklärt, dass er nur zu seinem Vergnügen schwöre. Endlich treibt er seine Frechheit soweit, dass er Gripus eines Verbrechens gegen die lex Plaetoria betreffs circumscriptio adulescentium (!) anklagt und ein iudicium in der Sache fordert. Er sagt 1380: Cedo quicum habeam iudicem, /Ni dolo malo instipulatus sis sive etiamdum siem/ Quinque et viginti annos natus. (So Goetz-Schoell nach Priscia-

nus. LEO liest anstatt sive etiamdum *nive* etiamdum ⟨haud⟩, was denselben Sinn gibt. Der mit ni eingeleitete Satz bestimmt die Bedingung für die Unschuld des Sklaven. Diese Bedingung ist natürlich, dass nicht *beide* Voraussetzungen für die *positive* Anwendbarkeit des Gesetzes auf ein Versprechen: der dolus malus des Empfängers und die Minderjährigkeit des Promittenten vorliegen. D. h., wenn es nur an *einer* dieser Bedingungen fehlt, ist der Sklave nach der lex Pl. unschuldig. Dies wird durch ni — nive . . . haud = sive: wenn nicht — *oder* wenn nicht . . . nicht = oder wenn ausgedrückt.) Betreffs des Ausdrucks iudicem habere *cum* aliquo vgl. den Ausdruck sponsionem facere cum aliquo (z. B. Gell. N. A. 14, 2, 26, Cic. pro Quinct. 8, 30, in Verr. 2, 3, 58, 135 und 2, 5, 54, 141) und pignus dare cum aliquo (z. B. Plautus Bacch. 1055—1056 u. Cas. 75). Unmögliche Übersetzung bei BESELER, Sav. Z. 44 (1924) S. 360: »Gieb mir einen Mann, *in dem* ich einen Richter habe . . .» Es ist notwendig, die Aufforderung so zu fassen, dass Gripus eine kompetente *Prozesspartei* namhaft zu machen hat. Der Kuppler weiss, *dass* Gripus ein Sklave ist, aber nicht *wessen*, und fordert, dass der Sklave seinen dominus als defensor in der Streitfrage herschafft. Aber als dominus tritt — Daemones selbst auf, derselbe Mann, von welchem die Möglichkeit abhängt, den für den Kuppler höchst wertvollen Koffer mitzunehmen. Gripus beantwortet nämlich die Aufforderung so: Habe cum hoc (Daemones). Danach Labrax: Aliost opus (also lasse ich die Sache fallen). Die nachfolgenden Worte (1383) sind in den Hs. als eine Fortsetzung der Äusserung des Labrax dargestellt. Aber die meisten Herausgeber schieben Daemones als sprechend ein. Dass dies unrichtig ist, geht indessen *trotz* der Korrumpierung des Textes aus den Worten hervor: Iam ab isto † auferre aut sim (GOETZ-SCHÖLL), Iam ab isto auferre haud ⟨potis⟩ sim (LEO), si istunc condemnavero. Wenn hier condemnare in *dem* Sinne auf Daemones bezogen wird, dass er als ein iudex dargestellt wird (LEO und BESELER), widerstreitet dies sowohl dem vorhergehenden Ausdruck: habe (iudicem) *cum* hoc als römischen juridischen Grundsätzen. Er sollte zwischen seinem *eigenen* Sklaven und einer anderen Person urteilen! Wenn man andererseits condemnare als ein *Bewirken* der Kondemnierung des Labrax durch Daemones fasst, so dass condemnare hier dieselbe Bedeutung hätte wie Most. 1099, ist es völlig unmöglich zu verstehen, weshalb Daemones die Stellung als Kläger wegen der Möglichkeit, im Streite mit dem Kuppler zu siegen, ablehnen sollte. Und doch müssen die angeführten Worte die Motivierung der Ablehnung des Prozesses durch *Daemones* enthalten, *wenn* man sie diesem zuschreibt. Hierzu kommt, dass Daemones in dem *fraglichen* Prozesse nur *so* siegen kann, dass der Sklave bezüglich der lex Plaetoria für unschuldig erklärt wird. Er erhält aber dadurch kein praeiudicium, das bestimmte, dass Labrax die versprochene Summe zu leisten schuldig sei. Weil der Empfang des Versprechens *keine 'circumscriptio adulescentium'* einschliesst, braucht dasselbe noch nicht verpflichtend zu sein. Aber wenn, wie es hier der Fall ist, ein Präjudizial-

prozess vorliegt, kann unmöglich der Sieg des *Daemones* in demselben als eine *Kondemnierung* des Gegners bezeichnet werden, wenn weder eine Verurteilung in der Hauptsache daraus folgt *noch* das praeiudicium die Entscheidung betreffs einer Streitsponsion bedeutet. In unserm Falle liegt indessen keine Streitsponsion vor, wie alsbald nachgewiesen werden wird. Aber wenn wir nach den Hs. *Labrax* selbst in den angeführten Worten sprechen und das Vorhergehende: Alio opust motivieren lassen, wird trotz der Korrumpierung des Textes die Sachlage völlig klar. Es handelt sich dann um eine eventuelle Schuldigerklärung des *Sklaven* durch die Wirksamkeit des *Labrax*. Dieser geht mit sich selbst zu Rate: *Auch* wenn ich die Schuldigerklärung des Sklaven bewirkt haben werde (si *istunc* condemnavero), werde ich doch dem *anderen* (dem dominus) nichts abgewinnen (iam ab *isto* auferre ... .). (Ein Schade, für welchen der dominus ersatzpflichtig wäre, ist ja jedenfalls nicht entstanden, vgl. ex contrario Paulus D. 4, 4, 24, 3.) Aber mein *Koffer* läuft Gefahr! Wenn ich einen Prozess eröffne und Bezahlung verweigere, werden sie mir natürlich nicht erlauben, den Koffer mitzunehmen. Für *dessen* Wiedererlangung bezahlt der Kuppler, der bei Plautus nur solche Rechte hat, die keine nähere Untersuchung dulden, sogar gern das versprochene Geld. Dies ist gerade das Komische in der fraglichen Abteilung, dass der Kuppler, dessen Frechheit grenzenlos ist, so lange er glaubt, Daemones habe kein Interesse an der Sache, augenblicklich zahm wie ein Lamm wird, sobald er merkt, dass derselbe Mann, von welchem die Wiedererlangung des Koffers abhängt, an dem Versprechen höchst interessiert ist. *Vor* dieser so bedeutungsvollen Erkenntnis sagt der Kuppler (1355): Meus arbitratust, lingua quod iuret mea und (1373): Iuratus sum, et nunc iurabo, siquid voluptatist mihi: /Ius iurandum rei servandæ, non perdendæ conditumst. (Der Eid begründet ja im allgemeinen im römischen Rechte keine rechtliche Verpflichtung.) · *Nach* der Katastrophe sagt derselbe Kuppler (1397): Gratiam habeo et de talento nulla causast quin feras/ Quod isti sum iuratus. Siehe auch 1384 unmittelbar *nach* der Katastrophe: Dae. Promisisti⟨n⟩ huic argentum? La. Fateor. Dae. Quod servo ⟨meo⟩ /Promisisti, meum esse oportet. *ne tu, leno, postules / Te hic fide lenonia uti: non potes.* Der Kuppler in der Klemme! Die komische Wendung ist schon 1382 eingetreten, nämlich mit den Worten des Gripus: Habe cum *hoc* und der Antwort des Labrax: Aliost opus, d. h. ich habe nötig, dass eine andere Person dein dominus-defensor wäre!!

Die hier dargestellte Auffassung der Stelle und der Bedeutung des condemnare in derselben beruht indessen auf der Voraussetzung, dass es sich um ein iudicium in *der* Frage handelt, ob der Sklave durch Annahme des eidlichen Versprechens gegen die lex Plaetoria verstossen, also ein crimen publicum begangen hat. Ein solches iudicium kann, wenn in demselben die *Schuld* des Sklaven proklamiert wird, nur die Verurteilung des Sklaven zu einer Strafe und daneben höchstens die Notwendigkeit der Restitution seitens des dominus (siehe

Paulus D. 4, 4, 24, 3) präjudizieren. Wenn die *Unschuld* des Sklaven proklamiert wird, kann dies keine andere präjudizierende Kraft haben als die, dass Bestrafung dann ausgeschlossen ist. Unmöglich kann damit entschieden sein, dass das *Versprechen* rechtliche Kraft hat. D. h. unter *keinen* Umständen kann derjenige, der das Versprechen gegeben hat, durch ein solches iudicium zur Erfüllung verurteilt werden. Wir werden jetzt durch Anführung von Parallelstellen nachweisen, dass die genannte Voraussetzung richtig ist. In Zusammenhang damit wird bewiesen werden, dass das fragliche iudicium keine sponsio oder derartige Übereinkunft voraussetzt, so dass die Partei, deren Behauptung als unrichtig proklamiert wird, zu *irgend welcher Prästation* verurteilt würde. D. h. es wird bewiesen werden, dass der iudex *nur* die rein theoretische Pronuntiierungsaufgabe hat. Offenbare Parallelstellen sind Liv. 3, 24, 5 u. 6: 'nisi ita esset' (dass Volscius ein falsches Zeugnis abgelegt hat) multi privatim *ferebant* Volscio *iudicem*. cum *ad iudicium ire* non auderet, omnes eæ res in unum congruentes haud magis dubiam damnationem Volsci . . . faciebant, 3, 56, 4: unius tantum criminis *nisi iudicem dices*, te ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dedisse, in vincla te duci iubebo und 3, 57, 5: proinde ut ille iterum ac saepius provocet, sic se iterum ac saepius *iudicem illi ferre, 'ni vindicias ab libertate in servitutem dederit'; si ad iudicem non eat*, pro damnato in vincla duci iubere. Man beachte, dass nach diesen Stellen der eines Verbrechens beschuldigten Person von einer anderen vorgeschlagen wird, einen iudex anzugeben (iudicem dicere) oder die Sache zum iudicium gehen zu lassen (ad iudicem oder iudicium ire), was offenbar denselben Sinn hat. Ebenso wird in der fraglichen Plautusstelle dem eines Verbrechens gegen die Plaetoria beschuldigten Sklaven von Labrax vorgeschlagen, die Frage an einen iudex zu verweisen. Dass hier der Vorschlag die besondere Form erhält, dass der Sklave aufgefordert wird, eine Prozesspartei zu nennen, mit welcher in der Frage vor einem iudex prozessiert werden kann, bedeutet nicht den mindesten reellen Unterschied von den Fällen bei Livius. Diese besondere Form beruht ja deutlich darauf, dass Labrax versteht, dass der Sklave sich nicht selbst prozessual defendieren kann. Aber da die Konstruktion der zu untersuchenden Verbrechensfrage ganz dieselbe ist: ni (nisi) und da betreffs Livius kein Zweifel darüber herrschen kann, dass der zu ernennende iudex Schuld oder Unschuld hinsichtlich der Verbrechensfrage zu proklamieren hat, *muss* die Plautusstelle so aufgefasst werden, dass der iudex zu entscheiden hat, ob der Sklave das crimen publicum, das in circumscriptio adulescentium besteht, begangen hat oder nicht: dies und nichts anderes. — Was nun die Frage betrifft, ob eine Präjudizialsponsion bei Plautus hinzuzudenken ist, muss man beachten, dass bei Livius ganz durchgehend die Unterlassung der beschuldigten Person, sich einem praeiudicium zu unterziehen, als ein *iudicem non dicere* oder ad iudicem (iudicium) non ire bezeichnet wird. Wenn es sich aber sonst um eine vorgeschlagene Präjudizialsponsion handelt, wird die

Unterlassung als ein *sponsionem non facere* bezeichnet (siehe Val. Max. 6, 5, 4, Cic. pro Quinct. 8, 30 ff. u. in Verr. 2, 5, 54, 141). Es ist deshalb höchst unwahrscheinlich, dass bei Livius eine Präjudizialsponsion hinzuzudenken ist. Und da Plautus denselben Rechtsgebrauch wie Livius berücksichtigt haben muss, darf man auch bei ihm keine solche Sponsion hinzudenken. Man beachte auch, dass Plautus sowohl die direkte Präjudizialsponsion sonst (Men. 593) erwähnt als auch oft eine indirekte Streitsponsion — pignus dare — worüber alsbald, vorkommen lässt. Wenn hier etwas Derartiges gemeint wäre, versteht man gar nicht, weshalb Plautus nicht die entsprechenden Ausdrücke verwenden sollte.

Nun ist weiter zu beachten, dass wir durch andere Zeugnisse wissen, dass es *private* iudicia in öffentlichen Strafsachen gab, die keine sponsio voraussetzten und doch die präjudizierende Konstatierung der Schuld oder Unschuld zur Aufgabe hatten. Siehe lex Ac. 23 vgl. mit 74 (81) betreffs pecunia capta, für welches Verbrechen man nach lex Calpurnia oder lex Iunia im *Sakramentalprozesse* verurteilt wird. Da hier keine sponsio erwähnt wird, hat man kein Recht, eine solche vorauszusetzen. Siehe auch Festus p. 246 M. (lex Silia) und fragm. Tudert. 6. Hier wird ein in sacrum iudicare in öffentlichen Strafsachen als möglich *neben* einerseits einer magistratischen multatio, andererseits einem populi iudicium besprochen. Da Privatprozess gemeint sein muss und der Ausdruck in sacrum iudicare auf eine Pronuntiierung in der Frage, wessen sacramentum iniustum sit und deshalb 'in sacrum' adiudicari sollte (Varro l. l. 5, 180 über die ursprüngliche Bedeutung des sacramentum in Privatprozessen) hinweist, muss man annehmen, dass ein praeiudicium durch l. a. sacr. für möglich erklärt wird. (Siehe über das in sacrum iudicare Huschke, Die multa und das sacr., 1874, S. 355.) Man beachte endlich betreffs der Möglichkeit, in öffentlichen Strafsachen durch l. a. sacr. zu agieren, die Formel bei Val. Prob. 4, 5: si negat, sacramento *quaerito*. Im Hinblick auf den Ausdruck quaerito muss man annehmen, dass es sich hier um ein praeiudicium in einer öffentlichen Strafsache handelt. Es ist auch zu erwähnen, dass hinsichtlich des Formularprozesses Gaius I. 4, 44 ausdrücklich erklärt, dass in präjudizialen Formulæ die intentio ohne condemnatio vorhanden sein kann, was voraussetzt, dass der iudex nur eine Pronuntiation in der zur Entscheidung gestellten Frage vorzunehmen hat. Er hat nicht auch eine der Parteien eventuell zu einer Leistung zu verurteilen. Also liegt solchen praeiudicia keine sponsio zu Grunde. Gaius spricht von der formula, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit. Es wird aber hinzugefügt: *et aliæ complures*. Bei Cic. in Caec. 17, 56 scheint eine solche praeiudicialis formula in einer öffentlichen Strafsache gemeint zu sein: (quaestor) iudicium dat statim, 'si paret eam se et sua Veneris esse dixisse'. (Ein Weib wollte durch eine solche Erklärung ihre Sklaven dem Flottendienst entziehen.)

Nun könnte indessen eingewandt werden, dass die Konstruktion iudicem ferre, nisi ita esset (wenn Unschuld vorliegt) oder ni vindicias ab libertate in servitutem dederis (= wenn du unschuldig sein solltest) und cedo quicum habeam iudicem, Ni dolo malo instipulatus sis ... (= wenn du unschuldig sein solltest) darauf hinweise, dass sich der Vorschlagende zu einer sponsio erböte, in welcher er eine Geldsumme unter Voraussetzung der Richtigkeit der gegnerischen Behauptung verspräche. Diese Annahme ist indessen fehlerhaft. Denn die fragliche Bezeichnungsweise der Streitfrage kommt gerade in der an den Gegner gerichteten Provokation zu einem Sponsionsversprechen vor, in welchem dieser die Geldsumme natürlich nicht unter Voraussetzung der Richtigkeit der *eigenen* Behauptung, sondern nur unter der Bedingung, dass der *Provozierende* Recht hat, versprechen soll. Zuerst ist zu bemerken, dass der Ausdruck sponsione provocare: zu einem Sponsionsversprechen provozieren bedeutet, und dass der Ablativ *deshalb* angewandt wird, weil der Provozierende selbst die Worte, die den Inhalt des Versprechens ausdrücken, vorzusprechen hat. Es heisst nämlich Gaius 4, 93: Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Es handelt sich um eine Präjudizialsponsion. Der Provozierte hat also eine Leistung zu versprechen, für den Fall dass der Provozierende Recht hat. 'Sponsione' bedeutet: durch *Stipulation* mit dem Worte spondes? Vgl. nun Val. Max. 2, 8, 2: Valerius sponsione Lutatium provocavit: 'ni suo ductu Punica classis esset oppressa', nec dubitavit restipulari Lutatius. Auch wenn wir nicht durch Gaius wüssten, dass der Provozierte zu versprechen hatte, würde deutlich sein, dass *Lutatius* hier zum Sponsionsversprechen aufgefordert wird. Er will ja *re*stipulari, was voraussetzt, dass *Valerius vorher* stipuliert, d. h. *Lutatius* etwas versprochen hat. Über restipulatio als adversus sponsionem adversarii, d. h. contra die ursprüngliche stipulatio des Gegners aufzustellend siehe Gaius I. 4, 165 u. 166. Aber man beachte nun, dass die von Valerius vorgeschlagene sponsio unmöglich gelautet haben kann: *ni* meo ductu Punica classis oppressa est . . . spondes? Sie muss im Gegenteil gelautet haben: *si* etc. Siehe weiter Cic. in Verr. 2, 3, 57, 132: . . . L. Rubrius Q. Apronium sponsione lacessivit, 'Ni Apronius dictitaret te (Verres) sibi in decumis esse socium'. Der provozierte Apronius hat eine gewisse Leistung zu versprechen. Dass dies richtig ist, geht aus 60, 139: Scandilium (der in die Stelle des Rubrius eingetreten war: 58, 135) cogis — quid? *sponsionem acceptam facere?* hervor, sowie natürlich auch aus dem Ausdrucke: sponsione lacessivit. Aber niemand kann wohl glauben, dass die Voraussetzung der *Apronischen* Prästation auszudrücken wäre: *ni* und nicht *si* dictitaret! Wenn wir nun zur parallelen Provokation, die wir bei Plautus oft finden, da pignus, ni ... übergehen, wird das Untersuchungsergebnis völlig dasselbe. Der Provozierte wird zu einer Sicherheitsleistung für ein bedingtes Versprechen aufgefordert, welches einem Versprechen des

---

Provozierenden korrespondiert. Letzteres steht unter der umgekehrten Bedingung, so dass eine Wette vorliegt, für deren Erfüllung der Provozierte Sicherheit zu leisten hat. (Sicher muss auch der Provozierende für *sein* Versprechen Sicherheit leisten.) Die volle Konstruktion ist: da pignus, *ni* . . ., *in* (das Versprochene). Poen. 1242: Da pignus, *ni* nunc perieres, *in* savium, uter utri det = gib Sicherheit hinsichtlich der zukünftigen Entscheidung, *wer* dem anderen einen Kuss zu geben hat, was von der Frage, ob du falsch schwörst, abhängt. (Über den *eigentlichen* Sinn des Ni-Satzes alsbald.) Epid. 700: *Ni* ergo matris filiast, *in* meum nummum, *in* tuom talentum pignus da (der eine verspricht einen nummus, der andere ein talentum); Cas. 75: Id *ni* fit, mecum pignus, si quis volt, dato *in* urnam mulsi. (Das *mecum*, vgl. Bacch. 1055 f., drückt natürlich aus, dass der Provozierende selbst als Partei bei den Verhandlungen auftritt.) Aber in *allen* Pignus-Fällen bei Plautus bezeichnet der Ni-Satz die Behauptung des Provozierten, ist also als eine Bedingung gerade der Gegensatz zu der Bedingung, unter welcher das Versprechen *desselben* gelten soll: ausser den drei angeführten Stellen siehe Persa 186 u. 187 und Truc. 275. — Damit ist indessen der Sinn der Ni-Konstruktion klar. Der fragliche Ni-Satz ist *kein* Glied der direkten oder indirekten sponsio (pignus dare), sondern gehört zur *Formel der Provokation* und drückt die Bedingung aus, unter welcher die *Provokation* erfolgt, nämlich die, dass der Provozierte die Behauptung des Provozierenden bestreitet. Im Ni-Satze ist hinzuzudenken: e tua sententia, und er hat den Sinn: wenn *deiner* Behauptung gemäss, was ich behaupte, nicht wahr ist. Z. B. hat die von Val. Max. 2, 8, 2 besprochene Provokation (siehe oben S. 460) gelautet: ni meo ductu Punica classis oppressa sit, te, Lutati, hac sponsione provoco . . . spondesne?: wenn nach *deiner* Behauptung die punische Flotte *nicht* durch *meine* Führung zerstört worden ist, provoziere ich dich durch diese sponsio: versprichst du . . . Poen. 1242 bedeutet die Provokation: Da pignus, ni nunc perieres . . .: Gib Sicherheit (für die Erfüllung einer Wette betreffs eines Kusses), wenn nach *deiner* Behauptung du *nicht* jetzt falsch schwörst, wie *ich* behaupte u. s. w. (Aus dieser Bedeutung des Ni-Satzes ist auch die wenigstens *gewöhnlichste* Konjunktivkonstruktion zu erklären.) Natürlich hat so der Ni-Satz ganz denselben Sinn, als ob er lautete *si negas* . . . Ein vorhergehendes aio ist hinzuzudenken. Beachte Plautus Ep. 699: *Aio*, vel da pignus, *ni* ea sit filia. Damit ist dann die Provokationsformel im Sakramentalprozesse (in personam) Val. Prob. 4, 2: *quando negas*, te sacramento quingenario provoco zusammenzustellen. ('Sacramento' muss hier in Analogie mit 'sponsione' im Ausdrucke sponsione provocare als Ablativ gefasst werden, *obgleich* der Gegner zum Versprechen der prozessualen Wettsumme — ursprünglich zum Eide — aufgefordert wird: der Provozierende spricht doch selbst dem Provozierten die Zusage — den Eid — vor, wie er im analogen Falle die sponsio des Gegners vorspricht.) Vgl. auch 4, 5: *si negat*, sacramento quaerito. — Nun ist indessen klar, dass die Bestreitung des

Gegners nicht nur die Bedingung der Provokation ausmacht, sondern auch eo ipso die *Grundlage* der zu machenden Zusage. Hiernach versteht man gut, dass der Ni-Satz beinahe wie eine Apposition zu sponsio oder zu pignus erscheint.

Damit ist bewiesen, dass die parallele Konstruktion: *ni* dolo malo instipulatus sis, *nisi* ita esset, *ni* vindicias ... dederit in der Provokation zum iudicem dicere oder ad iudicem (iudicium) ire sich nur auf die Verneinung des Gegners, die die Bedingung der Provokation ist, bezieht und also keineswegs darauf hinweist, dass eine sponsio nötig gewesen ist. Dies Ergebnis wird durch die Ausdrucksweise in Livius 3, 56, 4 bestätigt: nisi iudicem dices, *te ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dedisse* ... Die kursivierten Worte können sich nur auf eine vorgestellte Behauptung (des Appius Claudius) beziehen, in welcher er seine Schuld bestreitet. Die vollständige Konstruktion muss sein: si negas te ... dedisse. Aber die Behauptung, die in der Verneinung eingeschlossen ist, ist, ganz wie ni ita sit in den Provokationen zur sponsio oder zum pignus dare ein Attribut zu sponsio oder zu pignus wird, ein Attribut zum iudex geworden, weil sie die Grundlage des proponierten iudicium werden soll.

Diese weitläufige Untersuchung war notwendig, um nachzuweisen, dass Pl. Rudens 1383 sowie sonst vor dem Formularprozesse condemnare als verurteilen *eines Verbrechens schuldig sprechen bedeutet.* Man hat infolge mangelhafter Analyse das Wort auf die unrichtige Person bezogen und den ganzen komischen Sinn der fraglichen Abteilung verkannt.

Es ergibt sich jetzt von selbst, dass sich die von Gaius I. 4, 21 als alternativ möglich angezogene Formel für legis actio p. m. i. iud.: Quod tu mihi *damnatus es* sest. X milia auf eine Schuldigerklärung in einem Privatprozesse betreffs eines Verbrechens, mit einer litis aestimatio zusammengezogen, bezieht. Natürlich war keine besondere litis aestimatio notwendig, wenn die Summe, die wegen des Verbrechens bezahlt werden soll, schon im Gesetze bestimmt worden war.

Die Bedeutung eines Verbrechens schuldig sprechen ist ja zwar oft als die ursprüngliche von damnare als verurteilen bestimmt worden. Aber weder ist ein befriedigender Beweis dafür geführt worden, noch hat man diese Bedeutung der im Formularprozesse vorkommenden, *nicht* strafrechtlichen im Ernste gegenübergestellt und also auch nicht die Bedeutungsentwicklung darstellen können. Vielmehr ist man tatsächlich bei zwei *ursprünglichen* Bedeutungen, einer strafrechtlichen und einer nicht strafrechtlichen, stehen geblieben.

Als Beispiel kann Betti's Darstellung der Bedeutung des damnare im Gegensatze zum iudicare Riv. It. 56 (1915), S. 14 dienen: »La condemnatio consiste infatti nel dichiarare sorto pel convenuto, in sostituzione di un obbligo primario, un obbligo secundario, l'oggetto del quale e una prestazione surro-

Indessen ist die Anwendung des damnare (condemnare) zur Bezeichnung für ein Verurteilen, das ein Schuldigsprechen hinsichtlich eines Verbrechens ist, gar nicht die einzig mögliche. Das Wort kann nicht an sich ein Verurteilen bedeuten. Es kommt nämlich auch von alters her in Stellungen vor, in welchen jeder Gedanke an eine Verurteilung ausgeschlossen ist. So in den Ausdrücken voti damnatus und dare damnas (damnatus) est. Letzterer Ausdruck bezieht sich einerseits auf Legatschuld, andererseits auf die Gebunden-

gatoria d'una prestazione, obbligatoria o facultativa (dare, damnum decidere, restituere), che il convenuto non ha eseguito, sia prima, sia dopo, della litis contestatio». Obgleich in dieser Erklärung der Ausgangspunkt die ursprüngliche strafrechtliche Bedeutung des damnare zu sein scheint (siehe S. 14—15 A.), wird die condemnatio ohne jede geschichtliche Erklärung auf eine solche Weise dargestellt, dass gar kein Delikt im römischen Sinne vorausgesetzt wird. Nach römischer Anschauung ist die Nichtvollziehung einer *obligatorischen* Pflicht gar kein Delikt, das der iudex bestrafen sollte. Dieser hat in Prozessen über eine Obligation nur das dare facere praestare oportet unter besonderer Rücksicht auf den zustand in der l. c. zu pronuntiieren und damit auch, wenn dies wegen der Exekution nötig ist, zu ästimieren. Ebensowenig ist die Unterlassung des besiegten reus zu restituieren im Vindikationsprozesse ein Delikt, das der iudex zu bestrafen hätte. Die Restitution selbst ist auch gar kein 'obbligo'. — Wenn man auch von Delikten sprach, die keine zivile Rechtsverletzung einschlossen, wie im Falle mala fides, wenn diese eine Obligation erzeugte (siehe oben S. 447), so handelte es sich doch immer um eine verwerfliche Tat, die wirklich der rechtliche Grund eines entstehenden Rechts des Klägers war, mag dies auch davon abhängig sein, dass man sich ursprünglich zum Schadensersatz verbunden hatte (siehe oben S. 451 f.). — Wenn Betti, S. 95 die damnatio als notwendiges Glied in der formula so erklärt, dass der Prozess durch geschriebene Formula die allgemeine Funktion: *l'accertamento* e *la stima di un torto civile o penale* haben sollte, hat er einen den Römern völlig fremden, der neueren Jurisprudenz zugehörigen Begriff: *torto civile* im Gegensatze zum *torto penale* aufgenommen, wenn er nicht mit o nur eine Identifikation meint, in welchem Falle der Satz völlig absurd ist. — Es ist endlich zu erwähnen, dass Betti S. 16 A. proklamiert, das *iudicare* gehöre zum Sakramentalprozesse, das *damnare* zur l. a. per iud. post. und per condictionem, weil in letzteren die litis aestimatio vorkam! Da man vernünftigerweise nicht behaupten kann, dass letztere Aktionen sich als solche auf *deliktische* Taten bezogen, widerstreitet diese Behauptung den Ergebnissen, die man durch eine Untersuchung der älteren Verwendung des Wortes damnare (condemnare) als Verurteilen gewinnen kann, welche Untersuchung Betti nicht gemacht hat.

heit, die infolge gewisser Verbrechen eintritt — vor allem im Falle damnum iniuria datum. Da nun jedes Verurteilen, das den Beklagten persönlich trifft, ein rechtliches Binden desselben einschliesst, muss damnare (condemnare) *als solches* ein gewisses rechtliches Binden bedeuten und also die Bedeutung verurteilen nur auf die Weise erhalten haben, dass der *Richter* in gewissen Situationen als in der fraglichen Art bindend auftritt. Aber dann können wir aus der besonderen Beschaffenheit der Verurteilung, die als eine damnatio bezeichnet werden kann, den Charakter der Bindung, die das damnare (condemnare) an sich ist, zuversichtlich ableiten. Wir haben also zu untersuchen, *welche* eigentümliche Bindung mit der Schuldigsprechung hinsichtlich eines Verbrechens eintritt. Deshalb ist zuerst der Begriff eines Verbrechens sensu eminenti, d. h. eines crimen publicum, zu erläutern.

Am ehesten ist ein solches Verbrechen als eine Handlung zu bestimmen, die infolge ihres Charakters, eine Rechtsverletzung zu sein, Strafe mit sich bringt, ohne dass diese an sich zu gunsten einer einzelnen Person dem Schuldigen abzufordern ist. Die fragliche Strafe war ursprünglich der Tod, wie man aus den alten leges regiæ schliessen kann, wo regelmässig nur Kapitalstrafen für öffentliche Verbrechen erwähnt werden.[1] Wenn die Todesstrafe vom Staate selbst exequiert werden sollte, hatte sie den Charakter eines Reinigungs- oder Sühneopfers, wodurch die anima, die Lebenskraft, die zugleich der animus — die von innen wirksame Seele — war, der erzürnten Gottheit überliefert und so die Gemeinde vom Götterzorn, der an der Tat haftete, befreit wurde.[2] Nun ist zu bermerken, dass nur in diesem

---

[1] Man kann kaum Dion. Hal. 2, 10, 1: ζημίας ὀφλόντων δήμοσίας ἀργυρικὸν ἐχούσας τίμημα als eine Ausnahme betrachten, da nicht auf besondere Gesetze hingewiesen wird. — Die Multierung durch den Magistrat ist ursprünglich nur eine diskretionäre Ausübung des imperium.

[2] Als ein Opfer stellen Mommsen, Röm. Strafr., S. 900 ff. u. 918 sowie Huvelin, Les tabl. magiques et le droit Rom. (1900), S. 53 ff. u. Wenger, Sav. Z. 25 (1904), S. 432, die Todesstrafe im alten Rom dar — unter besonderem Hinweise auf die Enthauptung durch das Beil. Da indessen diese Annahme bestritten worden ist (siehe z. B. Wissowa, Rel. u. Kultus der Römer, S. 388[11] und Mitteis, Röm. Priv. R., S. 25[5]), ist es notwendig, die Frage besonders zu untersuchen. In Livius 1, 26, 6 findet man eine Formel für die alte Be-

strafung des parricidium. (Livius hat indessen einen Fall des parricidium — Schwestermord — irrtümlich als perduellio betrachtet. Vgl. Festus v. sororium tigillum p. 297 M.) Es heisst: Lex horrendi carminis erat: Duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium. (Dieselbe Formel teilweise von Cic. pro C. Rab. 4, 13 angezogen.) Eine infelix arbor ist ja ein Baum, der mit dem Götterzorn behaftet (damnata religione nach Plinius N. H. XVI 108) und darum ein Sitz der Unglückskeime ist, in welchen sich der Götterzorn nach römischer Anschauung verkörpert. (Siehe oben S. 281[1].) Das Aufhängen an einem solchen Baume muss deshalb eine Auslieferung an erzürnte Gottheiten bedeuten. Vgl. hiermit tab. 8, 9 (Plin. N. H. XVIII 12): Frugem—aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, *suspensumque Cereri* necari iubebant. Man beachte, dass dies keineswegs eine Sacer-Erklärung bedeutet. Ein homo sacer *musste* nicht getötet werden. Es war nur kein *Unrecht*, ihn zu töten. Weiter heisst es Plut. Rom. 22: Ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς . . . τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς. Aus unmittelbar vorher angegebenem Anlasse auch hier keine Sacer-Erklärung. Am deutlichsten ist die von Servius in Verg. ecl. 4, 43 (vgl. Servius in Verg. georg. 3, 387) Numa zugeschriebene lex regia, die auch in die XII Taf. aufgenommen worden ist: tab. 8, 24 a. Es handelt sich um den Fall imprudenter hominem occidere oder si telum manu fugit magis quam iecit. In diesem Falle gilt die Regel: *aries subicitur*. Festus v. subigere p. 351 M.: Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui *pro se agatur*, caedatur. Nach Festus p. 347 M. (Cincius) soll die Sitte exemplo Atheniensium expiandi gratia eingeführt sein. Nach Servius in Verg. ecl. 4, 43 sollte der Widder *pro capite occisi* den Agnaten angeboten werden. Man bemerke, dass in Athen die Verwandten des Getöteten für die Bestrafung des Totschlägers gegenüber den Fluchgeistern verantwortlich waren: Antiphon Tetralogien, passim. Es ist also völlig offenbar, dass die Agnaten den Widder empfangen sollten, um ihn erzürnten Gottheiten statt des Kopfes des Täters zu geben. Damit ist auch klar, dass beim dolosen Töten der Mörder selbst den Göttern ausgeliefert werden musste.

Wir wollen nun sehen, welche Argumente man gegen anscheinend so beweisende Tatsachen anführt. Wissowa zieht (S. 388[11]) zwei Beweise an: 1. Zur älteren Sakralordnung gehörten nicht Menschenopfer. 2. Ein lebendiges Opfer müsste rein, unbefleckt sein. Aber wie beweist W. denn das Fehlen der Menschenopfer im älteren Sakralrechte? Soweit ich finden kann, weist er nur einerseits auf Livius 22, 57, 6 und Cic. pro Font. 14, 31, andererseits darauf hin, dass beim ver sacrum die versprochenen Menschen im Gegensatze zu den Tieren nicht getötet werden und dass die wirklich bezeugten Menschenopfer einer vom griechischen ritus beeinflussten, späteren Zeit angehören

(S. 420—421). Indessen besagt Livius a. a. O. nur, dass Menschenopfer zur Versöhnung der Götter *ohne Vorliegen individueller Schuld*, also sühnenden Tieropfern analog, minime romanum sacrum sind. Cicero a. a. O. stellt einen solchen Brauch als einen Versuch hin, die Götter durch *Verbrechen* zu versöhnen. Das *Töten* unschuldiger Menschen war ein Verbrechen. Damit ist ja auch die Erklärung der Behandlung der im ver sacrum eingeschlossenen Menschen gegeben. Während die Menschen, die auf Grund eines Verbrechens sacri waren, ungestraft getötet werden durften, wurden erstere als sacri nur aus dem Staatsgebiet gesandt. Das andere Argument ist noch erstaunlicher. Sollten *alle* Opfertiere als solche *rein* sein? Sind auch die roten Hunde, die bei dem augurium canarium (Wissowa, S. 196—197) geopfert werden, wirklich rein? Nach W. sind sie ja »Repräsentanten des die Saaten verheerenden Sonnenbrandes»! Nach Plin. N. H. X 79 durfte kein Hund in den Herkulestempel kommen! Über die ursprüngliche Bedeutung des Hundeopfers bei Griechen und Römern als »eine Sicherung gegen eine gefährliche Macht durch eine ihr wesensgleiche» siehe Gruppe, Griech. Myth. (1906), S. 804[8]. Als ein *gutartigen* Gottheiten gebrachtes Opfer, wie in den Lupercalien, muss es indessen dann bedeuten, dass der Gegenstand dem Götterzorn ausgeliefert wird, um zur Rettung gewisser menschlicher Werte in seiner dämonischen Macht lahmgelegt zu werden. Plin. N. H. XXIX 57 verwendet übrigens betreffs der zu opfernden Hunde denselben Ausdruck, der für die Bezeichnung der Todesstrafe der Verbrecher gewöhnlich ist: *supplicia* annua canes pendunt. Man vergleiche die Piakularopfer bei der Reinigung von Blutschuld in Griechenland. Das übliche Verfahren war, dass ein Schwein für den Schuldigen geopfert wurde, dessen Hände mit dem Schweineblut übergossen wurden, wonach es abgewaschen und als ein λῦμα weggeschüttet wurde. (Siehe z. B. Schoemann-Lipsius, Gr. Altert. 2, 363.) Eine derartige Zeremonie muss in der altertümlichen Erzählung von der Reinigung des Heeres Hom. Il. 1, 311—313 gemeint sein. Natürlich gehört auch das vorher besprochene 'aries subicitur' zu dieser Opferkategorie. Hier liegt ja eine offene Schuldübertragung auf das zu opfernde Tier vor, weshalb die Opferung selbst eine Auslieferung des Schuldigen (durch seinen Repräsentanten) an den Götterzorn bedeutet. Damit wird die dämonische Kraft im Schuldigen, die an sich Unglück bringt, überwunden. Man kann auch sagen, dass die Gottheit durch die Auslieferung der von ihr gehassten Person in Gestalt ihres Repräsentanten und die damit gegebene Möglichkeit, sich mittelbar an dessen böser anima (hierüber alsbald) zu rächen, versöhnt wird. — Besonders eigentümlich erscheint das fragliche Argument, wenn man es mit der auch vorkommenden Sacer-Erklärung des Verbrechers zusammenstellt. Dass die fragliche Konsekrierung nicht nur die negative Friedlosigkeit bedeutet, geht daraus hervor, dass die Person zu gunsten einer *gewissen* Gottheit sacer wird. Siehe z. B. Dion. Hal. 2, 74 u. Festus p. 368 M. (Terminus oder Zeus horios), Festus p. 230 M. (divi parentum);

Dion. Hal 2, 10 (Zeus katachthonios); Liv. 3, 55, 7 (Jupiter) und Festus 318 (sacratæ leges . . . qui quid adversus eas fecit, sacer *alicui* deorum sit). Dio Cassius übersetzt sacer im fraglichen Sinne durch ἱερός τε καὶ ἐν τῷ ἄγει κατέχεται (z. B. 44, 5, 3) oder ἐπάρατος τῷ Διί (47, 18, 5). Sacer schliesst also hier ein wirkliches Eigentumsrecht der Gottheit ein. Der Unterschied von anderem, was einem Gotte geweiht ist, liegt nur darin, dass die göttliche Herrschermacht bloss zwecks des Verderbens des Gegenstandes, nicht zwecks Genusses seitens der Gottheit besteht. Besonders deutlich ist Trebatius (Macr. Sat. 3, 7, 5—8.) Die animæ selbst der sacrati homines stehen dem Gotte zu. *Deshalb* sei es recht, letztere zu töten. Ein animal sacrum hatte man nur in *das Gebiet* der betreffenden Gottheit wegzuführen. Aber die anima sacra könne direkt *an die Götter selbst* durch das Töten übertragen werden. Aus diesem Anlasse wollte man, dass die animæ der sacrati homines so schnell wie möglich vom Körper geschieden wurden. Vgl. Serv. in Aen. 10, 419. Die animæ sind natürlich die Lebenskräfte, die bei den Menschen gewöhnlich als di manes nach dem Tode fortleben. (Siehe z. B. Suet. Caes. 88.) Diese di manes wurden wegen ihrer Verbindung mit der Erde (siehe betreffs der Römer *Wiss.* S. 194) nach griechischer und römischer Vorstellung selbst als Leben spendende Mächte verehrt. Die Sacer-Erklärung hatte indessen mutmasslich die Wirkung, dass die fortlebende anima diese Fähigkeit und damit auch die Verehrung der Lebendigen verlor. Die erzürnte Gottheit, der die anima des sacer gehörte, beraubte sie aller solchen Kraft. Man vergleiche die ἀρά der Amphiktyonen Aeschines κατὰ Κτησ. 110—111 : εἴ τις τάδε παραβαίνοι ἢ πόλις ἢ ἰδιώτης ἢ ἔθνος, ἐναγὴς . . . ἔστω τοῦ Ἀπόλλωνος καὶ τῆς Ἀρτέμιδος καὶ Λητοῦς καὶ Ἀθηνᾶς Προνοίας. καὶ ἐπεύχεται αὐτοῖς μήτε γῆν καρποὺς φέρειν, μήτε γυναῖκας τέκνα τίκτειν γονεῦσιν ἐοικότα, ἀλλὰ τέρατα, μήτε βοσκήματα κατὰ φύσιν γονὰς ποιεῖσθαι. Vgl. auch Thuk. 1, 126, 11: ἐναγεῖς καὶ ἀλιτήριοι τῆς θεοῦ. Eine derartige hypothetische Lähmung der eigenen Lebenskraft enthält oft der strenge Eid bei sowohl Griechen als Römern. Aber wenigstens bei den Römern macht diese Selbstverwünschung den Schwörenden in keinem anderen Sinne hypothetisch sacer als dem, dass der Gott dem Meineidigen Unheil zufügt. Er wird keineswegs auf die Weise sacer, dass er das *Eigentum* des Gottes wird. Dazu sind andere Kräfte nötig als das Individuum selbst. Wenn es sich um einen römischen Bürger handelt, kann eine solche Sazertät nur auf Grund des staatlichen sakralen Rechts selbst eintreten, das keineswegs den Meineidigen für sacer in diesem Sinne erklärt. Das Eigentumsrecht des Gottes wird jedoch nur zwecks Lähmung des Gegenstandes hinsichtlich dessen Kraft, Leben hervorzubringen, gegeben, wodurch die Bedeutung des Umstandes, dass nach römischer Anschauung die *anima* in der Sazertät dem erzürnten Gotte gehört, erläutert wird. Weiter ist Plinius N. H. XVI 108 zu beachten: Infelices arbores damnatæque religione, quae *neque seruntur umquam neque fructum ferunt.* 'Damnata religione'

muss Sazertät im Sinne des Eigentumsrechtes eines Gottes einschliessen. Eine Sache, die so sacra ist, wird ja überhaupt als 'obligata religione' bezeichnet. Siehe oben S. 28.[1] Aber die Sazertät, die auf der infelix arbor ruht, besteht nur zwecks Zerstörung der Lebenskraft, nicht zwecks Genusses des Gottes-Eigentümers. Sie äussert sich in dieser ihrer negativen Bedeutung darin, dass der Baum unfruchtbar wird. Der Baumgeist kann nicht positiv wirken. Man beachte auch, dass bei jedem Opfer von hostiæ, das nicht zu mantischen Zwecken stattfindet, gerade die animæ der Tiere dem betreffenden Gotte geweiht werden. Macr. Sat. 3, 5, 1 sagt: Cum enim Trebatius libro primo de religionibus doceat hostiarum genera esse duo, unum in quo voluntas dei per exta disquiritur, alterum, *in quo sola anima deo sacratur*, unde etiam haruspices animales has hostias vocant . . . vgl. Serv. in Aen. 4, 56, wo wie bei Macr. a. a. O. § 3 auf Verg. Aen. 5, 483: Hanc tibi Eryx meliorem animam pro morte Daretis /Persolvo (Entellus opfert einen Stier) hingewiesen wird. Die Sitte, das Opfertier mit mola salsa (bei den Griechen ἄλφιτον) zu bestreuen (immolare: siehe Serv. in Aen. 4, 57 und 10, 541), kann keinen anderen Zweck gehabt haben als den, die Lebenskraft desselben zu gunsten des Gottes zu erhöhen. Dass die fragliche *anima* nach der primitiven Vorstellungsweise ein *animus* — eine von innen selbständig wirksame Seele ist — ist bereits besprochen worden. — Wenn nun der Gott die *unreine* anima des homo sacer ohne Opferakt als Eigentum empfangen konnte, ist es völlig absurd, dass er eine unreine menschliche anima nicht durch Opfer als Eigentum sollte entgegennehmen wollen. Der einzige Unterschied zwischen dem homo sacer und anderen Verbrechern, die von Kapitalstrafe getroffen werden, ist dieser, dass der homo sacer *unmittelbar* durch die lex sacrata mit der Tat das Eigentum des Gottes wird (hierüber alsbald), weshalb keine *neue* Konsekrierung durch Opferung geschehen soll, während andere Verbrecher erst durch den Opferakt konsekriert werden. Deshalb erfolgt im ersteren Falle kein besonderes Opfer. Man sendet nur den *schon* sacer homo seinem Eigentümer zu. Mommsen, Röm. Strafr., S. 900 ff. nimmt eine Opferung des homo sacer als ursprünglich nötig an, was quellenwidrig ist. Der parricida, der wirklich geopfert wird, wird nirgendwo als ein homo sacer betrachtet, obgleich natürlich eine consecratio capitis durch das Urteil als die Opferung einleitend stattfindet. Umgekehrt wird bei Macr. a. a. O. vom homo sacer ohne jede Einschränkung ius fuerit *occidi* (nicht immolari) gesagt, bei Festus a. a. O. neque fas est eum immolari. Wie nahe einander andererseits der Begriff des homo sacer und die Opferung des Verbrechers stehen, geht daraus hervor, dass Dion. Hal. 2, 10 betreffs eines homo sacer sagt: τῷ βουλομένῳ κτείνειν ὅσιον ἦν ὡς *θῦμα* τοῦ καταχθονίου Διός. Hier muss Dion. in seiner Quelle gelesen haben, dass das Töten fas sei, weil man den Verbrecher als *sacrum* deo zu behandeln hätte. Dies *sacrum* hat er durch θῦμα übersetzt, was möglich war, weil das *Opfer* nach den Römern ein sacrum (Neutr.) war.

Falle die Vollstreckung der Todesstrafe eine vorhergehende Kondemnierung voraussetzte. Wenn der Verbrecher ein homo sacer wurde, in welchem Falle die Sazertät, d. h. das Verfallen der anima oder des animus an eine Gottheit[1], unmittelbar mit der Tat eintrat, kam keine Kondemnierung vor, sondern ein jeder hatte das Recht, die Person ohne weiteres zu töten. Natürlich war man als ein Mörder (parricida) verantwortlich, wenn man fälschlich eine Person als sacer behandelt hatte.[2]

---

[1] Siehe oben S. 466 ff.

[2] Dass keine Kondemnierung für die Vollstreckung der Todesstrafe im Falle homo sacer nötig war, geht erstens daraus hervor, dass die Quellen in keiner Weise das Tötungsrecht an eine Kondemnierung binden. Bei Macr. (Trebatius) Sat. 3, 7, 5—8 wird kein Wort über eine vorhergehende Kondemnierung in Zusammenhang mit dem Tötungsrechte gesagt. Ebenso Serv. in Aen. 10, 419. Festus p. 318 v. sacer mons sagt: At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium. Man darf keineswegs 'iudicavit' durch 'verurteilt hat' übersetzen, da iudicare niemals sonst verurteilen bedeutet, wenn von den Partizipien iudicatus und iudicatum in besonderen Anwendungen abgesehen wird. (Siehe oben S. 430 ff.) Iudicare bedeutet hier notwendig 'proklamieren', und 'sacrum' ist als objektives Prädikativ hinzuzudenken. Also: 'Aber homo sacer ist derjenige, den das Volk als sacer wegen eines Verbrechens proklamiert hat.' Aber es ist völlig unmöglich, dass damit ein iudicium populi im technischen Sinne gemeint ist. Denn dass eine Person *prinzipiell erst* durch ein das Eigentumsrecht pronuntiierendes *Urteil* einem Gotte gehörte, ist ebensowenig möglich, wie dass eine Sache durch ein derartiges Urteil das Eigentum eines Menschen *prinzipiell* würde. (Die Wirkung der adiudicatio im iud. div. ist natürlich keine Analogie.) Die fragliche Proklamierung muss als eine *Gesetzgebung* gefasst werden. Der Ausdruck iudicare ist angewandt worden, weil das Volk, indem es das Eigentumsrecht des Gottes *auf Grund eines maleficium* proklamiert, in der Gesetzgebung als ein iudex auftritt. Diese Auslegung erscheint auch als die einzig mögliche, wenn man das unmittelbar Nachfolgende berücksichtigt: neque fas est eum (quem populus iudicavit, scil. sacrum) immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur; *nam* lege tribunicia prima cavetur: 'si quis eum, qui *eo plebeiscito* sacer sit, occiderit, parricida ne sit'. Vgl. Cic. pro Tullio 20, 47: legem, quae iubeat inpune occidi eum, qui tribunum pl. pulsaverit. Also ist der Totschläger nicht parricida, auch wenn er ohne jede Verurteilung dessen, qui eo plebeiscito sacer sit, diesen getötet hat, was voraussetzt, dass das Plebeiszit die Person unmittelbar mit dem maleficium sacer macht. Man beachte, dass si quis eum, qui eo plebeiscito sacer sit, *damnatum* occiderit, parricida ne sit eine reine Tautologie sein würde. Denn parricida ist nach Festus p. 221 M. derjenige, der qualemcunque *hominem*

indemnatum getötet hat. Vgl. tab. 9, 6 (Salv. de gubern. dei 8, 5, 24): Interfici — indemnatum quemcunque hominem etiam XII tabularum decreta vetuerunt. Gerade weil dies bei den Römern als eine allgemeine Rechtsregel galt, war es notwendig, in der lex sacrata den Zusatz: parricida ne sit zu machen, *wenn* in diesem Falle ein indemnatus getötet werden durfte. Man vergleiche tab. 8, 12 (Macr. sat. 1, 4, 19): Si nox furtum faxsit, si im occisit, *iure caesus esto*. Wenn es sich hier auch um einen fur manifestus handelt, ist doch klar, dass auch in diesem Falle eine Kondemnierung nötig sein kann. Der Ertappte konnte ja behaupten, dass die betreffende Sache seine eigene sei. Doch liegt kein parricidium vor, wenn er indemnatus getötet wird, falls er trotz seines eventuellen Leugnens *wirklich* ein fur ist. Also drücken hier die Worte iure caesus esto dieselbe Ausnahme von der allgemeinen Parricida-Regel aus, wie die Worte parricida ne sit in der Festus-Stelle. MOMMSEN, Röm. Strafr. 901[3] führt die fragliche Stelle an, unterlässt aber jede Analyse derselben und zieht deshalb einen ganz unrichtigen Schluss aus ihr. — Dion. Hal. 2, 10 sagt betreffs ungebührlichen Verhaltens im Verhältnisse patronus und Klient (Anklage, nachteilige Zeugenaussage, verurteilendes suffragium, Auftreten als Feind: εἰ δέ τις ἐξελεγχθείη τούτων τι διαπραττόμενος ἔνοχος ἦν . . . τὸν δὲ ἁλόντα τῷ βουλομένῳ κτείνειν ὅσιον ἦν ὡς θῦμα τοῦ καταχθονίου Διός. Τὸν ἁλόντα darf gewiss nicht durch verurteilt übersetzt werden. Für dieses Wort hat Dion. den Ausdruck *δίκην* ἁλούς oder καταδικασθείς. Siehe das unmittelbar Vorhergehende a. a. O. und 6, 83; vgl. den Ausdruck καταδίκη für Verurteilung 5, 69 u. 6, 46. Man beachte, dass es sich hier um *öffentliche* Handlungen handelt. In solchen Fällen wird natürlich der Täter unmittelbar *ertappt*. Es ist dann das einzig Natürliche, τὸν ἁλόντα als den Ertappten zu fassen. Man beachte auch den Ausdruck: εἰ . . . ἐξελεγχθείη τούτων τι διαπραττόμενος. . . . Dieser ist wohl so zu übersetzen: wenn es sich durch Ertappung herausstellen sollte, dass sich jemand eines von diesen Verbrechen schuldig *machte* (iterativ?). Man beachte, dass Dion. *διαπραττόμενος*, nicht *διαπραξάμενος* schreibt, was er bei Anführung einer anderen lex sacrata (2, 74) tut, wo es sich nicht um öffentliche Handlungen handelt, weshalb nur auf die Handlung als *einmal geschehen* hingewiesen wird. Vgl. 6, 76: ἀλλ᾽ ἐπειδὴ φανερῶς . . . ἡμῖν ὥσπερ δούλοις παραχρώμενοι ἐξηλέγχθητε . . . = aber als völlig deutlich wurde, dass Ihr uns als Sklaven verwendetet (iterativ) . . . Also handelt es sich in Dion. 2, 10 gar nicht um ein für den Eintritt der Sazertät und des Tötungsrechtes nötiges Urteil betreffs einer vorher erfolgten Tat. Die Übersetzung der Stelle bei BRUNS[7], Fontes 1, 4 ist wahrscheinlich fehlerhaft, wie die des Wortes ἁλόντα bei MOMMSEN, Röm. Strafr. S. 901[3], weshalb auch bei letzterem der Schluss, der aus der Stelle gezogen wird, unberechtigt ist.

Zweitens geht dasselbe daraus hervor, dass in den Fällen, in welchen die fragliche Todesstrafe in historischer Zeit zur Anwendung kam, keine Verurteilung ihre Voraussetzung ist. Siehe die von HUSCHKE, Multa und sacr.

Damit ist der ursprüngliche Charakter des Bandes, welches durch die Kondemnation wegen eines Verbrechens sensu eminenti — eines crimen publicum — geknüpft wurde, bestimmt worden. Der Verbrecher wurde als damnatus (condemnatus) der Opferung zu gunsten einer erzürnten Gottheit geweiht, damit seine anima dieser zwecks Lösung der Gemeinde vom Götterzorn verfiel. Aber bekanntlich konnte in späteren Zeiten ein crimen publicum auch durch Busse gesühnt werden. Man bezeichnete dann den Schuldig-Gesprochenen, nachdem die Busse durch eine litis aestimatio festgestellt worden war, als *pecunia damnatus*.[1] Da indessen die fragliche Busse zu sakralen Zwecken gebraucht werden musste[2], ist dieselbe so zu fassen, dass der Schuldige sich durch ihre Prästation der ihn treffenden Sakralisierung entziehen kann, sei es dass letztere automatisch durch die Tat eintritt, sei es, dass er erst durch die Schuldig-Sprechung dazu bestimmt worden ist. D. h. es handelt sich um eine Abfindung der erzürnten Gottheit, wodurch er sowohl sich selbst als die Gemeinde von dem Götterzorne befreit. Das Gemeinsame für die Kondemnierung, die auf das Leben ohne Abfindungsmöglichkeit, und die, welche auf eine Busse geht, ist, dass dem Schuldigen eine Ausgabe (eventuell der eigenen anima) zur Sühnung erzürnter Götter auferlegt wird. Der Unterschied liegt nur darin, dass im letzteren Falle die Ausgabe den Verbrecher selbst, nicht nur die Gemeinde vom Götterzorn befreit, womit in Zusammenhang steht, dass nur in diesem Falle die Ausgabe freiwillig ist.

Wir haben nunmehr die Bedeutung der Bindung durch Kondemnierung wegen Privatdelikten zu bestimmen. Hierfür empfiehlt es sich, zuerst die bezüglichen Rechtsfolgen der drei ältesten Hauptformen des Privatdeliktes an der Hand alter Gesetze festzustellen. Es handelt sich um furtum, damnum iniuria datum und

---

S. 195[135] angezogenen Fälle. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die consecratio bonorum, die von der wirklichen Sazertät der Person abhängt, in den Fällen einer vorausgesetzten 'Schädigung' der Volkstribunen ohne jedes Prozessverfahren erfolgt. (Siehe die von WISSOWA a. a. O., S. 389[1] angezogenen Beispiele.)

[1] Siehe oben S. 453[1] angeführte Stellen.

[2] Siehe HUSCHKE a. a. O., S. 246 ff. und MOMMSEN, Röm. Strafr., S. 903[1].

iniuria. In der Tat dürften alle reinen Privatdelikte in ihnen eingeschlossen oder wenigstens als eine Abart von einem derselben zu betrachten sein. Die actio ex causa depositi in duplum, die in den XII Taf.[1] erwähnt ist und die auf eigenmächtiges Verfahren des Depositars gegründet sein muss, ist ebenso eine Art der Diebstahlsklage, wie der Missbrauch der Sache seitens des Kommodatars ein furtum usus ist.[2] Besondere Arten der Diebstahlsklage sind weiter die actio vindiciæ falsæ[3] und die de rationibus distrahendis.[4] So muss auch die actio de tigno iuncto in duplum betrachtet werden.[5] Die actio de arboribus succisis mit der poena 25 Asse[6] war offenbar eine Iniuria-Klage.[7] Die actio auctoritatis wie die auf falsche Nunkupation betreffs der vitia praedii begründete Klage[8] und die de modo agri[9], welche alle aufs duplum gehen, dürften als Abarten der Diebstahlsklage zu betrachten sein. Da wir wissen, dass alle diese Aktionen auf einem vorhergehenden Manzipationsakte beruhen, wodurch der Manzipant gebunden wird, und da uns ferner bekannt ist, dass in der actio auctoritatis das duplum nach dem *Preise* bestimmt wurde[10] und dass in der de modo agri der *Preis* der Beurteilung des Verlustes des Getäuschten zu Grunde gelegt wurde[11], so muss angenommen werden, dass sie alle darauf ruhten, dass der Manzipant, der zur Gültigkeit des Aktes Bezahlung empfangen haben musste[12], in der zum Akte gehörenden rechtsgültigen Nunkupation den Preis für den *Eigentumserwerb* der Sache in ihrer gleichzeitig pronuntiierten Beschaffenheit, z. B. Freiheit von Servituten, bestimmte. Damit hatte er mit Rechtskraft erklärt, dass er den Preis unrechtmässig

---

[1] Tab. 8, 19 (Paulus Coll. 10, 7, 11).
[2] Gell. (Brutus-Labeo) 6 (7), 15, 1.
[3] Tab. 12, 3 (Festus v. vindiciæ).
[4] Tab. 8, 20 b. (Tryph. D. 26, 7, 55, 1.)
[5] Siehe oben S. 263—264.
[6] Tab. 8, 11 (Plin. N. H. XVII 7).
[7] Cuq, Man. S. 557[4].
[8] Cic. de off. 3, 16, 65.
[9] Paulus Sent. 2, 17, 4.
[10] Girard, Man., S. 294[1].
[11] Scaev. D. 21, 2, 69, 6.
[12] I. I. 2, 1, 41 u. Pomp. D. 18, 1, 19.

empfangen habe, wenn der Käufer die Sache nicht mit der pronuntiierten Beschaffenheit als sein *Eigentum* erhielt. D. h. er musste, um nicht als unrechtmässiger Empfänger des Preises zu gelten, den Käufer gegen Eviktion im Prozesse verteidigen, wie er zusehen musste, dass die Sache wirklich die angegebene Beschaffenheit hatte.[1]

---

[1] Man hat behauptet, dass allein der Käufer den Preis beim Empfang der Sache pronuntiierte, und sich auf Paulus Fr. Vat. 50 berufen, wo er den mancipio accipiens sagen lässt: (fundus) emptus mihi est pretio, deducto usu fructu. Siehe z. B. GIRARD, Man. S. 293[1]. Eine schwächere Stütze könnte man kaum anziehen. Paulus lässt ja sogar die einleitenden Worte der Formel aus: hunc ego fundum etc.! Das Wort pretio ist ganz offenbar als Ersatz für die formellen Worte: hoc aere aeneaque libra angewandt. Dass letztere zu dem Ausdruck emptus mihi esto gehören, ist so sicher wie möglich durch *vier* Darstellungen der Formel in Gaius' Inst.: 1, 119, 2, 104; 3, 167 u. 174 bezeugt. Durch dieselben will ja der Käufer erklären, dass das vorgewiesene Kupfer, das ursprünglich im Ernste auf der Wage gewogen wurde, als die erforderliche *Preissumme* gelten soll. Dies aber wäre sinnlos, wenn nicht *vorher* der Preis festgestellt wäre. Niemand kann wohl glauben, dass diese Festsetzung ohne Mitwirkung des Verkäufers erfolgt ist. Es ist auch nicht möglich, dass sich der Käufer nur auf ein vorhergehendes pactum (so BECHMANN) berufen konnte. Ein pactum würde den Verkäufer durchaus nicht binden. Nur die solenne Erklärung des Verkäufers, die sich an den Akt knüpft und als Teil desselben rechtlich gültig ist, kann den Käufer zu seinem Anspruche, dass das vorgewiesene Kupfer als die Preissumme gelten soll, berechtigen. Aber im älteren Manzipationsakte mit tatsächlichem Wägen der Preissumme war das vorgewiesene Kupfer *wirklich* die Preissumme. Im jüngeren konnte dies nur fingiert werden, und deshalb war eine reelle Bezahlung neben der mit dem fiktiven Wägungsakte gegebenen nötig. In *jedem* Falle war eine Nunkupierung des Preises seitens des Verkäufers vor dem Empfang des Käufers notwendig. Wenn der Preis, wie bei Donationen, fiduziarischen Manzipationen etc., selbst fiktiv war (unus nummus), genügte die nur fiktive Bezahlung. Weiter ist zu bemerken, dass die lex mancipii — die Bestimmungen für den Eigentumserwerb — zu welcher die Preisbestimmung gehört haben muss, wie vorher nachgewiesen worden ist (oben S. 391 ff.), vom *Verkäufer* ausgesprochen werden musste: der Käufer erkannte sie durch den Empfang an. Schliesslich wäre es völlig unverständlich, wie Cicero pro Mur. 2, 3 vom mancipio dans sagen konnte, dass dieser periculum iudicii (das Risiko der Eviktion) tragen muss, weil er *se nexu obligavit*, wenn er selbst beim Akte nichts über den Preis sagte. Wenn aber er sich *durch eigene Worte* obligiert haben musste, ist es notwendig, dass dazu die Preisbestimmung gehörte, da sich seine Haftung in der actio auctoritatis und de modo agri gerade nach dem *Preise* bestimmte.

Damit ist er ja *nach seiner eigenen rechtsgültigen Erklärung* in gewisser Weise ein *Dieb*, wenn der mancipio accipiens das Eigentumsrecht an der Sache in ihrer pronuntiierten Beschaffenheit nicht geniessen kann. Dass endlich die Duplierung, die bei Bestreiten der Schuld in gewissen Fällen eintrat, auf eine unrechtmässige Tat, die einem Diebstahl analog war, zurückzuführen war, wird später nachgewiesen werden.[1]

Wenn wir zuerst das furtum hinsichtlich seiner Rechtsfolge betrachten, kann ja mit völliger Sicherheit festgestellt werden, dass ursprünglich die Strafe im Falle furtum manifestum auf das caput ging und dass der Bestohlene als das berechtigte Subjekt galt. Der Dieb verfiel der Sklaverei zu gunsten des Bestohlenen nach einem besonderen Addizierungsakte des Magistrats.[2] In gewissen Fällen *konnte* er unmittelbar von ersterem getötet werden.[3] In der Bestimmung, dass er öffentlich gepeitscht werden sollte, tritt indessen hervor, dass das Verbrechen *auch* als ein crimen publicum betrachtet wurde. (Hinsichtlich der Sklaven, die bei einem furtum manifestum gepeitscht und vom Tarpeijischen Felsen gestürzt werden sollten[4], wird das Verbrechen offenbar nur von seiner öffentlichen Seite gesehen.) Aber das furtum nec manifestum gab ausschliesslich dem Bestohlenen eine besondere zivile Obligation, die vom Gesichtspunkte des passiven Subjekts im Prozesse so bezeichnet wurde: damnum decidere oportet.[5]

---

[1] Über die poena quadrupli als eine Strafe für crimen publicum, auch wenn sie von privaten Klägern gefordert werden konnte, siehe oben S. 353. Über eine allgemeine Gruppe von öffentlichen Verbrechen, bei welchen die Gemeinde als eine berechtigte Privatperson auftritt und durch ein gewisses Mitglied die Strafsumme im iudicium privatum vom Verbrecher fordert, später.

[2] Tab. 8, 14.

[3] Tab. 8, 12 u. 13.

[4] Tab. 8, 14.

[5] Siehe Festus L. p. 376 (M.) (tab. 12, 3): Si vindiciam falsam tulit ... fructus duplione damnum decidito. Der Genuss des Ertrags bei unrichtiger Vindizien-Zuerteilung war unzweifelhaft ein furtum in einer Zeit, wo das Äussere im Verhältnis zum Inneren betreffs der Bedingungen eines Verbrechens prävalierte — vgl. die actio de tigno iuncto oben S. 263 f. und den Charakter des furtum oblatum und conceptum Gaius I. 3, 186 u. 187. Nach Gaius S. 4, 37 wird, wenn das furtum ope consilio jemandes erfolgt ist, gesagt: pro fure damnum decidere oportet. Auch bei einem gewöhnlichen furtum nec mani-

Man hat keinen Anlass zu bezweifeln, dass dieselbe Bezeichnungsweise auch betreffs der bei den speziellen Arten des furtum: furtum oblatum und conceptum entstehenden zivilen Obligation angewandt wurde. Der Unterschied lag nur darin, dass in diesen speziellen Fällen die Ersatzsumme das triplum war, während bei dem eigentlichen furtum nec manifestum das duplum hinreichte.[1] Dies damnum decidere oportet muss bedeuten: Der Dieb hat dem Bestohlenen eine gewisse Geldsumme zu leisten, die nach Vereinbarung mit letzterem als von der Macht desselben über die Person des Diebes lösend empfangen wird. Es handelt sich um ein legalisiertes pactum, das in anderen Fällen des furtum als dem schwersten: furtum manifestum möglich ist. Jedoch ist die Macht, von welcher sich der Dieb durch das pactum lösen kann, weder eine aktuelle Macht noch ein Eigentumsrecht des Bestohlenen an ihm, sondern eine potentielle Macht, nämlich die Fähigkeit, den Dieb wie seinen Sklaven zu behandeln. Dem fraglichen pactum soll der doppelte oder dreifache Wert der gestohlenen Sache je nach der Art des Diebstahls zu grunde gelegt werden. Das Angeführte schliesst indessen nur in sich, dass die *unmittelbare* Lösung von der persönlichen Macht des Bestohlenen auf angegebene Weise geschehen muss. Wenn der Dieb meinte, dass der Bestohlene Bedingungen für das pactum aufstellte, die eine allzu hohe Schätzung des Geldwertes der gestohlenen Sache einschlossen, konnte er immer ein arbitrium litis aestimandæ fordern.[2] Das damnum, das hier gemeint wird, ist ein damnum in

festum scheint man diese Bezeichnung im Prozesse angewandt zu haben. Siehe Gaius I. 4, 45, Ulp. D. 4, 4, 9, 2 und 13, 1, 7 pr. Völlig sicher ist, dass der Ausdruck damnum decidere oportet von Alters her das Fachwort gewesen ist. Siehe auch Iul.-Afr. D. 47, 2, 62 (61) 2 u. 5. Die spezielle Anwendung der Phrase auf Diebstahl, während sie sonst nicht vorkommt, der bewahrte Ausdruck damnum decidito in den XII Taf. betreffs der vindicia falsa und schliesslich die eigentümliche Bedeutung des damnum hier, die nicht Schaden sein *kann*, worüber alsbald, zeugen von einem hohen Alter.

[1] Gaius I. 3, 190 u. 191.

[2] Die vollständige Konstruktion des im Texte erörterten Ausdruckes findet man im XII Tafel-Satze (tab. 12, 3): fructus duplione damnum decidito. Damit ist Cic. pro Q. Roscio 11, 32 zusammenzustellen. Ein gewisser Fannius hat in Gemeinschaft mit Q. Roscius einen Sklaven besessen, der von Q. Flavius getötet worden ist. Fannius wirft dem Roscius vor, dass dieser, nachdem iudicium

damni iniuria gegeben worden war, obgleich ersterer als cognitor für Roscius fungierte, ohne dem Fannius etwas zu leisten, ein befreiendes pactum mit Flavius geschlossen habe: tu sine me cum Flavio decidisti. Cicero verteidigt Roscius damit, dass dieser nur für den eigenen Anteil an der Ersatzsumme pazisciert habe: Pete tu tuum exige et aufer, quod debetur. Cicero lässt Fannius antworten: *Magno tuam dimidiam partem decidisti* = du hast (mit Flavius) über deine Hälfte des Ersatzrechtes als durch eine grosse Leistung (seitens des Flavius) eingelöst Vergleich geschlossen. Man beachte hier, dass es sich nicht um ein pactum über eine zukünftige negative oder positive Prästation handelt, sondern um eine Anerkennung einer unmittelbaren Leistung als von der Schuld befreiend. Diese Anerkennung löst wirklich den Schuldner ipso iure. Unmittelbar vorher sagt Cic.: Pete tu tuum, exige et aufer, quod debetur, und unmittelbar nachher: HS CCCIↃↃↃ tu abstulisti (Fannius spricht durch Cic.) . . . HS CCCIↃↃↃ tu quoque aufer. Ein pactum, das auf ähnliche Weise ipso iure von der Unterwerfung unter Talion löst, ist tab. 8, 2 erwähnt. Eines, das von der Fortsetzung der l. a. p. m. i. iud. ipso iure befreit, findet sich bei Gellius 20, 1, 46. Dass in unserm Falle die Schuld selbst ipso iure durch das pactum eingelöst wird, geht auch aus dem hier unmittelbar interessierenden Parallelfalle: duplione damnum decidito oder decidere oportet hervor. Der Ausdruck muss in Übereinstimmung mit dem aus Cic. angeführten wie folgt übersetzt werden (wir lassen jedoch die Bedeutung des Wortes damnum bis auf weiteres unbestimmt): der Dieb hat mit dem Bestohlenen zu vereinbaren, dass 'damnum' als durch eine gewisse Leistung in ihrer Eigenschaft als einer Leistung des doppelten Wertes prästiert gelten soll. Der Bestohlene hat auf der Grundlage des Prinzips der Duplierung ein Angebot zu machen, in welchem die erforderliche Summe bestimmt wird. Der Dieb hat diese Summe als damnum zu leisten. Wenn dies geschieht, ist damnum decisum in dem Sinne, dass durch eine Abmachung entschieden ist, das erforderliche damnum sei prästiert. Dass nun dieses pactum ipso iure von jeder Schuld befreit, folgt aus dem Ausdrucke decidere *oportet*. 'Oportet' bezieht sich ja in schuldrechtlichen Fragen auf den Inhalt der Schuld. Im Diebstahlsfalle ist also gerade das fragliche pactum der Inhalt der Schuld. Dass der Dieb deshalb nicht der Willkür des Bestohlenen ausgeliefert war, sondern die Sache immer einem arbitrium litis aestimandæ unterstellen konnte, versteht sich von selbst: siehe tab. 12, 3. — Sowohl bei damnum iniuria datum als bei dem furtum, das eine zivile Obligation erzeugte, ging das ursprüngliche oportet von alters her auf ein gewisses pactum mit dem Verletzten, obgleich die Sache immer einem arbitrium litis aestimandæ überlassen werden konnte. In diesen Fällen hatte also ein pactum die Kraft, ipso iure von der Schuld zu befreien. Natürlich konnte sich der Verletzte mit einer nur scheinbaren Leistung begnügen. Doch war der Schuldner durch das blosse pactum über die Bezahlung als empfangen gelöst. Dies ist mit Rücksicht auf den Umstand zu beachten,

dass z. B. bei Nexum- und Damnasschulden auf certum ursprünglich nur eine *formelle* Einlösung hinreichend war und immer der Erlass durch eine gewisse Formalität geschehen musste, wie auch der Erlass einer Stipulationsschuld.

Wir haben jetzt die Bedeutung des Wortes damnum in der Phrase zu untersuchen. Zunächst ist zu bestimmen, ob das Wort hier den durch das furtum entstandenen Schaden bedeutet, so dass darüber Vereinbarung getroffen werden soll, was als Schadensersatz gelten soll. Gegen eine solche Annahme können starke Einwände gemacht werden. 1. Betreffs des furtum wird niemals der Ausdruck damnum dare noch der entsprechende ältere noxiam nocere, über welchen alsbald, angewandt. Im Gegenteile wird in den XII Taf. zwischen furtum facere und noxiam nocere bestimmt unterschieden: tab. 12, 2 a: Si servus furtum faxit noxiamve noxit (in D. 9, 4, 2, 1 nocuit); -ve ist in der Sprache der XII Taf. immer ein Ausdruck für eine Alternative: tab. 1, 3: morbus aevitasve; 2, 2: iudici arbitrove reove; 3, 6: plus minusve; 5, 3: pecunia tutelave; 6, 7: aedibus vineave; 8, 3: manu fustive; 8, 22: Qui se sierit testarier libripensve fuerit; 10, 7: ipse pecuniave und 10, 8; sepeliet uretve. Vgl. die alten Formeln Val. Pr. 3, 23: populum plebemve und 4,8: iudicem arbitrumve. Das neve bedeutet 'auch nicht': tab. 10, 1: ne sepelito neve urito und 10, 4: Mulieres genas ne radunto, neve lessum . . . habento. Weiter ist zu bemerken, dass nach D. 9, 4, 2, 1, (Iul.) durch die angeführten Gesetzesworte in den XII Tafeln die noxæ deditio sowohl im Falle des furtum als im Falle damnum iniuria datum (durch den Gewaltunterworfenen) gestattet sein soll. Nur *ein* Gesetz vereint scheinbar das furtum mit noxia, nämlich tab. 8, 14 (Gell. 11, 18, 8): sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri. Aber hier handelt es sich um ein furtum manifestum. In diesem Falle ist es unmöglich zu sagen, dass der Bestohlene irgend einen Verlust durch das furtum an sich leidet. Er bekommt ja normaliter die Sache selbst unmittelbar zurück. Noxiam ab his factam muss hier den Schaden bedeuten, den der impuber bei dem Diebstahle der Sache selbst eventuell angerichtet hat. Man beachte nun übrigens, dass auch ein furtum nec manifestum keinen wirklichen Verlust mit sich zu bringen *braucht*, da der Bestohlene auch dann unmittelbar die Sache zurückbekommen kann. Und vor allem ist beachtenswert, dass die actio furti in duplum völlig unabhängig davon ist, ob die Sache unmittelbar wiedererstattet worden ist oder nicht. Hierzu kommt, dass man ja eine *besondere* Ersatzklage hatte, wodurch nicht nur die Sache selbst, wenn sie noch existierte, zurückgefordert werden konnte, sondern auch die Beschädigung oder Vernichtung derselben ersetzt werden musste, nämlich die condictio ex causa furtiva, von welcher die actio furti völlig unabhängig ist: siehe z. B. Ulp. D. 13, 1, 7 u. 8. (Wenn Iulianus D. l. c. l. 10 pr. die condictio auch im Falle furtum manifestum zulässt, das *jetzt* nach prätorischem Rechte eine actio quadrupli erzeugte, denkt er an folgende Eventualität: furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effu-

disse id quod interceperat, also an den vorher erwähnten Fall — tab. 8, 14 — noxia facta.) Wenn es nicht eine der condictio furtiva entsprechende Aktion schon zur Zeit der XII Taf. gegeben hätte, würde man in späterer Zeit ein bedeutend härteres Verfahren gegen die Diebe eingeführt haben, was wenig glaubhaft ist. (Eine bestimmte Andeutung einer besonderen Ersatzaktion in den XII Taf. enthält ja die tab. 8, 14.) Sicher ist, dass zur Zeit des Gaius die actio furti eine rein poenale Aktion war, nicht wie die damni iniuriæ eine actio mixta: I. 4, 8 u. 9. Sie kann aber ihre *wesentliche* Natur wohl nicht seit der Zeit der XII Taf. geändert haben. Man hat ja doch denselben technischen Ausdruck: damnum decidere oportet beibehalten. Beseler sagt Beitr. 4, 102—103: »Bei *damnum decidere* haben die späteren (!) Römer sicherlich den Begriff Schaden ersetzen gedacht». Dies ist ja im Hinblick auf die Art, wie die Klassiker die actio furti betrachteten, absurd. Der Hinweis auf Cato de agricult. 144, 7 in Sav. Z. 25, 1925, S. 416 und den Ausdruck damnum resolvere = Schadensersatz leisten, wo es sich um wirklich eingetretenen Schaden handelt, entscheidet nichts in *der* Frage, wie das ältere damnum decidere in einem solchen Falle gefasst worden ist, in welchem nach den unzweifelhaftesten Zeugnissen Schadensersatz nicht gemeint wird. Allerdings ist wahr, dass die 'späteren' Römer bei damnum immer an *Verlust* dachten — Varro l. l. 5, 176 erklärt damnum aus demptio. Aber daraus folgt gar nicht, dass sie unter den Begriff nicht auch *den* Verlust subsumierten, der jemandem durch das *Recht* auferlegt wurde. Vielmehr kann *bewiesen* werden, dass dies der Fall war. Und hier handelt es sich um die Frage, ob in der Phrase *damnum* decidere ein *unrechtmässig* verursachter Verlust, der vom Schuldigen ersetzt werden musste, oder ein *rechtlich notwendiger*, den Verbrecher treffender Verlust gemeint ist. Man beachte nun auch, wie man sich ausdrückt, wenn man den Satz der XII Taf. mit eigenen Worten wiedergeben will. Gaius I. 3, 190: Nec manifesti furti *poena* per legem XII tab. dupli inrogatur; Gell. N. A. 11, 18, 15: furtis omnibus, quae nec manifesta appellantur, *poenam* imposuerunt dupli.

2. Obgleich *sehr oft* in den XII Tafeln von unrechtmässig zugefügtem Schaden und seinem Ersatz gesprochen wird, wird *niemals* sonst der Ausdruck *damnum* dare angewandt, sondern man hat zu diesem Zwecke andere Bezeichnungsweisen, nämlich rupsit oder rupitia, tab. 8, 5 (Fest. p. 265 M.: Rupsit in XII significat damnum dederit, Paulus p. 264: rupitia damnum dederit significat) oder noxia tab. 8, 6 (Ulp. D. 9, 1, 1, pr.: Si quadrupes . . . lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre), tab. 8,9 (Plin. N. H. XVIII, 12 betreffs des frugem noctu pascere ac secare: inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni: der Text notwendig korrumpiert, weil aus der angegebenen Lesart folgen würde, dass der Verletzte keinen Schadensersatz *fordern* könnte, was absurd ist, da sogar für solche Tat durch Tiere Ersatz gefordert werden

konnte; MOMMSENS Auslegung der 'noxia' als noxæ deditio ist absolut unmöglich, aber das Gesetz kann nicht einfachen *oder* doppelten Ersatz bestimmt haben; am wahrscheinlichsten hiess es ursprünglich noxiamque duplione (so ed. Par. 1741): jedenfalls bedeutet noxia hier, was später als damnum iniuria bezeichnet wurde), tab. 8, 10 (Gaius D. 47, 9, 9: noxiam sarcire = damnum solvere oder praestare im späteren Sprachgebrauche), tab. 8, 14 (Gell. 11, 18, 8: noxiamque . . . sarciri, siehe oben S. 477), tab. 12, 2 a (Ulp. D. 9, 4, 2) 1: noxiamve noxit oder nocuit (siehe oben a. a. O.). Jeder Zweifel fällt weg, wenn man die Erklärung des *Serv. Sulp.* einerseits der noxia, andererseits des sarcire beachtet. Festus p. 174 M.: ⟨Noxia⟩ ut Ser. Sulpicius Ru⟨fus ait, damnum significat⟩, apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa. (Die Supplierung aus Paulus p. 175 M.). Weiter Festus p. 322 M.: Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare: damnum solvito, praestato. 'Sarcito' muss natürlich in tab. 8, 10 u. 8, 14, also in Verbindung mit noxia gestanden haben. Es muss sich aber auch in tab. 8, 6 gefunden haben. An dieselbe war nämlich, wie man aus Ulp. D. 9, 1, 1, 11 ersieht, die prozessuale Formel: aut nox⟨i⟩am sarcire aut in noxam dedere oportet angeknüpft. Dass hier fehlerhaft noxam für noxiam geschrieben worden ist, kann bewiesen werden. Erstens ist offenbar, dass die Worte ursprünglich der Zusatz eines Paraphrasten gewesen sind, der sich an die zugehörige prozessuale Formel erinnerte. Sie passen gar nicht in den Zusammenhang hinein. Zweitens ist bemerkenswert, dass Ulp. *selbst* die fragliche Rechtsregel, auf welche sich die Formel beziehen muss, so bezeichnet: lex voluit aut *dari* id quod nocuit . . . aut aestimationem *noxiæ* offerre. Ist dies eine richtige Angabe, muss die prozessuale Formel *noxiam* sarcire gehabt haben. Drittens haben wir das bestimmteste Zeugnis von Ser. Sulp. über die Bedeutung des sarcire einerseits, der noxia und der noxa andererseits, das notwendig macht, die *noxia*, nicht die *noxa*, mit sarcire zu verbinden. Über sarcire und noxia siehe die oben angeführten Festusstellen. Die Bemerkung, dass bei Rhetoren und Poeten die noxia culpa bedeutet, ist ja leicht verständlich, da noxia als Schaden in den Gesetzen immer einen *unrechtmässig* zugefügten Schaden bedeutet. Dagegen bestimmt derselbe Sulpicius (Festus p. 174) die noxa als 'peccatum' oder 'pro peccato poenam'. Peccatum und pro peccato poena sind natürlich Korrelate. Kein peccatum ohne poena, keine poena pro peccato ohne peccatum. Deshalb versteht man leicht, dass die Römer dasselbe Wort, noxa, für beide anwenden konnten. Damit hat man nun auch einen festen Anhaltspunkt, soviel man auch später noxa und noxia miteinander vermischt haben mag. Niemals wird m. W. noxia im Sinne einer Strafe angewandt. Es ist *absolut unmöglich*, noxiæ oder in noxiam dedere zu sagen. Es ist unvermeidlich, die *noxa* als ursprünglich einen ideellen Schaden = ein Verbrechen (gegen das fas oder ius) zu fassen, mit welchem Schaden die Strafe unauflöslich verbunden ist. Aber die *noxia* (von noxius) bedeutet ursprünglich den unrechtmässig zugefügten materiellen Schaden. Diese Auf-

fassung wird dadurch bestätigt, dass bei Livius 9, 10, 9 in der Formel für die völkerrechtliche deditio gewisser Beamter, die gar *keinen materiellen Schaden* verursacht haben, die Phrase *noxam* nocere angewandt wird, während bei Ulp. D. 9, 4, 2, 1 (tab. 12, 2 a), wo damnum iniuria dare gemeint ist, *noxiam* nocere gesagt wird. Dann muss es auch ursprünglich unmöglich gewesen sein, in einem Strafgesetze *noxam* sarcire ohne weiteres zu sagen. Denn damit würde das Gesetz *nichts* hinsichtlich der Rechtsfolge des Verbrechens bestimmt haben. Ein Strafgesetz kann aber nicht die Strafe unbestimmt lassen! Durch *noxiam* sarcire dagegen wird die Rechtsfolge völlig bestimmt. (In Paulus D. 43, 8, 5 soll nach MOMMSEN gelesen werden: ut noxa domino sarciatur. Diese Lesart ist jedoch höchst unsicher.)

3. Wenn damnare aus damnum zu erklären ist, was im allgemeinen angenommen wird, ist es völlig unverständlich, dass damnare niemals beschädigen überhaupt bedeutet, sondern sich immer auf ein *rechtliches* Binden bezieht, vorausgesetzt dass damnum ursprünglich *Schaden überhaupt* bedeutet hat. HEINZE, der Arch. f. lat. Lex. 15 (1908), S. 97 A. wie WALDE, Et. Lex. v. damnum behauptet, dass damnum ursprünglich Verlust ohne weiteres bedeutet — doch ohne die hier in 1. u. 2. angezogenen Tatsachen irgendwie zu beachten — sucht die im Worte damnare liegende Schwierigkeit so zu beseitigen, dass 'schon früh' damnare eine besondere Bedeutung erhalten habe und dass man die ursprüngliche allgemeinere Bedeutung bei Plautus Trin. 829: pauperibus te (Neptunum) parcere solitum, divites damnare atque domare finden könne. Damit ist beinahe ad oculos demonstratum, in welcher Verlegenheit sich die Vertreter der gewöhnlichen Ansicht befinden. So früh muss im Hinblick auf den *sakral*-technischen und deshalb notwendig altertümlichen Ausdruck voti damnatus die besondere Verwendung von damnare gewesen sein, dass man in die graue Vorzeit zurückzugehen hat! Wie liesse sich dies erklären? Was die Stelle bei Plautus betrifft, so ist sie nicht nur ohne jede Berücksichtigung von Parallelstellen ausgelegt, in welchen damnare ohne weiteres verwendet wird, *sogar bei Plautus selbst* (siehe oben S. 449—450 A. u. 453 A.), sondern das ganze komische Pathos und damit gerade die Färbung der fraglichen Abteilung ist mit der Übersetzung des damnare durch das blasse beschädigen verloren gegangen. Denn hier handelt es sich offensichtlich darum, dass der Gott ein rechtfertiger Gott ist: hoc dis dignum est: /Semper *mendicis* modesti sint (830—831). 'Divites' werden wegen ihrer natürlichen ὕβρις von dem rechtfertigen Gotte verdorben, aber die demütigen schutzsuchenden Armen (ἱκέται) werden — nach griechischen Vorbildern — verschont: *scis ordine ut aequomst tractare homines* (830). Wenn man damnare mit dem nichtssagenden 'beschädigen' anstatt mit 'dem vollständigen Untergang weihen' übersetzt, wird dem über die ὕβρις mit Recht erzürnten Gott seine Majestät genommen. Vgl. auch die nachfolgende unheimliche Schilderung der Gefahr, in welcher sich der Sprechende befunden hat, welche gewiss nicht in einem beliebigen Vermögensverlust, sondern in dem vollständigen Untergange bestanden hat.

Hiermit ist bewiesen worden, dass damnum in der Phrase duplione damnum decidere oportet nicht der mit dem furtum selbst gegebene Schaden sein kann. Da nun indessen damnum einen *Verlust* einschliessen muss, ergibt sich unvermeidlich, dass *der* Verlust, der als *Strafe* den Dieb rechtlich trifft, gemeint sein muss. Man beachte nun auch, dass das Wort in der lateinischen Literatur in der Bedeutung Verlust als rechtlich auferlegte Strafe bisweilen offen verwandt wird: siehe Thes. l. l. V, S. 18. (Besonders beachtenswert ist, dass diese Bedeutung bei Plautus vorkommt.) Indessen ist im Thes. ein Fall solcher Verwendung nicht aufgenommen, der höchst instruktiv ist, nämlich Serv. in Verg. georg. 3, 387: Nam apud maiores homicidii poenam noxius *arietis damno* luebat, quod in regum legibus legitur. Wir haben vorher S. 465 nachgewiesen, dass der Widder als Sühnungsmittel anstatt des caput des Täters erzürnten Göttern geopfert werden sollte, wobei der Götterzorn vom Schuldigen auf das Opfertier übertragen wurde. Davon der technische Ausdruck: aries *sub*icitur oder *sub*igitur. Hier bedeutet also das Wort damnum, das der betreffenden lex regia entnommen zu sein scheint, einen Verlust oder richtiger eine Ausgabe, die der Schuldige machen muss, um sich selbst vom Götterzorn zu lösen. Was nun das Wort in den XII Tafeln betrifft, hat man einerseits zu bedenken, dass bei dem schwereren furtum manifestum der Dieb dem Bestohlenen als Sklave zufiel, andererseits, dass bei dem furtum nec man. der Schuldige sich einem pactum unterziehen musste — damnum decidere oportet. Hiernach erscheint es als offenbar, dass es sich um eine Gewohnheit handelt, mit dem Dieb im Falle furtum nec man., wo der Zorn des Bestohlenen nicht mehr frisch ist, auf der Grundlage einer Duplierung des Wertes zu paziscieren, welche Gewohnheit legalisiert worden ist. D. h. das damnum ist die *Ausgabe*, die für die Lösung von der an sich vorhandenen persönlichen Macht des Bestohlenen über den Dieb nötig ist. Diese Macht ist hier natürlich nur potentiell. Weiter ist zu bemerken, dass sie nicht die volle rechtliche Macht über den Dieb als Sklaven bedeutet, da dieser nicht einmal als ein iudicatus, der nicht bezahlt, ein Sklave des Bestohlenen wird. Letzterer erhält nur die mit dem Eigentum verbundene, doch nicht damit identische Macht über den Körper. Vgl. oben S. 388 A. (Sogar betreffs des furtum manifestum zweifelten die alten römischen Juristen, ob der Dieb durch die Addiktion des Prätors wirklicher Sklave wurde oder ob er nur dieselbe Stellung wie ein adiudicatus einnahm: Gaius I. 3, 189.) Unter Berücksichtigung der obigen Auseinandersetzung über die Bedeutung von decidere ist dann die ganze Phrase so zu übersetzen: der Dieb hat mit dem Bestohlenen zu vereinbaren, dass durch eine Leistung des doppelten Wertes die für die Lösung von der persönlichen, an sich vorhandenen Macht des Bestohlenen nötige Ausgabe als gemacht angesehen werden soll.

Mommsen u. Ritschl erklären damnum als ein altes Partizip von dare: *damenon. Es soll also bedeuten: was (als Busse oder Strafe) gegeben wird. Diese Auffassung ist aus mehreren Gründen als fehlerhaft zu betrachten.

Erstens pazisciert man (bei dem damnum decidere) nicht betreffs dessen, *was* gegeben wird, sondern betreffs des Hingabe*aktes*. Zweitens wäre die spätere allgemeine Bedeutung von damnum als Verlust überhaupt völlig unbegreiflich. *Was* gegeben wird, ist kein Verlust, obgleich die *Ausgabe* selbst einen Verlust einschliesst. Drittens bleibt damnare als ein Belegen mit Strafe unerklärt. Denn die Strafe kann nicht, *was* gegeben wird, sein, sondern kann nur die *Ausgabe* als an sich einen Nachteil einschliessend sein. Viertens ist ja völlig unverständlich, wie sich aus der Bedeutung von damenon: was *überhaupt* gegeben wird, die andere: was als *Busse oder Strafe* gegeben wird, entwickeln konnte. Fünftens kann mit HEINZE, a. a. O., eingewendet werden, dass *damnum dare* nicht, wie man erwarten müsste, *etwas geben* bedeutet, sondern Schaden verursachen, während damnum facere oder capere Schaden leiden bedeutet. HUVELIN, Les tablettes magiques, S. 47 ff. setzt das Wort damnare in Zusammenhang mit δαμνάω und bestimmt seine ursprüngliche Bedeutung so: je lie, j'assujettis par des liens religieux et magiques. (Ihm folgt prinzipiell BESELER, Beitr. 4, S. 101.) Damit würde damnum als ein magisch religiöses *Band* zu fassen sein. Dann aber wäre unverständlich, wie damnum die allgemeine Bedeutung Verlust erhielt.

Die gewöhnlichste Erklärung des Wortes ist indessen die, die es in Zusammenhang mit δαπάνη und daps aus der Wurzel *dap zerteilen bringt. Siehe WALDE, Et. lex., FORCELLINI, Lex lat. und Thes. l. l. v. damnum. Diese Erklärung ist wirklich befriedigend, weil nämlich die Verknüpfung mit daps, t. t. für *Opferschmaus* (siehe Paulus p. 68 M.; Serv. in Aen. 1, 706; 3, 224; 8, 175: dapes: epulæ deorum propriæ, siehe auch WALDE, Et. lex. v. daps über verwandte Ausdrücke mit sakraler Bedeutung in indogerm. Sprachen) es wenigstens möglich macht, dem damnum einen ursprünglich sakralen Sinn als eine Ausgabe zur Versöhnung der Götter zuzuschreiben. Dass daps *Versöhnung* der Götter zum Zwecke gehabt hat, kann hier natürlich nicht *bewiesen werden;* hierzu wäre eine besondere, sehr umfassende Untersuchung erforderlich. Hier kann nur darauf hingewiesen werden, dass die eigentlich römischen Götter unpersönliche, wenn auch mit psychischen Attributen, z. B. der Fähigkeit zu zürnen, ausgerüstete Kräfte waren, aus denen alles Leben in letzter Linie hervorging. Deshalb waren z. B. die Aussaat und die Viehzucht ein Versuch, die Götter in den Dienst der Menschen zu nehmen. Ein Versuch aber, solche übermächtige Kräfte auszunutzen, musste, um nicht Verderben zu bringen und also zu misslingen, im voraus oder nachher durch Leistungen an die Götter kompensiert werden. Andernfalls erregte man ihren Zorn. Die daps, die vor der Aussaat Iupiter dapalis gewidmet wurde, und die Mars und Silvanus pro bubus, uti valeant gegebene — typische Fälle der altertümlichen Göttermahlzeit: WISSOWA, Rel. u. Kultus der Römer, S. 410 — sind deshalb als prävenierende Sühnopfer zu fassen. Die Erklärung aus dem einfachen Prinzipe do ut des ist allzu äusserlich. Die römischen Götter waren keine kontrahierenden Parteien —

man kennt ihrerseits keine formellen Annahmeakte menschlicher Angebote! —, sondern gewaltige Kräfte, die die Menschen zwar *gebrauchen* können, die aber mit der äussersten Vorsicht behandelt werden müssen. Man beachte auch, dass der durch ein votum Gebundene *unmittelbar* mit der Erfüllung der Bedingung *voti damnatus* und also mit religio — Götterzorn — behaftet war, von welchem er sich erst durch solutio löste. (Siehe oben S. 421.) Nur wenn man annimmt, dass damnum ursprünglich sakrale Bedeutung als die zur Versöhnung der Götter nötige Ausgabe gehabt hat, versteht man, wie damnare aliquem in abstracto 'zum Opfer zwecks Versöhnung des Götterzorns weihen' bedeuten kann. (Dass dies nur durch Judikation geschehen kann, insoweit man nicht unmittelbar durch das Verbrechen auf Grund des Gesetzes sacer wird, und dass deshalb damnare aliquem in abstracto auch durch 'zum Tode verurteilen' übersetzt werden kann, hebt nicht auf, dass der Ausdruck an sich die angegebene Bedeutung hat.) Man beachte, dass 'indemnatus' als eine Negation von 'damnatus' in abstracto in den XII Taf. in der angegebenen Bedeutung vorzukommen scheint und dass Festus in die Definition des uralten Begriffs parricida das Wort indemnatus in diesem Sinne aufnimmt. (Siehe oben S. 449 f.) Man erinnere sich auch an die Erörterung des Ausdrucks damnata religione betreffs einer arbor infelix oben S. 467 f. Ferner ist beachtenswert, dass in der Kaiserliteratur, in welcher alte sakrale Phrasen in Verbindung mit dem Kaiserkulte wiederbelebt werden, damnare oft in der Bedeutung exsecrari oder anathemizein vorkommt. Siehe Thes. l. l. Vol. 5, S. 27 f.

Unter derselben Voraussetzung versteht man auch, weshalb damnum als rechtlich auferlegte Ausgabe, bezw. damnare in privatrechtlichen Verhältnissen nur *dann* verwendet wird, wenn es sich um Sühnung eines Privatdelikts handelt. (Über eine scheinbare Ausnahme: das Legat per damnationem alsbald.) Der römische Staat gründete sich zweifellos auf eine Verbindung vorher selbständiger *gentes*. Diese gentes verloren allmählich ihre Bedeutung als primäre Einheiten und wurden in dieser Eigenschaft durch die einzelnen Familien mit ihren bezüglichen Oberhäuptern ersetzt. Wenn dies richtig ist, ist es absurd zu bestreiten, dass das Recht, das anfänglich im Verhältnisse zwischen den gentes galt, später die Grundsätze der privaten Rechtsverhältnisse zwischen den Familien oder Familienhäuptern bestimmte. Aber das für das Verhältnis zwischen den gentes geltende Rechtsprinzip betreffs Verbrechen ist in der Tat völlig klar. Wenn eine gens das im fas eingeschlossene ius gentium verletzt hatte, wurde sie vom Götterzorn getroffen. Jedoch konnte sie, sei es durch deditio des Schuldigen, sei es durch Gehorsam gegenüber dem res repetere (der Zurückforderung der geraubten bona oder homines) *se religione exsolvere* und so den Angriff der ursprünglich verletzten Partei zu einem impurum und impium duellum machen, wenn ein foedus vorlag. Wenn aber dieser Ausweg nicht beschritten wurde, war die verbrecherische gens dem Götterzorn in der Weise ausgeliefert, dass die verletzende gens durch einen von göttlichen

Kräften unterstützten Angriff — ein purum piumque duellum — zerschmettert werden konnte. (Siehe oben S. 454 die Erörterung der recuperatio.) Damit ist ja klar, dass im Verhältnis zwischen den selbständigen gentes betreffs Verbrechen gegen das ursprünglich sakrale ius gentium das Rechtsprinzip gegolten hat, dass die verletzte gens als *Stellvertreterin erzürnter Götter* eine geheimnisvolle Macht über die verbrecherische erhielt, von welcher letztere sich durch gewisse Prästation lösen konnte, die aber zum Verderben des Gegners in Aktualität überging, wenn keine Lösung erfolgte. Es hiesse kühn die Kontinuität der Rechtsentwicklung verneinen, wollte man behaupten, dass das Rechtsprinzip, das für das Verhältnis zwischen den Nachfolgern der gentes in der römischen Staatsentwicklung, den Familien, bei privaten Verbrechen galt, nicht ursprünglich von der Vorstellung bestimmt gewesen sei, dass die verletzte Partei als *Vertreterin erzürnter Götter* eine rechtliche Macht über den Verbrecher erlange. Eine solche Verneinung wäre um so kühner, als man im letzteren Rechtsverhältnisse das Institut noxæ deditio wiederfindet. Wie die gens sich durch Auslieferung der einzelnen Schuldigen von einem purum piumque duellum befreien konnte, wenn die Schuld unmittelbar auf einzelnen Personen ruhte, konnte sich im allgemeinen die einzelne Familie, durch ihr Oberhaupt vertreten, durch noxæ deditio von der prozessualen Verfolgung seitens des verletzten Familienoberhauptes befreien, wenn die Schuld unmittelbar auf einzelnen Personen ruhte, die als Glieder der Familie in seiner potestas waren. Man beachte übrigens, dass *immer das ius Quiritium* als die Quelle betrachtet worden ist, aus der die Gewalt des Verletzten über den Verbrecher herstammt, sei es dass diese Gewalt eine aktuelle Sklaverei, wie im Falle des furtum man., bedeutet, sei es dass sie nur als eine potentielle Sklaverei aufgefasst wurde, von welcher sich der Verbrecher durch damnum lösen kann, wie im Falle furtum nec man. Aber ebenso unzweifelhaft ist, dass das ius Qu. gerade, weil es selbst verletzt worden ist, den Schuldigen an den Verletzten ausliefert. Dies weist indessen unmittelbar auf die Vorstellung verletzter Staatsgötter. Denn das ius Qu. in seiner Machtfülle ist unmöglich vom Gedanken an diese Götter zu trennen. Noch zur Zeit Ciceros war es ein feststehendes rechtliches Dogma, dass ein Fehler hinsichtlich des Auspizienrechts einen Gesetzgebungsakt ipso iure ungültig machte! Mag auch später das ius Qu. nur abstrakt als die ursprüngliche Rechtskraft des römischen Staates, aus welcher das besondere quiritische Recht eines Römers herstammt, aufgefasst worden sein, hat doch immer der Gedanke an die Staatsgötter im Hintergrunde gestanden. Und dies ist zweifellos: je weiter wir zeitlich zurückgehen, desto konkreter und damit inniger mit den Staatsgöttern gedanklich verbunden war das ius Qu. Indessen ist hier andererseits hinzuzufügen, dass nur die Verletzungen der Götter als Verletzungen *des römischen Rechts* betrachtet wurden, die mit durch *Menschen* exequierbarer Strafe belegt wurden und daher wirklich auf die eine oder andere Weise einen im bürgerlichen Leben bedeutungsvollen Rechtsver-

einem älteren Sinne des Wortes — eine für die Lösung von der aus dem Verbrechen entstandenen Gewalt des Verletzten über den Verbrecher notwendige Ausgabe. Wahrscheinlich ist das Wort in diesem Sinne eigentlich sakral. Die für Lösung der Gemeinde von dem aus dem Verbrechen entstandenen Götterzorn nötige Auslieferung des Verbrechers an die betreffenden Götter ist so bezeichnet worden. Aber indem der einzelne Verletzte als Repräsentant der erzürnten Götter anstatt dieser auf Grund des Verbrechens die Macht über den Delinquenten erhält, ist die Bezeichnung damnum auf die für die Lösung von dieser eigentlich sakralen Macht nötige Ausgabe übertragen worden.[1] Da nun damnare von damnum in diesem Sinne herstammt, kann gesagt werden, dass im Falle furtum, wenn furtum manifestum ausgenommen wird, eine solche den Dieb treffende Obligation entsteht, dass er als ein damnatus bezeichnet werden *könnte*.

Indessen wird nicht der Dieb wirklich so bezeichnet, sondern die Obligation wird durch damnum decidere oportet bestimmt. Aber betreffs des zweiten Hauptfalles von Privatdelikten wird in der diesen Fall besonders regelnden lex Aquilia (ca. 150 Jahre nach den XII Taf.) der Ausdruck: tantum aes ero dare damnas esto verwen-

---

lust mit sich brachten. Solche, die nur eine Angelegenheit zwischen Göttern und verletzenden Menschen waren, hatten rein religiösen Charakter. — So wird dann verständlich, warum in privatrechtlichen Verhältnissen damnum im ursprünglichen Sinne des Wortes bezw. damnare so entschieden strafrechtliche Verwendung hatte, wenn sich die betreffenden Worte ursprünglich auf Versöhnung erzürnter Götter bezogen haben.

Was die spätere Bedeutung von damnum — Verlust überhaupt — betrifft, geht ja die sprachliche Entwicklung hier mit der des Wortes daps völlig parallel. Eigentlich Opferschmaus zur Versöhnung der Götter, danach üppiger Schmaus überhaupt. Man beachte indessen, dass, während damnum in der alten Phrase damnum decidere oportet *an sich* die Bedeutung einer rechtlichen Auflage hat, wie damnare die Wirksamkeit, wodurch etwas einem *rechtlich* auferlegt wird, bezeichnet, das Wort damnum niemals später *an sich* einen unrechtmässig verursachten Verlust bedeutet. Wenn das Unrechtmässige in der Verursachung ausgedrückt werden soll, muss es besonders bezeichnet werden. Beachte die Phrase damnum *iniuria* datum. (Für an sich unrechtmässig verursachten Schaden hatte man den Ausdruck noxia.)

[1] Siehe oben S. 482 ff.

det.[1] Man beachte, dass sowohl in diesem Falle als im Falle furtum die Schuld nur durch ein pactum unmittelbar (ohne ein arbitrium litis aestimandæ) eingelöst werden konnte, in welchem der Verletzte gestand, dass er den gesetzmässigen Ersatz erhalten hatte.[2] Da damnas (damnatus) 'mit damnum (im ursprünglichen Sinne) belegt' sein muss, liegt hier eine andere Ausdrucksweise mit demselben Sinne vor wie damnum decidito, obgleich die Notwendigkeit eines *pactum* von angegebener Natur nicht besonders ausgesprochen wird. Die Rechtsfolge des damnum iniuria datum ist also auch eine Notwendigkeit, sich durch eine gewisse Ausgabe, die von dem Verletzten als lösend anerkannt wird, von der persönlichen Macht desselben zu befreien. Nur die gesetzliche Grundlage des pactum war hier verschieden: der *einfache*, nach gewissen Gründen zu bestimmende Wert der verdorbenen Sache.

Eine völlig analoge strafrechtliche Bedeutung hat der Ausdruck dare damnas esto, wenn er zwecks Bezeichnung der aus einem Delikt gegen die Gemeinde entspringenden Rechtsfolge in alten Gesetzen angewandt wird, in welchen Fällen die Gemeinde als ein privates Rechtssubjekt auftritt.[3] — Über den Fall legatum per damnationem, in welchem der Ausdruck auch vorkommt, aber *scheinbar* ohne strafrechtliche Bedeutung, später.

Was endlich den dritten Hauptfall, die Injurien, insoweit sie Privatdelikte waren, betrifft, ist hier die Rechtsfolge weder durch damnum im ursprünglichen Sinne noch durch damnas (damnatus) in den dazu gehörigen Gesetzen bestimmt. Aber dies muss damit in Zusammenhang gebracht werden, dass gar keine zivile Obligation als Rechtsfolge des Deliktes eintrat. Bei membrum ruptum war die Rechtsfolge Talion, die jedoch nur dann eintrat, wenn man nicht mit dem Verletzten pazisciert hatte: ni cum eo pacit. In anderen Fällen war sie eine gewisse Geldsumme als poena im ursprüng-

---

[1] Gaius D. 9, 2, 2 pr. und Ulp. D. 9, 2, 27, 5.

[2] Siehe oben S. 475 ff.

[3] Siehe z. B. lex Latina tab. Bant. (621—636/133—118) 9; lex Mam. (695/59) 4, 8 und 5, 10; lex Iulia mun. (709/45) 97 u. 107; lex Tarentina (zur Zeit Ciceros) 5, 31 u. 35; lex Urs. (710/44) 1, 3, 9 u. 2, 2, 6; lex Quinctia (745/9) 13—16 und 22.

lichen Sinne des Wortes, also als Lösegeld für Talion.[1] Dies schliesst

[1] Tab. 8, 2—4: Si membrum rup⟨s⟩it, ni cum eo pacit, talio esto. Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito. Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenæ sunto. Dass poena (ποινή) im eigentlichen Sinne des Wortes hier als Lösegeld für Talion (siehe z. B. MOMMSEN, Röm. Strafr. S. 13, KARLOWA, R. Rg. 2, S. 790[3] u. 971, IHERING, Geist 1, 2, S. 133 ff. u. HUSCHKE, Die Multa, S. 8—9) zu fassen ist, geht erstens aus der Altertümlichkeit der fraglichen Gesetze hervor, damit zusammengestellt, dass 'poena' nur in *diesem* Zusammenhange, also nur in Verbindung mit Talion in den XII Taf. vorkommt. Obgleich die bewahrten Fragmente *viele* Strafbestimmungen enthalten, findet man sonst nirgendwo die 'poena', wie man erwarten müsste, wenn das Wort zu dieser Zeit den späteren weiten Sinn der Strafe überhaupt schon erhalten hätte. Die drei Fälle der iniuria im weiteren Sinne, die hier erwähnt werden, müssen im Hinblicke auf Gaius I. 3, 233, Gellius (Cæc.) 20, 1, 31—33 u. Paulus Coll. 2, 5, 5 ein zusammengehöriges Ganzes in rechtlicher Beziehung ausgemacht haben. (In der letzterwähnten Stelle wird gesagt, dass die lex: si iniuriam alteri faxsit . . . die allgemeine betreffs Injurien sei. Die anderen seien Spezialgesetze.) Die bezüglichen Strafen müssen dann auch zusammengehörig gewesen sein. Zweitens geht aus der von Cato (Prisc. gramm. 6, 13, 69— BRUNS 1, S. 29—) angeführten, anscheinend noch älteren römischen lex — möglicherweise hat sie einem anderen lateinischen Stadtrechte angehört —: si quis membrum rupit aut *os fregit*, talione proximus cognatus ulciscitur, hervor, dass die 'poena', die tab. 8, 3 erwähnt ist, nichts anderes als Lösegeld für Talion sein kann. Ob Talion in den fraglichen Fällen (8, 3 u. 4) stattfinden konnte oder die Verletzung durch die angegebenen Summen gesühnt werden *musste*, kann nicht entschieden werden, obgleich man allgemein letzteres als selbstverständlich annimmt (z. B. MOMMSEN, R. Str. R. S. 802, GIRARD, Man. S. 409—410, ROBY, Rom. priv. law 2, S. 220, HITZIG, Iniuria (1899), S. 56, DAREMBERG-SAGLIO v. iniuria S. 522 u. PAULY-WISS. v. iniuria S. 1555). Diese vermeinte Selbstverständlichkeit ist jedenfalls nicht vorhanden. Die Annahme beruht auf Angaben bei Gaius u. Gellius, die im Hinblicke auf den Wortlaut des Gesetzes höchst unsicher sind. Man beachte, dass das Wort poena sehr früh im lateinischen Sprachgebrauche seine ursprüngliche Bedeutung verlor und Strafe überhaupt wurde. Siehe z. B. HEINZE, Arch. f. lat. Lex. 15 (1908) S. 94. Wenn Gaius a. a. O. die Talion selbst gegen den Wortlaut des Gesetzes als eine *poena* betrachtet und Gellius a. a. O. sie für eine nur im Falle membrum ruptum geltende Strafe hält, ist dies nur ein Zeichen, dass man — dem neueren Sprachgebrauche gemäss — die Worte des Gesetzes: poenæ sunto etc. so aufgefasst hat: sei (die angegebene Geldsumme) die *Strafe*. Die Talion wird dann natürlich eine *andere* Strafe. Die Frage ist indessen, praktisch gesehen, sehr bedeutungslos. Denn dies kann als sicher betrachtet werden, dass der Verletzte, wenn es sich nicht um die sowohl von Griechen als Römern

in sich, dass der Unterschied zwischen dem das membrum ruptum strafrechtlich regelnden Gesetze und anderen die Injurien als Privatdelikte betreffenden Gesetzen hinsichtlich der Bedeutung der Talion theoretisch (abgesehen von der Frage, wie das Recht prozessual geltend zu machen war[1]) nur darin lag, dass in ersterem das lösende pactum nicht bestimmt wird — der Delinquent muss sich, wenn er überhaupt paziscieren will, den Bedingungen des Verletzten fügen —, während nach letzteren dasselbe durch die Leistung einer gewissen Geldsumme zustandekommen soll — der Verletzte muss sich mit dem Empfange der fraglichen Summe begnügen. Aber weder die Talion selbst noch das pactum, sei es geregelt oder nicht, kann

---

immer anerkannte *unmittelbare* Selbsthülfe bei Angriffen handelt, nur gegenüber dem Verurteilten, bezw. dem in iure confessus oder dem in iure nötige prozessuale Handlungen Unterlassenden, das Talionsrecht anwenden konnte, und dies nur nach dem Befehle des iudex bezw. des Magistrates an den Verbrecher, sich demselben zu unterwerfen. Hierzu kommt, dass im Falle membrum ruptum die Sache, wenn sich der Verbrecher weigerte, sich der Talion zu unterwerfen, und die vom Verletzten aufgestellten Bedingungen eines lösenden pactum allzu hart fand, vom iudex in Geld abgeschätzt wurde, sodass ersterer zur Leistung dieser Summe verurteilt wurde. Siehe Gellius (Caecilius) 20, 1, 36—38. Wenn die Sache bei dem Magistrat blieb, wurde nach römischen Rechtsprinzipien der Talion verweigernde und nicht paziscierende Verbrecher unmittelbar ein nexus, vgl. oben S. 415 ff. *Jedenfalls* konnte also der Verbrecher durch eine einfache Weigerung die Exekution der Talion verhindern. Und wenn das Lösegeld gesetzlich bestimmt war, wurde er natürlich zu diesem verurteilt, insoweit er nicht ein nexus wurde, falls er Talion verweigerte und doch nicht freiwillig bezahlte. Deshalb kann das eventuelle Bestehen eines Talionsrechtes in den fraglichen Fällen nur dies in sich geschlossen haben, dass der *Verbrecher* der Bezahlung durch Anbieten der Talion entgehen konnte, was kaum eine praktische Bedeutung gehabt haben kann, da man wohl allgemein eine schimpfliche Behandlung möglichst vermeiden wollte. Aber wenn auch die Frage praktisch bedeutungslos ist, ist es doch höchst wichtig zu konstatieren, dass im Gesetze, auch wenn von einer 'poena' gesprochen wurde, das Talionsrecht als Grundlage theoretisch vorausgesetzt wurde, für welche Annahme die stärksten Gründe angeführt werden können. Denn wenn man dies verkennt, wird man zu der irrtümlichen Annahme veranlasst, dass die iniuria wirklich eine zivile Obligation — ein dare, facere, praestare oportet — erzeugte, was zu einer fehlerhaften Ansicht über die Bedeutung des damnum (damnare) führt.

[1] Siehe oben S. 487 f. A.

als etwas, wozu der Täter verpflichtet wäre, also als etwas, für welches *dare oportet* gilt, gefasst worden sein. Erstere wurde nämlich im Prozesse vom iudex durch einen besonderen Befehl auferlegt.[1] Aber es ist unmöglich, dass, was der Beklagte an sich zu leisten verpflichtet ist, vom iudex besonders befohlen werden konnte. Die Analogie mit dem späteren Vindikationsprozesse nach der formula petitoria, in welchem der iudex die Restitution befahl, weist in die Richtung, dass die Talion als ein quasi-dingliches Recht aufgefasst wurde. Was das pactum betrifft, ist zu bemerken, dass dieses nicht selbst, wie es bei dem pactum der Fall war, das damnum decidere benannt wurde, die Grundlage der Kondemnierung bildete. Diese erfolgt im Falle membrum ruptum nur auf Grund des Ungehorsams gegen den Talionsbefehl. Deshalb war es natürlich die Talion selbst, die in der Kondemnierung abgeschätzt wurde.[2] Dann kann das pactum, sei es geregelt oder nicht, nicht als etwas, wozu man verpflichet wäre, betrachtet worden sein.[3]

---

[1] Gellius (Caecilius) 20, 1, 38. Allerdings wird hier nur betreffs des membrum ruptum von einem iudex talionem imperans gesprochen. Es ist auch nicht entschieden, ob ein judizieller Befehl, sich Talion zu unterwerfen, in den Fällen vorkam, in welchen Talion nicht durch das Gesetz *ausdrücklich* als die Strafe festgestellt, sondern nur mit dem Begriff 'poena' implicite als die Strafe vorausgesetzt war. Aber jedenfalls kann die hier vorausgesetzte Talion keine andere rechtliche Natur als die ausdrücklich bestimmte gehabt haben, weshalb man zuversichtlich letztere zum Ausgangspunkte nehmen kann.

[2] So sagt Gellius (Caecilius) 20, 1, 37—38: nolo hoc ignores hanc quoque ipsam *talionem* ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniæ damnabat. Auch wenn kein Richterbefehl in anderen Fällen als dem membrum ruptum vorkam und daher die Talion in diesen nicht exequiert werden durfte, muss gerade das Nicht-Vorhandensein der Talion als die Grundlage der Kondemnierung aufgefasst worden sein, wenn das rechtliche Wesen der Strafe dasselbe wie im Falle membrum ruptum war.

[3] Dass weder die Talion noch das pactum als Gegenstand einer Verpflichtung aufgefasst werden kann, ergibt sich auch, wenn man die möglichen Formeln für die betreffenden Legisaktionen untersucht. Voigt, XII Taf. II, S. 523 stellt folgende Formel für die allgemeine Injurienklage auf: A te iniuriam aio mihi factam, quam ob rem te mihi XXV dare oportet. Wenn aber etwas in dieser Hinsicht festgestellt werden kann, ist es wohl vor allem dies, dass

Der Anlass, dass hier keine zivile Obligation und damit auch kein damnatum esse entstand, ist darin zu suchen, dass der Ursprung des fraglichen Rechts offenbar in natürlich hervorwachsenden Vorstellungen des Rechtes auf Rache bei persönlichen Verletzungen liegt. Das Recht der Rache, das vorhanden ist, nur wenn die ursprünglich angreifende Partei nicht als die in letzter Linie von den Göttern abhängige *Rechtsordnung* übertretend betrachtet werden darf, ist ja eine allgemeine Erscheinung bei primitiven Völkern.[1] Niemals haben sich Götter, die über die Verletzung der

---

die Formel den Worten des Gesetzes angepasst war. Siehe Gaius I. 4, 11. In VOIGTS Formel fehlt indessen, was den zweiten, speziell wichtigen Teil betrifft, die nötige Anknüpfung an das Gesetz. Nur das Wort XXV ist ihm entnommen! Da 'oportet' nur ein Ausdruck für einen rechtlichen Imperativ ist (darüber später), *muss* im Hinblick auf die verba formalia der betreffenden Gesetze die fragliche Formel *ungefähr* so gelautet haben: A te aio iniuriam mihi factam, quam ob rem XXV poenæ (poenas?) esse oportet, wie die Formel für membrum ruptum *ungefähr* so gelautet haben *muss:* A te aio membrum mihi ruptum, quam ob rem (ni cum me pacis?) talionem esse oportet. Da die Worte des Gesetzes über os fractum nicht als ganz sicher feststellbar angesehen werden, mag die Formel beiseite gelassen werden. Vgl. die Formel: *damnum decidere* oportet mit den entsprechenden Worten des Gesetzes: *damnum decidito*, die Ulp. D. 9, 1, 1, 11 eingeschmuggelte Formel: aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere mit Ulpianus' eigener Darstellung der lex D. 9, 1, 1 pr., die Formel *dare* oportet nach der lex Aquilia mit den Worten der lex selbst: *dare* damnas esto. In den Worten der hier berücksichtigten Injuriengesetze fand sich nichts, woran ein sich auf eine Tätigkeit beziehendes oportet, also die Gebundenheit, die man als Pflicht bezeichnet hat, angeknüpft werden konnte.

[1] Wenn in Homerus Il. XI 686 ff. Nestor erzählt, dass die Epeien eine *Schuld* (χρεῖος) an die Pylier auf Grund eines vorhergehenden Anfalls zu bezahlen hatten, eine Schuld, deren Eintreibung nur durch einen Plünderungszug seitens letzterer erfolgen könnte, so findet sich keine Andeutung darüber, dass das ursprünglich angreifende Volk ein *Unrecht* entgelten sollte. Doch ist es Bezahlung in dem Sinne unterworfen, dass es gerecht ist, wenn es für seine Tat leiden muss. Vgl. Odysseus' Erzählung Od. XXI 16 ff. Ganz denselben Charakter hat der Ausruf des Achilles, dass Hektor und die Trojaner den Tod des Patroklos würden bezahlen müssen: Il. XVIII 93 und XXI 133 ff. Hektor hatte gewiss durch die Tötung des Patroklos in Verteidigung des Vaterlandes nach Meinung des Achilles kein Unrecht begangen. Die Homerische Vorstellung von der ποινή, die dem Totschläger durch Verwandte abzufordern ist, welcher Begriff zugleich die Talion und das Lösegeld für Talion einschliesst,

gemeinsamen göttlichen Rechtsordnung zürnen, mit der einfachen Talion begnügt, ebensowenig der einzelne Verletzte, der als Exekutor des Götterzorns fungieren darf. In Rom fordern die Götter bei den sog. crimina publica prinzipiell nicht nur die Tötung des Verbrechers, sondern auch die Weihung an sie selbst seiner anima, die zugleich

---

obgleich er primär letzteres ist, steht in keinem Zusammenhang mit der Vorstellung von einem Unrecht. Jede Andeutung über ein Unrecht fehlt an den betreffenden Stellen, wie unbedingt immer das *Recht* auf Talion, wenn keine sühnende Gabe geleistet wird, feststeht. Siehe z. B. Il. V 265 ff.; IX 632 ff.; XIII 659; XIV 476 ff.; Od. XXIII 312. Der Begriff findet Anwendung sowohl bei Tötung im Kriege zwischen Völkern als bei Tötung eines Volksgenossen durch einen andern. Ein Unterschied scheint nur insofern vorhanden gewesen zu sein, als die Talion im letzteren Falle eine gewisse rechtliche Regelung erhielt. Der Totschläger konnte nicht in seinem Volke bleiben, weil als Recht galt, dass er von den Verwandten des Getöteten unter Beistand des Volkes selbst getötet wurde, wenn er nicht Lösegeld bezahlte. Um dies handelt es sich Il. IX 632 ff. u. Od. XV 271 ff. Man beachte, dass der Totschläger Theoklymenos vom besonders verständigen Telemachos gar nicht als ein von den Göttern gehasster Mann betrachtet wird. Er erhält ja von ihm Hülfe für die Flucht! In der vielbesprochenen Gerichtsszene Il. XVIII 497 ff. hat der Richter, von seinem Rate umgeben, nur zu entscheiden, ob das Lösegeld bezahlt war oder nicht. Von dieser Entscheidung sollte mutmasslich abhängen, ob der Totschläger den Verwandten des Getöteten zur Rache ausgeliefert werden sollte oder nicht. Jedenfalls fehlt jede moralische Qualifizierung des Totschlägers. (Es mag wahr sein, dass in Homerus auch eine ältere Schicht der griechischen Rechtsanschauung hervortritt, nach welcher wirklich trübe, rachsüchtige göttliche Mächte dem Totschläger zürnen. Aber diese Anschauung, die von den späteren griechischen Tragikern wiederbelebt wird, hat nicht den Verbrechensgedanken eingeschlossen. Denn wenn auch die Flüche des Geistes des Getöteten als Erinnyen wirken, die Verderben über den Totschläger bringen, so findet hier ein Kreislauf statt, derart, dass die Tötung des Täters selbst ihrerseits *dessen* Erinnyen wachruft, die es sogar den Verwandten zur Pflicht machen, Rache zu nehmen. Hier findet sich also keine einheitliche göttliche Ordnung, die durch die Tötung übertreten würde. Die fragliche Anschauung ist in Wirklichkeit, insoweit es sich um das rechtliche Verhältnis zwischen Mitgliedern desselben Volkes handelt, mit ihrer unbeschränkten Rechtfertigung der Blutrache aus religiösen Gründen barbarischer als diejenige, die nur vom einfachen natürlichen Rechte ausgeht, aber für dies im Verhältnis zwischen Mitbürgern rechtliche Schranken setzt. Jedoch wurde gerade erstere Anschauung die Grundlage der im späteren attischen Rechte hervortretenden Auffassung, dass die Tötung eines Bürgers ein Verbrechen

sein animus — die Seele als innere selbständig wirkende Kraft — ist. Der Verbrecher war entweder auf Grund der vorhergehenden Sakralisierung durch das Gesetz unmittelbar ein homo sacer, d. h. das Eigentum einer Gottheit hinsichtlich der anima, oder er sollte durch besondere *damnatio* im ursprünglichen Sinne des Wortes zum Eigentum des erzürnten Gottes hinsichtlich seiner anima geweiht werden.[1] In entsprechender Weise wurde der fur manifestus an den Bestohlenen, der ein Vertreter der erzürnten Staatsgötter, später des abstrakter gefassten übertretenen ius Quiritium war, persönlich *addiziert*, so dass die rechtliche Freiheit verloren ging, was natürlich den animus selbst trifft. Bei dem furtum nec man. konnte sich der Dieb durch die Hingabe einer gewissen Geldsumme (*damnum*) von der von Anfang an bestehenden potentiellen Sklaverei lösen. Dasselbe

gegen die Staatsgötter sei, weshalb sie nicht durch ποινή gesühnt werden könnte. Aber dies bedeutet, dass die Fluchgeister unter die Botmässigkeit der Staatsgötter gestellt werden und nur als Diener fungieren, was in der Aeschyleischen Tragödie: die Eumeniden als eine Verwandlung der *Erinnyen* in *Eumeniden* poetisch dargestellt wird.) — Aber einen ganz anderen Charakter haben die Worte des Odysseus, dass er sich nicht beruhigen würde, bevor die Freier Penelopes ihre Übertretungen (ὑπερβασίην) bezahlt hätten: Od. XXII, 60 ff. Vgl. die Ausdrücke mit ähnlichem Sinn : ἀτάσθαλον ὕβριν ἔτεισαν Od. XXIV 352 und ὄφρ᾽ ἀνδρῶν τείσαιτο βίην ὑπερηνορεόντων Od. XXIII 31. Wenn HITZIG, Injuria, S. 54 ff. die Injurienklage bei den Römern in Zusammenhang mit der griechischen γραφὴ ὕβρεως bezw. δίκη αἰκίας stellt, ist dies allerdings insoweit richtig, als man wenigstens später die contumelia in die Injuriendelikte einfügte. Aber man beachte, dass die ὕβρις für die religiöse Grundanschauung der Griechen ein echtes Verbrechen gegen die göttliche Ordnung war, was bezüglich der Römer keineswegs zutrifft. Deshalb ist auch im griechischen Rechte die Strafe für ὕβρις oder αἰκία nicht Talion, während die Strafe für die iniuria bei den Römern Talion war. Die wirkliche Parallele im griechischen Rechte hat man natürlich in der zur Homerischen Zeit hervortretenden Anschauung zu finden, dass die Verwandten des Getöteten ein Recht auf Rache hatten, das allerdings durch eine sühnende Gabe an sie wegfallen konnte. — Dass 'malum carmen incantare' und derartige öffentliche Verbrechen, welche später als 'Injurien' betrachtet wurden, sich nicht ursprünglich auf eine 'contumelia', sondern auf Zauberei bezogen, hat HUVELIN, La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain, 1903, nachgewiesen. (Siehe hierüber SEUFFERT, Arch. f. l. lex. 13, 586 ff. und BECKMANN, Zaub. u. Recht in Roms Frühzeit, 1923.)

[1] Siehe oben S. 464[2] ff. u. 466 ff.

ist mutatis mutandis betreffs der Rechtsfolge des damnum iniuria datum zu sagen. Zwecks Bezeichnung der Sachlage wird der Schuldige *dare damnatus* genannt. Weil die genannten privaten Delikte an sich die ursprünglich göttliche Rechtsordnung verletzen, greift die Wiedervergeltung viel tiefer als die blosse Talion, die nur das Äussere betrifft. Und gerade daraus, dass die blosse Talion die eigentliche Strafe für die Injurien ist, kann der Schluss gezogen werden, dass diese an sich nicht als Verletzungen derselben Ordnung betrachtet worden sind.

Endlich sind einige Bemerkungen hinzuzufügen. Man kann nicht einwenden, dass die klassischen römischen Juristen die Injurien als Delikte betrachteten. Sie nannten ja ohne Unterschied die nur vom *Prätor* als Delikte behandelten Taten und die *civiliter* als Delikte geltenden Handlungen Delikte. Und beachtenswert ist, dass die 'Injurien', die im prätorischen Edikte mit Strafe belegt werden, nicht zivile Aktionen gaben, sondern nur prätorische mit der formula in aequum et bonum concepta.[1] Noch weniger Kraft würde der Einwand haben, dass der Ausdruck iniuria im Gesetze angewandt wird und dass dies auf den Gedanken an eine Rechtsverletzung hinweist. Man kann keinen gültigen Grund anführen, weshalb iniuria zur Zeit der XII Taf. eine Rechtsverletzung bedeuten oder einschliessen sollte.[2]

---

[1] Siehe LENEL, Ed.[2], S. 384 ff.

[2] 1. Sowohl Paulus' Erklärung Coll. 2, 5, 1 wie Ulpianus' Coll. 7, 3, 4 des Wortes iniuria im hier fraglichen Zusammenhange als contumelia weisen darauf hin, dass es ursprünglich einen besonderen Sinn gehabt hat, woraus sich später die Bedeutung contumelia entwickelt hat. 2. Auch wenn iniuria hier ebenso wie im späteren Sprachgebrauche ein Verfahren non iure einschliessen sollte, folgt daraus keineswegs, dass es sich um ein rechtswidriges Verfahren handelt. Es können die stärksten Gründe dafür angezogen werden, dass iustus bezw. iniustus, von Handlungen oder Personen ausgesagt, sich ursprünglich auf solche Situationen bezieht, in welchen die Frage entsteht, ob die Handlung von der besonderen Kraft ausgeht, die ein ius einschliesst, oder die Person durch das ius mit einer besonderen Kraft ausgerüstet ist. (Hierüber in einer späteren Abteilung in Anknüpfung an die technischen Ausdrücke: iustus — non iustus rogator, iustum — iniustum testamentum, matrimonium, bellum, imperium etc.) Aber ein solches iniustum schliesst gewiss nicht notwendig eine *Rechtswidrigkeit* ein. Es kann ebensogut nur bedeuten, dass man der Kraft

Aus dem Angeführten folgt, dass weder die Judikation betreffs der Faktizität der vom Aktor behaupteten 'iniuria' noch die Sentenz des Schätzungsrichters ursprünglich als ein damnare (condemnare) bezeichnet worden ist, wie sehr auch immer später der Verurteilte als ein damnatus aufgefasst wurde.[1] Letzteres ist nur ein Zeichen, dass man nicht den Unterschied zwischen dem zivilen und dem nur prätorischen Delikte festhält. Hierzu kommt, dass man die Bedeutung der poena im alten Gesetze missverstand, indem man sie als *Strafe* für eine begangene Tat fasste, womit natürlich die iniuria ein Delikt, das aus sich eine zivile Obligation erzeugt, wurde.[2] Damit

---

des ius entbehrt. Wer z. B. einem fremden Sklaven etwas befiehlt, handelt damit iniuste im älteren Sinne des Wortes, aber deshalb nicht notwendig rechtswidrig. Ein nicht rechtsgültiges Testament ist ein iniustum testamentum, aber keine Rechtsverletzung etc. Deshalb *kann* mit *iniuria* hier eine solche Körperverletzung gemeint sein, die *nicht* aus einem Rechte entspringt, z. B. *nicht* in Zusammenhang mit dem Versuche, einen homo sacer oder einen nächtlichen Dieb zu töten, steht. Nur wenn man sich nicht auf ein Recht berufen kann, tritt die Talion ein. Dies ist auch, unabhängig von dem vorher gegebenen Beweise dafür, dass iniuria nicht Rechtsverletzung bedeutet, wahrscheinlich, weil iniuria (im Abl.) in der alten Formel für den Vindikationsprozess in der legis actio in rem sicher die Bedeutung *non iure* im vorher angegeben Sinne hat. Nach Gaius I. 4, 16 wird der in zweiter Linie Vindizierende gefragt, qua ex causa vindicaverit. Er antwortet: *ius* feci, sicut vindictam imposui. Dies muss im Hinblicke auf die Frage nach der causa bedeuten: ich realisierte mein *Recht* . . . Die gegnerische Partei sagt darauf: quando tu *iniuria* vindicavisti. D. h. die eine Partei erklärt, dass sie in der Vindikation ihr Recht angewandt hat, die andere verneint es. Das behauptete Fehlen des Rechts bei der Vindikation kann nicht eine *Rechtsverletzung* bedeuten. Die *Folge* dieses Fehlens ist absolut nichts anderes, als dass der Prozess verloren wird, wie z. B. ein testamentum iniustum nur die negative Folge hat, dass die darin gemachten Bestimmungen von den betreffenden Personen im Prozesse nicht mit Erfolg geltend gemacht werden können. Dass die verlierende Partei die poena sacramenti bezahlen muss, ist natürlich nur eine Folge des sacramentum selbst. 3. Wie unmöglich es ist, aus einer altertümlichen Form mit dem Stamme *ius* Schlüsse auf Grund des späteren Sprachgebrauchs zu ziehen, zeigt hinreichend der Ausdruck ius iurare, bei dem es sogar schwer ist, den Zusammenhang mit dem ius im späteren Sinne herauszufinden! — Weiteres über 'iniuria' später.

[1] So Gaius I. 4, 182.

[2] Dass der Ausdruck Gellius (Caec.) 20, 1, 38: pecuniæ *damnabat*, gar nichts betreffs des älteren Sprachgebrauchs beweist, ist vorher S. 444 nachgewiesen.

wurde die spätere prätorische Strafe, die mit der lex Aebutia[1] anstatt der ursprünglichen gesetzlichen Rechtsfolge eingetreten zu sein scheint und die durch ein iudicium mit einer formula in bonum et aequum concepta[2] dem Schuldigen abgefordert wurde, als eine blosse Nachfolgerin der gesetzlichen Strafe betrachtet. Um so mehr konnte die vom Prätor als ein Delikt behandelte iniuria für ein wirkliches Delikt im zivilen Sinne und also die Schuldigerklärung für eine damnatio gehalten werden.

Es ist jetzt deutlich, dass, wenn es sich um die ursprüngliche Bedeutung handelt, die die Kondemnierung als eine Schuldigerklärung wegen eines Privatdeliktes und damit als eine gewisse Bindung des Schuldigen hat, man von den Injuriendelikten abstrahieren und ausschliesslich die zwei anderen Hauptfälle des Privatdelikts, die allein echt sind, berücksichtigen muss. Da nun diese — das furtum und damnum iniuria datum — eine durch *damnum decidere* oportet bezw. *dare damnas esto* zu bezeichnende Obligation erzeugen, kann natürlich das damnare (condemnare) als eine Schuldigerklärung durch die Pronuntiierung des iudex, dass die behauptete Tat, wegen welcher damnum decidere bezw. dare oportet (auf Grund des damnas esto des Gesetzes) geschehen ist, nichts anderes sein als so binden, dass die fragliche Obligation zu einer höheren Aktualität gebracht wird. (Was diese Aktualisierung, näher bestimmt, bedeutet, wird alsbald bei Untersuchung der Pronuntiierung des iudex auseinandergesetzt werden.) Es handelt sich also hier um eine solche Bindung durch den iudex, durch die eine gewisse Macht des durch ein Delikt Verletzten über den Täter, die durch eine gewisse Ausgabe lösbar ist, entsteht. Die Konstruktion ist in diesem Falle: *furti* bezw. *damni iniuria* damnare (condemnare). Indessen ist die blosse judizielle Schuldigerklärung nicht für die völlige, durch den iudex überhaupt zu bewirkende Aktualisierung der zugrunde liegenden Obligationen hinreichend. Erst durch die litis aestimatio, worin die fragliche, für die Lösung von der Macht nötige Geldsumme, zu einem *bestimmten* Betrage festgestellt wird, erreicht die betreffende Obligation ihre volle judizielle Aktualität. Erst so wird

[1] Siehe Gell. 16, 10, 8.

[2] Siehe oben S. 493[1].

nämlich der für schuldig Erklärte ein *iudicatus*, d. h. eigentlich ein *adiudicatus*[1], der als solcher, wenn nicht binnen einer gewissen Zeit (30 Tage) Bezahlung erfolgt ist, unmittelbar, auf Grund seiner Stellung als eines iudicatus, dem Verletzten verfällt. Dieser iudicatus wird infolge der ursprünglichen Verurteilung wegen eines Verbrechens als damnatus (condemnatus) bezeichnet. (Wir haben vorher[2] nachgewiesen, dass vor dem Formularprozesse damnare — condemnare als verurteilen nur strafrechtliche Bedeutung hat und dass deshalb der iudicatus, nur wenn er auf Grund eines Privatdeliktes in diese Stellung eintritt, als ein damnatus — condemnatus zu betrachten ist. Es handelt sich aber hier nur um die Bedeutung des damnare — condemnare als verurteilen zur Zeit des Legisaktionsprozesses.) Die dazu gehörige Konstruktion — damnare (condemnare) *aliquem alicui X mil. sest.* —[3] ist *völlig sicher* so entstanden, dass eine Kontamination mit der Konstruktion: alicui X mil. sest. iudicatus stattgefunden hat. Der damnatus (condemnatus) ist ja hier ein iudicatus. Also wird durch die fragliche Konstruktion bezeichnet, dass derjenige, der eines Privatdelikts schuldig erklärt worden ist, sich jetzt in der Stellung eines iudicatus befindet, womit die Macht des Verletzten über den Täter ihre höchste judizielle Aktualität vor der direkten Exekution erhalten hat. In der Konstruktion *dare* damnas (damnatus) esto, die absolut notwendig ist, wenn eine durch das Verb damnare auszudrückende Obligation, die unabhängig vom Prozesse vorhanden ist, bezeichnet werden soll[4], liegt der Schwerpunkt auf der für Lösung nötigen *Ausgabe*. Aber in der ersteren Konstruktion, durch welche der damnatus als ein iudicatus gedacht wird, liegt er auf der *Macht*, von welcher man sich zu lösen hat. Doch handelt es sich in den beiden Fällen um *dieselbe* Macht, obgleich im einen Falle minder aktuell als im anderen. — Es ist nur hinzuzufügen, dass, wenn die Strafsumme schon von Anfang an hinsichtlich ihres Betrags bestimmt ist, wie in gewissen Fällen,

---

[1] Siehe oben S. 431[1].

[2] Siehe oben S. 453[1].

[3] Siehe oben S. 443[1].

[4] Siehe oben S. 485 f. betreffs des damnum iniuria und Privatdelikte gegen die Gemeinde. Über die Legate alsbald.

wo die Gemeinde auf Grund eines Delikts gegen sie als privates Subjekt mit einer Damnas-Obligation ausgerüstet wird, eine besondere litis aestimatio überflüssig wird. Dann kann von der Person unmittelbar nach der Schuldigerklärung *sowohl* damnatus (condemnatus) mit dem *Verbrechen* im Gen. als damnatus (condemnatus) mit der *Strafsumme* in Gen., Akk. oder Abl. *und* der verletzten Person im Dat. gesagt werden. Umgekehrt wird, wenn der Beklagte in iure die Tat gesteht, die besondere Schuldigerklärung durch den iudex überflüssig. In diesem Falle ist nur die litis aestimatio, wenn nicht von Anfang an die Strafsumme bestimmt ist, nötig. Durch die litis aestimatio wird dann der Schuldige ein dem Verletzten hinsichtlich der in derselben festgestellten Summe damnatus (condemnatus). Er ist jedenfalls ein iudicatus auf Grund der Aktualisation einer Obligation, die durch damnum decidere oportet bezw. dare damnas esto zu bezeichnen ist.

Wir haben indessen durch die hier vorgenommene Untersuchung über damnare (condemnare) als verurteilen bewiesen, dass die mit der Kondemnierung gegebene Bindung auf privatrechtlichem Gebiete vor der Zeit des Formularprozesses eine Aktualisierung der potentiellen Macht ist, die als lösbar durch eine gewisse Prästation auf Grund eines Privatdeliktes vorher besteht. Wir haben dabei auch gefunden, dass in den zwei Hauptfällen des Privatdeliktes — furtum und damnum iniuria — das fragliche ursprüngliche Band durch solche Worte, die sich indirekt oder direkt auf das Verb damnare beziehen, bezeichnet wird. Daraus scheint zu folgen, dass damnare im Privatrechte, *auch* wenn das Wort ohne Beziehung auf einen verurteilenden Richter angewandt wird, strafrechtliche Bedeutung hat und dass es überhaupt im Privatrechte eine durch ein Delikt entstehende Macht des Verletzten über den Täter, die durch eine gewisse Prästation aufgelöst wird, ausdrückt.

Wir haben jetzt zu untersuchen, ob dieser Wahrscheinlichkeitsschluss durch Tatsachen bestätigt wird. Dabei ist es zweckmässig, zuerst zu untersuchen, ob die durch 'damnatus' ausgedrückten *sakralen* Bande, die unabhängig von jeder Verurteilung bestehen, allgemein strafrechtliche Bedeutung haben. (Eine solche Untersuchung ist um so nötiger, als die unmittelbar als strafrechtlich erschei-

nenden privatrechtlichen Damnatus-Obligationen — die aus furtum und damnum iniuria entspringenden — in Zusammenhang mit dem im fas eingeschlossenen alten ius gentium gesetzt werden müssen.[1]) Typisch sakrale Bande der fraglichen Natur treten in den Ausdrücken voti damnatus[2] und damnata religione (für eine arbor infelix) hervor, in welchen es sich um sakrale Fachworte handelt, deren Altertümlichkeit unzweifelhaft ist. Was nun ersteren Ausdruck betrifft, ist zu beachten, dass die Einlösung der sakralen Schuld als ein *se exsolvere* oder *liberare religione* bezeichnet wird.[3] Ganz denselben Ausdruck verwendet man betreffs des populus, wenn es sich um

---

[1] Siehe oben S. 483 f.

[2] Voti damnatus wird, wie bekannt, derjenige, der das votum gegeben hat, in dem Moment, in dem die Bedingung der Verpflichtung — das bei dem votum angegebene beneficium seitens der Götter — und damit die Verpflichtung selbst eingetreten ist. Vorher wird er als voti reus bezeichnet. Wissowa, Rel. u. Kultus der Römer S. 302 erklärt diese Ausdrücke unrichtig, indem er die Stellung des voti reus als der des reus im Prozesse analog betrachtet, so dass voti reus in derselben Situation wie eine Prozesspartei wäre, solange die Sache noch unentschieden ist. Er bestimmt ebenso unrichtig voti damnatus als 'rechtskräftig zur Erfüllung der gelobten Gegenleistung verurteilt'. Was ersteren Ausdruck betrifft, ist die Bedeutung bei Macr. Sat. 3, 2, 6 ad Verg, Aen. V, 237 so bestimmt: voti reus, qui suscepto voto se numinibus obligat, was mit Cic. de leg. 2, 16, 41: votis sponsio, qua obligamur und Serv. in Aen. 4, 699: Ideo et cum vota suscipimus, rei voti dicemur, donec beneficium consequamur zu vergleichen ist. D. h. voti reus ist zu Erfüllung des votum bedingt obligiert. Es widerstreitet aber völlig römischer Anschauung, den Beklagten im Prozesse als vor dem Urteil bedingt obligiert zu betrachten. Hinsichtlich dieses ist vor dem Urteil nur unentschieden, ob er *unbedingt* verpflichtet oder überhaupt nicht verpflichtet gewesen ist. Dass der Ausdruck reus im älteren juridischen Sprachgebrauche auch ohne Beziehung auf Prozess angewandt wird, geht unzweifelhaft aus Gallus Aelius bei Festus p. 273 M. hervor, wo vom reus promittendi im Sinne des durch Stipulationsversprechen Obligierten gesprochen wird. Siehe auch Non. Marc. p. 461 M. Dass voti damnatus rechtskräftig verurteilt bedeuten sollte und daher die Götter im fraglichen Falle als Richter auftreten sollten, ist ein Satz, der jeder Stütze in den Quellen entbehrt. Der bezügliche Zustand tritt ja mit dem beneficium automatisch ein, weshalb voti damnatus oft so übersetzt werden kann: derjenige, dessen mit dem votum ausgesprochener Wunsch erfüllt worden ist. (Siehe z. B. Liv. 7, 28, 4 und Verg. Ekl. 5, 80).

[3] Siehe oben S. 421 A.

die deditio verbrecherischer Personen zwecks Lösung des Volkes vom Götterzorn handelt![1] Also ist derjenige, der das votum gegeben hat, *unmittelbar* nach dem Genuss des beneficium mit dem Götterzorn beladen, obgleich er sich durch Prästation davon lösen kann.[2] Was den Ausdruck damnata religione für eine arbor infelix betrifft, so ist dessen Bedeutung insofern von der des vorher erläuterten unterschieden, als hier kein Lösemittel vom Götterzorn als möglich vorausgesetzt wird. Lezterer hat hier bereits die Wirkung gehabt, dass die anima des Baumes in die Gewalt des erzürnten Gottes gelangt ist.[3] Auf ganz dieselbe Weise bedeutet homo damnatus in abstracto einen hinsichtlich seiner anima der erzürnten Gottheit geweihten Menschen[4], obgleich die Damnierung in diesem Falle durch einen verurteilenden iudex geschehen muss, während im ersteren die Gottheit selbst den Gegenstand in ihre Gewaltsphäre zieht. Dass indessen nach ursprünglicher römischer Anschauung der Götterzorn auf einer verhassten Tat der anima (animus) des Baumes beruhen muss, ist notwendig anzunehmen im Hinblick auf die stark hervortretende Vorstellung, dass nicht nur Tiere, sondern auch tote Dinge unrecht handeln können.[5] Weiter kann mit Anspruch auf hohe Wahrscheinlichkeit gesagt werden, dass der alte materialistische Ansteckungsgedanke betreffs des Götterzorns[6] die Vorstellung mit sich gebracht hat, dass die Befriedigung der göttlichen Rachsucht durch die Sakralisierung der anima (animus) des Baumes die Umgebung von der Ansteckung befreite. Damit wird die Verwandtschaft mit einem homo damnatus, der als solcher das Volk vom Götterzorn befreit, noch deutlicher.

Wenn wir nun das Legat per damnationem untersuchen, ist zuerst festzustellen, dass, wenn es nicht an sich strafrechtlichen Charakter

---

[1] Livius 9, 8, 6, vgl. die Deditionsformel 9, 10, 9 . . . quo populus Romanus scelere inpio sit solutus . . .

[2] Über den hier bestimmenden Gedankengang — die Verwendung der göttlichen Kräfte erweckt den Zorn der Götter, solange die gehörige Gegenleistung nicht erfolgt ist — siehe oben S. 482.

[3] Siehe oben S. 467 f.

[4] Siehe oben S. 449 f.

[5] Siehe oben S. 282 A u. S. 283 ff.

[6] Siehe oben S. 281[2].

hätte, hier das Wort damnare im älteren Sprachgebrauche auf eine Weise angewandt wäre, die *allen* anderen Verwendungen desselben widerstreitet, was wenig wahrscheinlich ist. Aber weiter lässt sich ohne eine eingehende Untersuchung des Rechtsgrundes der römischen hereditas und des römischen Testamentes wenigstens soviel feststellen, dass beide ursprünglich in unmittelbarem Zusammenhange mit dem *Sakralrechte* gestanden haben. Betreffs des älteren ordinären Testamentes *wissen* wir, dass es in den comitia calata unter der Leitung des *pontifex maximus* (oder möglicherweise des rex sacrorum) pronuntiiert werden musste.[1] Dies macht die Annahme absolut notwendig, dass das Testament ursprünglich ein sakraler Akt gewesen ist. Aber dass der religiöse Charakter in der Beziehung auf di parentes bestand, ist ebenso notwendig anzunehmen. Bezüglich des Erbschaftsrechtes selbst braucht man, um dessen sakralen Ursprung behaupten zu können, nur den alten Satz: nulla hereditas sine sacris anzuziehen. Dieser Satz in Verbindung mit der Gewissenhaftigkeit, mit der an der Pflicht des Erben hinsichtlich der sacra festgehalten wurde[2], weist darauf hin, dass das Erbschaftsrecht auf dem Prinzipe geruht hat, dass der den di parentes genehme Hüter der sacra *als solcher* das Erbschaftsrecht hatte. Ferner hat man zu beachten, dass in römischen Grabschriften, die *dis manibus* gewidmet waren, Strafbestimmungen durch dare damnas esto ausgedrückt und mit aerarium populi Romani oder auch den vestalischen Jungfrauen als Destinataren vorkamen.[3] Aber man findet ganz ähnliche Strafbestimmungen im ältesten bekannten römischen Testamente wieder.[4] Auch im Testamente können also die di parentes als Mächte, welche durch gewisse Handlungen verletzt werden, fungieren.[5] Im Hinblick auf das hier Angeführte

---

[1] Siehe Gaius I. 2, 101 u. dazu GIRARD, Man. 813 [3 u. 4].

[2] Siehe z. B. Gaius I. 2, 55 vgl. mit Cic. de leg. 2, 19, 47 ff.

[3] Bruns 1, S. 378, 11, 12 u. 13; S. 379, 14; S. 381, 31.

[4] Siehe das Testament eines Lingonen aus dem ersten Jahrh. n. Chr.: Bruns 1, S. 310, II, 5.

[5] Im vorher erwähnten Testamente werden I 20—24 der Erbe und die Erben des letzteren damnas — damnates in abstracto, hinsichtlich der Aufrechterhaltung der testamentarischen Bestimmungen über die Grabstätte. Da

ist schwerlich zu bezweifeln, dass auch im *Legate* per damnationem der Erbe als dem Legatar dare oder sinere damnas[1] eigentlich als zugunsten der di parentes gebunden betrachtet worden ist, obgleich vom Testator bezeichnete Personen die unmittelbaren Destinatare waren. Aber nun ist jedes *sakrale* Band derart beschaffen, dass die *Unterlassung* der Handlung, die vom Bande löst, deos iratos macht, was auch so ausgedrückt werden kann, dass das Band selbst in dem den Gebundenen bei Unterlassung der betreffenden Handlung treffenden Götterzorn besteht.[2] Wenn das Erbschaftsrecht selbst auf der Stellung des Erben als des berufenen Hüters der sacra beruht und die Vollziehung der Legatsbestimmungen mit Menschen als unmittelbaren Destinataren ursprünglich in Zusammenhang mit den sacra gestanden hat, versteht man auch gut, wie die *Unterlassung* als solche den Götterzorn bewirken kann, obgleich das daraus entstehende göttliche Band auf den Legatar als Destinatar übergeht — ganz wie im privaten *eigentlichen* Strafrechte, wo *positive* Handlungen das mit den Göttern ursprünglich zusammenhängende römische Recht verletzen, der einzelne unmittelbar Verletzte als Vertreter verletzter Götter den Vorteil der aus den Verbrechen entspringenden Bande erhält.[3] Derjenige, der wegen der di parentes das Erbschaftsrecht geniesst, ist denselben Göttern verhasst, wenn er die zu ihrem Dienste gehörigen Handlungen unterlässt.[4] Also kann behauptet werden, dass die Legatsobligationen, obgleich sie von den römischen Juristen nicht als obligationes ex delicto bestimmt werden, doch an sich diesen Charakter gehabt haben müssen. Überhaupt ist die systematische

---

kein besonderer Destinatar als Empfänger einer Strafsumme erwähnt ist, müssen die di parentes, als durch Versäumnis der Erben verletzt, gemeint sein.

[1] Gaius I. 2, 201 u. 209.

[2] Die Richtigkeit dieser Behauptung geht völlig klar aus der unmittelbar vorher gegebenen Erläuterung des votum solvere als eines se exsolvere religione hervor, besonders wenn man dabei auch die Betrachtungsweise der Römer hinsichtlich der Vollziehung völkerrechtlicher, unter dem fas stehender Verträge berücksichtigt.

[3] Siehe oben S. 483 f.

[4] Auch Huvelin, Les tabl. mag. S. 58[1] setzt das Legat per damnationem in Zusammenhang mit den offenbar sakralen testamentarischen damnationes betreffs der Grabstätte etc. und mit den sepulkralen multæ.

Behandlung der fraglichen Obligationen bei den Juristen mangelhaft. *Obgleich* man als *summa divisio* der Obligationen die Einteilung in obligationes ex contractu und obligationes ex delicto betrachtet[1], wird die Legatsobligation auf keine dieser Gruppen bezogen — nicht einmal als obligatio quasi ex contractu oder quasi ex delicto. Dies ist auch leicht verständlich. Zur letzteren Gruppe konnte sie nicht gerechnet werden, weil keine wirkliche rechtsverletzende Handlung als Grundlage derselben betrachtet werden konnte und sogar keine *verwerfliche* Unterlassung seitens des Erben nötig war. Es war ebenso unmöglich, hier den in der Juridik ausgebildeten Begriff eines Delikts anzuwenden, wie im Falle voti damnatus. Man hatte deshalb nicht die Möglichkeit einer befriedigenden Systematisierung in diesen Fällen, wo der strafrechtliche Charakter ganz eigenartig war. Hierzu kommt, dass der ursprüngliche sakrale Charakter des Testamentes verdunkelt wurde, wie auch der innige Zusammenhang zwischen dem Erbschaftsrecht und der Pflicht zu den sacra wegfiel.

Hiermit ist der Kreis der damnationes geschlossen. Es ist nachgewiesen worden, dass die Quellenzeugnisse einstimmig in eine gewisse Richtung weisen. *Jede* durch die Worte damnum im ursprünglichen Sinne und damnare (condemnare) bezeichnete Gebundenheit scheint einen sakralen Ursprung gehabt zu haben. Es handelt sich dabei immer ursprünglich um die Notwendigkeit einer Ausgabe zwecks Lösung vom Götterzorn. Diese Ausgabe kann die anima (animus) selbst des Schuldigen betreffen. Beachte die Ausdrücke damnare aliquem in abstracto[2] und damnatus religione.[3] Sie kann aber auch in einem Ersatz für diese bestehen. Beachte die Ausdrücke voti damnatus[4] und pecunia damnatus[5] (in öffentlichen Strafsachen). Aber anstatt der Götter können einzelne Menschen als ihre Vertreter fungieren und die Kraft ihres Zorns als eine potentielle Macht über den Schuldigen empfangen. Die Ausgabe ist dann nötig, um von dieser aus der Kraft des Götterzorns herstammenden Macht zu lösen. Beachte die Ausdrücke: damnum decidere oportet[6] und dare damnas esto[7], welche sich immer auf solche Fälle beziehen,

---

[1] Gaius 3, 88. [2] Siehe oben S. 449 f.
[3] S. 467 f. [4] S. 498 f. [5] S. 453[1].
[6] S. 474 ff. [7] S. 485 f. u. 501[1].

in welchen einzelne Personen als Rechtsinhaber entweder auf Grund einer offenen Rechtsverletzung oder auf Grund einer Handlung, die nach älterem Sakralrechte an sich diesen Charakter hat, hervortreten. Weiter kann die Gebundenheit von einem besonderen Akte des iudex abhängen oder rein automatisch eintreten: vgl. die Ausdrücke damnare aliquem in abstracto und condemnatus alicui X mil. sest. einerseits[1], die voti damnatus, damnatus religione, damnum decidere oportet und dare damnas esto andererseits. Wie dem auch sei, immer steht im Mittelpunkte der Götterzorn, mag er auch nur als eine Kraft bei Menschen hervortreten.[2]

Der hier geführte Nachweis, dass besonders bei den Judikatsobligationen und den Obligationen, die durch damnas — damnatus oder verwandte Worte zu bezeichnen sind, die römische Idee vom Forderungsrechte als einer potentiellen, durch gewisse Leistung lösbaren Macht des Gläubigers über den Schuldner scharf hervor-

---

[1] S. 443[1].

[2] Da wir jetzt eine Übersicht über das ganze in Frage stehende Gebiet haben, kann noch ein Grund für die Richtigkeit der Annahme angeführt werden, dass damnum bezw. damnare eine für Lösung von einem gewissen Bande nötige Ausgabe bezw. mit einer solchen Ausgabe belegen bedeutet. Es darf nämlich nicht unbeachtet gelassen werden, dass in der lateinischen Literatur damnare auch in der Bedeutung liberare angewandt wird. Beispiele bei Non. Marc. p. 277 M. Weiter kann der alte Ausdrucksweisen nachahmende Verg. Aen. XII, 727 angeführt werden: quem damnet labor. Dies wird von Servius so erklärt: I. e. quem voto liberet labor praeliandi, parta scilicet victoria, quoniam unusquisque ob incolumitatem recuperatam votis exsolvitur, i. e. liberatur explicitis sacrificiis . . . Nonnulli sic tradunt: quem labor suus liberet, quem mors urgeat; nam in iure cum dicitur, *damnas esto*, hoc est damnatus es, ut des, hoc est, damno te, ut des, neque alias liber eris. Siehe auch Servius in Aen. 4, 699: *Damnare* autem est damno adficere, i. e. *debito liberare*. Ideo et cum vota suscipimus, rei voti dicimur, donec consequamur beneficium, et donec condemnemur, i. e. promissa solvamus. Vgl. Macr. Sat. 3, 2, 6: voti damnatus, qui promissa vota iam solvit. So auch Non. Marc. p. 277 M. Diese Verwendung von damnare ist nur verständlich, wenn das Wort ursprünglich die hier angenommene Bedeutung hatte. 'Mit einer Ausgabe zur Lösung eines Bandes belegen' gleitet von selbst über in: 'durch das Belegen mit einer Ausgabe vom Bande lösen'. Wenn die Ausgabe, womit man belegt wird, als auf Grund der Damnation wirklich erfolgend gedacht wird, wird damnare dasselbe wie liberare.

tritt, gewinnt eine gewisse Beleuchtung durch Beachtung der Rechtsfolge bei *infitiatio* des Belangten in den fraglichen Fällen. Wenn man die in Wirklichkeit öffentlichen, obgleich formell privaten Aktionen, die nach besonderen Gesetzen die Gemeinde selbst auf Grund gewisser Delikte gegen den Verbrecher erhält, und weiter die actio furti nec man., die von selbst aufs duplum (oder in ihren Abarten aufs triplum) ging, ausnimmt, findet man, dass alle am Ende der Zeit des Legisaktionsprozesses nicht schon aufgehobenen Aktionen, die auf Obligationen der angegebenen Art ruhten, im Formularprozesse bei der Verneinung in iure aufs duplum gingen. Dies ist der Fall bei der actio iudicati und der actio depensi — letztere war die einzige legis actio pro iudicato, die bis zum Ende der Zeit des Legisaktionsprozesses erhalten blieb. Dasselbe gilt für die actio damni iniuria und die actio auf Grund eines legatum per damnationem.[1] Man hat diese Tatsache so zu erklären versucht, dass die Damnasobligation ursprünglich unmittelbare Exekution durch die legis actio per manus iniectionem mit sich gebracht habe. In dieser soll wie im Falle legis actio p. m. i. iudicati der zur Verteidigung des Gegenstandes der manus iniectio nötige vindex, wenn er unrechtmässig die Befreiung des Belangten veranlasst, schuldig gewesen sein, das duplum zu leisten. Dies sei dann im Formularprozesse sowohl beim Falle actio iudicati als beim Falle actio auf Grund einer Damnasobligation in das Prinzip lis infitiando crescit in duplum übergegangen.[2] Aber diese Erklä-

[1] Siehe z. B. Gaius I. 4, 9 u. 4, 171 u. Paulus sent. 1, 19. Betreffs der legis actio depensi siehe Gaius I. 4, 25. Die Einschränkung bezüglich der Legate, dass sie certa relicta sein müssen, ist leicht verständlich. Nach römischer Anschauung muss Geständnis bezw. Bestreitung, um rechtliche Bedeutung zu haben, auf etwas Bestimmtes gehen. Wenn auch beim damnum iniuria die zugehörige Obligation auf ein incertum hinsichtlich der Grösse der Entschädigungssumme geht, kann doch das Geständnis bezw. die Verneinung insoweit auf ein certum gehen, als eine individuelle Handlung oder eine durch den Wert einer individuellen Sache bestimmte Obligation zugestanden oder bestritten werden kann. Aber ein Legat, das weder individualisiert noch in bezug auf Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt ist, entbehrt der nötigen Bestimmtheit, damit die Bejahung oder Verneinung Bedeutung haben kann.

[2] Ihering, Geist 1, 154, 59 c verwendet allerdings prinzipiell die im Texte angegebene Erklärung der Duplierung, wagt aber nicht zu behaupten, dass wirklich bei den zwei gewichtigsten Damnasobligationen: den auf damnum

rung ist ganz unmöglich. Denn die auf damnum iniuria und Legat per damn. begründeten Damnasobligationen *können* niemals eine legis actio per manus iniectionem pro iudicato oder eine l. a. p. m. i. pura, die nur eine Modifizierung ersterer ist, gegeben haben. Es ist undenkbar, dass Gaius in seinem Bericht über die Anwendung der fraglichen Aktionen[1] diese in klassischer Zeit so stark hervortretenden Obligationen nicht erwähnt hätte, wenn sie eine solche Aktion erzeugt hätten. Ausserdem kann nicht der auf eine dieser Arten Obligierte *pro iudicato* = als ob er hinsichtlich *einer gewissen Geldsumme* dem Kläger zugesprochen worden wäre[2], betrachtet worden sein, weil die eine der fraglichen Obligationen niemals auf eine gewisse Geldsumme ging, die andere es wenigstens nicht zu tun brauchte.[3] Hierzu kommt, dass die rechtliche Stellung des vindex völlig missverstanden wird, wenn man annimmt, dass er als solcher das *Recht* auf die l. a. p. m. i. bestreiten musste. Er war als solcher nur ein *befreiender Bürge*, der an die Stelle des Belangten trat, aber im Unterschied zu diesem, der als Gegenstand der manus iniectio vor der Befreiung durch den vindex nicht als selbständige Prozesspartei auftreten konnte, die Behauptung des Aktors zu bestreiten und betreffs derselben als Prozesspartei aufzutreten *fähig*. Er konnte aber natürlich auch sofort die Judikatsschuld anerkennen und bezahlen.[4] Aber wenn der vindex nur als selbst mit

---

iniuria und Legat per damn. begründeten, eine unmittelbare legis actio p. m. i. jemals möglich gewesen ist, womit das ganze Räsonnement in der Luft schwebt. GIRARD, Man. S. 999[2], vgl. mit S. 421[3], 490[1] u. 928[5] ist kühner und wagt die fragliche Behauptung.

[1] I. 4, 22 ff. [2] Siehe oben S. 437.

[3] Darüber, dass höchst wahrscheinlich die fragliche l. a. p. m. i. gar nicht auf einer wirklichen zivilen Obligation beruhte, siehe oben S. 351 A. ff.

[4] Nach lex Urson. 1, 3, 4, wo der vindex in der l. a. p. m. i. besprochen wird, soll er *locuples* sein, und in v. 5 wird der sonst betreffs des Bürgen gewöhnliche Ausdruck: *dare* vindicem angewandt. Dieselben Ausdrücke werden hinsichtlich des vindex als Bürgen bei der in ius vocatio lex Rubr. 2, 21, 23 gebraucht: locupletem vindicem non dederit. Über den vindex als einen bei der in ius vocatio von unmittelbarem Gehorsam befreienden Bürgen spricht Gaius I. 4, 46: qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit. LENEL behauptet Sav. Z. 2, 43 ff. und Ed[2], S. 65 mit Recht, dass 'fideiussor in iudicio sistendi causa' für einen in ius vocatus in den D., z. B. 2, 5, 1; 2, 6, 3; 2, 8, 2 pr., anstatt

der Iudicatus-Obligation beladen als Prozesspartei auftrat, konnte die Duplierung auf Grund der eventuellen Bestreitung gar nicht auf seiner Stellung als vindex beruhen, sondern nur auf der Natur

---

des in Gaius erwähnten vindex von den Kompilatoren eingeschoben ist. Dieser im prätorischen Edikt besprochene vindex ist mit hoher Wahrscheinlichkeit als ein Nachfolger eines vindex hinsichtlich der in den XII Taf. (tab. 1, 1—3) besprochenen manus iniectio gegenüber dem Gehorsam verweigernden in ius vocatus zu betrachten. Man kann sonst gar nicht verstehen, warum der Prätor gerade diese Bezeichnung verwenden sollte, die betreffs der l. a. p. m. i. die besondere Bedeutung einer von der manus iniectio befreienden aussenstehenden Person hat. (So auch LENEL, Sav. Z. 2, S. 47 ff. und Sav. Z. 25, S. 252 ff.) Anstatt der manus iniectio oder richtiger als eine alternative Rechtsfolge des Ungehorsams hat der Prätor, wenn kein 'vindex' den in ius vocatus von der unmittelbaren Folgepflicht befreit, eine actio in factum gegeben: Gaius a. a. O., vgl. I. 4, 183. (Dass das *Recht* auf ein ducere bei Verweigerung des Gehorsams seitens des in ius vocatus nicht auf Grund des prätorischen Ediktes weggefallen ist, geht bestimmt aus Gaius D. 2, 8, 5, 1 u. Paulus D. 2, 4, 21 hervor.) Prinzipiell ist der von Gaius a. a. O. erwähnte vindex und dann auch notwendig der in lex Rubria 2, 21 ,23 vorkommende ein Befreier von der unmittelbaren ductio, wenn auch *daneben* Befreiung von der erwähnten actio in factum eintritt. SCHLOSSMANN behauptet Sav. Z. 24, S. 288 ff., dass 'vindex' in der lex Rubria, bei Gaius und in der lex Urson. 'Bürge' überhaupt bedeute, während vindex in den XII Tafeln einen speziellen Sinn habe. Aber da der vindex bei Gaius und dann auch in der lex Rubria *ganz unzweifelhaft*, ebenso wie der in der lex Urson. und der in den XII Tafeln, von der unmittelbaren ductio befreit, obgleich es sich im ersteren Falle um einen in ius vocatus, im letzteren um eine Person, die Gegenstand einer l. a. p. m. i. iud. ist, handelt, *muss* die Meinung SCHLOSSMANN's fehlerhaft sein. (Gegen ihn LENEL, Sav. Z. 25, S. 242 ff.) Indessen ist wohl zu beachten, dass der vindex, wenn er auch insoweit als Bürge bezeichnet werden muss, gar nichts formell *verspricht*. Er vindiziert nur die Person, für welche er auftritt, und befreit sie so auf Grund des Gesetzes. Dies geht sowohl aus dem Worte vindex wie aus dem völligen Schweigen der Quellen über ein besonderes Versprechen bei der Vindizierung hervor. Aber es ist eine natürliche Folge, dass er, *gerade indem* er gesetzlich seinen Klienten durch das manum depellere von der ductio der Gegenpartei befreit, die Aktion der letzteren auf sich selbst zieht. Was nun die in ius vocatio betrifft, hat das fragliche Recht niemals eine Obligation mit einem venire oportet od. dgl. eingeschlossen, sondern von Anfang an lag nur ein Recht auf gewaltsames ducere in ius bei der Weigerung, freiwillig zu folgen, vor, welches Recht bloss naturaliter realisiert werden, niemals in einem Prozesse als ein Recht intendiert werden konnte. Deshalb konnte natürlich die auf den vindex übergehende Aktion ursprünglich nur ein naturaliter realisierbares Recht auf seine Person bedeuten. Und wenn

der Obligation, die er mit der Vindizierung übernahm. Deshalb muss natürlich der Grund der Duplierung ganz unabhängig von der Vindexinstitution bestimmt werden. Übrigens ist zu bemerken,

---

später die Sache durch prozessuale Aktionen geordnet wurde, konnten diese — sei es gegenüber dem in erster Linie in ius vocatus, sei es gegenüber dem vindex — nur prätorisch sein. Dies war auch der Fall: Haupstellen Gaius I. 4, 46; Ulp. D. 42, 4, 2 und 2, 8, 2, 5. Aber anders muss die Lage betreffs des vindex bei der l. a. p. m. i. iud. und ihren Nachbildungen gewesen sein. Hier war ja eine zivile Obligation des ursprünglichen Gegenstandes der manus iniectio vorhanden. *Diese* ging dann natürlich auf den vindex über indem er den ursprünglichen reus von der ductio befreite und, wenn er nicht bezahlte, jedoch das Vorhandensein der vom Aktor behaupteten Schuld nicht bestritt — was er (im Unterschied zu dem ursprünglich Gebundenen, *solange* dieser ein Gegenstand der manus iniectio war,) konnte (Gaius I. 4, 21) — war der Aktor natürlich in der Lage, ihn selbst einer l. a. p. m. i. zu unterwerfen. Diese Möglichkeit hatte jedoch wohl keine praktische Bedeutung. Aber dass er nicht selbst unmittelbar bezahlen und sich selbst und den ursprünglichen reus von der Schuld befreien konnte, dass er also die Forderung bestreiten *musste*, nachdem er den reus von der unmittelbaren ductio befreit hatte, ist an sich völlig absurd und widerstreitet auch den vorhandenen Angaben über das tatsächliche Fungieren der Vindexinstitution. Als ein wirklicher vindex tritt Manlius bei Livius 6, 14, 3 auf; centurionem . . . iudicatum pecuniæ cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurrit et manum iniecit — vgl. das manum depellere als eine Funktion des vindex Gaius I. 4, 21. Manlius bezeichnet auch sich selbst als einen *vindex* der plebs infolge solcher Taten, Livius 6, 18, 8. Aber nach Befreiung des Schuldners von der ductio bezahlt Manlius dem Gläubiger nach 14, 5: inde rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit. (Letztere Worte können entweder so gefasst werden, dass der vindex selbst durch die Bezahlung dieselbe Forderung gegen den ursprünglichen reus erhält, ihn aber durch eine imaginaria solutio per aes et libram befreit, oder so, dass der ursprüngliche reus trotz des Schuldübergangs auf den vindex korreal obligiert bleibt, aber mit der Bezahlung selbst befreit wird. Siehe über diese Stelle Kleineidam, Die Personalexek. S. 157.)

Krüger behauptet Gesch. d. c. m. I, S. 192 ff., dass der vindex als ein adsertor in libertatem durch Kontravindikation gegenüber der vindicatio in servitutem seitens des Aktors auftrat. Diese Auffassung ist unmöglich, weil der Belangte keineswegs als *Sklave* des Klägers vindiziert wurde. Siehe oben S. 388 A.

Girard, Man. S. 999[2] beruft sich zwecks Begründung seiner Behauptung, dass der vindex entweder im Prozesse siegen oder das duplum bezahlen müsse, auf die Worte in der lex Urson. 1, 3, 7 ff.: si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto. Aber dies ist verfehlt, weil vim facere niemals sonst

dass man die Duplierung der Schuld bei Bestreitung des vindex bloss auf den Umstand stützen kann, dass im Formularprozesse die

---

in der lateinischen Literatur etwas anderes als faktische Gewalt üben, niemals vim dicere oder vindicare bedeutet, obgleich vim facere als Glied in einer rechtlichen Prozedur als blosse imaginäre Gewaltausübung vorkommen kann, z. B. bei Prozessen betreffs des Interdikts uti possidetis: Gaius I. 4, 170. Die einzige mögliche Auffassung der Stelle ist die, dass eine gewaltsame Befreiung des ductus vinctus als erfolgend vorausgesetzt wird. Die Gewalt wird jedoch nicht als gegen den zufälligen Herrscher geübt vorgestellt. Sie wird offenbar so gedacht, dass der zu Befreiende wie eine Sache durch die Anwendung der physischen Kräfte des Wegführenden auf ihn weggebracht wird. Daher der Ausdruck *in eo* (ducto vincto) vim faciet. Wir wissen ja aus Gaius I. 3, 199, dass ein solcher Raub als ein furtum betrachtet wurde. Damit ist der Ausdruck dupli damnas esto verständlich. Die Worte: ast eius vincitur beziehen sich natürlich auf einen eventuellen Prozess, in welchem der Räuber ein höheres Recht auf den ductus vinctus behauptet. Weiter ist zu beachten, dass der fragliche vim faciens nicht nur zum duplum, sondern auch zur Bezahlung einer Strafsumme von 20 000 Sestertien an die Gemeinde selbst obligiert wird. Wenn man überhaupt wollte, dass die Vindexinstitution zum Schutze der ungerecht als iudicati Behandelten fungieren sollte, wie konnte man dann das Risiko eines Irrtums des bestreitenden vindex so gross machen, dass ein jeder von der Hülfeleistung abgeschreckt werden musste??

Dass der vindex bei der l. a. p. m. i. iud. ein von der begonnenen manus iniectio befreiender Bürge war, der durch den befreienden Vindikationsakt die Schuld auf sich selbst übertrug, wird durch Gaius I. 4, 25 über jeden Zweifel erhoben. Nachdem er berichtet hat, dass nach der lex Vallia nur in den Fällen iudicatus und Depensierung des sponsor ohne Ersatz für die Befreiung von der ductio ein vindex nötig war, sagt er: unde nostris temporibus is, cum quo iudicati depensive agitur, iudicatum solvi satisdare cogitur, vgl. 4, 102. Hier ist ja der Zusammenhang zwischen dem früheren vindex, der, ohne etwas zu versprechen, durch die Befreiung des reus von der ductio selbst die Schuld übernimmt, und dem späteren sponsor, der zwecks Befreiung des reus von unmittelbarer Exekution durch besondere Worte die Schuld auf sich nehmen musste, ausdrücklich bezeugt. Niemand aber kann wohl glauben, dass der sponsor, der iudicatum solvi verspricht, wie der reus selbst nicht ebensogut durch direkte Befriedigung des Aktors wie durch Bestreitung in iure unmittelbare Exekution gegenüber sowohl sich selbst als dem korreal Obligierten verhindern kann. Alles Gewicht liegt ja darauf, dass der Aktor, der nicht unmittelbare Exekution erhält, als Ersatz Sicherheit für seine Forderung bekommt. Schlossmann, Altröm. Schuldr. S. 188, der verneint, dass der vindex in den XII Taf. einen Bürgen bedeutet, muss auch die Behauptung wagen, dass Gaius die ganze Situation missverstanden hat.

Bestreitung des Iudikates und des depensum, die *nur*, wenn ein Bürge für das iudicatum solvi gegeben war, Grundlage eines Prozesses werden konnte[1], Duplierung mit sich brachte. Aber in diesem Falle erfolgte die Duplierung ebensogut, wenn der ursprüngliche reus wie wenn der Bürge bestritt!

Aber wenn man also die Natur der fraglichen Obligationen — der Iudicatus- und Damnas-Obligationen — der Erklärung der Duplierung bei Bestreitung zugrunde legen muss, kann diese nur so erklärt werden, dass in den bezüglichen Obligationen der Gedanke an die rechtliche Macht des Gläubigers über den Schuldner besonders lebendig ist. Die Unterlassung, das Band zu lösen, bedeutet natürlich keineswegs, dass dem Gläubiger die fragliche *Macht* entzogen wird, aber die unrechtmässige Bestreitung ist als der Versuch einer *vollständigen, für alle Zukunft* bedeutungsvollen Entziehung zu betrachten. Wenn es dem Schuldner gelingen sollte, seine unrechtmässige Bestreitung im Prozesse durchzuführen, wäre der Gläubiger für alle Zukunft von der Realisation seiner Macht ausgeschlossen. Damit hat ja die fragliche Bestreitung Ähnlichkeit mit einem furtum, worin auch die einzig mögliche Erklärung der Duplierung liegt.

Wir haben nun die allgemeine Natur der römischen Obligation durch eine Untersuchung der rechtlichen Kraft *der* Judikation, die die Obligation betrifft, zu beleuchten. Zuerst ist hier auf die schon erwähnte[2] Bedeutung des iudicare als einer Pronuntiierung in einer aufgeworfenen Streitfrage hinzuweisen. Diese Pronuntiierung muss scharf von der auch dem iudex obliegenden litis aestimatio unterschieden werden, welche nicht als eine Judikation bezeichnet werden darf.[3] In privaten Streitigkeiten entscheidet der iudex durch die

---

[1] Dies folgt aus Gaius I. 4, 25. Wenn hier gesagt wird, dass der Belangte satisdatio iudicatum solvi geben *muss*, bedeutet dies natürlich, dass gar kein *Prozess* iudicati oder depensi ohne diese satisdatio zustande kommt, was indessen einschliesst, dass dann unmittelbar Exekution stattfindet und so eine eventuelle Bestreitung bedeutungslos wird.

[2] Siehe oben S. 431 ff.

[3] Siehe oben S. 440.

Pronuntiation die mit der legis actio bezw. der litis contestatio gegebene Frage.[1] Im *allgemeinen* hat der iudex seiner Pronuntia-

[1] Dass eine Pronuntiierung mit dem im Texte angegebenen Charakter sowohl im Legisaktionsprozesse als im Formularprozesse bei sachenrechtlichen Streitigkeiten stattfindet, braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden. Indessen leugnet BESELER, Beitr. 2, S. 139 ff., dass die Klassiker die fragliche Pronuntiierung wirklich durch iudicare bezeichneten, und betrachtet deshalb alle klassischen Juristen zugeschriebenen Stellen, wo iudicare eine solche Bedeutung hat, als interpoliert. Er beruft sich dabei auf die Natur des klassischen dinglichen Prozesses: »Im klassischen dinglichen Prozesse steht zwischen intentionbejahender Pronuntiation und Judikat der Restitutionsarbitrat, und der wird in der Regel erfüllt: der *pronuntiatio secundum vindicantem* entspricht in der Regel ein *iudicatum secundum reum*. Da wäre es ausnehmend unpraktisch gewesen, hätten die Klassiker die *pronuntiatio secundum vindicantem* ein *iudicatum secundum vindicantem* genannt.» Es wäre indessen nötig gewesen, dass B. wenigstens *einen* Beleg aus der klassischen Literatur für *die* Meinung gegeben hätte, dass man die Absolution des reus, die auf Grund Gehorsams gegen den Restitutionsarbitrat erfolgt und die also den wirklichen Sieg des Klägers voraussetzt, als ein *iudicatum secundum reum* hätte bezeichnen *können*. B. verwendet ja hier 'iudicatum' substantivisch: er sagt *ein* iudicatum. Aber wo kommt das substantivisch angewandte Partizip iudicatum, das sonst in den Phrasen iudicatum solvere u. dgl. das, hinsichtlich dessen der iudicatus zugesprochen ist, bedeutet (siehe oben S. 438 ff.), mit dem Zusatze secundum aliquem vor? Aber *auch* wenn es sich um den an sich möglichen Ausdruck: secundum reum iudicatum *est* handelt — vielleicht meint B. trotz der Ausdrucksweise eine solche Phrase —, muss die Möglichkeit, so bezüglich des auf *angegebene Weise* freigesprochenen reus zu sagen, bezweifelt werden, solange nicht wenigstens *ein* Beleg gegeben worden ist. Da es B. nun mit grosser Kühnheit angemessen findet, den Ausdruck res iudicata in verschiedenen Stellen in res secundum aliquem pronuntiata zu korrigieren — so in D. 3, 3, 40, 2 (S. 140), D. 43, 30, 1, 4 (S. 143—144), D. 44, 2, 9, 1 (S. 145) u. D. 44, 2, 19 (S. 146) — löst sich das Ganze in eine Menge Irrtümer betreffs des lateinischen juridischen Sprachgebrauches auf. Rem pronuntiare im fraglichen Sinne zu sagen, ist nicht möglich. Die Konstruktion ist weder in HEUMANN-SECKEL noch in V. I. R. (v. res) noch in FORCELLINI (v. pronuntiare u. res) aufgenommen! Es ist offenbar, dass B. die *litis aestimatio* im dinglichen Prozesse mit einer *res iudicata* verwechselt. Siehe S. 144: »Nicht sicher» (dass ursprünglich pronuntiatum für iudicatum geschrieben worden ist), »weil die Pronuntiation, welche die patria potestas bejaht, keine Geldkondemnation hinter sich haben kann, also obgleich Feststellung Endurteil ist». Vielleicht ist er durch Modestinus' Definition der res iudicata D. 42, 1, 1 verleitet: res iudicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel

tion eine Untersuchung der in der legis actio bezw. in der litis contestatio vorliegenden Behauptungen der Parteien zugrunde zu legen.

---

condemnatione vel absolutione contingit. Nun ist indessen zu bemerken, dass, *wenn* condemnatio hier als die Kondemnierung zu einer gewissen Geldsumme zu fassen wäre, also in Übereinstimmung mit der Bedeutung des condemnare in den formulæ (N.^{m} N.^{m} A.^{o} A.^{o} condemna), die Art, in welcher man in den Quellen den Ausdruck res iudicata verwendet, völlig unverständlich wäre. Denn res secundum (contra) aliquem iudicata wie res iudicata überhaupt hat unzweifelhaft präjudizierende Kraft. Siehe z. B. Ulp. D. 3, 3, 40, 2, Pomp. D. 40, 7, 29, 1, Macer D. 42, 1, 63 (init.), Mod. D. 44, 1, 10, Ulp. D. 44, 2, 9, 1 u. 2, 11, 3, Marc. D. 44, 2, 19, Iul. D. 44, 2, 24, Ulp. D. 49, 1, 14, 1 (rei iudicatæ auctoritas). Aber die Geldkondemnation nach der formula ist natürlich oft nichts anderes als eine litis aestimatio. Da jedoch die l. aest. als solche die Streitfrage — die *lis* — selbst durchaus nicht entscheidet, ist es völlig sinnlos, ihr präjudizierende Kraft zuzuschreiben. Besonders beleuchtend ist der Umstand, dass res iudicata auch in solchen Fällen gesagt wird, wo die Entscheidung keine Geldkondemnation mit sich führen kann (siehe z. B. Pap. D. 40, 14, 5 u. Ulp. D. 43, 30, 1, 4), wie auch derselbe Ausdruck angewendet wird, wenn in anderen Fällen die Streitfrage zugunsten des Klägers entschieden worden ist, aber weder eine Kondemnation noch eine Absolution im Sinne der formula erfolgt ist (siehe z. B. Ulp. D. 44, 2, 9, 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? Vgl. Ulp. D. 6, 1, 27, 4 u. Alfenus D. 6, 1, 57). Dies beweist, dass in der angezogenen Definition des Modestinus condemnatio gar nicht im Sinne des condemnare in der formula aufgefasst werden darf. Nun findet man auch, dass zur *klassischen* Zeit condemnare in privaten Streitfragen, besonders in dinglichen Prozessen, *auch* die allgemeine Bedeutung einer *Entscheidung* in der Streitfrage zugunsten des Klägers hat. So z. B. Paulus D. 6, 1, 27, 1: Item si litis contestatæ tempore non possedit, quo iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur. Also: wenn der Beklagte zu der Zeit, wo die Sache abgeurteilt wird, possidiert, ist er 'omnimodo' zu kondemnieren. Wenn er aber dem Restitutionsarbitrat des iudex Gehorsam leistet? Dann soll er ja freigesprochen werden? Condemnare *muss* hier zugunsten des Klägers die Streitfrage entscheiden bedeuten, was ja die Besiegung des Beklagten im Prozesse einschliesst. (Das 'omnimodo' drückt deutlich hier aus, dass das Judikat *vollständige* Kraft haben soll, so dass der Beklagte auch den Ertrag nach der Besitzerlangung ersetzen muss.) Paulus D. 6, 1, 58: A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret . . . si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei etc. Condemnare hat hier

Aber dies ist keineswegs unter *allen* Umständen der Fall. Wenn der Kläger in der legis actio einen Formfehler begeht, verliert er

---

die Bedeutung einer Entscheidung in der Streitfrage zugunsten des Klägers. (B. korrigiert S. 140 condemnatus esset zu contra se pronuntiatum esset. Da Gaius in seinen Institutionen condemnare auf diese Weise verwendet — siehe oben S. 451 — ist das Willkürliche dieser Korrigierung offenbar.) Siehe auch Paulus D. 6, 1, 35, 1, wo condemnare für die Schuldigsprechung betreffs des Ersatzes des genossenen Ertrags angewandt wird. (Zur Zeit Ciceros konnte man, wie oben S. 445 ff. nachgewiesen wurde, nur betreffs der Schuldigerklärung hinsichtlich eines Verbrechens condemnare in diesem Sinne verwenden. Bezüglich des dinglichen Prozesses beachte man Cic. in Verrem 2, 2, 12, 31: Si vero illud quoque accedet, ut praetor in ea verba iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex . . . non possit aliter iudicare, si iudicium sit eius modi: *L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur*: non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum quem non oporteat? Man beachte, dass hier die condemnatio der formula mit ihrem quanti ea res erit N.^{m} N.^{m} A.^{o} A.^{o} condemna etc. zu den aufgenommenen Formelworten hinzuzudenken ist. Sowohl aus diesem Grunde als deshalb, weil die Restitution im Falle der Kondemnierung als nicht erfolgt vorausgesetzt wird, ist der Ausdruck condemnare eum *hier* so zu fassen, dass eine Kondemnierung im Sinne der formula gemeint wird und also eine Person, zu welcher, und eine Geldsumme, hinsichtlich welcher der Beklagte zugesprochen wird, hinzuzudenken sind. Erst die klassischen Juristen haben dem condemnare den *allgemeinen* Sinn der Entscheidung der Streitfrage zugunsten des Klägers gegeben.) Wenn aber condemnatio in der Definition der res iudicata bei Modestinus die angegebene Bedeutung haben muss, muss auch absolutio die Entscheidung der Streitfrage zugunsten des Beklagten bedeuten. Die absolutio des Beklagten *nach* der Restitution aber hat natürlich keineswegs diesen Charakter, sondern ist nur ein Ausdruck dafür, dass die lis *nicht* zu ästimieren ist, weil der *siegende* Kläger schon befriedigt worden ist. — Schon Betti a. a. O., S. 112 ff. hat Einwände gegen Beseler gemacht. Aber da ich seine Argumentierung nicht als durchschlagend ansehen kann und sie ausserdem mit gewissen fundamentalen Irrtümern behaftet ist, worüber alsbald, habe ich eine völlig selbständige Beweisführung gegeben.

Was die obligatorischen Prozesse betrifft, ist natürlich, dass, wenn in der litis contestatio die Schuld als eine gewisse Geldsumme bestimmt worden ist, die pronuntiierende Judikation für den Kläger die litis aestimatio einschliesst. Aber wenn dies nicht der Fall ist, ist der Akt der Judikation ein besonderes Moment des Urteils, die litis aestimatio ein anderes, obgleich im Formularprozesse mit der Entscheidung in der Hauptfrage die litis aestimatio *unmittelbar* verbunden sein soll: dies im Gegensatze zur Gewohnheit im Legisaktionspro-

auf Grund *dieses* den Prozess.[1] Nach den XII Taf. soll die lis 'post meridiem', wenn nicht beide Parteien anwesend sind, *dem Anwesenden* zugesprochen werden.[2] Sowohl die Prokulianer als die Sabinianer stimmten darin überein, dass in bonæ fidei iudiciis der reus freigesprochen werden musste, wenn er nach der litis contestatio vor der res iudicata den Aktor befriedigt hatte. Nur betreffs der iudicia stricti iuris in personam hatten die Schulen verschiedene Meinungen hinsichtlich Aktionen in personam mit der formula in ius concepta. Die Prokulianer meinten, dass in solchen iudicia der iudex streng durch die Formula gebunden war und also, wenn die Schuld im Momente der litis contestatio vorhanden war, *immer* den reus verurteilen musste. Die Sabinianer nahmen an, dass auch in diesen iudicia die Befriedigung des Aktors vor der res iudicata den reus befreite.[3] Es ist indessen ganz offenbar, dass, wenn der iudex seiner Entscheidung in mehreren Fällen gar keine Prüfung der in der legis actio bezw. der litis contestatio eingeschlossenen Behauptungen der Parteien zugrunde legen durfte, die Judikation als solche keine theoretisch gültige Erklärung über die Wahrheit dieser Behauptungen sein konnte.

---

zesse (Gaius I. 4, 48). Jedenfalls ist die Judikation prinzipiell von der litis aestimatio zu unterscheiden. Belege: ausser den oben S. 447 f. angeführten Stellen, wo damnare (condemnare) iudicare contra reum bedeutet, Gaius I. 4, 166: cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum ⟨de poss⟩ess⟨ione⟩ pronun⟨tiatum f⟩ue⟨rit⟩ . . . betreffs eines Prozesses mit einer präjudizialen sponsio als Grundlage; Val. Max. 2, 8, 2: Endurteil in einer Streitsponsionsfrage: itaque Lutati, quamvis adhuc tacueris, secundum te litem do; Gellius 14, 2, 26 (in einer Streitsponsionsfrage): nemo opinor tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium, vgl. Plin. N. H. IX 121: iudex sponsionis eius . . . victumque Antonium pronuntiavit; Cic. de off. 3, 16, 66: arbitrum illum adegit, *quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona.* M. Cato sententiam dixit . . . is igitur iudex pronuntiavit: 'cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'. Hinsichtlich der D. siehe die von Betti a. a. O., S. 103[1] und S. 107[2] angeführten Stellen. Siehe ausserdem lex agr. 39: quei iudicatus erit dare oport⟨ere⟩ . . .

[1] Gaius I. 4, 11 u. 30.

[2] Tab. 1, 8—9 vgl. Cic. in Verr. 2, 2, 17, 41.

[3] Gaius I. 4, 114; Parallelstellen in D. siehe Erman, Sav. Z. 27 (1906), S. 414.

Es folgt hieraus auch, dass die mit der legis actio bezw. der litis contestatio gegebene Streitfrage, die der iudex zu entscheiden hat, in letzter Linie nicht die bezüglichen formellen Behauptungen betrifft. Sie muss sich auf etwas anderes beziehen. Dies kann in den Aktionen, die auf *Exekution* abzielen, wenn wir von den Aktionen mit einer formula in factum und von den iudicia imp. cont., in welchen letzteren das Judikat nicht zivilrechtliche Kraft hat, absehen, nur das Recht des Klägers sein, ein hinsichtlich seines Inhalts durch das in der legis actio bezw. der litis contestatio behauptete Recht bestimmtes *Exekutionsrecht* gegenüber dem Beklagten zu erhalten. Bei der legis actio sacramenti in rem hat der iudex die Frage zu entscheiden, ob der Kläger ein Recht erhalten soll, den für den Beklagten verantwortlichen praedes litis ac vindiciarum[1], wenn dieser nicht restituiert, zu Leibe zu gehen, und ob er hinsichtlich des Ertrags während der Zeit der Possidierung des Beklagten nach der Zuteilung der Vindizien Exekutionsrecht — direkt gegenüber letzterem oder gegenüber den praedes — erhalten soll.[2] Bei der Aktion in rem im iudicium legitimum, das Nachfolger der Legisaktion und also während der Zeit des Formularprozesses die echte zivile Aktion war[3], hat der iudex, wenn eine formula petitoria gegeben worden ist, zu entscheiden, ob der Kläger ein Recht erhalten soll, den Wert der Sache vom Beklagten, wenn er nicht restituiert, einzutreiben. Bei den Aktionen in personam im iud. leg. hat der iudex zu entscheiden, ob der Kläger ein durch den Inhalt des ursprünglich behaupteten dare facere praestare oportet bestimmtes Exekutionsrecht gegenüber dem Beklagten erhalten soll. Diese Fragen, die der iudex zu entscheiden hat, *können* unter gewissen Umständen entschieden werden, ohne dass er die Richtigkeit der bezüglichen Behauptungen der Parteien in der legis actio bezw. der litis contestatio zu prüfen braucht. Auch ist nicht die Kenntnis des iudex bezüglich der Richtigkeit der Behauptungen für die Entscheidung hinreichend.

---

[1] Gaius I. 4, 16.

[2] Tab. 12, 3. Weiteres über die Aufgabe des iudex im Sakramentalprozesse alsbald.

[3] Siehe oben S. 304[2].

Indessen ist sogar die judizielle Entscheidung *solcher* Fragen ihrer Natur gemäss keine theoretisch autoritative Erklärung über das betreffende Recht des Klägers als faktisch vorhanden. Dass die Judikation überhaupt nicht als eine theoretisch geltende Erklärung zu betrachten ist, geht völlig klar daraus hervor, dass in *einem* Falle die judizielle Pronuntiation *notwendig* falsch ist, wenn man sie als eine Erklärung über das wirkliche Recht betrachtet. Im Formularprozesse pronuntiiert der iudex, wenn eine Aktion in personam mit formula in ius concepta vorliegt und der Beklagte verurteilt wird, ein te dare facere praestare oportet.[1] Aber im iudicium legitimum, wo allein die Judikation zivilrechtliche Kraft hat, ist völlig unzweifelhaft das in der litis contestatio intendierte dare etc. oportet mit der Vollendung dieses Aktes verschwunden und durch ein condemnari oportet ersetzt.[2] Der iudex, der verurteilt, *muss*

[1] Beispiele oben S. 512—513 A.

[2] Gaius I. 3, 180 u. 181. Betti a. a. O., S. 104 A. sagt: »In tutti i fr. cit. il debere (oportere) medesimo che è oggetto della pronuntiatio è — in sostanza — insieme oggetto della condemnatio: con la sola differenza che come oggetto della pronuntiatio esso ha carattere di obbligo primario, materiale, come oggetto della condemnatio ha carattere di obbligo secundario, processuale. Dove la pronuntiatio si rieferisce allo stato del rapporto giuridico controverso *al momento* passato *della litis contestatio* (dare oportere), la condemnatio (o absolutio) per contro si riferisce allo stato di quel rapporto *allo stesso momento presente* del iudicatum (pronuntiatio), accerta in senso positivo (o rispettivam. negativo) l'obbligo processuale (condemnari oportere) e ne determina il contenuto (iudicatum facere oportere).» Nun ist zu bemerken, dass in *allen* von Betti (S. 103 A. und S. 107 A.) angeführten Digestafragmenten, in welchen der iudex als ein dare facere præstare oportet pronuntiierend dargestellt wird, wie in allen hier (oben S. 512 f.) angeführten Stellen mit dem fraglichen Charakter sich dies oportere auf die Gegenwart bezieht. Es fehlt an jeder Andeutung, dass es sich um einen nur der Vergangenheit angehörenden Zustand handelt. Jedoch müsste dies der Fall sein, wenn eine solche Pronuntiation in einem iudicium legitimum als eine *wahre* Erklärung zu betrachten wäre! Meint wirklich Betti, dass man einen Zustand, der absolut nicht mehr besteht, durch das *Präsens* bezeichnen konnte! Allerdings ist ja sicher, dass der iudex im allgemeinen den rechtlichen Zustand bei der litis contestatio seiner Pronuntiierung zugrunde legen musste. Daraus folgt jedoch keineswegs, wie Betti voraussetzt, dass die Pronuntiierung eine Erklärung über diesen Zustand sein musste. In Wirklichkeit bedeutet der angeführte Umstand nur, dass der iudex im allgemeinen die *gegenwärtige* Schuld nicht proklamieren darf, wenn

also eine Unwahrheit aussagen, wenn das iudicium legitimum ist. Er kann dann überhaupt nicht die Aufgabe haben, die Wahrheit zu konstatieren.

Aber was bedeutet dann die judizielle Pronuntiierung in den genannten Aktionen? Es ist unnatürlich, eine Beantwortung dieser Frage zu versuchen, ohne auf die Bedeutung anderer solenner Pronuntiationen mit zivilrechtlicher Kraft Rücksicht zu nehmen. Es gibt ja andere solche Pronuntiationen, die, als Versicherungen über die wirkliche Rechtslage betrachtet, notwendig falsch sind. Dies ist der Fall bei der Phrase: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio . . . in der Manzipation und der in iure cessio. Aber diese Worte *erzeugen* in den fraglichen Situationen das in ihnen ausgesagte Recht: dies durch eine Wortmagie auf dem Gebiet des Rechts.[1] Es gibt auch eine Pronuntiation, die wahr sein kann, aber *wenn* sie wahr ist, auf eine eigentümliche Weise gerade das in derselben ausgesagte Recht aufhebt, nämlich durch Erhebung in eine höhere Potenz, wodurch es seinen ursprünglichen Charakter verliert. In einem iudicium legitimum betreffs einer Schuldfrage liegt bei dem Akte der litis contestatio eine Verbindung der zwei Behauptungen

er ihr Vorhandensein im Momente der litis contestatio nicht feststellen kann. — Besonders absurd erscheint indessen die Meinung Betti's, wenn man den unmittelbar vorher angezogenen Umstand beachtet, dass der iudex unabhängig von dem feststellbaren Zustande bei der litis contestatio nach den Sabinianern in *jedem* Falle, nach den Prokulianern in gewissen Fällen, im Schuldprozesse den Beklagten freisprechen musste, wenn dieser vor der Judikation den Kläger befriedigt hatte. Er durfte also dann unter keinen Umständen ein dare etc. oportet pronuntiieren, was die Verurteilung des Beklagten in sich geschlossen hätte. Gaius sagt I. 4, 51: iudex, si condemnet, certam pecuniam condemnare debet. Betti selbst führt S. 108 A. diese Stelle an und schiebt nach dem Worte condemnet ganz richtig ein: = *contra reum iudicet.* Damit folgt ja aus Betti's eigener Darstellung in Verbindung mit Gaius I. 4, 114, dass der iudex im angegebenen Falle, trotzdem der rechtliche Zustand im Momente der litis contestatio als ein dare etc. oportet festgestellt werden kann, nicht ein solches oportet pronuntiieren darf. Dürfte er so pronuntiieren, also contra reum pronuntiare, müsste er auch den reus zu certa pecunia condemnare, was völlig ausgeschlossen ist. Also kann die judizielle Pronuntiierung absolut nicht als eine Konstatierung der Wahrheit betreffs des rechtlichen Zustandes im Momente der litis contestatio gefasst werden.

[1] Siehe oben S. 35 ff.

des Klägers und des Beklagten vor. Der Kläger behauptet ein dare etc. oportet, der Beklagte verneint dies. (Wir sehen von der eventuellen Bedeutung einer exceptio ab.) Aber indem die klägerische Behauptung in das iudicium legitimum aufgenommen worden ist, *produziert* sie, wenn sie wahr ist, eine höhere Potenz des ausgesagten Rechts, in welcher dies aufgegangen ist, nämlich das oportet condemnari. Unter solchen Umständen ergibt sich von selbst, dass die judizielle Pronuntiation durch ihre Verkündung des Sieges des Klägers oder des Beklagten — das iudicare secundum actorem (contra reum) bezw. das iudicare secundum reum (contra actorem) — in den genannten Aktionen *rechtserzeugend* ist. Sie *erzeugt* positiv das Exekutionsrecht gegenüber dem reus oder negativ die Freiheit von der Exekution. Was nun auch das fragliche Exekutionsrecht in verschiedenen Fällen bedeuten mag, immer handelt es sich um eine Gewaltübung gegenüber dem Beklagten, die durch den Inhalt des behaupteten Rechts bestimmt ist. Diese ist als das behauptete Recht *in seiner Aktualität* zu betrachten. Aber gerade deshalb besteht das fragliche Recht in seinem Charakter als einer nur potentiellen Macht im Verhältnisse zum Beklagten nicht mehr.

Dies äussert sich in verschiedener Weise bei dem Schuldprozesse und dem Vindikationsprozesse. In ersterem tritt es in dem bekannten Verhältnisse zwischen dem intendierten dare etc. oportet und dem durch die Kondemnierung gewonnenen Exekutionsrechte hervor. Das dare etc. oportet verschwindet schon mit der litis contestatio, worauf ein condemnari oportet folgt. Aber dies letztere verschwindet mit der judiziellen Pronuntiation — res iudicata —, mit welcher der Kläger Exekutionsrecht erhält, obgleich im Legisaktionsprozesse der Beklagte in gewissen Fällen eine besondere, die Exekution bestimmende litis aestimatio fordern kann. (Im Formularprozesse ist das Exekutionsrecht in diesem iudicatum facere oportet gegeben.) Aber bei dem Vindikationsprozesse kann das Recht als eine potentielle Fähigkeit gegenüber allen aussenstehenden Personen, die Sache zu behalten oder in Besitz zu nehmen, welche Fähigkeit im Prozesse durch den iudex zu realisieren ist, nicht verschwinden, sei es durch die legis actio oder die litis contestatio, sei es durch die Judikation. Die Kraft des fraglichen Rechts gegenüber aussenste-

henden Personen kann durch keinen dieser Akte beeinflusst werden. Im Vindikationsprozesse äussert sich das durch die Judikation entstehende Exekutionsrecht oder die auf dieselbe Weise konstituierte Ausschliessung von demselben in der Kraft des Präjudikats, das nur im Verhältnisse zwischen denselben Personen gilt, wenn man von den Ausnahmen absieht, die durch besondere Verhältnisse zwischen einer der Parteien und einer aussenstehenden Person bedingt sind.[1] Man fasst allgemein die Bedeutung des Präjudikates nach dem Ulpianischen Satze: res iudicata pro veritate accipitur[2] so, dass die einmal gegebene Entscheidung des iudex als theoretisch autoritativ gelten sollte. Dies ist indessen betreffs des Vindikationsprozesses eine Absurdität. Denn der iudex hat in späteren Prozessen durchaus nicht die vorherige judizielle Pronuntiation, dass die Sache dem Aktor gehört, als wahr zu betrachten, was natürlich einschliessen würde, dass er von der Voraussetzung ausgehen müsste, der Aktor habe jetzt die zum Eigentum gehörende potentielle Kraft, die Sache gegenüber *jedermann* zu behalten bezw. in Besitz zu nehmen. Dies *darf* er ja nicht voraussetzen. (Über die wirkliche Bedeutung des Ulpianischen Satzes später.) Damit ist indessen offenbar, dass die präjudizierende Kraft der judiziellen Pronuntiation im Vindikationsprozesse in der Fähigkeit des iudex, *Recht* inter partes zu schaffen, besteht, was nur bedeuten kann, dass er dem Kläger das Exekutionsrecht betreffs der Sache gegenüber dem Beklagten geben bezw. nehmen kann. Diese Fähigkeit des iudex, auf dem Gebiete des Exekutionsrechts Recht zu schaffen, macht sich in späteren Prozessen zwischen denselben Parteien, in welchen es sich um dieselbe Sache handelt, geltend, so dass der iudex in diesen nur zu untersuchen hat, ob das Exekutionsrecht einmal gegeben oder ausgeschlossen worden ist. Dies wird in den Quellen so ausgedrückt, dass der iudex im nachfolgenden Prozesse zwischen denselben Parteien betreffs der umstrittenen Sache nur zu untersuchen hat, ob einmal zugunsten einer der Parteien im Prozesse mit der anderen auf solche Weise pronuntiiert worden ist, dass sie für den Eigentümer erklärt worden ist. (Dass die veränderte materielle Rechts-

[1] Macer D. 42, 1, 63 und Mod. D. 44, 1, 10.

[2] Ulp. D. 50, 17, 207, vgl. D. 1, 5, 25.

lage die vorherige judizielle Pronuntiation kraftlos macht, ist offenbar, da dadurch der Kläger bezw. der Beklagte andere Gründe als die ursprüngliche Rechtslage für Exekutionsrecht bezw. Ausschliessung von solchem anführen kann. Ebenso klar ist, dass die Pronuntiation zugunsten des Beklagten nichts weiter als die Ausschliessung des Klägers vom Exekutionsrechte, keineswegs das umgekehrte Exekutionsrecht des Beklagten positiv oder negativ präjudizieren kann, während die Pronuntiation zugunsten des Klägers den Beklagten selbst von dem umgekehrten Exekutionsrechte ausschliesst.)

In zwei verschiedenen Beziehungen tritt hauptsächlich die fragliche Abhängigkeit des iudex von vorherigen Pronuntiierungen im Formularprozesse hervor. *Einerseits* wird die frühere Pronuntiation secundum actorem in der Form einer exceptio rei secundum N.^{m} N.^{m} iudicatae in die litis contestatio mit dem vorherigen Beklagten als Kläger gegenüber dem vorherigen Kläger aufgenommen, so dass der iudex jetzt freisprechen muss, weil das Exekutionsrecht schon dem gegenwärtigen Beklagten zuerkannt worden ist.[1] Man beachte hier, dass der Umstand, dass das einmal durch judizielle Pronuntiation erhaltene Exekutionsrecht betreffs der Sache nur in Form einer exceptio geltend gemacht werden kann, nichts in der Frage beweist, ob ein *ziviles* Exekutionsrecht durch die res iudicata in einem iudicium legitimum gegeben bezw. ausgeschlossen worden ist. Auch die formelle exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ, in ein iud. leg. aufgenommen, hat, wenn sie sich auf ein vorhergehendes iud. leg. bezieht, zivilrechtliche Bedeutung. Die zivile Aktionskraft ist durch die einmal angestrengte zivile Aktion wirklich verbraucht, aber diese zivilrechtliche Sachlage *kann* vom iudex nicht auf andere Weise in den Aktionen in rem und den mit der formula in factum concepta berücksichtigt werden, falls es sich um Formularprozess handelt, in welchem der iudex durch die formula gebunden ist.[2] *Andererseits* wird der iudex von der vorherigen judiziellen Pronuntiation in der Weise abhängig, dass, wenn derselbe Kläger — natürlich ohne veränderte materielle Rechtslage — gegenüber dem-

[1] Siehe Ulp. D. 3, 3, 40, 2; Gaius D. 44, 2, 15; Paulus D. 44, 2, 30, 1, vgl. Marcellus D. 44, 2, 19.

[2] Siehe oben S. 305 ff.

selben Beklagten von neuem agiert, ersterer einer exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ mit einer replicatio si res secundum me non iudicata est begegnet.[1]

Die hier dargestellte Auffassung der Judikation in den auf *Exekution* abzielenden Legisaktionen oder iudicia legitima, in welchen der Kläger sich auf ein Recht beruft, dass sie ein ziviler *rechtsschaffender* Akt ist, obgleich sie prinzipiell nur gegenüber dem Beklagten ein Recht auf eine durch das behauptete materielle Recht bestimmte Exekution gibt oder ausschliesst, wird durch solche Fälle beleuchtet, in welchen die Judikation *materielles* Recht schafft. Ausser den iudicia divisoria[2] sind zu nennen: die querella inofficiosi testamenti[3] und praeiudicia betreffs des status.[4] Hier sagt man: iudex *ius* facit.[5] Es sind dies *solche* Fälle, in welchen der Satz: res iudicata pro veritate accipitur angewandt wird.[6] Dieser Satz bedeutet, dass in den vorliegenden Fällen die res iudicata an die Stelle des *vorher* geltenden wirklichen Rechts tritt, keineswegs, dass das Judikat als wahr gilt. Sowohl in diesen Fällen wie in den vorher besprochenen auf Exekution abzielenden Aktionen äussert sich die Kraft

---

[1] Ulp.-Neratius D. 44, 2, 9, 1 vgl. mit Marcianus D. 20, 1, 16, 5.

[2] Siehe oben S. 317[2].

[3] Bekker, Die Actionen I, S. 277.

[4] Betti a. a. O., S. 114—115 A.

[5] Siehe Ulp. 34 ad ed. D. 25, 3, 1, 16: Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnatem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit. quæ causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit, cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat: *sive filius non fuit sive fuit, esse suum* und die Forts. l. 3 pr.: sive contra pronuntiaverit, *non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere.* Vgl. Paulus D. 5, 2, 17, 1 sowie Ulp. D. 5, 2, 6, 1 und D. 49, 1, 14 pr. Man beachte die Ausdrücke *fuit, fuerit* einerseits, esse, fore andererseits.

[6] Ulp. D. 1, 5, 25: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis *fuerit* libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur. Die Wahrheit, *statt* welcher die res iudicata gilt, ist die Wahrheit betreffs des Zustandes *vor* dem Urteil. Dies geht sowohl aus dem hier angewandten Perfektum: quamvis *fuerit* libertinus wie aus entsprechenden Ausdrucksweisen in Ulp. D. 25, 3, 1, 16 (siehe die vorherige Anm.) hervor. Siehe auch Ulp. D. 25, 3, 5, 9: Meminisse oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen *eam rem praeiudicium non facere veritati.* Vgl. Ulp. D. 1, 6, 10. Die Wahrheit

der Judikation in der Gültigkeit des Präjudikats, obgleich das Präjudikat das eine Mal nur inter partes, das andere Mal ohne Rücksicht auf bestimmte Personen gilt. Wenn die Judikation im einen Falle als rechtsschaffender Akt wirkt, lässt sich unmöglich denken, dass sie nicht auch im anderen Falle so wirkte und dass die Einschränkung der Gültigkeit auf die Parteien in den auf Exekution abzielenden Aktionen nicht nur auf diesem Zwecke derselben beruhen sollte.[1]

Weiter ist die Formel für die judizielle Pronuntiation im Sakramentalprozesse zu berücksichtigen. Der iudex erklärt, *utrius sacra-*

---

leide in diesem Falle keinen Eintrag. Die Wahrheit ist hier natürlich die wirkliche Rechtsstellung im Momente der sententia. Diese werde nicht vom Urteil beeinflusst. Ulp. D., 1, 5, 25 ist also so zu übersetzen: als ingenuus haben wir auch denjenigen zu betrachten, der als solcher judiziell pronuntiiert worden ist, auch wenn er ein libertinus gewesen ist, weil res iudicata hier anstatt der wirklichen Rechtsstellung (vor dem Urteil) gilt. Das Wort veritas wird natürlich angewandt, weil die *vorherige* Rechtsstellung nicht wie die res iudicata liquid ist und deshalb als eine Wirklichkeit an sich zu bezeichnen ist. Die Kompilatoren haben indessen die Worte: res iudicata pro veritate accipitur Ulp. D. 50, 17, 27 aus dem Zusammenhange gerissen und damit eine allgemeine Missdeutung veranlasst.

[1] Betti a. a. O. S. 114 A sagt: »Ma in pari tempo essa (la pronuntiatio) ha *funzione pratica*, giuridica, operativa: per implicito essa pone alle parti un imperativo da osservare, come una lex contractus: il contractus da cui nel caso della pronuntiatio sorge l'obbligo è la litis contestatio. Quella funzione» (h. e. diejenige, die darin besteht, dass die Pronuntiation 'pone *alle parti* un imperativo da osservare' mit dem Vertrage in der litis contestatio als Grundlage)» ne' casi in cui la sentenza afferma uno stato di diritto personale che *ognuno* deve riconoscere (status personae), consiste in ciò, che il suo contenuto vale *quale* verità (non *invece della* verità), ossia *crea* quello stato di diritto; negli altri casi invece, quella funzione consiste in ciò che le parti e i loro successori devono *comportarsi* precisamente *come se* lo stato di diritto affermato esistesse: se tale stato di diritto si esaurisce in un rapporto obbligatorio tra le parti quest' ultima differenza non ha rivelanza pratica». Ist dies zu verstehen? Durch die Pronuntiation wird den *Parteien* ein Imperativ auferlegt, der auf dem Vertrage in der litis contestatio beruht. Aber in Status-prozessen gilt der Imperativ für *alle!* In diesen *schafft* ('crea') die Pronuntiation Recht! Wenn sie das Recht selbst bestimmt, was bedeutet dann der Imperativ? Gibt die Manzipation als das Recht übertragend einen für alle geltenden Imperativ, die Rechtsübertragung als wahr anzuerkennen?

mentum iustum, utrius iniustum sit.[1] Wir werden in einem späteren Teile dieser Abteilung ausführlich nachweisen, dass iustus — iniustus ursprünglich mit einer geheimnisvollen, unwiderstehlichen Kraft ausgerüstet bezw. an sich oder vom Gesichtspunkte der geheimnisvollen, unwiderstehlichen Kräfte machtlos bedeutet. Wir werden besonders nachweisen, dass diese Worte im ererbten technischen juridischen Sprachgebrauche, z. B. in den Phrasen iustus rogator, iustum matrimonium, iustum testamentum, iustus filius, iusta libertas, iustus tutor, iustum suffragium, iusta comitia, iustum ratumque immer die angegebene Bedeutung haben und dass dieselbe *allein* in *allen* bekannten Rechtsbestimmungen bis zur spätklassischen Zeit vorliegt. Es wird nachgewiesen werden, dass die in der *Literatur* vorkommende spätere Bedeutung: gerecht bezw. ungerecht auf einer Kontamination durch die griechischen Worte δίκαιος — ἄδικος, die nur durch iustus — iniustus zu übersetzen waren, vor allem auf dem Einflusse der stoischen Philosophie beruhte. Hier sind nur die synonymen Ausdrücke: *purum piumque* duellum und *iustum atque pium* bellum anzuführen.[2] Ein *purum* duellum (bellum) ist natürlich ein solcher Krieg, der von jedem verderbenbringenden Unglückskeime, h. e. von der ira deorum[3] frei und deshalb mit einer göttlichen Kraft zu gelingen ausgerüstet ist. Dann bedeutet auch iustum bellum einen solchen Krieg. Diese Erörterung ist unmittelbar auf die Ausdrücke iustum bezw. iniustum sacramentum anzuwenden. Das Sacramentum, das ursprünglich eine eidliche Erklärung gewesen sein muss, war im Sakramentalprozesse der in letzter Linie den *Streit* regelnde Akt, und jede Partei wollte durch ihr sacramentum die sieghafte Kraft erwerben — wie im Formularprozesse jede Partei sich durch die litis contestatio die Möglichkeit verschaffen wollte, den Gegner zu besiegen. Der Streit- und Sieggesichtspunkt im römischen Prozesse ist ja völlig deutlich. Dann bedeutet auch offenbar ein sacramentum iustum eine solche sakramentale Handlung, die eine innere *Kraft, Sieg im Prozesse zu verleihen,* hat. Umgekehrt ist sacramentum iniustum eine *in derselben Hinsicht kraft-*

[1] KELLER, Der röm. Civilproc. S. 58[201].

[2] Vgl. Livius 1, 32, 12 mit Cic. de rep. 2, 17, 31.

[3] Siehe oben S. 28[2]1.

lose sakramentale Handlung. Was aber der Sieg im Prozesse bedeutet, kann natürlich nur unter Berücksichtigung der besonderen Fälle entschieden werden. Für den, der im Sakramentalprozesse in rem nicht den Besitz erhalten hat, bedeutet er die Erlangung des Exekutionsrechts gegenüber diesem Beklagten; für den, der Besitz erhalten hat, bedeutet er Freiheit von Exekution. Für den Kläger in einem Sakramentalprozesse in personam bedeutet er die Entstehung eines den Beklagten bindenden vinculum, das diesen exekutionsreif macht; für den Beklagten in einem solchen Prozesse bedeutet er Freiheit von einem derartigen Bande. Im sakramentalen Präjudizialprozesse betreffs des status bedeutet er den Gewinn bezw. den Verlust des fraglichen status. In dem Prozesse über die Begehung eines öffentlichen Verbrechens[1] bedeutet er die Entstehung bezw. die Verhinderung der Entstehung der Damnatus-Stellung etc. Man sieht also, dass selbst in der *Formel* für die judizielle Entscheidung im Sakramentalprozesse hervortritt, dass diese Entscheidung sich nicht auf die Frage bezieht, ob die in der legis actio von beiden Seiten aufgestellten Rechtsbehauptungen wahr oder falsch sind, sondern auf die Frage, ob diese Behauptungen, sakramental erhärtet, imstande sind, *Sieg im Prozesse* zu geben. Dass der iudex nicht einmal unter allen Umständen die Wahrheit dieser Behauptungen zu prüfen hat, folgt aus dem schon oben[2] angeführten XII Tafel-Satze: *litem praesenti addicito.*[3]

---

[1] Siehe oben S. 459. [2] S. 513.

[3] In der Frage, ob der iudex im sakramentalen Prozesse in rem unter normalen Umständen das sacramentum der Partei, die den Besitz — die vindiciæ — erhalten hat, ohne Konstatierung der Wahrheit ihrer beschworenen Behauptung, dass *sie* der Eigentümer sei, für iustum erklären darf, gibt es keine direkten Zeugnisse. Es läge indessen eine besondere Unterbrechung der Kontinuität der Rechtsentwicklung vor, wenn nicht das während der Zeit des Formularprozesses absolut geltende Prinzip, dass die *nicht* besitzende Partei das onus probandi hat, auch im Sakramentalprozesse gegolten hätte. Man versteht auch nicht, *weshalb* in anderem Falle eine besondere Vindizien-Zuerteilung, die immer auf Grund des Zwanges zum Ersatze des doppelten Wertes (tab. 12, 3) bei dem Verluste des Prozesses für den Empfänger gefährlich war, unbedingt nötig war. Weshalb deponierte man die Sache nicht während der Zwischenzeit bei einem sequester? Aber wenn auch hier wahrscheinlich die nicht besitzende Partei das onus probandi hatte, tritt *noch schärfer*

Aber dass auch die Entscheidung der erwähnten Frage betreffs der Siegeskraft des sacramentum nicht durch eine theoretisch autoritative Erklärung erfolgte, sondern durch eine einfache Zuerkennung des Sieges im Prozesse an eine der Parteien, die in der Pronuntiation über das sacramentum selbst eingeschlossen lag, geht andererseits aus einer anderen Formel für die Entscheidung in Legisaktionsprozessen hervor, nämlich der: *litem alicui addicere* oder *litem secundum aliquem dare.*[1] Hierin tritt ja völlig offen hervor, dass die judizielle Pronuntiation eine Zuerteilung von etwas an die Partei ist, zu deren Gunsten das Urteil gesprochen wird. Man vergleiche den entsprechenden Ausdruck für die Vindizienzuerteilung: vindicias secundum aliquem dicere.[2] Nun wissen wir ja, dass derjenige, der die vindiciæ erhielt, vom Magistrate als possessor konstituiert wurde[3], natürlich so, dass sein Besitz eine besondere rechtliche Kraft erhielt[4], obgleich diese nur direkt vom Magistrate selbst aufrechterhalten wurde. Wie kann man unter solchen Umständen bezweifeln, dass litem alicui addicere oder litem secundum aliquem dare Zuerteilung eines Vorteils, der in einer gewissen Rechtsstellung besteht, bedeuten sollte? Im übrigen ist zu beachten, dass, wenn addicere hier eine theoretisch autoritative Erklärung über ein Recht als schon vorhanden und nicht ein *neues* Recht schaffen bedeutete, ein Sinn des Wortes vorliegen

---

hervor, dass der iudex als solcher nicht die Frage nach der Wahrheit der bezüglichen Behauptungen zu entscheiden hatte.

[1] Als rein technischer Ausdruck für die Entscheidung im Legisaktionsprozesse kommt litem alicui addicere in tab. 1, 8 vor: Post meridiem praesenti litem addicito, worauf sich Cic. in Verr. 2, 2, 17, 41 bezieht: nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem iudicare, und litem secundum aliquem dare u. in Val. Max. 28, 2: itaque Lutati . . . secundum te litem do. Davon stammt indessen der allgemeine Ausdruck der Verfasser für den Sieg im Prozesse: litem secundum aliquem dare. Siehe HUSCHKE, Multa und Sacr., S. 450[270].

[2] Siehe Gaius I. 4, 16 und Festus v. vindiciæ p. 376 M. Bei Livius 3, 56, 4 u. 6 u. 57, 5 kommt der Ausdruck vor: vindicias ab libertate in servitutem dare und vindicias ab libertate dicere.

[3] Gaius a. a. O.: id est interim aliquem possessorem constituebat.

[4] Vgl. den allgemeinen sich auf die Interdiktspossession beziehenden Rechtssatz Paulus D. 41, 2, 11: *iuste* possidet qui auctore praetore possidet und die Bedeutung des iuste possidere oben S. 190 ff.

würde, den es *niemals* sonst in der zivilrechtlichen Terminologie hat. Man denke an die Bedeutung des Wortes addictus betreffs des Schuldners und an die von addicere in Verkaufshandlungen. (Über die Bedeutung von addicere als ein *Erzeugen* der beabsichtigten Kraft in der Auguralsprache später.)[1]

Wir geben eine Zusammenfassung, lassen aber die speziellen Fälle, in welchen die Judikation materielles Recht schafft, beiseite und erörtern also nur die Sachlage bei solchen Prozessen, die auf Exekution abzielen. In diesen ist die Judikation eine Entscheidung in der Frage, ob der Kläger auf Grund der legis actio bezw. der litis contestatio im iudicium legitimum eine Kraft innehat, Exekutionsrecht gegenüber dem Beklagten zu erwerben, oder nicht. Dass die Judikation eine solche Entscheidung ist, schliesst *einerseits* in sich, dass die Grundlage, auf welcher der iudex zu urteilen hat, eine Prüfung gerade dieser Frage ist, *andererseits*, dass der iudex durch seine Pronuntiation das Exekutionsrecht entweder dem Kläger *gibt* oder ihn von demselben *ausschliesst* und so die Aufstellung der Frage sinnlos macht.[2]

---

[1] Hier ist Varro l. l. 6, 61 anzuführen: . . . hinc iudicare, quod tunc ius dicatur; hinc iudex, quod iudicat accepta potestate, *id est quibusdam verbis dicendo finit: sic enim aedis sacra a magistratu pontifice prae⟨e⟩unte dicendo dedicatur.* Deutlicher könnte die durch Wortmagie Recht schaffende Kraft der Judikation wohl nicht ausgesprochen werden! Beleuchtend ist auch Gell. 5, 10, 10 wegen der synonymen Fachausdrücke, die hier verwendet werden: Protagoras beginnt einen Prozess mit dem Schüler Euathlus, der versprochen hat, ihm eine grössere Geldsumme nach dem ersten vom Jünglinge gewonnenen Prozesse zu leisten, aber noch keinen Prozess gewonnen hat. Er sagt: Disce stultissime adulescens, utroque id modo fore, uti reddas, quod peto, sive *contra te pronuntiatum erit* sive *pro te.* Nam si *contra te lis data erit,* merces mihi ex sententia debebitur, quia ego *vicero;* sin vero *secundum te iudicatum erit,* merces mihi ex pacto debebitur, quia tu *viceris.* Secundum (contra) aliquem iudicare oder pronuntiare ist ganz dasselbe wie litem secundum (contra) aliquem dare. Und die Person, zu deren Gunsten iudicatur, *vincit* als solche.

[2] Aus dem Angeführten folgt, dass der der neueren Zeit angehörende Streit darüber, ob das rechtsgültige Urteil prinzipiell das materielle Recht unberührt lässt und nur die staatliche Jurisdiktionsmacht bindet (so HELLWIG) oder auf das materielle Recht selbst einwirkt (so MENDELSOHN BARTHOLDY), den Römern, wenn es sich um auf Exekution abzielende Prozesse handelt, völlig fremd gewesen sein muss. Eine solche Frage kann von ihrem Gesichts-

Aber wenn die zivilrechtlich geltende Judikation in einem Schuldprozesse nicht als eine theoretisch gültige Proklamierung betreffs der Schuld aufgefasst werden darf, kann das Schuldverhältnis nach römischer Anschauung nicht wesentlich ein *Pflichtverhältnis* gewesen sein. Denn wenn es diesen Charakter gehabt hätte, müsste man die Exekution als einen die freiwillige Erfüllung der Pflicht ersetzenden

---

punkte aus nicht aufgeworfen werden. Das Urteil in einem solchen Prozesse bei legis actio oder iudicium legitimum *gibt* nämlich ein besonderes Exekutionsrecht oder schliesst den Kläger von einem solchen Rechte aus. Dieses Recht *ist* ein gewisses materielles Recht in völlig aktueller Form und hat gar kein solches materielles Recht neben sich, das bei der Prozesseröffnung als vorhanden behauptet wurde, welches Recht eine nur potentielle Kraft war. Wenn das behauptete materielle Recht ein dingliches Recht war, kann es nach dem Siege im Prozesse, falls es bei der Behauptung vorhanden war, gegenüber diesem Beklagten nicht mehr in seiner ursprünglichen Form existieren, sondern nur als Exekutionsrecht. War das behauptete materielle Recht eine Obligation, so ist es, wenn es bei der Behauptung wirklich bestand, nach dem Siege im Prozesse in seiner ursprünglichen Form völlig verschwunden und durch das *iudicatum* facere oportet ersetzt. Wenn umgekehrt das Urteil dem Kläger Exekutionsrecht aberkennt, ist das behauptete Recht, wenn es bei der Behauptung vorhanden gewesen ist, als dingliches Recht gegenüber diesem Beklagten, als obligatorisches Recht absolut verschwunden. Diese römische Anschauung bedeutet natürlich gar nicht, dass die vorher vorhandene materielle Rechtslage hinsichtlich ihrer *reellen* Bestimmtheit durch das Urteil verändert wird, wie die neuere Theorie von der materiellen Rechtskraftwirkung des Urteils behauptet. Sie bedeutet, dass die materielle Rechtslage in eine neue *Form* übergeht, in der sie nicht mehr als *materiell* bezeichnet werden kann.

Eine andere Situation tritt allerdings in den Prozessen ein, in welchen der iudex nach römischer Anschauung *ius facit*. Hier verändert natürlich die ursprüngliche materielle Rechtslage ihre reelle Bestimmtheit durch das Urteil. Aber der zugrunde liegende Gedanke — der iudex konstituiert Recht durch sein solennes Sprechen als einen magisch auf das Recht wirkenden Redeakt — macht die Analogie mit neuerer Anschauung auch hier unmöglich.

Der römischen Anschauung noch fremder ist die moderne Theorie von einem besonderen Rechtsschutzanspruch gegen den Staat — einem Anspruch auf Schutz des materiellen Rechts. Denn erstens kann die Exekution des zivilrechtlich geltenden Urteils wie das Urteil selbst nach den Römern nicht als ein Schutz des *materiellen* Rechts betrachtet werden, weil das materielle Recht im Momente der Exekution bezw. des Urteils als *solches* Recht nicht mehr besteht, wenn man echtrömischen Prozess berücksichtigt. Zweitens kann diese Exekution gar nicht staatlicher *Schutz* des einen oder anderen Rechts

Zwang und die das Recht auf Exekution konstituierende Judikation als zu dieser auf Grund des vorausgesetzten Bestehens der Pflicht ermächtigend aufgefasst haben. Es wäre völlig unmöglich zu verstehen, wie man die ursprüngliche *Pflicht* als mit der litis contestatio im iudicium legitimum bezw. dem entsprechenden Momente in der legis actio, also mit der eigentlichen *Prozesseröffnung* verschwindend hätte betrachten können. Man wendet vielleicht ein, dass sie nur in der Zwischenzeit bis zum Judikate gleichsam schlafe, um in neuer Gestalt als *iudicatum* facere oportet hervorzutreten. Aber ein solcher Einwand ist völlig kraftlos. Man muss nämlich beachten, dass iudicatum, wie oben[1] nachgewiesen worden ist, sich keineswegs auf die judizielle Pronuntiation, die die Streitfrage entscheidet, bezieht, sondern ein Korrelat zu iudicatus im Sinne des dem Kläger *zugesprochenen* Beklagten ist und deshalb die Geldsumme bezeichnet, hinsichtlich welcher letzterer ersterem zugesprochen worden ist. Deshalb ist die juridische Situation durchaus nicht so zu fassen, dass die Exekution deshalb erfolge, weil der Beklagte nicht freiwillig seine Pflicht betreffs des vom iudex Pronuntiierten erfüllt hätte. Der iudicatus *war* schon dem Kläger rechtlich zuerteilt. Die dreissig Tage bezeichneten nur eine Frist für den Beklagten, während deren *das bereits vorhandene Exekutionsrecht* nicht ausgeübt werden durfte und er sich von der Rechtsmacht des Klägers lösen konnte. Wenn *nach* dieser Zeit das Exekutionsrecht zu wirklicher Anwendung kam,

---

sein, weil sie nur die Ausübung eines besonderen, dem Kläger zustehenden Rechts auf Exekution ist. Dass der Magistrat insoweit eingreifen muss, als das passive Subjekt Widerstand leistet, macht keineswegs die Exekution zu einem Staatsakte. Der positiv Wirksame ist nach römischer Anschauung *allein* der einzelne Berechtigte. Drittens hat der einzelne keinen *Anspruch* auf Schutz des materiellen Rechts, wenn man uneigentlich als 'Schutz' solchen Rechts das Urteil in Übereinstimmung mit der ursprünglichen materiellen Rechtslage, die Mitwirkung des Magistrats bei der legis actio per manus iniectionem, der bonorum possessio u. dgl. bezeichnen wollte. Allerdings kann der iudex ein Unrecht beim Urteilen begehen. Aber dies Unrecht bedeutet nur eine Verletzung des für öffentliche Funktionäre geltenden objektiven Rechts und gibt dem einzelnen, der durch diese Rechtsverletzung geschädigt wird, keinerlei zivile Obligation gegen den iudex. Siehe oben S. 313. Dass den einzelnen treffende Übertretungen des Magistrates ihm kein ziviles Ersatzrecht geben, braucht kaum besonders erwähnt zu werden.

[1] S. 438 ff.

war natürlich allein die ursprüngliche, noch fortbestehende Stellung des Beklagten als eines iudicatus, keineswegs die Unterlassung, das vom iudex Pronuntiierte zu vollziehen, der rechtliche Grund der Exekution. Also beweist gerade der Ausdruck *iudicatum* facere oportet, dass es sich jedenfalls nicht um eine *der Exekution zugrunde liegende* Pflicht handelt, wie es der Fall sein würde, wenn die Schuld *wesentlich* eine *Pflicht* des Schuldners wäre, die nach dem Judikate in einer neuen Form hervorträte.

Wenn man dagegen die römische Obligation als ein rein objektives, den Schuldner an den Gläubiger fesselndes Band bezw. eine rein objektive Macht des letzteren über ersteren fasst, wird der Charakter der Judikation im echtrömischen Prozesse völlig verständlich. Während die Pflicht selbst als solche, weil sie ihrem Wesen nach ein unbedingtes Sollen ist, nicht verschiedene Grade der Aktualität haben, sondern nur mehr oder minder bestimmt *hervortreten* kann, gehört die Idee von verschiedenen Graden der Aktualität zum Begriff der *Kraft*. Damit, dass ich eine innere Kraft habe, eine andere Person oder ihre bona in Besitz zu nehmen, ist noch nicht gesagt, dass die Bedingungen für die *Anwendung* der Kraft unmittelbar vorhanden sind. In dem Masse wie die Bedingungen eintreten, nähert sich die Kraft der Aktualität, d. h. der wirklichen Anwendung. Aber sie steigert sich selbst hinsichtlich ihres inneren Charakters mit jedem hinzukommenden Momente, das sie der Aktualisation nähert, zu einem höheren Grad oder einer höheren Intensität. Wenn wir diesen Gesichtspunkt auf den Fortgang im zivilrechtlichen Schuldprozesse anwenden, wird alles verständlich. Vor dem Prozesse hat die Kraft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner oder seinen bona ihre geringste Intensität. Aber durch die Verhandlungen in iure geht sie unmittelbar in Anwendung über, wenn der Schuldner nicht rechtlich gültigen Widerstand durch die Aufnahme des prozessualen Streites leistet. Wenn dies aber geschieht, geht die ursprüngliche Kraft nur in eine höhere Potenz über, ohne unmittelbar angewandt werden zu können. Diese Potenz wird während der Zeit des Formularprozesses als ein condemnari oportet bestimmt, was als das dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse nachfolgende *private* Rechtsverhältnis nur eine Kraft des Gläubigers, die Verurteilung des Schuld-

ners zu bewirken, sein kann, wie sehr es auch immer sein öffentlich rechtliches Gegenstück darin hat, dass es zum officium des Richters gehört, den Schuldner zu verurteilen. Wenn nun die Verurteilung auch folgt, bedeutet dies, dass die ursprüngliche Kraft in eine noch höhere Intensität übergeht, nämlich in die Fähigkeit, ohne jede weitere, *vom Gläubiger selbst unabhängige* Bedingung die Inbesitznahme des Schuldners oder seiner bona zu vollziehen, welche Fähigkeit wir vorher als Exekutionsrecht bezeichnet haben. Hinsichtlich des zuletzt Gesagten ist daran zu erinnern, dass es sich hier nicht um Kräfte in der *Natur*, sondern nur um Kräfte in der *Welt des Rechtes* handelt, weshalb die hier besprochenen Bedingungen für die Anwendung der Kräfte nur *rechtlich* sind. Aber diese rechtlichen Bedingungen können vom Gläubiger selbst unabhängig oder abhängig sein. *Einerseits kann* der Prätor im Formularprozesse in das iudicium legitimum, das er den Parteien gibt, eine exceptio zugunsten des Schuldners aufnehmen und so verhindern, dass das ursprüngliche Recht in ein condemnari oportet, d. h. in eine Kraft, die Verurteilung des Schuldners zu bewirken, ohne weiteres übergeht. Nur unter Voraussetzung der Unwahrheit der in die exceptio aufgenommenen Behauptung geschieht nun der Übergang. Wenn der Inhalt der exceptio wahr ist, erfolgt nicht nur kein Übergang in eine höhere Kraft, sondern die ursprüngliche Kraft ist auch verschwunden, weil sie durch Verwendung für die litis contestatio verbraucht worden ist.[1] In dieser Hinsicht steht also die Aktualisierung der Kraft unter vom Gläubiger unabhängigen Bedingungen. Aber besonders tritt die Bedeutung solcher Bedingungen bei dem Übergang des condemnari oportet in das durch die Verurteilung seitens des iudex bedingte eigentliche Exekutionsrecht hervor. Wenn der iudex den Schuldner absolviert, entsteht in keiner Weise ein Exekutionsrecht, und doch ist alle frühere Kraft durch Anwendung verbraucht. Umgekehrt ist zu bemerken, dass, wenn vorher keine Kraft der angegebenen Art vorhanden gewesen ist, doch durch die Verurteilung des iudex ein ebenso vollständiges Exekutionsrecht entsteht, als ob die entsprechende Kraft, die Verurteilung zu bewirken, vorher existiert hätte. *Andererseits* wird im selben Momente, in dem die Verurteilung

[1] Vgl. oben S. 302 ff.

erfolgt ist, die Anwendung der Kraft des Gläubigers von allen *äusseren* Bedingungen rechtlich unabhängig. Gewiss kann im Legisaktionsprozesse der Verurteilte, wenn die Verurteilung nicht auf certa pecunia geht, eine besondere litis aestimatio fordern — im Formularprozesse ist die l. ae. unmittelbar mit der Verurteilung verknüpft — und gewiss kann der iudex hierbei auf grösseren oder geringeren Betrag schätzen. Aber jedenfalls erfolgt automatisch *eine* aestimatio, worauf das unmittelbare Exekutionsrecht — die legis actio per manus iniectionem oder das Recht auf die ductio bezw. die possessio bonorum — nach dem Ablauf der Frist eintritt. Allerdings ist auch hier der Gläubiger insoweit von äusseren Bedingungen abhängig, als der Schuldner während der Frist iudicatum facere kann. Aber dieser Umstand bedeutet nichts anderes, als dass die Macht über den Schuldner, die die zivile Obligation ist, ihrem Wesen gemäss einlösbar ist. Er betrifft gar nicht die Bedingungen für die Aktualisierung der Kraft. Ebensowenig kann als eine vom Gläubiger selbst unabhängige Bedingung für die Aktualisation der Kraft nach der Verurteilung der Umstand angezogen werden, dass der Schuldner, der nicht bezahlt hat, oder ein statt seiner auftretender vindex die Judikatsobligation bestreiten und so eine neue Aktion hierüber veranlassen kann. Denn vorher[1] ist nachgewiesen worden, dass ein solches Bestreiten einem Diebstahl analog ist — die actio geht aufs duplum — und dass also die wirkliche Judikatsobligation in eine *primäre* zivile Obligation übergegangen ist. Das Exekutionsrecht hat also damit eine andere Form angenommen, ist nicht vernichtet. Dass diese neue primäre Obligation betreffs ihrer Aktualisation unter die äusseren Bedingungen fällt, die für jede primäre Obligation gelten, und dass deshalb in letzter Linie das durch die Verurteilung einmal gegebene Exekutionsrecht in seiner Verwirklichung gehemmt werden kann, ist klar. Aber dies hebt nicht auf, dass prinzipiell die Verurteilung ein von äusseren Bedingungen der vollen Aktualisation unabhängiges Recht gibt. Also kann gesagt werden, dass, wenn auch die Judikatsobligation insoweit nicht die völlige Aktualität der fraglichen Macht des Gläubigers bezeichnet, als dieser den Ab-

---

[1] Siehe oben S. 509.

lauf der Frist abwarten muss, während welcher der Schuldner sich lösen kann, sie doch eine besondere Aktualitätsform der Macht einschliesst, indem *prinzipiell* jetzt die Entwicklung zur nötigen vollen Aktualität, unabhängig von solchen Bedingungen, die ausserhalb der Verfügung des Gläubigers liegen, verläuft.

Aus der in diesem Paragraphen gegebenen Darstellung geht hervor, dass die Pflichtidee jedenfalls nicht das Wesentliche im römischen Obligationsbegriffe ist. Wenn sie überhaupt zu diesem Begriffe gehört, hat sie nur sekundäre Bedeutung. Die Pflicht ist dann nur ein Ausdruck für den psychischen Zwang, dem der Gebundene durch das Bewusstsein der Konsequenz einer Unterlassung, das Nötige zu leisten, unterliegt, oder möglicherweise für die moralische Stellungnahme der Umgebung oder für das Vorhandensein eines Gebotes der rechtsetzenden Macht, das immer den auf angegebene Weise objektiv gebundenen Schuldner trifft, obgleich dies Rechtsgebot dann nicht der Exekution zugrunde liegen kann. Aber der einzige Anlass anzunehmen, dass die Römer das Schuldverhältnis überhaupt vom Gesichtspunkte der Pflicht gesehen haben, ist die Anwendung des Ausdrucks: dare facere praestare oportet in den in der legis actio und den iudicia vorkommenden Formeln und die allgemeine Bezeichnung für Schuld: debitum, für Schuldner: debitor. Nun ist natürlich oportet als in die Rechtsformeln allein aufgenommen das eigentliche Fachwort. Debere ist nur die zum wirtschaftlichen Verkehr gehörende Bezeichnung des Schuldverhältnisses. Deshalb ist es das Wichtigste festzustellen, was oportet in den Rechtsformeln wirklich bedeutet.

Dabei kann jedoch ohne weiteres die Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass es sich um einen psychischen Zwang oder das moralisch Anständige handelte, da ja niemand bezweifeln kann, dass oportet ein rechtliches Verhältnis ausdrückt. Dann bleibt, scheint es, nur die Möglichkeit, dass das Wort das Vorhandensein eines rechtlichen, an den Schuldner gerichteten Gebotes ausdrückt.

WALDE, Et. lex. v. oportet bestimmt die Grundbedeutung des Wortes so: »es ist billig, Pflicht: bezeichnet das Müssen der Pflicht,

nicht der Notwendigkeit». Prüfen wir unter Berücksichtigung der alten prozessualen Rechtsformeln die Richtigkeit dieser Behauptung! Die intentio für die Publiciana lautet nach Gaius[1]: iudex esto. si quem hominem Aulus Agerius emit ⟨et⟩ is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse *oporteret*. Nach WALDE's Erklärung würde hier der mit tum eingeleitete Satz zu übersetzen sein: entweder durch 'wenn dann billig wäre, dass der Mensch . . . dem Kläger auf Grund des ius Qu. gehörte' oder durch 'wenn dann Pflicht wäre, dass man den Menschen . . . dem Kläger . . . gehören liesse'. Aber hier wird ja an den Fall gedacht, dass der Kläger ein ganzes Jahr so possidiert hätte, dass er usukapierte. In einem solchen Falle aber ist es nicht nur billig, dass die Sache dem Possidierenden gehört, auch nicht nur eine Pflicht, dass sie zu seinem Eigentum gemacht wird, sondern sie wird *notwendig* sein Eigentum! Das oportet scheint hier gerade »das Müssen der Notwendigkeit», nicht das »Müssen der Pflicht» zu bedeuten! Weiter bestimmt scheint es *die* Notwendigkeit zu bedeuten, die in der notwendigen Entstehung eines Rechts aus einem Rechtsfaktum besteht. — Nach einer in alle Gaiuseditionen[2] aufgenommenen Vervollständigung lautet die intentio im Vindikationsprozesse des bonorum possessor: iudex esto. si Aulus Agerius . . . ⟨L. Titio⟩ heres ⟨esset, tum si⟩ fund⟨um⟩ de quo agitur ex iure Quiritium ⟨eius e⟩sse ⟨*oportere*⟩*t*. Hier tritt ganz dieselbe Bedeutung des oportet hervor. Mit der Stellung als heres wird man natürlich notwendig Eigentümer der Sachen des Verschiedenen. Nun wendet man vielleicht ein, dass es sich hier nur um im Formularprozesse anwendbare Formeln handelt, die also erst im sechsten Jahrhundert der Stadt aufgestellt worden sein können. Aber haben dann die iuris consulti, die die fraglichen Formeln komponierten, dem Fachworte oportet, das jedenfalls nach *direktem* Zeugnisse[3] auch im Legisaktionsprozesse in der intentio des Gläubigers vorkam, in aller Hast eine wesentlich veränderte Bedeutung gegeben — und dazu eine solche, die gerade dem späteren Sprachgebrauche völlig fremd zu sein scheint? Niemand kann dies im Ernste annehmen.[4]

[1] I. 4, 36. [2] I. 4, 34. [3] Val. Prob. 4, 1.

[4] Vgl. mit den im Texte angeführten Formeln lex agraria (643/111) 9:

Indessen ist gar nicht nötig, sich auf spätere prozessuale Rechtsformeln zu beschränken. Ganz dasselbe Ergebnis gibt die Untersuchung gewisser Formeln, die offenbar vom Legisaktionsprozesse auf den Formularprozess übertragen worden sind. Die zu den iudicia divisoria — auch der in den XII Taf. erwähnten actio fam. erc. — gehörende intentio lautet nach Gaius[1]: quantum adiudicari oportet, iudex, Titio adiudicato. Man beachte, dass durch die Worte adiudicari oportet ein *privatrechtliches* Verhältnis zwischen den Parteien ausgedrückt wird, wie man aus dem völlig parallelen Ausdrucke: condemnari oportet schliessen kann, durch welchen das dem dare oportet mit der litis contestatio nachfolgende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. (Hierüber alsbald.) Es kann sich also hier nicht um ein dem iudex geltendes Sollen handeln. Ausserdem kann die Formel nicht eine solche reine Tautologie enthalten haben wie diese: Sprich Titius so viel zu, wie deine Pflicht ihm zuzusprechen ist! Dass der Richter sein *officium* vollziehen soll, weiss er wohl vorher!! Aber dann erscheint *die* Annahme als allein möglich, dass oportet hier eine theoretische Notwendigkeit, die in der Welt des Rechts vorhanden ist, bezeichnet. Welches diese Notwendigkeit ist, wird im Zusammenhang mit der Erklärung des Ausdrucks condemnari oportet erörtert werden. Was nun letzteren Ausdruck betrifft, der zwecks Bezeichnung des rechtlichen Bandes angewandt wird, das

---

neive quis facito, quo quoius eum agrum locum aedificium possessionem ex lege plebeive sci⟨to es⟩se *oportet oportebitve*, eum agrum l⟨ocum aedificium possessionem minus oetatur habeat possideatque⟩. Die Beamten dürfen nicht einer Person den Genuss der Rechte entziehen, die ihr auf Grund eines Gesetzes oder eines Plebiszites gehören. — Dass man die angeführten Fälle nicht so erklären kann, dass das dingliche Recht ein Gebot, eine gewisse Verfügung des Berechtigten über die Sache zu respektieren, bedeutet und dies durch das oportet der Formeln ausgedrückt wird, brauchte nicht besonders nachgewiesen zu werden, wenn nicht die Modernisierung der römischen Rechtstheorie so gewöhnlich wäre und so viel Verwirrung anrichtete. Es ist doch wohl klar, dass, auch wenn ein dingliches Recht bei den Römern dies *bedeutete*, man deshalb nicht sagen könnte, dass das Recht selbst vorhanden sein *soll*. Übrigens ist die fragliche Annahme betreffs der Bedeutung des dinglichen Rechts bei den Römern nur die gewaltsamste Konstruktion, die absolut keine Stütze in den Quellen hat.

[1] I. 4, 42.

anstatt der ursprünglichen Obligation mit der litis contestatio entsteht[1], muss es sich hier um ein Recht des Gläubigers, die Verurteilung des Schuldners zu bewirken, handeln, das aus dem vorhergehenden Rechte *sowie* der litis contestatio mit Notwendigkeit entspringt. Man beachte erstens, dass oportet hier kein dem *iudex* geltendes Sollen ausdrücken kann, da mit condemnari oportet eine Formveränderung des ursprünglichen privaten Rechtsverhältnisses zwischen den *Parteien* bezeichnet wird. Wenn oportet hier dem *iudex* gölte, müsste wenigstens dem Gläubiger ein Anspruch gegenüber dem iudex zustehen. Sonst hätte der Gläubiger mit der litis contestatio jedes Recht verloren, wie jede Gebundenheit des Schuldners gegenüber dem Gläubiger verschwunden wäre!! Aber jeder Anspruch der Parteien gegen den iudex ist dem römischen Rechte fremd.[2] Zweitens beachte man, dass die Römer unter einem Rechte immer eine ausserhalb der natürlichen Wirklichkeit vorhandene geheimnisvolle Kraft verstehen, die von den natürlichen Kräften völlig unabhängig ist. Deshalb ist es von ihrem Gesichtspunkte aus gar nicht unmöglich, von einem Rechte zu sprechen, das in einer in der natürlichen Welt vielleicht völlig unwirksamen Kraft besteht, die Verurteilung einer anderen Person zu bewirken. Drittens muss beachtet werden, dass eine solche Kraft wesentlich nur einen höheren Grad der Aktualität der ursprünglichen Kraft darstellt. Denn die Verurteilung selbst bedeutet ja nur, dass die Aktualisation der Macht über den Schuldner ihrer Vollendung nahegekommen ist.[3] Damit ist auch klar, worauf sich adiudicari oportet in der unmittelbar vorher angegebenen Adjudikationsformel bezieht. Das zugrunde liegende Recht ist hier das Recht pro indiviso betreffs des Gegenstandes, der durch den iudex zu teilen ist, z. B. des Erbguts. Auf Grund dieses Rechtes entsteht mit der litis contestatio in einem iudicium divisorium notwendig eine Kraft, die Zuerteilung eines entsprechenden Teils zu bewirken. Der iudex erhält mit der fraglichen Formel den Auftrag, den Gegenstand so zu verteilen, dass jede Partei so viel erhält, wie ihrer rechtlichen, aus dem ursprüng-

[1] Gaius I. 3, 180.

[2] Siehe oben S. 313.

[3] Siehe oben S. 529 ff.

lichen Rechte pro indiviso entsprungenen und von diesem bestimmten Kraft, die Teilung zu beeinflussen, entspricht.

Eine andere Rechtsformel, die offensichtlich aus dem Legisaktionsprozesse in den Formularprozess aufgenommen worden ist, findet man in der formula, die der Publikan bei Abforderung der Steuern gebrauchen kann, welche Formel eine älteren Zeiten angehörende pignoris capio fingiert. Gaius sagt[1]: Contra (HUSCHKE) (item KRÜGER-STUDEMUND) in ea forma, quæ publicano propon⟨itur⟩, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. Hier handelt es sich um eine zum Formularprozesse gehörende actio, quæ ad legis actionem exprimitur.[2] Man hat aus der Formel den Schluss gezogen, dass ursprünglich zur Zeit der legis actio per pignoris capionem durch den Zöllner dieser *nach* der pignoris capio gegen den Staatsschuldner Prozess betreffs Einlösung des Pfandes eröffnen konnte: dies auf Grund des Ausdruckes: pignus luere *deberet*.[3] Es ist aber zu bezweifeln, dass man die Situation völlig durchdacht hat. Erstens würde aus einer solchen Annahme folgen, dass der Zöllner, *nachdem* er sich durch pignoris capio, die hier auf strafrechtlichem Grunde ruht[4], gesichert hat, *ausserdem* den Schuldner zu einem iudicatus machen könnte, wenn dieser das Pfand nicht einlöst! Dies, *obgleich* er selbst durch das Pfand gesichert ist und *obgleich* der Schuldner schon seine Strafe für die Unterlassung der Leistung erlitten hat! Zweitens wäre die Konsequenz der fraglichen Annahme, dass zur Legisaktionszeit der Zöllner zwar *nach* der pignoris capio dem Schuldner im Privatprozesse die Schuldsumme abfordern könnte, aber *nicht*, wenn er die pignoris capio unterlassen hat! *Sonst* wäre ja die Fiktion einer pignoris capio völlig sinnlos. Ist es aber möglich, dass das private Schuldverhältnis erst *durch* die Bestrafung des Schuldners hat entstehen können? Die einzige natürliche Auffassungsweise ist *die*, dass nach

---

[1] I. 4, 32.

[2] Siehe § 10 und vgl. § 33.

[3] z. B. GIRARD, Man. S. 997[2].

[4] Siehe oben S. 43[6].

der pignoris capio der Schuldner das *Recht*, keineswegs die *Pflicht* hat, das Pfand binnen einer gewissen Zeit einzulösen.[1] Dann aber scheint die allein mögliche Auffassung der von Gaius angezogenen Formel die zu sein, dass man zur Zeit des Formularprozesses eine Formel für die während des Bestehens der legis actio per pignoris capionem unmögliche Verurteilung des Schuldners in einem privaten iudicium auf der Grundlage des Rechts desselben, das durch die l. a. p. p. c. genommene Pfand einzulösen, komponierte. Dann ist die Formel so zu übersetzen: der Schuldner ist zu derjenigen Geldsumme zu verurteilen, mit welcher ehemals, wenn ein Pfand genommen worden war, dieses von dem, welchem es genommen war, notwendig einzulösen war = allein eingelöst werden konnte. D. h. deberet, das nur eine Umschreibung des oportet der wörtlichen Formel ist, bedeutet hier, scheint es, eine theoretische, keine praktische Notwendigkeit.

Zu ganz demselben Ergebnisse führt die Erörterung der unzweifelhaft aus dem Legisaktionsprozesse herstammenden Formel bei einem furtum nec man.: aio (si paret) N:m N:m pateræ furtum fecisse, quam ob rem duplione (pro fure) damnum decidere oportet.[2] Hier handelt es sich um einen Vergleich mit dem Bestohlenen. Dieser erklärt, dass die Leistung des Diebes als diesen von dem durch den Diebstahl entstandenen Bande lösend gelten soll.[3] Aber kann wirklich jemand glauben, dass die Römer es als ein rechtliches Gebot betrachtet haben, einen *Vergleich* mit einer anderen Person einzugehen, die ja irgend welche Bedingungen aufstellen kann? Kann das eine rechtliche Pflicht sein, dessen Vollziehung nicht nur von dem zu Verpflichtenden abhängt? Wenn man aber die Sache so fasst, dass oportet hier wie in den vorher erklärten Fällen eine rechtliche theoretische Notwendigkeit ausdrückt, so wird alles völlig verständlich. Auf Grund des Diebstahls tritt eine solche Situation ein, dass der Dieb, *um sich von dem entstandenen Bande zu lösen*, Vergleich mit dem Bestohlenen auf der Grundlage des doppelten Wertes der

---

[1] Man beachte auch Cic. in Verr. 2, 3, 11, 27: cum in his . . . rebus omnibus publicanus petitor *aut* pignerator . . . soleat esse . . .

[2] Siehe oben S. 474[5].

[3] Siehe oben S. 475[2].

Sache eingehen *muss*. Dies ist gar nichts Unvernünftiges. Denn wenn sich der Bestohlene weigert, irgend eine Leistung als vom Bande lösend anzuerkennen, bleibt allerdings das ursprüngliche Band ungelöst. Aber der Dieb kann immer, wenn er den Diebstahl bekennt, ein arbitrium litis aestimandæ fordern und so das ursprüngliche Band in ein vom unparteiischen iudex zu einer gewissen Summe festgestelltes neues Band: iudicatum facere oportet verwandeln.

Aber wenn in gewissen, dingliche Rechte betreffenden prozessualen Rechtsformeln oportet offenbar eine theoretische rechtliche Notwendigkeit bedeutet und man in gewissen anderen Fällen nur dann einen vernünftigen Sinn erhält, wenn man das Wort auf diese Weise auslegt, so ist es schwer, der Konsequenz zu entgehen, dass es in den prozessualen Rechtsformeln *immer* eine solche Bedeutung hat. Denn *das* ist doch wohl undenkbar, dass dasselbe Fachwort in parallelen Rechtsformeln in diametral entgegengesetztem Sinne — das eine Mal als Ausdruck für ein rechtliches Gebot oder eine rechtliche Pflicht, das andere Mal als Ausdruck für die Notwendigkeit der Entstehung eines gewissen Rechtsverhältnisses — angewandt wurde. Wenn es aber nun andererseits ebenso notwendig erschiene, das Wort in gewissen prozessualen Rechtsformeln als rechtliche Pflicht bedeutend zu fassen, ständen wir vor einem unlöslichen Rätsel. Indessen würden diese anderen Rechtsformeln nur die sein können, die das Schuldverhältnis durch N:m N:m A:o Ag:o dare facere praestare *oportet* bezeichnen, besonders wenn es sich um eine Leistung von certa pecunia handelt. Es ist indessen gar nicht *notwendig*, das hier vorliegende oportet als eine rechtliche Pflicht zum dare etc. zu fassen. Das vinculum, das den Schuldner trifft und in der potentiellen Macht über die Person und die bona des Schuldners besteht, steht in unauflöslicher Verbindung mit einer gewissen Art, dasselbe zu lösen. Diese Lösungsweise ist selbst nur eine andere Seite des Bandes. Man beachte weiter, dass, wenn man sagt: te mihi dare facere praestare oportet, eine *solche* Leistung gemeint ist, die als Lösung deiner Gebundenheit im Verhältnisse zu mir erfolgt. Wenn nicht bei der Leistung auf die eine oder andere Weise erklärt wird, dass sie *solvendi* causa und nicht z. B. donandi oder vendendi causa erfolgt, ist sie gar nicht *das* dare facere praestare, das in der erwähnten

Formel gemeint wird.[1] Damit erscheint ja *die* Auffassung als die natürliche, dass dies te mihi dare etc. oportet die Notwendigkeit der fraglichen Leistung als Mittel zur Lösung eines dich an mich fesselnden Bandes bedeutet. Du musst gerade diese Handlung vornehmen, *um* dich von deiner Gebundenheit mir gegenüber *zu lösen!* Diese Behauptung ist, da das Band in absoluter Verknüpfung mit einer gewissen Lösungsart steht, identisch mit der Behauptung des notwendigen Daseins eines auf gewisse Weise lösbaren Bandes. Aber wenn hiernach nicht nur unbewiesen ist, dass oportet in den angegebenen Formeln eine praktische Notwendigkeit bedeutet, sondern sogar gewisse Umstände für die Bedeutung: theoretische Notwendigkeit sprechen, so erscheint es unmöglich, etwas anderes anzunehmen, da in gewissen anderen parallelen Rechtsformeln nur diese Notwendigkeit mit dem Worte gemeint sein zu können scheint.

Indessen kann keineswegs ohne Recht eingewendet werden, dass auch in den Gesetzen oportet, besonders betreffs Beamter, in der ganz zweifellosen Bedeutung: rechtliche Pflicht vorzukommen scheint.[2] Aber damit scheinen wir vor einem unlöslichen Rätsel zu stehen, das noch grösser wird, wenn man beachtet, dass gerade die Sprache der Gesetze anscheinend das Wort in einem doppelten Sinne *sogar* in demselben Satz anwenden kann. Siehe z. B. die lex Papiria de sacramentis (nach MOMMSEN zwischen 511 u. 630 d. St.)[3]: ... hique tresviri ⟨capitales⟩ quicumque ⟨posthac fa⟩cti erunt, sacramenta ex⟨igunto⟩ iudicantoque eodemque iure sunto, uti ex legibus plebeique scitis exigere iudicareque [esse] esseque oportet. Hier scheint ja uti ... *exigere iudicareque* oportet eine rechtliche Pflicht, auf gewisse Weise (das sacramentum) abzufordern und zu urteilen, zu bedeuten, während uti ... *esse* oportet *unmöglich* eine rechtliche Pflicht ausdrücken kann. In diesem Falle

[1] Ursprünglich ist ja im allgemeinen sogar ein solenner Akt mit einem formellen *me a te solvo liberoque* notwendig gewesen. Siehe oben S. 419 ff.

[2] Siehe z. B. lex lat. tab. Bant. 8, 10 u. 18; lex Ac. 43: ⟨sei de ea re⟩ iudicium fieri oportebit, vgl. 70, 72: quæ ex hace lege fieri oportere⟨t⟩, lex agr. 12: eum agrum, quem ex h. l. dari reddive oportebit, 17: quem ex h. l. de eo agro ius deicere oportebit, 30: ⟨sei eorum⟩quis, quo⟨d eum ex h. l. f⟩acere oportuerit, non fecerit.

[3] Festus p. 344 M.

bezieht sich ja uti auf die Worte: eodemque iure sunto, so dass esse oportet die auf Grund der für die vorherigen entsprechenden Beamten geltenden Gesetze und Plebiszite eintretende Notwendigkeit bedeutet, in einer gewissen Rechtsstellung zu sein oder eine gewisse rechtliche Macht zu haben: »Seien die hiernach konstituierten tresviri in derselben rechtlichen Stellung (haben sie dieselbe rechtliche Macht), wie vorher nach Gesetzen und Plebisziten solche Beamte sein (haben) müssen». Dass die fraglichen Beamten verpflichtet sein sollten, in einer gewissen rechtlichen Stellung zu sein, wird wohl niemand annehmen. Da über die rechtliche Macht der Beamten bestimmende Gesetze oder Plebiszite unmittelbar die durch sie normierte rechtliche Macht wirklich geben, scheint esse oportet gerade die theoretische Notwendigkeit auszudrücken, während exigere iudicareque oportet eine rechtliche Pflicht zu bezeichnen scheint!

Das Rätsel erscheint noch unlöslicher, wenn man berücksichtigt, dass *natürlich* WALDE wie andere Lexikographen ein überwältigendes Material zur Verfügung haben, um zu beweisen, dass *ausserhalb* des Rechtsgebietes oportet *immer* eine praktische, nicht theoretische Notwendigkeit ausdrückt.

Zwecks Lösung des Rätsels müssen wir die Bedeutung der *Gesetzimperative* untersuchen. Diese Frage ist betreffs des rechtlichen oportet von Gewicht, weil die Römer, obgleich sie zur republikanischen Zeit mit der lex speziell ein iussum des Volkes meinen, doch zugleich *jedes* Recht, auch das Gewohnheitsrecht, auf ein Gesetz, also auf gewisse Worte, die das Recht bestimmen, zurückführen. Die fragliche Vorstellungsart, die mit dem primitiven Völkern natürlichen Glauben an die magische Kraft des Wortes (im Anfang war das Wort!) zusammenhängt, tritt in der Bezeichnung *legis* actio (die legis actio kann auch auf den mores beruhen), in dem entsprechenden Ausdrucke iudicium *legitimum*, im Ausdrucke optima lege= optimo iure, im Worte fas (aus fari) und auf andere Weisen als aus älteren Zeiten ererbt hervor.[1] Man hat deshalb Anlass, das rechtliche oportet überhaupt in Zusammenhang mit den Gesetzesworten

[1] Siehe oben S. 318[1]. Weiteres hierüber später.

zu bringen. Völlig offen ist dieser Zusammenhang, wenn das oportet sich auf ein besonderes gegebenes Gesetz bezieht, wie das damnum decidere oportet, das den Worten des Gesetzes damnum decidito entspricht. Aber das Gesetz hat durchgehend imperativische Form: damnas esto, liber esto, sacer esto etc.

Auf Grund dieser imperativischen Form sagt man, dass die lex als geltend iubet oder vetat, in dem Sinne, dass sie jetzt *nach* ihrer Entstehung etwas rechtlich bestimmt.[1] Dagegen ist es *unmöglich* zu sagen, dass der populus Romanus *nach* der Entstehung der lex zu befehlen oder zu verbieten fortfährt. Er übt diese Funktionen nur im Momente der Gesetzgebung.[2] Schon aus diesem juridischen Sprachgebrauche folgt, dass das römische Volk hinsichtlich der Gültigkeit des Gesetzes nur im Gesetzgebungsakte selbst Bedeutung hat, während *nach* demselben der Wille desselben Volkes *rechtlich irrelevant* ist, und dass es also völlig sinnlos ist zu sagen, dass die Gültigkeit selbst im fortdauernden Willen des Volkes liege.[3] Nach

[1] Belege sind überflüssig.

[2] Man beachte den Ausdruck lex agr. 78 (fin.): in diebus CCL proxsumeis, quibus h. ⟨l.⟩ populus *iuserit* und lex Iul. mun. 160: in eo anno proxumo, quo h. l. populus *iuserit*. Das iubere des Volkes ist der *Gesetzgebungsakt*. Wenn Gaius I. 1, 3 sagt: Lex est, quod populus iubet atque constituit. plebiscitum est, quod pebs iubet atque constituit, kann wohl niemand durch die Präsensform getäuscht werden. Man vergleiche § 5: Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. (Natürlich konstituiert der princeps etwas durch Dekret etc. in einem gewissen Momente, nicht dauernd.) Gaius fährt fort: nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem *obtineat*, cum ipse imperator per legem imperium *accipit*. Es werden durchgehend in diesem Zusammenhange durch die Präsensform nur in gewissen Momenten stattfindende Akte ausgedrückt, keineswegs ein dauernder Zustand. Vgl. Capito bei Gell. N. A. 10, 20, 6: plebis scitum . . . lex, quam plebes, non populus *accipit* und § 2: lex est generale iussum populi aut plebis *rogante magistratu*. Bei Festus p. 233 M. v. populi wird gesagt: quod plebes *scivit*, plebiscitum est, vgl. p. 293 M. v. scita plebei: . . . quæ plebs . . . *iussit* und p. 330 M. v. scitum populi: . . . ⟨quod . . . populus⟩ . . . *iussit*. Plin. N. H. XVI 37: 2. Hortensius dictator . . . legem in aesculeto tulit, ut quod ea (plebs) *iusisset* omnes Quirites teneret. Man beachte endlich, dass *iubere* das Fachwort auch für Erbeinsetzung und Freilassung durch Testament ist. (Gaius I. 2, 117 u. 267; Ulp. Reg. 2, 7 u. 21, 1.) Aber wenn das Testament in Kraft tritt, ist der Testator — gestorben!

[3] Es ist eine völlig verkehrte historische Methode, wenn z. B. Bekker,

dem gültigen Gesetzgebungsakte steht das Volk zum Gesetze in dem rechtlichen Verhältnis, dass es durch dasselbe gebunden ist. Das Fachwort ist: populus tenetur.[1] Aber dies ist ja der gerade Gegen-

Actionen II, S. 148 das Recht 'als den Gesamtwillen des Volkes' bestimmt und diese auf eine zur Zeit des Verfassers bestehende Vorstellungsweise gegründete Definition auf das römische Recht anwendet. Vgl. VOIGT, Jus. Nat. 1, S. 15 ff. (das Recht 'der Wille der Staatsgewalt') und LEIST, A. I. G. S. 352 ff. Man verwendet hier dieselbe verfehlte Methode, wie wenn man der Definition des Rechts zivilrechtliche Bedeutung beimisst, die Papinianus D. 1, 3, 1 gibt: Lex est commune praeceptum ... communis rei publicæ sponsio; denn diese Papinianusstelle ist nur eine lateinische Übersetzung der von Marcianus in l. 2 angeführten Demosthenischen: ... πόλεως δὲ συνθήκη κοινή worauf auch Hermogenianus' Definition des Gewohnheitsrechts: velut tacita civium *conventio* zurückgeht (l. 35), vgl. Gaius I. 3, 82; Ulp. Reg. 1, 4 und Serv. ad. Aen. 7,601 (Varro). Siehe auch Cic. part. or. 37, 130 über ius gentium: quasi consensus hominum. Es handelt sich offenbar um einen Versuch, das positive Recht auf gewisse allgemeine, als an sich gültig angenommene Rechtsgrundsätze, wie den Satz: pactum servandum est, zu gründen. Man glaubt, damit eine rationelle, wissenschaftliche Theorie vom Rechte zu geben, obgleich die Erklärung der *zivilrechtlichen* Anschauung selbst widerstreitet. Wir haben hier dasselbe stattliche, von stoischer, naturrechtlicher Architektur bestimmte Portal vor uns wie in den hochfliegenden Sätzen: ius est ars boni et aequi, iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia u. dgl. (siehe oben S. 290 f. A.), welches Portal gar nicht zu dem Hause selbst passt. Man vergleiche hiermit die Theorie Varros von einer besonderen theologia physica (der philosophischen Theologie) *neben* der theologia civilis: Ant. rer. div. S. 144 (AGAHD). Der einzige wesentliche Unterschied zwischen dieser rationellen Theologie und der rationellen Rechtslehre der Juristen hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den entsprechenden zivilen Lehren ist der, dass erstere *bewusst* als im Gegensatze zur zivilen Theologie stehend und deshalb als dem gemeinen Manne gefährlich betrachtet wurde. Augustinus sagt de civ. dei 6, 5 S. 253 (DOMBART) von Varro: *Removit* tamen *hoc genus a foro*, id est a populis; scholis vero et parietibus clausit. Anscheinend hatten die klassischen Juristen keine klare Vorstellung von dem Wesensunterschied zwischen der rationellen und der zivilen Rechtsanschauung. Sonst hätten sie wohl auch erstere vom forum entfernt! Aber sie waren vorsichtig genug, die Konsequenz aus der naturrechtlichen Grundlegung des positiven Rechtes nicht zu ziehen, die in der Tat die war, dass das natürliche Recht *über* dem positiven Recht stand. Deshalb blieb diese Grundlegung ein bedeutungsloses, unschädliches Portal.

[1] Die Formel für die Reszindierung eines Gesetzes durch den Senat war nach Asconius in Cornel. S. 67, 68 (ORELLI): quæ lex lata esse dicatur, ea non videri populum teneri, vgl. Cic. Phil. 5, 4, 10 und 12, 5, 12. Siehe auch Plin.

satz zur Stellung des Volkes als durch seinen *Willen* die Kraft des Gesetzes aufrechthaltend.

Dass der Wille des römischen Volkes nicht als die Substanz des römischen Rechtes betrachtet werden darf, wird weiter durch eine Untersuchung des ius, das mit dem Gesetze entsteht, nachgewiesen werden. Livius[1] lässt jemanden in indirekter Anführung äussern: in duodecim tabulis legem esse, ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset. Es muss in der lex gestanden haben: quodcumque postremum populus iusserit, id *ius ratumque esto*. 'Ius ratumque' war ein technischer Ausdruck für die rechtliche Gültigkeit einer Handlung eines Beamten oder eines Beschlusses irgend einer Versammlung[2], wie ita ius esto bezeichnet, dass die Erklärungen einer Person rechtliche Kraft haben[3], und ius potestasque esto, dass gewisse Personen eine rechtliche Fähigkeit erhalten sollen.[4] Es ist ja völlig offenbar, dass die Gesetzgebung den Zweck hat, ein bestimmtes objektives Recht zu schaffen oder gewissen Handlungen die Fähigkeit beizulegen, objektives Recht zu erzeugen, oder gewissen Personen eine bestimmte rechtliche Macht zu verleihen. Aber das Recht, das *durch* den 'Willen' des Volkes geschaffen werden soll, kann wohl vernünftigerweise nicht mit demselben Willen identisch sein! Weiter: wenn man mit 'ius' wirklich den Willen des Volkes gemeint hätte, wäre es völlig unverständlich, wie das Volk die Erklärung abgeben konnte, dass, was es zuletzt befohlen hatte, Recht sein sollte. Allerdings konnte ja das Volk

---

N. H. XVI 37: Q. Hortensius . . . legem in aesculeto tulit, ut quod ea (plebs) iussisset omnes Quirites teneret.

[1] 7, 17, 12.

[2] Cic. de leg. 3, 3, 1 ff.: iusta imperia sunto . . . quodque is qui bellum geret imperassit, *ius ratumque esto;* lex Urs. 1, 4, 14 ff.: Quod ex eis rebus decurionum maior pars, qui tum aderunt, decreverint statuerint, it *ius ratumque esto*, vgl. 3, 1, 12; 3, 3, 11—12; 4, 1, 37; 4, 2, 24; lex Rubr. 1, 1; 1, 20; 2, 21; lex civ. Narb. 25. Denselben Sinn hat natürlich der Ausdruck iustum ratumque sit: lex Mal. 2, 23; 4, 59; Sc. de imp. Vesp 31, sowie der Ausdruck firmum ratumque esse placet: Ed. Aug. Ven. 50.

[3] XII Taf. 5, 3 u. 6, 1.

[4] Lex Quinctia 21 u. 40; lex Urs. 1, 3, 15 f. u. 23; 1, 5. 8 u. 10; 3, 4, 7 u. 16; 4, 1, 28. Ed Aug. Ven. 30 u. 43; Sc. de imp. Vesp. 19.

im voraus Gehorsam gegen eine spätere Willenserklärung befehlen. Aber dass es im voraus bestimmen könnte, dass eine nachfolgende Willenserklärung seinen wirklichen Willen ausdrücken solle, ist eine Sinnlosigkeit. Wenn man nicht davon ausgehen konnte, dass eine faktische Willenserklärung den Willen des Volkes ausdrückte, war ja jeder Befehl des Volkes unmöglich. In entsprechender Weise wäre es, wenn Recht den Willen des Volkes bedeutete, unmöglich zu sagen, dass Deklarationen gewisser Beamter, Versammlungen oder einzelner Recht sein sollen. Zwar konnte das Volk befehlen, dass man diesen Deklarationen, wie wenn sie vom Volke selbst abgegeben wären, Gehorsam leistete.[1] Aber dass es bestimmte, sie *seien* sein eigener Wille, ist unmöglich, ebenso wie es sinnlos ist zu sagen, das Volk lege einem einzelnen eine rechtliche Macht (subjektives Recht) in der Weise bei, dass es ihn für einen Inhaber seiner eigenen 'Willensherrschaft' (WINDSCHEID) erkläre. Dem zuletzt Gesagten steht nicht entgegen, dass das Volk Respektierung der Verfügung einer Person über eine Sache oder eine andere Person befehlen könnte, wie wenn der Verfügende das Volk selbst wäre.

Es ist auch zu beachten, dass die Römer offenbar ein ius annahmen, das *über dem Volke* stehe und diesem sowohl Kraft, Recht zu konstituieren, verleihe als seine diesbezügliche Fähigkeit beschränke. Man beachte die übliche praescriptio zu einem Gesetze: consul populum *iure* rogavit populusque *iure* scivit . . .[2] *Iure* bedeutet natürlich hier (wie in dem Ausdrucke der XII Tafeln: *iure* iudicatis) mit Rechtskraft oder mit Fähigkeit, Recht zu erzeugen. Dies zu wissen hat ja für die Allgemeinheit bei der Publizierung Interesse. Dagegen würde die Mitteilung, dass der rogator oder der populus nicht *gegen* das Recht verfahren ist, an sich jedes Interesses ermangeln. Die Bedeutung dieses über dem Volke stehenden ius tritt jedoch am schärfsten in den Schranken für die Rechtssetzung des Volkes hervor. Nach Cicero gehörte zu einer Gesetzesvorlage die Klausel: si quid *ius* non esset rogarier, eius ea lege nihilum rogatum.[3] Dass

---

[1] Vgl. S. C. de imp. Vesp. 31—32: ea perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussu acta essent.

[2] Lex Quinctia (745/9) inst. und Val. Prob. 3,1.

[3] Pro Caec. 33,95; vgl. de domo 40,106.

es sich hier um eine materielle Schranke der Fähigkeit, Recht zu setzen, handelt, geht aus der Ciceronianischen Auslegung der Klausel hervor: Quid est, quod ius non sit, quod populus *iubere aut vetare non possit?* Ut ne longius abeam, declarat ista ascriptio esse aliquid, nam nisi esset, hoc in omnibus legibus non ascriberetur. Sed quaero de te, putesne, si populus iusserit me tuum aut te meum servum esse, id iussum ratum atque firmum futurum.[1] Danach wird auseinandergesetzt, dass das Volk durch ein iussum niemandem die Zivität oder die Eigenschaft sui iuris entziehen kann.[2] Gleich unwirksam ist nach Cicero ein willkürliches iussum des Volkes, dass das Eigentum einer Person konsekriert werden soll.[3]

Es kann a priori angenommen werden, dass sich die fragliche Schranke für die Rechtssetzung des Volkes auf die römischen Götter bezieht. Denn welche andere Macht könnte dem Volke selbst in rechtlicher Beziehung übergeordnet sein? Auch sprechen sowohl direkte wie indirekte Zeugnisse für diese Annahme. Val. Probus[4] führt folgende Formel an: si quid sacri sancti est, quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihil rogatur = wenn etwas zum Gebiet des 'Sakrosankten' gehört, was (vor dem Volke) vorgeschlagen nicht mit

---

[1] Über die Bedeutung des non posse in bezug auf rechtliche Akte siehe oben S. 302[2]: agi non potest = die Aktion ist kraftlos.

[2] Pro Caec. 33,95—34,100, vgl. de domo 29,77—30,79: num id iussum — dass Clodius ohne eigene Zustimmung in die potestas des P. Fonteius kommen sollte — esset ratum? Aus dem Angeführten geht mit unzweifelhafter Gewissheit hervor, dass die Meinung Karlowa's, R. Rg. I, S. 429, der die erwähnte Klausel mit der ad Att. 3, 23, 3 angeführten verwechselt und glaubt, dass es sich um eine Verhütung der Strafbarkeit des rogator nach einem nicht ausdrücklich aufgehobenen Gesetze handelt, falsch ist. In der von Cicero pro Caec. besprochenen Klausel handelt es sich um eine rogatio, die — *unabhängig* von dem eius ea lege nihilum rogatum der Klausel — nicht Kraft erhalten kann. Die Klausel hat ihren Anlass in der Gefahr der Annahme der Rogation für das römische Volk. Denn alsbald wird nachgewiesen werden, dass die fragliche absolute Schranke für die Fähigkeit des Volkes, Recht zu setzen, das *fas* betrifft. Wenn das römische Volk gegen das fas beschliesst — iubet, — erweckt dies natürlich den Götterzorn. Durch die listige Formulierung der Klausel wird das Volk von jeder Gefahr in dieser Hinsicht befreit!

[3] De domo 40, 106.

[4] 3, 13.

rechtlicher Kraft vorgeschlagen sein würde u. s. w.[1] Hier wird ja 'non iure' direkt auf ein Verbrechen gegen das fas bezogen.[2]

Es gibt auch indirekte Zeugnisse für die Abhängigkeit der materiellen Rechtssetzungs-Schranke vom fas. Diese haben hier eine besondere Bedeutung, weil aus ihnen unmittelbar hervorgeht, dass die in letzter Linie Recht erzeugende Kraft nach römischer Anschauung göttlich war. Auch eine *formelle* Schranke für die Fähigkeit des Volkes, Recht zu setzen, ist in den Quellen erwähnt. Diese bezog sich auf das Auspizienrecht, das nicht verletzt werden durfte, wenn

[1] Eine Parallelstelle ist Cicero pro Balbo 14, 33, wo als eine in Gesetzvorlagen vorkommende exceptio erwähnt wird: Si quid sacrosanctum est, HUSCHKE liest gegen den überlieferten Text des Val. Probus: . . . quodve ius non sit rogarier . . . Dies ist erstens willkürlich, da die Überlieferung einen guten Sinn gibt. Zweitens hätte es die Konsequenz, dass *nur* diese exceptio bei Gesetzvorlagen vorgekommen wäre. Die von Cicero in pro Caec. und de domo erwähnte (oben S. 544[2]) könnte dann nur aus dieser herausgenommen sein. Aber die von Cicero dort angeführte lautet nicht: *quod* ius non . . ., sondern *si quid* ius non . . . Drittens kann die sich auf die Sakrosanktheit beziehende exceptio nicht ohne weiteres 'si quid sacri sancti est' gewesen sein. Mit der Sakrosanktheit ist nämlich hier, wie aus Cicero pro Balbo 13, 32—33 hervorgeht, ein iussum des populus oder der plebs gemeint, dessen sanctio entweder ihrer Natur gemäss oder durch Beschwörung des Beschlusses oder durch Konsekrierung des caput desjenigen, der gegen das Gesetz handelt, sakral ist. Es ist aber offenbar, dass eine rogatio in das Gebiet des so Sakrosankten fallen kann, *ohne* dass sie damit dem vorhergehenden sakrosankten iussum widerstreitet, z. B. wenn die rogatio nur eine positive Konsequenz desselben bedeutet. Deshalb ist hier der Zusatz: quod *non iure* sit rogatum notwendig. Es scheint, als ob zwei verwandte Exzeptionen bisweilen zu derselben Gesetzvorlage gehört hätten: eine allgemeine: si quid ius non est rogarier und eine spezielle: si quid sacri sancti est, quod non iure sit rogatum . . . Möglicherweise liegt die Erklärung dieser Doppelheit in der *besonderen* Gefahr einer Gesetzgebung, die *ausdrücklich* durch eine vorherige lex sacrata für verderbenbringend erklärt worden ist.

[2] Vgl. auch Cic. de rep. 3, 22, 33 (Lact. inst. 6, 8, 6—9): Est quidem vera lex recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnis . . .; huic legi nec obrogari *fas est*, neque derogari aliquid ex hac *licet*, neque tota abrogari *potest*, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege *possumus* . . . Hier beziehen sich non fas est, non licet, non potest, non possumus auf dasselbe. Cicero betrachtet die von den Stoikern geholte lex — recta ratio — als die Grundlage alles Rechtes, und *damit* ist jeder Versuch, sie auf die eine oder andere Weise ganz oder teilweise abzuschaffen, nach ihm *vergeblich*, was mit dem Widerstreite jedes solchen Versuches gegen das *fas* zusammengestellt wird.

das iussum des Volkes Kraft haben sollte, und stand unmittelbar unter der Aufsicht der Auguren. Diese Schranke war weder durch ein iussum des Volkes entstanden, noch konnte sie durch ein solches iussum aufgehoben werden.[1]

[1] Cicero führt de leg. 2, 8, 21 als eines der dem Staate angemessenen Grundgesetze, welche alle in Übereinstimmung mit der Gesetzgebung Numas stehen sollen (siehe 2, 10, 23), folgende Bestimmung an: quæque augur iniusta nefasta vitiosa dira defixerit, inrita infecta sunto quique non paruerit, capital esto (vgl. 3, 19, 43). Dass es sich hier um eine formelle Schranke für die Gültigkeit eines Volksbeschlusses handelt, geht unmittelbar aus der Oberaufsicht der Auguren über die Auspizien hervor. Auch wird es durch die Rechtsstellung der Auguren in bezug auf staatsrechtliche Akte bestätigt. Sie können (nach 2, 12, 31) die comitia und concilia auflösen lassen, schon gefasste Beschlüsse (hinsichtlich ihrer Rechtskraft) reszindieren, Konsuln als vitio creati zum Rücktritt zwingen — decernere, ut magistratu se abdicent consules — das Recht cum populo agere geben oder von demselben ausschliessen, leges non iure rogatas tollere. Vgl. lex Urs. 1, 5, 3: De auspiciis quaeque ad eas res pertinebunt augurum iuris dictio iudicatio esto.

Was indessen in dem Angeführten besonderes Interesse hat, ist dies, dass der Augur einen Volksbeschluss für iniustum erklären kann und dass hier das iniustum mit dem nefastum vitiosum dirum zusammengestellt wird. Nun ist das iniustum hier eine Parallele zu dem formelmässigen, den Inhalt betreffenden ius non est rogarier. Dass dies richtig ist, geht sowohl aus der Bedeutung des iniustum als juridischen Fachwortes — worüber später — als aus einstimmigen Ciceronianischen Darstellungen hervor. Besonderes Interesse hat Cicero de domo 15, 39 ff.: Venio ad augures quorum ego libros si qui sunt reconditi non scrutor; . . . haec quæ una cum populo didici . . . novi. negant fas esse agi cum populo, ⟨cum⟩ de coelo servatum sit. quo die de te lex curiata (über die Adoptierung des Clodius durch einen Plebejer zwecks Verleihung der Fähigkeit, Volkstribun zu werden) lata esse dicatur, audes negare de coelo esse servatum? Danach lässt Cicero Clodius antworten: 'infirmas igitur tu acta C. Caesaris viri fortissimi'? Hinsichtlich der staatsrechtlichen Bedeutung dieses infirmare ist auf die bereits aus Cic. pro Caec. 33, 95 und de domo 40, 106 sowie Ed. Aug. Ven. 50 angeführte, deutlich der staatsrechtlichen Terminologie entnommene Wortverbindung: ratum atque firmum (firmum ratumque) zu verweisen. D. h. infirmare bedeutet: für nicht Rechtskraft besitzend erklären. Dies wird durch § 40 de domo bestätigt, wo erklärt wird, dass Clodius niemals Tribun gewesen sei, weil die lex curiata betreffs der Adoption ungültig sei. Vgl. auch die Kontroverse in dieser Sache zwischen Cicero und Cato Plut. Cato minor 40 und Cic. 34. Die staatsrechtlich gültige Nichtigkeitserklärung sollte in solchen Fällen durch den Senat erfolgen (per senatum rescindi oportere: § 40 de domo.) In dieser Erklärung sollte entschieden werden: ea

lege non videri populum teneri. (Siehe oben S. 541[1].) Vgl. auch Appianus bell. civ. 1, 368: Marius sollte Gehorsam gegen ein Gesetz unter der Voraussetzung schwören, dass es wirklich als Gesetz gälte. Danach könnte indessen leicht nachgewiesen werden, dass es als βροντῆς ὠνομασμένης gegeben nicht gälte. — Allerdings beantwortet Cic. die Frage: 'infirmas igitur tu acta C. Caesaris viri fortissimi'? mit 'minime'. Doch geht aus dem Nachfolgenden deutlich hervor, dass diese Antwort durchaus nicht in dem Sinne gegeben wird, dass die acta Caesaris nicht wirklich als 'infirma' zu erklären seien, weil sie contra auspicia zustandegekommen seien. Cicero lässt ja M. Bibulus, einen Mann constantia gravitate praeditus, proklamieren, dass Clodius als contra auspicia adoptiert gar nicht Volkstribun gewesen sei. Dies 'minime' sagt nur aus, dass Cicero seinerseits die Nichtigkeitserklärung der fraglichen Akte nicht fordert. Er wollte nur nachweisen, dass Clodius' faktische und an sich befugte Forderung, dass diese Akte infirmiert werden sollten, in sich schlösse, dass auch das Tribunat des Clodius zu infirmieren sei. Vgl. de harusp. resp. 23, 48.

Es ist nun auch zu beachten, dass die Auguren nach § 39 de domo '*fas esse* agi cum populo, ⟨cum⟩ de coelo servatum sit', verneinen, nach § 40 'cum de coelo servatum sit, cum populo agi *non posse*' erklären. Letzteres — dass die magistratische Verhandlung mit dem Volke nicht Rechtskraft hat — bedeutet also dasselbe wie dies, dass diese Verhandlung nicht mit dem fas übereinstimmt. Vgl. Varro l. l. 6, 30: *nefas* fari praetorem . . ., *itaque* non agi potest. Hiermit ist zusammenzustellen, dass Cicero 16, 42 drei Arten des ius unterscheidet, welche alle Clodius vom Tribunate ausschlössen: das in sacris (das Pontifikalrecht), das in auspiciis (das Auguralrecht) und das legale. (Über die hier von Cicero gemeinten libri pontificales und augurales siehe Voigt, Leges regiæ, Abh. der Kön. Sächs. Wissenschaftsakademie Bd. 7, S. 648 ff.) Also gelten die beiden ersteren Rechte staatsrechtlich gewiss nicht auf Grund eines besonderen *Gesetzes*, sondern *unmittelbar*.

Man kann nicht einwenden, dass es sich hier um ein Gewohnheitsrecht handelt, das wegen des vermeinten Nutzens eines solchen Rechtes galt, und dass deshalb hier das fas nicht unmittelbar rechtsschaffend war. Denn erstens ist es unmöglich, dass man die *Gültigkeit* eines Rechtes auf dessen Nutzen gegründet hätte. Der Unterschied zwischen der iuris ratio und der utilitatis causa ist jedem römischen Juristen natürlich. Dies schliesst nicht aus, dass der Nutzen das *Motiv* eines Gesetzgebungsaktes sein konnte. Aber deshalb beruhte die *Gültigkeit* des so zustandegekommenen Rechtes nicht auf seiner Zweckmässigkeit. Zweitens ist es sinnlos, hier von einem solchen Gewohnheitsrechte zu sprechen, das durch eine an eine vorher bestehende blosse Sitte anknüpfende opinio necessitatis entstanden wäre. In unserem Falle kann keine blosse Sitte *ohne* rechtliche Kraft vorher vorhanden gewesen sein. 'Gewohnheitsrecht' ist das fragliche Recht nur in dem negativen Sinne, dass es nicht durch einen bestimmten Akt in einem bestimmten Momente konstituiert worden ist. Da es nun auch nicht durch einen Volksbeschluss abgeschafft

Die contra auspicia gegebenen leges, die als solche ungültig waren, werden durch das juridische Fachwort *vitio* latæ bezeichnet[1], wie die gegen das Auspizienrecht vorgenommene und damit ungültige Amtshandlung als mit einem *vitium* behaftet bestimmt wird.[2] Aber in entsprechender Weise wird der contra auspicia gewählte Beamte *vitio* creatus genannt, obgleich er wirklicher magistratus ist und erst durch eigenen Rücktritt nach dem Dekret der Auguren betreffs des vitium und dem Befehl des Senates aus dem Amte scheidet.[3] Da nun die Vitiosität in den zwei zuerst angeführten Fällen völlige rechtliche Kraftlosigkeit einschliesst, da sie, auf dem staatsrechtlichen Gebiete vorhanden, ihre offenbare Parallele in der vitiosa oder iniusta possessio, d. h. dem nicht rechtskräftigen Besitze[4] hat — vgl. den Ausdruck vitium für die Usukapion verhindernde mala fides[5] — und da der *vitio* creatus magistratus in Gegensatz zu dem *iustus* magistratus steht, der auf Grund der Kraft, gültige Auspizien zu bewirken, die Eigenschaft *iustus* hat[6], *muss* die Vitiosität des fraglichen magistratus in einem Mangel an rechtlicher Kraft, der mit dem Mangel an der Auspizienkraft zusammenhängt, bestehen. Dass der vitio creatus magistratus jedoch wirklicher magistratus ist, bedeutet dann, dass er die mit der Auspizienkraft sonst gegebene

---

werden *konnte*, bedeutet dieser 'gewohnheitsrechtliche' Charakter desselben in der Tat, dass es zu der Grundlage des römischen Rechtes selbst gehörte, was einschliesst, dass nach dem fas wirksame göttliche Kräfte dieses Recht unmittelbar beeinflussten.

[1] Siehe z. B. Cic. de harusp. resp. 23, 48.

[2] Livius 45, 12, 10 ff. Ein Konsul war, als er den Legionen diem edicere sollte, *non auspicato* in das templum eingetreten, was zur Folge hatte, dass die Auguren *vitio* diem dictam esse erklärten und die Legionen zu Hause blieben, weil der Akt ungültig war.

[3] Siehe z. B. Livius 4, 7, 3; 5, 17, 2 f.; 5, 31, 8; 8, 17, 4; 8, 23, 14; 9, 7, 14; 23, 31, 13; Cic. de nat. deorum 2, 4, 11 und Varro l. l. 6, 30: quod si (praetor) tum (an einem dies nefastus) imprudens id verbum (do, dico, addico) emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed *vitio*, ut magistratus *vitio* creatus nihilo setius magistratus.

[4] Siehe oben S. 191 ff.

[5] Siehe oben S. 195 A.

[6] Hierüber in einer besonderen späteren Untersuchung des Auspizienrechtes.

formelle potestas ohne diese *reelle* Grundlage derselben hat. Die *Substanz* der formellen potestas ist nur die Kraft, gültige Auspizien zu bewirken und damit das römische Volk zum Glücke zu führen, wenn auch unter gewissen Umständen die Amtsgewalt ohne ihre materielle Grundlage bestehen kann.[1]

---

[1] Die Meinung MOMMSEN's, Röm. Staatsr. 3, 2, S. 1226 f., dass die Entscheidung des Senates über die Niederlegung des Amtes auf Grund einer Erklärung der Auguren über ein vitium bei der Wahl nur eine 'Aufforderung' an den Beamten sei, ist höchst wahrscheinlich fehlerhaft. Denn dass vitio creati magistratus fungierten, missfiel den Göttern. Eine expiatio war deshalb nötig, und zu dieser gehörte gerade der Rücktritt der betreffenden Beamten. (Siehe Livius 5, 17, 3 und 8, 17, 4.) Deshalb muss deren Verbleiben im Amte nach der Entscheidung des Senates als ein Kapitalverbrechen (eine perduellio?) betrachtet worden sein. Der Senat war hier ein *Richter* in staatsrechtlichen Dingen. Dies muss man im Hinblick auf den analogen Fall: leges vitio latæ notwendig annehmen. In letzterem richtete der Senat nach dem Gutachten der Auguren: ea lege populus non tenetur und verlieh so der schon vorher vorhandenen Infirmität der lex in der Weise Wirksamkeit, dass nach diesem Urteil das Gesetz *faktisch* nicht mehr anerkannt wurde, so dass sogar alle vorhergehenden Wirkungen desselben von jedem Beamten als nichtig betrachtet wurden. Es ist vorher nachgewiesen worden, dass in privaten Streitigkeiten das Urteil prinzipiell dem ursprünglichen Rechte Wirksamkeit verleiht. Wenn die Beamten das Urteil des Senates nicht beachtet und trotz desselben das für ungültig erklärte Gesetz fortdauernd als gültig betrachtet hätten, wäre dies ein Kapitalverbrechen gewesen. Cicero sagt ja de leg. 2, 8, 21: quæque augur iniusta . . . defixerit, inrita . . . sunto, *quique non paruerit*, capital esto. Hier wird sogar der Augur selbst als höchster Richter betrachtet. Der Senat hatte ja auch in Wirklichkeit nur formelle Bedeutung, keine materielle Fähigkeit, *nach* dem Gutachten der Auguren in der Sache zu entscheiden. Obgleich das Gesetz schon an sich unmittelbar ungültig war, hatte dieser Umstand doch keine rechtliche Wirkung auf die Beamten, ehe der Senat das Urteil gefällt hatte. Aber wenn der Senat auch im Falle magistratus vitio creatus ex analogia als Richter fungiert haben muss, ist es unmöglich, dass er keine Aussage von rechtlicher Bedeutung gemacht hätte. Aber was anders kann der rechtliche Inhalt dieser judiziellen Aussage gewesen sein als dies, dass ein Sitzenbleiben der fraglichen Beamten rebus sic stantibus ein Verbrechen, 'noxa', wäre? Und ist es wahrscheinlich, dass dies Verbrechen, durch das der römische Staat in Gefahr kommen würde, den Täter nicht todeswürdig gemacht hätte?

Hinsichtlich der Stellung des Senates als eines Richters in derartigen Fällen ist der Bericht Ciceros über die Restitution seines Eigentums nach der Rückkehr von der Landesflucht: de harusp. resp. 6, 12 ff. vgl. mit ad Att.

Noch auf mehrere andere Arten tritt der innige Zusammenhang zwischen dem römischen ius und dem fas hervor. Eine in der Rechtssprache gewöhnliche Bezeichnung für sowohl Völkerrecht[1] als staatliches mit göttlicher Ordnung unmittelbar verbundenes Recht[2] ist *ius fasque*. Besonders bedeutungsvoll ist die Formel für die Kreierung einer vestalischen Priesterin durch den pontifex maximus. Er sagt[3]: Sacerdotem Vestalem, quæ sacra faciat, quæ *ius* siet sacerdotem Vestalem facere pro populo Romano Quiritibus, uti quæ *optima lege* fuit, ita te, Amata, capio. Hier ist das *ius* bezw. die

---

4, 2, 2 ff. besonders bedeutungsvoll. Die pontifices hatten zuerst erklärt: videri posse sine religione eam partem areæ (der Teil des Cicero ursprünglich gehörenden Bodens, der während der Landesflucht konsekriert worden war) mihi (Cicero) restitui. (Ad Att. § 3.) Die *pontifices* traten dabei als *religionis* iudices auf. (Ad Att. § 4 vgl. de harusp. § 13.) Der Senat richtete danach: domum meam (Ciceros) iudicio pontificum religione liberatam videri. Dies war keineswegs nur eine Wiederholung des iudicium pontificum, sondern das Urteil des Senates gab ersterem die Kraft des *öffentlichen* Rechts. D. h. der Senat erklärte damit, was den Beamten auf Grund des pontifikalen Gutachtens oblag. Deshalb regelte er im Detail, *wie* die Restitution geschehen sollte. (Ad. Att. §§ 5 u. 6.) Durch das Urteil der pontifices war das vermeinte Recht der Götter schon mit rechtlicher Kraft für nicht vorhanden erklärt, woraus von selbst folgte, dass die Sache Cicero gehörte. Aber damit war nichts darüber bestimmt, wie die Staatsbeamten zu verfahren hatten, um die Restitution zuwegezubringen, ja, nicht einmal, ob ihnen in dieser Hinsicht überhaupt etwas oblag. *Deshalb* wird gesagt, dass die Senatoren iudices *legis* seien, während die pontifices iudices *religionis* seien. (Ad Att. § 4.) Vgl. de harusp. § 14: nego esse ullam domum aliam privato eodem quo quæ optima lege, publico vero omni praecipuo et humano et divino iure munitam. Publicum ius humanum = das iudicium des Senats als staatsrechtliche Bedeutung habend; divinum ius = das iudicium pontificum als für die Frage nach dem göttlichen Rechte und damit mittelbar für die nach dem privaten Rechte entscheidend.

[1] Cic. de harusp. resp. 16, 34: 'oratores contra ius fasque interfectos' (ein responsum). Liv. 8, 5, 8: ius fasque testes hinsichtlich gebrochener foedera (vgl. Liv. 1, 32, 6 und Seneca Herc. fur. 662); Liv. 8, 39, 13: secundum ius fasque (Restitution nach dem res repetere).

[2] Lex aræ Aug. Narb. (in latere) 12/13 p. Chr. 14: si quis tergere . . . (aram) volet . . . ius fasque esto; Liv. 3, 55, 4: ius fasque esset (dass gewisse Beamten getötet werden); 7, 6, 11: die Auspizien seien von dem (einem Plebejer) berührt, a quo nec ius nec fas fuerit.

[3] Gellius, Fabius Pictor, N. A. 1, 12, 14.

optima lex = das optimum ius hinsichtlich des vestalischen Opferdienstes mit dem göttlichen Rechte identisch (quæ *ius* siet etc. = die sacra, die die Vestalin mit göttlicher Kraft für den pop. Rom. verrichtet, was natürlich vom fas abhängt). Man beachte nun auch, dass ein magistratus durch die Auspizienkraft *iustus* ist, wie ein imperium durch dieselbe Kraft *iustum* ist.[1] Ein rogator ist non *iustus*, d. h. nicht fähig, einen völlig rechtskräftigen Beschluss zu bewirken[2], wenn er das Auspizienrecht verletzt hat.[3] Ein senatus consultum ist *iustum*, d. h. rechtlich gültig, nur wenn der Beschluss in einem templum — einem locus per augurem constitutus — gefasst ist.[4] Es gab gewisse *verba legitima*, deren Anwendung notwendig war, damit multa *iusta*, d. h. mit Rechtskraft auferlegt war. Zu diesen Worten gehörte: *multam dico*, wenn die multa in comitio oder ad populum bestimmt wurde.[5] Man vergleiche hiermit die Worte do, *dico*, *addico* in der prätorischen Jurisdiktion, welchen offenbar eine mystisch-magische Kraft zugeschrieben wurde, da eine Aktion, die mit einem dieser Worte an einem dies nefastus eingeleitet wurde, prinzipiell wirkungslos war.[6] Man vergleiche auch die Formel für die völkerrechtlich gültige, unter dem fas stehende Kriegserklärung mit ihren Worten: bellum dico (indico).[7] Eine manumissio ist *iusta*, d. h. gibt libertas ex iure Quiritium oder *iusta* libertas[8],

[1] Belege in einer späteren Untersuchung über das Auspizienrecht.

[2] Über die Bedeutung der *Vitiosität* gewisser Volksbeschlüsse oben S. 548.

[3] Cic. de nat. deorum 2, 4, 11 und de divin. 1, 17, 33. Vgl. Gellius (Messala) 13, 15, 4: Praetor . . . neque praetorem neque consulem *iure* rogare potest . . . quia imperium minus praetor, maius habet consul, et a minore imperio maius aut maior ⟨a minore⟩ conlega rogari *iure* non potest. *Wodurch* ein imperium maius oder minus ist, geht aus dem Nachfolgenden hervor: Censores aeque non eodem rogantur auspicio atque consules et prætores. Reliquorum magistratuum minora sunt auspicia. *Ideo illi minores, hi maiores magistratus appellantur.*

[4] Gellius (Varro) 14, 7, 7; vgl. betreffs der comitia centuriata, von welchen Cicero cum sen. gr. egit 11, 27 sagt, dass die maiores sie als 'maxime' *iusta* bezeichneten, Liv. 5, 52, 16.

[5] Gellius (Varro) 11, 4 u. 6.

[6] Varro l. l. 6, 30; vgl. oben S. 302[2].

[7] Gellius (Cincius) 16, 4, 1 und Liv. 1, 32, 13.

[8] Seneca de vita beata 24; Ulp. D. 36, 1, 17, 17; Marcianus D. 40, 1, 8, 3; C. I. 2, 30, 2 (a. 241) und 7, 4, 2 (a. 213).

nur wenn sie vindicta, testamento oder censu erfolgte, welche Akte eigentlich religiös waren.[1]

Man findet also, dass ius bezw. die Eigenschaft iustus als Ausdrücke für die rechtliche Kraft einer Gesetzgebung, einer Amtshandlung, eines Gesetzgebers, eines Beamten die Anwesenheit positiv wirksamer göttlicher Kräfte einschliessen. Die Sache wird durch die völkerrechtliche Terminologie, die sich ganz offenbar auf das fas bezieht, beleuchtet. *Iustum* piumque bellum *bedeutet* dasselbe wie *purum* piumque bellum, der von Todeskeimen — Materialisationen des Götterzornes[2] — reine, damit gleichsam gesunde Krieg.[3] Iuste pieque legatus wurde der nach gehörigem Ritus als Legat Konstituierte genannt.[4] Damit steht in Zusammenhang, dass der Legat mit sagmina oder herba *pura* am Haupte und Haare berührt

[1] Fr. Dos. 5. — Vindicta war ein religiöser Akt, weil sie auf dem mit dem fas übereinstimmenden Sprechen des Prätors beruhte (Varro l. l. 6, 30), das Testament war auch als Testament per aes et libram hinsichtlich seiner *Grundlage* ein religiöser Akt, weil das *ursprüngliche* Testamentsrecht — das in den comitia calata — in der Formel (Gaius I. 2, 79 init.) berücksichtigt wurde.

[2] Siehe oben S. 281[2].

Natürlich tritt der innige Zusammenhang zwischen dem römischen ius und dem fas besonders hinsichtlich der *Volkstribunen* hervor. Dion. Hal. 8, 87 berichtet, dass diese ihr Interzessionsrecht ausserhalb des Stadtgebietes verloren, und setzt dies in Zusammenhang mit dem Umstande, dass ihr Aufenthalt ausserhalb der Stadt gegen das fas war. Er berichtet weiter, dass diese Anschauung in den Bürgerkriegen im Interesse der streitenden Parteien ausgenutzt wurde. — Livius berichtet 3,55,7, man habe durch Gesetzgebung bestimmt, dass derjenige, der Volkstribunen, Aedilen etc. 'beschädigte', dem Iuppiter sacer sein sollte. Er fügt §§ 8 ff. hinzu: hac lege iuris interpretes negant quemquam sacrosanctum esse, sed eum, qui eorum cuiquam nocuerit, Iovi sacrum sanciri; itaque aedilem prendi ducique a maioribus magistratibus, quod etsi non iure fiat — noceri enim ei, cui hac lege non liceat — tamen argumentum esse non haberi pro sacrosancto aedilem; tribunos vetere iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse. Also: der Umstand, dass die Tribunen mit einem besonderen Volkseide kreiert waren, machte sie sakrosankt. Darum fiel jedes prendere und ducere seitens der maiores magistratus ausserhalb ihrer rechtlichen Befugnis. Weil die Aedilen nicht durch eine solche Zeremonie kreiert waren, hatten die maiores magistratus die *rechtliche Macht*, diesen zu Leibe zu gehen, obgleich sie durch Anwendung dieser Macht das Gesetz übertraten.

[3] Siehe oben S. 522. [4] Liv. 1,32,6.

werden musste.[1] *Iuste* pieque bedeutet hier unzweifelhaft *pure* pieque, ebenso wie *iustum* piumque bellum ein *purum* piumque bellum bedeutet.[2] Iusta ist eine deditio im Völkerrechte, wenn sie vom Götterzorn reinigt. Sonst ist sie *irrita*.[3]

Es ist an sich höchst unwahrscheinlich, dass man die Worte ius und iustum in wesentlich verschiedener Bedeutung verwandte, wenn es sich um das Völkerrecht und wenn es sich um das römische Recht handelte. Wie kann man glauben, dass sich im einen Falle die Worte auf eine mystische göttliche Kraft, im anderen auf den natürlichen Willen des römischen Volkes bezogen? Aber da nun auch ein überwältigendes Quellenmaterial direkt dafür spricht, dass ius bezw. iustus, von einem Gesetzgebungsakte, einer Amtshandlung, einem Gesetzgeber, einem Beamten ausgesagt, gerade das Vorhandensein

---

[1] Liv. 1, 24, 4—6, vgl. Festus v. sagmina p. 321 M. und die verbena bei Serv. in Aen. 12, 120; vgl. auch Ovidius Fasti 2, 25 über die pura arbor, von welcher der von einem flamen zu tragende Zweig geschnitten werden musste.

[2] Vgl. umgekehrt Liv. 10, 7, 4 u. 5: tum P. Decium consulem *purum piumque* deis inmortalibus visum . . . eundem P. Decium, qui sacra publica populi Romani faceret, legi rite non potuisse? Beachte nun weiter, was der Legat, der den Akt res repetere vollzieht, sagt: si ego *iniuste inpieque* illos homines illasque res dedier mihi exposco . . . Liv. 1, 32, 7. Die Forderung, die iniusta sein würde, ist hier die impura: diejenige, die mit den mystischen Todeskeimen behaftet ist, also nicht die göttliche Gesundheitskraft hat. In der vorbereitenden Kriegserklärung sagt der Legat: ego vos — die Götter — testor populum *iniustum* esse neque *ius* persolvere . . . Iniustus-impurus ist hier der populus auf Grund seiner Verweigerung des iuste Postulierten, was er nicht 'persolvit'. D. h. er wird dadurch mit Todeskeimen behaftet. Wir finden eine komische Verwendung alter Formeln für das res repetere u. dgl. bei Plautus Amphitruo 33 ff., wo Mercurius als der Gesandte Juppiters auftritt und gewisse Dinge von den Römern fordert. Man beachte die unablässige Verwendung des Wortes iustus! *Iustam* rem et facilem esse oratam a vobis volo: / Nam *iuste* ab *iustis iustus* sum orator datus: / Nam *iniusta* ab *iustis* impetrari non decet, / *Iusta* autem ab *iniustis* petere insipientiast / Quippe illi iniqui *ius* ignorant neque tenent. Mercurius ist hier auf der Szene mit einer wollenen Binde um das Haupt (vgl. Liv. 1, 32, 6) aufgetreten, und die Anwesenden haben bei allem diesem 'iustum' an eine ursprüngliche Berührung des Hauptes und Haares mit einer herba pura als die in letzter Linie zugrunde liegende Bedingung desselben gedacht.

[3] Siehe einerseits Liv. 9, 10, 7 (vgl. 9, 8, 7), andererseits 8, 39, 15.

einer mystischen göttlichen Kraft in der Handlung oder der Person ausdrücken, muss jeder Zweifel über die Identität der Bedeutung in beiden Fällen wegfallen.

Dies gilt um so mehr, als in gewissen Beziehungen der *Inhalt* des Zivilrechts unmittelbar durch das Völkerrecht bestimmt ist. Das wichtigste Beispiel bietet das sog. postliminium. Aber da dieses vielerörterte Institut eine besondere, ausführliche Untersuchung erheischt, muss es in diesem Zusammenhange beiseite gelassen werden. Dagegen können wir hier den römischen Begriff des *iustum* dominium heranziehen. Gaius sagt[1]: Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam *iusti dominii*, quod *maxime* sua esse credebant, quæ ex hostibus *cepissent*.[2] Man beachte, dass auf dieser direkten Beeinflussung des Zivilrechts durch das alte ius gentium das ganze Manzipationsinstitut beruht. Mancipium: Griff mit der Hand (im Kriege) als Erwerb des Eigentums im höchsten Sinne. Die Idee eines Griffes mit der Hand als solches Eigentum gebend passt am besten bei Kriegsgefangenen. Darum war mancipium ursprünglich teils eine Bezeichnung für den Sklaven (da die Kriegsgefangenschaft der allgemeine ursprüngliche Grund der Sklaverei ist), teils — in der Formel in mancipio esse — eine Bezeichnung für das Eigentumsrecht an einem Sklaven. Davon mancipio accipere eine Sache zu Eigentum im höchsten Sinne empfangen.[3] Davon auch der allgemeine Ausdruck: capere für Eigentumserwerb überhaupt.[4] Es ist indessen unmöglich, diese Anschauung nicht mit dem Umstande in Verbindung zu bringen, dass *jeder* römische Krieg iustus sein *muss*. Weder der Senat noch das Volk konnte rechtsgültig einen Krieg eröffnen, ohne dass die für die Eigenschaft iustus

---

[1] I. 4, 16.

[2] Vgl. Dion. Hal. 6, 36 u. 8, 10; Gaius D. 41, 1, 5, 7: Item quæ ex hostibus capiuntur, *iure gentium* statim capientium fiunt, u. Celsus l. c. l. 51, 1: Et quæ res hostiles apud nos sunt, non publica, sed occupantium fiunt. Siehe auch Karlowa, R. Rg. 1, S. 411 f. und Leist, Gr. I. Rg. S. 432.

[3] Siehe oben S. 372 ff. A.

[4] Oben S. 42[1]. Vgl. auch den Ausdruck capere in der Formel für die Kreierung einer vestalischen Priesterin oben S. 550 f.; Gellius sagt 1, 12, 13: 'Capi' autem virgo propterea dici videtur, quia pontificis maximi manu prensa ab eo parente, in cuius potestate est, *veluti bello capta* abducitur.

nötigen Zeremonien beobachtet waren.[1] Dann ist auch das fragliche dominium über die Kriegsbeute *deshalb* besonders iustum, weil der Krieg, in welchem sie genommen ist, ein *purum* piumque bellum ist.

Unter diesen Umständen gewinnt natürlich die in der völkerrechtlichen Terminologie hervortretende Synonymität zwischen den Worten *purus* (im religiösen Sinne) und *iustus* die grösste Bedeutung, weil sie auf den Ausgangspunkt für die römische Vorstellung vom *ius* hinweist. Dieser liegt offenbar im Gedanken an besondere Akte oder Personen in besonderer Stellung, ja, toter Dinge als durch die Abwesenheit aller Todeskeime — Materialisationen des Götterzorns — mit einer besonderen mystischen Lebenskraft ausgerüstet.[2]

---

[1] Dion. Hal. 2, 72 fin.: εἰ δέ τι μὴ γένοιτο τούτων οὔτε ἡ βουλὴ κυρία ἦν ἐπιψηφίσασθαι πόλεμον οὔτε ὁ δῆμος.

[2] Diese ursprüngliche Bedeutung des ius tritt Cic. pro Milone 31, 85 klar hervor: *Religiones* mehercule ipsæ, quæ illam beluam cadere viderunt, commosse se videntur et *ius* in illo *suum* retinuisse. Vos enim iam, Albani tumuli atque luci, vos, inquam, imploro atque obtestor, vosque, Albanorum obrutæ aræ sacrorum populi Romani sociæ et aequales, quas ille praeceps amentia caesis prostratisque sanctissimis lucis substructionum insanis molibus oppresserat; vestræ tum *iræ*, vestræ *religiones viguerunt*, vestra *vis valuit*, quam ille omni scelere *polluerat* . . . Hier ist die Zusammenstellung der Worte: iura, iræ, religiones, vis, vigere, valere, polluere sehr bezeichnend. Die Hügel, die Haine, die Altäre besitzen geheime, durch ihre ursprüngliche Reinheit von jeder Befleckung mächtige Kräfte. Sie dulden keine Befleckung, sondern reagieren gegen die Verunreinigung durch vernichtenden Zorn. *Ius* ist die an sich von Verderbenskeimen unberührte Kraft 'vis'. *Religio* ist dieselbe Kraft in ihrer Reaktion gegen Besudelung. Vgl. Liv. 31, 30, 4: divina humanaque iura polluerit — betrifft Grabschändung. Siehe auch Cicero de leg. 2, 9, 22: Deorum manium iura sancta sunto! Die Befleckung der göttlichen Kräfte der Manen sei ein strafbares Verbrechen! und de div. 2, 35, 75 über *ius* pomerii, das verletzt wird, wenn der Beamte die Stadtgrenze non auspicato übersteigt, wodurch er selbst non iustus rogator wird. Vgl. Cic. de nat. deorum, 2, 4, 11 u. de div. 1, 17, 33. Das pomerium wird als mit einer geheimnisvollen Macht ausgerüstet gedacht, womit es gegen jedes dasselbe irgendwie negativ berührende Verfahren reagiert und die Befleckung auf den Täter zurückwirft. Man beachte endlich den Ausdruck: *iusta solvere* oder *facere* betreffs Beobachtung gehöriger religiöser Feierlichkeiten, besonders hinsichtlich der Toten, und vergleiche damit die Formel für die Kriegserklärung: ego vos testor populum illum iniustum esse neque *ius persolvere* (Liv. 1, 32, 10). Das Volk, das den Akt res repetere vorgenommen hat, ist dabei *iuste* pieque = *pure* pieque verfahren. Deshalb macht die Weige-

Indessen ist hier eine höchst wichtige Distinktion zu machen. 'Iustus' entspricht 'purus' in der Phrase purus piusque, aber 'pius' bezeichnet hier etwas anderes. Während 'purus' die Anwesenheit göttlicher Kräfte *in* der Person oder Handlung selbst ausdrückt, bezieht sich 'pius' auf das Verhältnis zu *transzendenten* göttlichen Kräften. Das *ius*, das dem besonderen Akte, z. B. dem Gesetzgebungsakte, bezw. einer Person in einer besonderen Stellung eignet, ist eine Kraft des Aktes bezw. der Person *selbst*, wie sehr auch immer diese Kraft auf dem rechten Verhältnisse zu den transzendenten göttlichen Kräften beruhen mag. Den hier fraglichen Unterschied findet man in der Phrase ius fasque wieder. Deshalb lässt sich nicht sicher entscheiden, ob die transzendenten göttlichen Kräfte nach der ursprünglichen römischen Auffassung vom ius bezw. iustum nur die Rolle spielen, dass ihre Gunst Bedingung für das Vorhandensein der fraglichen immanenten Kräfte ist, oder ob sie selbst diese Kräfte geben. Nun ist zu bemerken, dass, wenn betreffs des rogator gesagt wird, dass er die Rogation *iure* vornimmt oder dass er *iustus* rogator ist, und wenn betreffs des populus oder der plebs gesagt wird, dass das scitum *iure* geschieht oder *iustum* ist, damit nur die *immanente* Kraft, Recht zu erzeugen, bezeichnet werden soll. Deshalb ist ein Zusatz betreffs des fas bezw. des pium, durch welche Ausdrücke das Verhältnis zu *transzendenten* Göttern bezeichnet wird, hier völlig unnötig, *obgleich* die fragliche Kraft gar nicht vorhanden ist, wenn der Gesetzgebungsakt den Göttern nicht gefällt. Noch ein anderer Grund kann indessen angegeben werden, weshalb hier die religiöse Seite der Sache nicht besonders hervortritt. Aus dem vorher Angeführten folgt, dass dasjenige *ius*, welches durch Gesetzgebung erzeugt wird, unmöglich mit dem Willen des Volkes identisch sein kann. Wenn die Gültigkeit des Gesetzgebungsaktes *an sich* von der Ordnung der *immanenten* mystischen Lebenskräfte —

---

rung des anderen Volkes dieses iniustum = impurum. Ius persolvere also = was für die Reinheit erforderlich ist, vollziehen. Nun wissen wir, dass besonders die Unterlassung, die *gehörigen* religiösen Feierlichkeiten zu beobachten, den Täter *impius* machte oder ihn zu einem piaculum zwang. Siehe z. B. At. Capito (Macr. Sat 3, 10, 7) u. Q. M. Scaevola (Varro de l. l. 6, 30 u. Macr. Sat. 1, 16, 10). Iusta solvere oder facere = was purum piumque ist, vollziehen.

dem *ungesetzten ius* im objektiven Sinne — abhängt, *muss* das durch die Gesetzgebung entstehende *gesetzte* ius ein Produkt *sowohl* des erwähnten, dem Volke übergeordneten ius *als* des iussum des Volkes sein. Das Volk, kann man sagen, schafft durch die ihm immanente göttliche Kraft die Ordnung, die das gesetzte ius ist. Dann aber *kann* diese Ordnung selbst nur eine Ordnung für die in den römischen Bürgern immanenten göttlichen Kräfte sein, allerdings nicht wie die ungesetzte ursprünglich, sondern in einem gewissen Zeitpunkte entstanden. *Dieses* Recht ist indessen nicht nur ein Korrelat zum fas, obgleich es letzterem nicht widerstreiten darf. Alsbald wird allerdings nachgewiesen werden, dass das fas selbst durch das gesetzte ius innerhalb gewisser Grenzen bestimmt werden kann. Aber diese Möglichkeit betrifft nur solche Gesetze, die sich auf die transzendenten Götter beziehen. Freilich muss ferner allerdings das alte mit dem fas zusammenhängende ius gentium Einfluss auf das durch Gesetz zustandegekommene ius gehabt haben.[1] Aber letzteres hat seine formelle Gültigkeit nicht durch ersteres, sondern durch das iussum des Volkes. Deshalb wird natürlich hier das Band zwischen dem ius und dem fas relativ gelöst, so dass ersteres seinen eigenen Weg geht. Obgleich auch dieses ius nicht dem fas widerstreiten darf und obgleich es sich auch hier um eine Ordnung für göttliche Kräfte in den Menschen und den Akten handelt, ist doch der Inhalt *an sich* nicht dem den Göttern Wohlgefälligen bezw. Verhassten entnommen. Ein besonderes ius bezw. iustum ist also hier keineswegs *an sich* die den Göttern wohlgefällige Kraft in Personen oder Akten, wie auch der Mangel an ius bezw. das iniustum keine solche Kraftlosigkeit *an sich* einschliesst, die mit dem Missfallen der Götter zusammenhängt. Da nun ius bezw. iustum betreffs einer Rogation oder eines Volksbeschlusses nur die Kraft, ein solches Recht zu erzeugen, bezeichnen soll, ist es natürlich, dass der notwendige Zusammenhang mit der Religion *hier* nicht besonders hervorgehoben zu werden braucht.[2]

---

[1] Vgl. oben S. 483 ff.

[2] Dass jedoch fasque bezw. piumque auf alle Fälle hinzuzudenken ist, geht mit völliger Evidenz aus Varro's Darstellung l. l. 6, 30 des der Rogation und dem scitum populi (plebis) völlig parallelen Sprechens des Prätors bei

Wir können nun auch die ursprüngliche Bedeutung der Worte *ius* und *iustum* bezw. *iniuria* und *iniustum* sowie die Bedeutungsentwicklung feststellen. 'Ius' ist eigentlich die übernatürliche Kraft, durch Reinheit von Befleckung mit Todeskeimen charakterisiert, also eine mystische *Lebenskraft*.[1] Ursprünglich ist deshalb das ius immer mit der Gunst der transzendenten Götter verbunden. 'Iustus' ist in Übereinstimmung damit dasselbe wie 'purus', von Todeskeimen rein. Deshalb ist immer das 'iustum' ursprünglich zugleich 'pium', den Göttern wohlgefällig. 'Iniuria' findet sich in alten Rechtsformeln oder Gesetzen nur in der Formel für die legis actio sacramenti, in den XII Taf. (ein besonderes Verhalten, das prinzipiell Talion mit sich bringt) und in der lex Aquilia. Sie bezieht sich in diesen Fällen auf eine Handlung *gegen* eine andere Person, die ohne ius erfolgt. Wahrscheinlich ist hier immer der Gedanke an eine Verunreinigung des Täters durch die Tat lebendig gewesen. 'Iniustum' ist in entsprechender Weise eigentlich dasselbe wie 'impurum', womit das 'impium' verbunden ist. Aber im Zivilrechte, über welches das Volk selbst in letzter Linie bestimmt, ist der innige Zusammenhang zwischen dem ius, iustum etc. und der Religion relativ gelöst, weshalb oft nur die Bedeutung übernatürliche Kraft, von Akten oder Personen in besonderer Stellung ausgesagt, bezw. die Abwesenheit einer solchen Kraft als der Sinn der Worte übrig bleibt. Das ius als eine gewisse *Ordnung* ist natürlich die Regel, die das Vorhandensein der fraglichen Kräfte bezw. der Kraftlosigkeit bestimmt.[2]

---

einer legis actio hervor. An gewissen Tagen sei *nefas fari* praetorem: do dico addico: Itaque *non potest agi*: necesse ⟨enim⟩ est aliquo uti verbo, cum *lege* qui⟨d⟩ peragitur. Lege hier = *iure*. (Siehe oben S. 318 A.) Praetor, qui tum fatus est, si imprudens dixit, piaculari hostia facta *piatur;* si prudens dixit, Q. Mucius aiebat, eum *expiari ut impium* non posse. 'Nefas', 'impium' und lege (iure) agi non potest hängen ja hier ganz deutlich zusammen. Vgl. das Entsprechende betreffs des *agere cum populo* Macr. Sat. 1, 16, 10 u. 14.

[1] Vgl. das griechische ἱερὴ ἷς (oben S. 303[1]).

[2] Wir fassen die schon gegebenen Belege zusammen und fügen einige neue hinzu. 1. Quod *ius* non sit rogarier = was mit Rechtskraft vor dem Volke nicht beantragt werden kann: dies unmittelbar auf Grund des Fas; *iure* rogare bezw. non *iure* rogare = mit bezw. ohne Rechtskraft beantragen: das Bestimmende ist das fas — besonders das Auspizienrecht. Vgl. quæ *ius* siet sac. Vest. facere pro pop. Rom. = die sacra, welche die sac. Vest. mit göttlicher

Kraft für pop. Rom. auf Grund des fas vornimmt. 2. *Iura*, von den Albanischen Hügeln etc. ausgesagt = ihre geheimnisvolle, an sich unbefleckte vis; *iura* polluerę = die an sich reinen vires beflecken; *ius* pomerii und *iura* deorum manium: die Bedeutung von ius dieselbe. 3. Iustum piumque bellum, iuste pieque legatus, iuste pieque exposcere (betreffs des res repetere), iniustus populus (betreffs des Volkes, das ius non persolvit — nicht das iuste pieque Geforderte leistet): iustus — iniustus in diesen Fällen = purus — impurus. 4. *Iusta* solvere oder facere = solche Zeremonien vornehmen, die den Göttern wohlgefällig sind. Iusta = pura piaque. 5. *Iusta* multa = mit rechtlicher Kraft auferlegte multa, wobei die Übereinstimmung mit dem fas notwendig ist; *iusta* manumissio = die Freilassung, die *iusta* libertas (Freiheit ex iure Qu.) gibt: prinzipiell auf religiöser Grundlage; *iusta* deditio (Gegensatz irrita): solche völkerrechtliche deditio, die wirklich vom Götterzorn löst; *iustus* magistratus, *iustum* imperium: iustus bezeichnet hier das Innehaben gewisser Auspizienkräfte; *iustum* senatusconsultum = mit innerer Kraft ausgerüstetes senatusconsultum, was die Übereinstimmung mit dem fas voraussetzt. 6. *Ius* facere bezw. *iniuria* vindicare (in der Legisaktionsformel) = durch die Vindikation das eigene Recht realisieren bezw. ohne Recht vindizieren; iniuriam facere (tab. 8, 4) = eine Gewalthandlung *ohne* Recht vornehmen. (Siehe oben S. 494 A.) Gewisse Tatsachen, worüber unten, zeigen, dass man bei iniuria an ein Verbrechen gegen das fas gedacht hat, obgleich kein ziviles Delikt vorliegt. Ein Verbrechen gegen das fas, welches Verbrechen z. B. auch beim Meineide vorhanden ist, *braucht* nicht das ganze Volk zu verunreinigen und deshalb durch damnatio des Verbrechers gesühnt zu werden, so dass es auch kein Verbrechen gegen das römische Recht zu sein braucht. (Siehe oben S. 484 A.)

Mit der iniuria in den erwähnten Fällen ist die *iniuria* in der lex Aquilia zusammenzustellen. Im ersten Kapitel dieser lex wird gesagt: si quis servum . . . *iniuria* occiderit . . . (Gaius I. 3, 210 u. D. 9, 2, 2). Über die hier fragliche iniuria sagt Ulpianus Coll. 7, 3, 1, vgl. D. 9, 2, 3 u. 5 pr. u. § 1: Iniuria occisum esse merito adicitur . . . proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia ⟨iniuria⟩ non occidit, sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere . . . videamus, an lege Aquilia teneatur. Hier ist offenbar mit iniuria nur die Abwesenheit eines besonderen ius auf die Tat, z. B. des Rechtes auf Selbstverteidigung bei unmittelbarem Angriffe oder des Rechtes, den nächtlichen Dieb zu töten, gemeint. Es ist zu beachten, dass das Gesetz, welches das Töten des nächtlichen Diebes betrifft, lautet: Si nox furtum faxsit, si im occisit, *iure* caesus esto. Man beachte weiter, dass Cicero pro Tullio 4, 8 ff. in seiner Erörterung der Bedeutung, die der Zusatz *iniuria* in der lex Aquilia hat, allein das Selbstverteidigungsrecht berücksichtigt. Er sagt § 8 fin., dass das iudicium de vi armata bezwecke, ut omnes ita familias suas continerent, ut non modo

armati damnum nemini darent, verum etiam *lacessiti iure se potius quam armis defenderent*, während nach der lex Aquilia durch *illa latebra: damnum iniuria* (5, 11) immer die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht möglich sei. Vgl. 18, 42: Man sollte — nach den Prätoren — im fraglichen iudicium nicht, wie betreffs der lex Aquilia, *ius et iniuria* untersuchen. Ius et iniuria entspricht hier dem *ius facere* bezw. *iniuria* vindicare in der alten Formel für die Legisaktion. Besonders instruktiv ist die Fortsetzung der Erklärung des Ulpianus (Coll. 7, 3, 4): Iniuriam autem accipere hic nos oportet non, quemadmodum et circa iniuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod *non iure* factum est, hoc est *contra ius*, id est si *culpa* quis occiderit. Hier ist zuerst die Identifizierung des *non iure* = *ohne* die Kraft des Rechtes und des *contra ius* = *gegen* das Recht zu beachten. Wir werden alsbald nachweisen, dass man nach juridischem lateinischem Sprachgebrauche die Verletzung des römischen Rechtes im Sinne des Rechtes, das Vorschriften oder Gebote enthält, also die Rechtsverletzung im gewöhnlichen Sinne nicht durch *contra ius* bezeichnen kann. Wenn diese ausgedrückt werden soll, *muss* man adversus (contra) *legem* sagen. Also kann es sich hier nicht um eine solche Rechtsverletzung handeln. Andererseits ist contra ius wie umgekehrt secundum ius facere der *technische* Ausdruck für die Übertretung des ius, das mit dem fas in innigem Zusammenhange steht. Siehe z. B. Cic. de harusp. resp. 16, 34: contra ius fasque u. Livius 8, 39, 13: secundum ius fasque. Aus der vorhergehenden Untersuchung ergibt sich, dass contra ius bezw. secundum ius hier die Eigenschaft der Handlung, Unglückskeime bezw. Reinheit von solchen einzuschliessen, bedeutet. Gerade deshalb ist hier contra ius facere dasselbe wie non iure facere, ebenso wie secundum ius facere dasselbe wie iure facere ist. Die Unglückskeime schliessen Kraftlosigkeit im mystischen Sinne in sich wie Reinheit von diesen eine entsprechende Kraft, und umgekehrt. Es muss sich deshalb unbedingt in der Ulpianischen Äusserung wenigstens um ein dem mit fas verbundenen verwandtes ius handeln. Auch wenn der Gedanke an das fas hier in den Hintergrund getreten ist, bleibt doch die innere Verbindung, die darin besteht, dass das Handeln in dem Ausdruck contra ius als *an sich*, unabhängig vom Gesetze, eine *Schuld* einschliessend gedacht wird. D. h. die Handlung ist an sich mit Strafe verbunden, welcher Gedanke nur aus der Idee einer inneren Unreinheit derselben entsprungen sein kann. Dies contra ius führt ja in der Ulpianischen Äusserung zum Begriffe *culpa* hinüber. Hier hat natürlich culpa ihre ursprüngliche Bedeutung: Schuld. Das Wort soll ja hier nur den Mangel an Übereinstimmung mit dem ius, das 'contra ius' der Handlung — des Tötens — ausdrücken. Dies, obgleich die römischen Juristen, von neueren Anschauungen über die Bedingungen für Schuld beeinflusst, gerade aus der Verbindung zwischen iniuria und culpa den Schluss zogen, dass die Handlung nur, wenn sie auf dolus malus oder wenigstens Mangel an diligentia beruhte, unter die lex Aquilia fiel, und dabei 'culpa' auch als die psychische Minimalbedingung für wirkliche Schuld verwendeten.

Es ist nun auch zu beachten, dass Plautus iniuria als im ganzen synonym mit culpa verwendet, ohne die spätere Bedeutung letzteren Wortes: Mangel an diligentia zu kennen: vgl. Aul. 790 mit 792 u. 794: culpam admittere in se, peccare und iniuriam facere drücken hier verschiedene Seiten derselben Sache aus. Aber bei Plautus tritt die Verbindung zwischen culpa und der inneren Unreinheit deutlich hervor. *Durchgehend* verweist die Ausdrucksweise auf die Idee solcher Unreinheit. Man beachte z. B. die Ausdrücke se *purgare* (von culpa): Aul. 791; a culpa *castus:* Poen. 1186; culpam *in se admittere* = die culpa in sich eintreten lassen: Aul. 790, Stichus 84 u. Trin. 44, wovon das blosse admittere culpam, scelus u. dgl. oder quid (in abstracto) herstammt: Trin. 81, Amph. 885, vgl. Men. 712: quid tandem admisi *in me;* culpam *commerere*, eig. Schuld als in sich Unglück enthaltend verdienen: Aul. 738 u. Capt. 403. Vgl. *noxiam* commerere: Most. 1178, womit Auctor ad Her. 2, 23, 35 zusammenzustellen ist. Da die Verwandtschaft zwischen noxia, die hier mit culpa synonym ist (Festus p. 174 M.), und noxa sicher ist, obgleich noxia sich eigentlich auf den unrechtmässig zugefügten *materiellen* Schaden bezieht, während noxa den *ideellen* bezeichnet (oben S. 479), und da noxa ein typischer Ausdruck für innere Unreinheit ist — beachte 'contagio noxæ' Liv. 9, 1, 6, ferner den Umstand, dass noxa zugleich peccatum und poena ist (oben a. a. O.), sowie den Ausdruck noxam merere (z. B. Liv. 8, 28, 8) —, sind die Verbindungslinien zwischen culpa und innerer Unreinheit völlig offenbar. Vgl. den Ausdruck noxa *repulsa* Ov. Fasti 4, 748 mit dem culpam *admittere* bei Plautus. Beachte endlich den Ausdruck *imprudens* peccare = impr. culpam admittere: Aul. 792 und Epid. 729 (si quid imprudens culpa peccavi mea). Vgl. das Paliliengebet in Ovid. fasti 4, 748 ff. (Oben S. 284 angeführt.) Effugiat stabulis *noxa* repulsa meis . . ./Pabulaque e bustis *inscia* carpsit ovis . . ./ Da veniam *culpæ* und Plautus Mil. 561 f., wo der Gegensatz *insipienter* und *malitiose* im Zusammenhang mit *iniuria* (siehe 548) hervortritt. Nun ist der Gegensatz imprudens — prudens in einer solchen Verbindung ohne jeden Zweifel dem Sakralrechte entnommen, wo imprudenter, forte oder casu, welche Worte hier dieselbe Bedeutung haben (vgl. Gaius ad XII tab. D. 47, 9, 9, Cic. top. 17, 64 und pro Tullio 22, 51), eine solche Schuld bezeichnen, die durch ein Piakularopfer gesühnt werden kann. Siehe z. B. Q. Mucius bei Varro l. l. 6, 30 und Macr. Lat. 1, 16, 10 sowie Ateius Capito bei Macr. Sat. 3, 10, 7. Man beachte, dass, wie die Götter bei dem Handeln imprudenter durch das Opfer versöhnt werden, man, wenn die Schuld einschliessende 'imprudens' Tat Menschen verletzt, durch Gebete Verzeihung erlangen kann. (Siehe z. B. Plautus Epid. 729.) Die unmittelbar verletzten Menschen treten als Vertreter der verletzten Götter auf und befreien deshalb durch ihre Verzeihung den Handelnden von der inneren Unreinheit: vgl. oben S. 483 ff. (Dies natürlich nach der ursprünglichen, jedoch fortdauernd im Hintergrunde stehenden Anschauung.)

Nun ist hier eine sehr gewichtige Anmerkung zu machen. Wenn Plautus von iniuria oder culpa spricht, bezieht sich dies promiscue auf das rein mora-

lische und auf das rechtliche Gebiet. D. h. sowohl das rein moralisch unrechte Betragen gegen eine andere Person als das unrechte Verhalten, das mit rechtlicher Reaktion belegt ist, wird so bezeichnet. Hierbei muss beachtet werden, dass die iniuria, die im Privatrechte mit rechtlicher Reaktion belegt ist, also die in der lex Aquilia und die in tab. 8, 4 erwähnte, keineswegs Rechtswidrigkeit im gewöhnlichen Sinne bedeutet, sondern nur die Abwesenheit eines ius. Damit folgt zwar, dass das Handeln *contra ius* ist — was allerdings nur betreffs ersterer iniuria direkt in der Rechtsliteratur ausgesprochen wird. Aber dies contra ius bedeutet, wie aus der Identifizierung mit der culpa hervorgeht, nur Widerstreit gegen die Regel für die Erhaltung der persönlichen Reinheit, und der Mangel an persönlicher Reinheit *braucht* gar keine weltliche Strafe herbeizuführen, also keine Rechtswidrigkeit im gewöhnlichen Sinne einzuschliessen. Deshalb war die Anwendung der Idee persönlicher Unreinheit auf das bloss moralische Gebiet an sich gar nicht unmöglich. Man brauchte nur das rein moralisch Unrechte *als dem fas widerstreitend* zu betrachten. Auf ganz dieselbe Weise verwendet Plautus das Wort impurus. Siehe z. B. Pseud. 365 f. Fraudulente. *Inpure*, leno. Caenum. Ps. 974 g. Hominem ego hic quaero *malum / Legirupam* (hier = den contra ius im angegebenen Sinne Handelnden), *inpurum, peiiurum* (eig. = den contra ius Handelnden, aber speziell den Übertreter der Regel für Reinheit, die durch den Eid konstituiert wird: hierüber später) atque *impium* (= den gegen das fas Handelnden). Es handelt sich um einen Kuppler! Vgl. Persa 406 ff.: Oh, lutum (vgl. griech. λῦμα!) lenonium . . . /*Inpure, inhoneste, iniure, inlex* . . . Vgl. auch Rudens 651 ff. Man beachte indessen, dass Plautus, obgleich er iniuria oder culpa sowie das entsprechende iniuste (siehe z. B. Pseud. 612 und Stichus 344) auf dem rein moralischen Gebiete anwendet, doch immer, wenn iniuria in offenbarem Gegensatze zu *ius* steht, an einen im *Rechtsleben* bedeutungsvollen Mangel an *ius*, d. h. der geheimisvollen eigentlich göttlichen Kraft im Verhältnis zu Dingen oder Personen denkt: so Poen. 809: *iniuriam* illic insignite postulat, vgl. mit Rudens 1138: *ius merum* oras und Rudens 1069: Quo modo habeas, id refert, *iurene anne iniuria*. Die letzten Worte beziehen sich natürlich auf die Formel für die legis actio sacr.: ius feci bezw. quando *iniuria vindicavisti*, über deren Bedeutung oben S. 494 A. Dies ist damit in Zusammenhang zu setzen, dass Plautus nur in einem Falle das positive *iustus* als Eigenschaft von Menschen und Handlungen auf rein moralischem Gebiete verwendet, wo nicht die Verbindung mit dem fas von Anfang an klar ist. (Hierüber alsbald.) Aber jedenfalls bedeutet iniuria bei Plautus niemals sei es eine Verletzung des Rechts als eines iussum des Volkes, sei es eine Verletzung des ius einer anderen Person, sondern nur ein Fehlen der mystischen Kraft, die ein ius einschliesst, welcher Mangel mit einer inneren Unreinheit in Verbindung steht, obgleich letztere in gewissen Fällen in den Hintergrund treten kann. Das Gesagte schliesst nicht aus, dass man sich selbst *durch* Verletzung des ius einer anderen Person beflecken kann. Aber *dann* wird mit iniuria nur diese Befleckung gemeint.

Zur Erörterung des Iniuria-Begriffes gehört indessen auch Paulus Coll. 2, 5, 1: Generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit: specialiter alia est contumelia, quam Graeci ὕβριν appellant, alia culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuriæ accipitur, alia iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἀδικίαν vocant. nam cum praetor non iure adversum nos pronuntiat, iniuriam nos accepisse dicimus. Diese Äusserung ist sowohl sprachlich wie rechtsgeschichtlich sehr interessant. Wir erörtern zuerst Paulus' Erklärung der judiziellen iniuria. Diese soll iniquitas et iniustitia und *damit* mit der griechischen ἀδικία identisch sein. *Jedoch* soll auch hier die iniuria ein Handeln *non iure* einschliessen. Nun wissen wir, dass dies non iure facere *ohne* die Kraft des Rechtes (zum Handeln) handeln bedeutet. Ausserdem geht aus der unmittelbar vorhergehenden Untersuchung hervor, dass iniuria eigentlich eine innere Unreinheit bedeutet. Aber die ἀδικία hat *nicht* diese Bedeutung. Weder ist sie ein Handeln ohne Recht — ein ἄδικος ist nicht derjenige, der ohne Recht ist — noch hat sie etwas mit einer inneren Unreinheit zu schaffen.

Es ist zu bemerken, dass, auch wenn der Begriff δίκη bezw. δίκαιος bei den Griechen ursprünglich in Verbindung mit der θέμις — dem göttlichen Rechte — gestanden hat, sich doch früh die Vorstellung von einem in der *Natur* liegenden δίκαιον entwickelt hat. Die Sophisten unterscheiden ja zwischen dem φύσει und dem νόμῳ δίκαιον. Und danach finden wir die Idee von einem an sich δίκαιον bezw. ἄδικον in den grossen philosophischen Systemen, ausführlich erörtert, wieder, bis sie in der stoischen Philosophie, die offenbar eine Revolution im juridischen Denken der Römer herbeigeführt hat, ihre systematische Ausbildung als die Idee eines allen Menschen gemeinsamen Rechtes erhielt. Nach diesem »natürlichen» Rechte, das auf der Grundlage des griechischen Rechtsbewusstseins ruhte, schloss die Rechtswidrigkeit gar nicht die Eigenschaft οὐ καθαρός (οὐχ ὅσιος) ein. Sie war nur ein gewisses Verhalten gegenüber anderen, das der idealen Ordnung der Natur widersprach und deshalb ein αἰσχρόν oder ein Verfahren darstellte, das man nach dem Gesetze der Natur nicht anwenden *durfte*. Und wenn man ein solches Handeln als Unglück bringend fasste, war dieses Unglück doch kein äusseres, zukünftiges, das als Strafe den rechtswidrig Handelnden traf, sondern wurde in den Unwert der Handlung selbst verlegt. Deshalb war auch nach dieser Anschauung das Recht des einzelnen wesentlich keine mystische göttliche Kraft, sondern bestand darin, dass ihm von anderen einzelnen oder dem Staate selbst gewisse Vorteile zuerkannt werden *sollten*. Das Prinzip des richtigen Verhaltens in dieser Hinsicht war die Gleichheit, ἰσότης, obgleich hierbei als Masstab für die gleiche Behandlung im allgemeinen die gleiche *Würde* zugrunde gelegt wurde. Die positiven Gesetze hatten nach der fraglichen Anschauung ihre Grundlage in dem *natürlich* Rechten und dem der besonderen Gemeinschaft Nützlichen. Sie waren autoritative Erklärungen hierüber. Ich verweise auf die ausgezeichnete kleine Untersuchung von Hermann: Über Gesetz und Gesetzgebung im griechischen

Altertum, 1849, und auf meine Schrift: Till frågan om den objektiva rättens begrepp (Zur Frage nach dem Begriffe des objektiven Rechtes) S. 12 ff. Eine philosophische Konsequenz dieser Anschauung war der Satz Cicero's de leg. 2, 11 u. 12, dass, was mit den erwähnten Prinzipien nicht übereinstimmt, keine bindende Kraft habe, auch wenn es durch das iussum populi oder das decretum principis für Recht erklärt worden sei.

Indem die römischen Juristen, besonders unter dem Einfluss der stoischen Philosophie, dieses ius naturæ ihrer eigenen Rechtswelt einzuverleiben suchten, mussten sie dasselbe an die Stelle des alten fas setzen, das allein nach *zivilrechtlicher* Anschauung den Gültigkeitsgrund des positiven Rechtes bildete, aber schlechterdings nicht mit dem ius naturæ identisch war. Wenn Cicero de rep. 3, 22, 33 über die *vera* lex, recta ratio, naturæ congruens sagt, dass ihre Abschaffung nicht *fas* und deshalb rechtlich unmöglich wäre, will er natürlich nicht sagen, dass diese lex mit dem wirklichen fas identisch wäre, sondern nur, dass sie die Heiligkeit des fas hätte. Aber gerade das nach griechischer Anschauung natürlich Rechte, was die Substanz des positiven Rechtes sein soll, erschien den Römern als dasselbe wie das ihnen wohlbekannte *aequum et bonum*. Siehe z. B. Paulus D. 1, 1, 11: Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Daraus folgte indessen eigentlich eine Auflösung der römischen juridischen Begriffswelt. Denn das aequum et bonum war von Anfang an von dem wirklichen ius vollständig unterschieden. Selbst das ius gentium, das immer als wirkliches Recht betrachtet wurde, war keineswegs das aequum et bonum. Die Kriegsgefangenschaft galt als Grundlage der Sklaverei nach dem ius gentium. Aber die Sklaverei widerstreitet dem mit dem aequum et bonum identischen ius naturæ. Siehe Ulp. D. 1, 1, 4 u. 50, 17, 32 u. Florent. D. 1, 5, 4, 1. Wenn das ius gentium das Recht des ersten Okkupanten konstituierte (siehe z. B. Gaius 41, 1, 3 pr.), so war dieser Rechtsgrundsatz, der demjenigen den Vorzug gab, der das grösste Glück in seinen Unternehmungen oder die grössten physischen Kräfte hatte, keineswegs aus dem bonum et aequum zu erklären. Dass Tradition für Eigentumsübergang nötig war, also der blosse consensus nicht genügte, war ein Satz des ius gentium, keineswegs des aequum et bonum. Wenn die Gültigkeit der Konsensualkontrakte nach dem Prinzipe der bona fides auf das ius gentium zurückgeführt wurde, war sie deshalb doch nicht aus dem Prinzipe des bonum et aequum zu erklären. Die bona fides musste ja hier besonders in der Formel erwähnt werden, was in sich schliesst, dass sie nicht *an sich* rechtsbegründende Kraft hatte, sondern diese Kraft von einem höheren Rechte erhielt, das in *gewissen Fällen* der bona fides rechtliche Kraft verlieh. Das spätere ius gentium stammt direkt aus dem älteren unter dem fas stehenden her. Aber das aequum et bonum war ein *ursprüngliches* Element der römischen Vorstellungswelt, das *neben* dem ius existierte. Dass man indessen, *nachdem* das ius naturæ aus der griechischen Gedankenwelt in die römische Rechtsanschauung eingedrungen war, das ius gentium

mit dem ius naturæ identifizierte (so z. B. Gaius I, 1, §§ 1, 89, 189: ius gentium = id quod naturalis ratio constituit; 2, 65: ius gentium wird als ius naturæ bezeichnet u. Cic. de off. 3, 17, 69: das ius gentium der maiores wird mit 'verum ius' oder 'ratio' im stoischen Sinne identifiziert), ist ja leicht verständlich, ebenso wie es begreiflich ist, dass man sie andererseits unterschied und das ius gentium als eine Verschlechterung des ius naturæ betrachtete (siehe z. B. Flor. 1, 5, 4, 1). Eine natürliche Folge der neuen, nicht echtrömischen Betrachtungsweise war, dass man, wie es auch die Griechen versuchten (siehe Demosthenes or. 25, 774 ed. Blass), die Gültigkeit des *ius civile* in naturrechtlicher Weise auf eine Art an sich bindender Übereinkunft zwischen den Mitgliedern des Volkes zurückführte. (Oben S. 540[3].) Eine andere Folge war das bei den klassischen Juristen gewöhnliche stoische Portal zur Darstellung des römischen Rechtes, das mit folgenden Sätzen prunkt: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Ius est ars *boni* et *æqui* u. dgl. Siehe oben S. 290 f. A. Hier ist hinzuzufügen Ulp. D. 1, 1, 10, 1: Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Die stoische, von Ulpianus verwendete Quelle ist hier dieselbe wie die von Cic. de leg. 1, 6, 19 benutzte, wo wir diese praecepta mit wenig verschiedenen Worten und unter Hinweis auf doctissimi viri, stoische Philosophen, wiederfinden. Es ist hierbei zu bemerken, dass nach *stoischer* Anschauung das Rechte eine Vorschrift der Vernunft und die lex die Vernunft selbst als gewisse Handlungen befehlend oder verbietend ist. Siehe Arnim, Fr. st. vet. III, Nr 314—317. Indem man die hier bestimmende Vernunft, deren Vorschrift das Rechte ist, als *ius* bezeichnete, wurde der Ausdruck *iuris* praecepta natürlich. Aber in der römischen zivilrechtlichen Sprache ist es schlechterdings unmöglich zu sagen, dass das *ius* praecipit, iubet oder vetat. Dies wird alsbald unter Hinweis auf die Sprache der römischen Gesetze nachgewiesen werden. Man kann nur von dem Gesetze, als gewisse *Worte* enthaltend, und vom Volke hinsichtlich des Aktes, wodurch diese *Worte* Kraft erhalten, sowie von einer einzelnen Person, die durch gewisse *Worte* Recht setzt, sagen, dass sie befehlen oder verbieten (iubere oder vetare). Man kann auch nicht sagen, dass derjenige, der gegen die Vorschrift eines Gesetzes handelt, deshalb contra ius verfährt. Er verstösst nur adversus hanc legem. Die Differenz ist tiefgehend, weil das ius oder das iustum nach echtrömischer Anschauung keine Vorschrift, sondern eine geheimnisvolle, übersinnliche *Kraft* (eig. von Unglückskeimen reine Kraft) bedeutet, weshalb auch iniuria und iniustum durchaus nicht Übertretung einer Vorschrift ist.

Es ist schlechterdings notwendig, die Paulinische Äusserung Coll. 2, 5, 1, die judizielle iniuria sei mit iniquitas et iniustitia und damit der griechischen ἀδικία identisch und doch wesentlich dasselbe wie das, was *non iure* fit, auf die durch die eingedrungene griechische Anschauung hervorgerufene allgemeine Begriffsverwirrung zurückzuführen. Überhaupt stammt von dieser griechischen Invasion die schon bei Cicero — n. b. wenn er nicht die juridische Sprache

gebraucht — offen hervortretende Anwendung der Worte iustus und iniustus im Sinne: gerecht bezw. ungerecht her. Allerdings konnte nach dem echtrömischen Sprachgebrauche eine Person durch Verletzung (»Befleckung») der Rechte anderer die Eigenschaft iniustus bekommen. Aber diese Eigenschaft selbst bedeutete dann nur, dass der verletzende Mensch *ausserhalb* der Kraft des ius war, indem er sich selbst *durch* die Tat unrein machte. Keineswegs *bestand* die iniustitia in dem mangelhaften Respekt vor den Rechten anderer. Es geht indessen aus der Paulinischen Äusserung hervor, dass 'iniuria' wirklich von alters her das Fachwort für die judizielle Ungerechtigkeit gewesen ist. Dies ist auch sehr gut verständlich. Einerseits war ja die altertümlichste legis actio die l. a. sacramenti. Ursprünglich rief die Partei die Hülfe der Götter durch den Eid an. Sie sollte unter Voraussetzung der Wahrheit ihrer Behauptung die Gunst derselben erhalten. Vgl. die vorbereitende Kriegserklärung Liv. 1, 32, 10: audi, Juppiter, et tu, Jane Quirine, diique omnes caelestes vosque, terrestri, vosque, inferni, audite: ego vos testor populum illum . . . iniustum esse neque ius persolvere. Es ist völlig klar, dass der Richter, der solche besonders herbeigerufene Kräfte nicht respektiert, sich selbst im religiösen Sinne befleckt und damit eine wirkliche iniuria begeht. Andererseits war ja der iudex ein *Geschworener*, weshalb er als unrichtig urteilend ein *periurus* wurde. Es ist weiter zu beachten, dass natürlich ein iudex, der von iniuria frei war, damit auch wirklich unparteiisch, also nach lateinischem Sprachgebrauche *aequus* war. Aequus und iustus gehörten deshalb hier notwendig zusammen. Wenn Plautus Amph. 16 sagt: Itaque *aequi* et *iusti* hic eritis omnes arbitri, hat man im Hinblicke auf die sonstige Verwendung des Wortes iustus bei ihm, worüber alsbald, keinen Anlass, dies anders aufzufassen als so, dass die Eigenschaften aequus und iustus zusammengehören, ohne deshalb dasselbe zu bedeuten. Aus dieser ursprünglichen Verbindung zwischen iniquitas und iniuria auf judiziellem Gebiete ist vielleicht der Satz summum ius summa iniuria (auf Grund der iniquitas) zu erklären, der jedoch noch nicht bei Plautus, sondern erst bei dem von griechischer Vorstellungsart stärker beeinflussten Terentius vorkommt.

Über Paulus' Identifizierung der iniuria in der lex Aquilia mit einerseits quod non iure fit, andererseits dem griechischen ἀδίκημα braucht jetzt nichts gesagt zu werden. Dagegen ist die entsprechende Identifizierung der iniuria im speziellen Sinne mit einerseits quod non iure fit, andererseits mit der griechischen ὕβρις besonders zu erwähnen. Wenn die iniuria als ein Privatdelikt eigentlich eine physische Gewalttat war, die ohne die Kraft des Rechts erfolgte und das Talionsrecht erzeugte, und die iniuria im speziellen Sinne, die ein öffentliches Verbrechen war, in einer bösen Zauberei bestand (oben S. 494 A), kann man gut verstehen, dass daraus durch Verschmelzung des öffentlichen Deliktes mit dem privaten in Zusammenhang mit dem Übergang des ersteren in ein böses Reden oder Schreiben gegen andere (ohne Zauberei) der allgemeine Injurienbegriff contumelia entstand und dass dabei der Deliktscharakter an

griechische Vorstellungen von der Selbstüberhebung als dem prinzipiell Unrechten geknüpft wurde.

7. *Iurare.* Das Wort pflegt so erklärt zu werden: ein *Recht* durch Eid bekräftigen. Dass das iurare diesen Zweck haben kann, ist unzweifelhaft. Aber dass es ursprünglich *nur* einen solchen Zweck hatte, kann nicht behauptet werden. Mindestens in privaten Streitigkeiten ist das Fachwort für einen solchen Eid *sacramentum.* Umgekehrt wird niemals der zu einem foedus gehörende Eid, durch welchen gar kein schon vorhandenes Recht bekräftigt wird, als ein sacramentum bestimmt. Für diesen passt deshalb nur der Ausdruck iusiurandum. Weiter ist man nicht *periurus,* weil man ein behauptetes Recht nicht besitzt, sondern weil man *falsch geschworen* hat. Daraus folgt, dass das ius, worauf sich 'periurus' bezieht, das durch den Eid *konstituierte,* nicht ein Recht, das Gegenstand des Eides ist, sein muss. Es ist das durch den Eid zustandegebrachte ius, das von dem *per*iurus übertreten wird. Das Wort *iurare* selbst verweist ja auch auf ein *Bewirken,* nicht auf ein *Bekräftigen* eines ius. Wer schwört, macht eine zukünftige Handlung bezw. eine Behauptung unter Voraussetzung ihrer Wahrheit den Göttern genehm, eine andere Handlungsweise bezw. die Behauptung unter Voraussetzung ihrer Falschheit den Göttern verhasst. D. h. die eine Handlungsweise bezw. die Behauptung, falls sie wahr ist, wird *rein* = erhält die Eigenschaft *iustus,* die andere Handlungsweise bezw. die Behauptung, falls sie falsch ist, wird *unrein* = erhält die Eigenschaft *iniustus.* Das ius, das durch den Eid geschaffen wird, ist die *Reinheit* einer gewissen Handlungsweise oder einer Behauptung als wahr. Der Eidbrüchige bezw. der Meineidige verfährt contra ius, stellt sich selbst durch die Handlung bezw. die Behauptung ausserhalb des Bereiches der durch den Eid geschaffenen reinen Kraft. Er wird als *periurus* bezeichnet.

Damit ist die Bedeutung des prozessualen sacramentum als *iustum* bezw. *iniustum* völlig offenbar. Ersteres sacramentum ist an sich die mit *reiner Kraft* (im Prozesse = Siegeskraft: oben S. 422) durch den Eid ausgerüstete wahre Rechtsbehauptung, letzteres ist an sich die falsche Rechtsbehauptung, die durch den Eid *unrein* (im Prozesse = Niederlage bringend) wird. Dies wird nicht dadurch aufgehoben, dass der iudex, der das fragliche sacramentum als iustum oder iniustum zu pronuntiieren hat, nicht unter *allen* Umständen auf die Wahrheit oder Falschheit der Rechtsbehauptung Rücksicht nehmen soll. (Siehe oben S. 523.) Die Eigenschaft iustum bezw. iniustum *bedeutet* nicht die Wahrheit bezw. Falschheit der Rechtsbehauptung, sondern nur die Anwesenheit bezw. Abwesenheit der reinen Kraft, die im Prozesse Siegeskraft bedeutet. Durch *das Gesetz* aber kann das *fas* selbst beeinflusst werden. (Hierüber alsbald.) Deshalb kann durch das Gesetz ein an sich iniustum sacramentum iustum gemacht werden.

Endlich ist betreffs der Fähigkeit des Eides, ius zu *schaffen,* an den oben S. 552[2] angeführten Umstand zu erinnern, dass die Volkstribunen nach den iuris interpretes durch den *Eid* des Volkes die Eigenschaft sacrosanctus derart

erhielten, dass keine anderen Beamten das *ius* hatten, sie zu 'schädigen'. Eine solche Handlung war auch staatsrechtlich iniusta. Dies ist um so bemerkenswerter, als der fragliche Eid von der *plebs* selbst (so Livius 3, 55, 10) abgelegt worden zu sein scheint. Offenbar liegt die Bedeutung dieses Eides nicht bloss in dem Effekte, dass die 'Schädigung' der Volkstribunen eine Verunreinigung des eidbrüchigen Mitgliedes der plebs ist. Dieser Effekt ist hier sogar von höchst geringer Bedeutung. Die Mitglieder der *plebs* haben natürlich kein Interesse an der 'Schädigung'. Die Bedeutung des Eides liegt hier hauptsächlich darin, dass die Tribunen selbst durch denselben eine persönliche göttliche Kraft erhalten, durch welche *jede* Schädigung ihrer Personen — *wer auch der Schädigende ist* — zu einer *unreinen* Handlungsweise wird — und daher auch nicht zur rechtlichen *potestas* der Beamten gehören kann.

Wir haben nun solche technische Verwendungen der Worte ius, iustus und iniustus zu behandeln, in welchen der Zusammenhang mit dem fas weniger hervortritt und deshalb den Worten unmittelbar *nur* die Bedeutung *Kraft* bezw. *Kraftlosigkeit* zugeschrieben werden kann. 8. Testamentum *iure* (non *iure*) factum; testamentum *iustum* (*iniustum*). Iure factum hier nicht = rechtmässig im gewöhnlichen Sinne errichtet. Denn durch non iure facere handelt man gewiss nicht rechtswidrig in dem Sinne, dass man ein Delikt begeht. Ebensowenig ist *iure* factum = den Regeln für innere Reinheit gemäss gemacht. Es ist: den formellen Regeln für die *Rechtskraft* des Testamentes gemäss gemacht. Siehe Pap. D. 28, 3, 1: Testamentum aut non *iure* factum dicitur, ubi *sollemnia iuris* defuerunt . . . Ein testamentum non *iure* factum ist also notwendig *irritum:* siehe Gaius I. 2, 146 vgl. mit I. I. 2, 17, 5. *'Iure'* bezieht sich auf die Bedingungen für die *Rechtskraft*. Testamentum iustum = ein Testament, das auch mit den *materiellen* Bedingungen für die Rechtskraft übereinstimmt. Testamentum iniustum ist z. B. vorhanden, wenn ein filius, der zur Zeit des Todesfalles in potestate ist, ohne ausdrücklich für erblos erklärt worden zu sein, übergangen ist: Pap. D. 28, 3, 3, 3.

9. *Iustum* matrimonium; *iustæ* nuptiæ; *iustus* coitus; *iustus* filius u. dgl. Man beachte, dass der Mann als die aktive Partei bei der Eheschliessung betrachtet wird. Er *ducit* uxorem. *Iustum* matrimonium u. dgl. bedeutet hier deshalb eine solche Ehe, in welcher die Frau als zum *Manne* gehörend betrachtet wird. Conubium, das Bedingung für ein iustum matrimonium ist — ius legitimi matrimonii: Serv. in Aen. 1, 73— bestimmt Ulp. Reg. 5, 3 als uxoris *iure* (mit Rechtskraft) ducendæ facultas. Daraus folgt indessen, dass die von ihm erzeugten Kinder dem Vater gehören (Gaius I. 1, §§ 55, 76, 80, 87, 90 u. 91). Im Hinblick auf diese Kraft des iustum matrimonium wird von einem *iustus* coitus (Gaius I. 1, 88) und von iuste procreare (Ulp. D. 38, 17, 2, 1) gesprochen und der in einem *iustum* matrimonium Erzeugte als *iustus* patris filius = der Sohn, der mit der geheimnisvollen Kraft des ius *erzeugt* ist, bezeichnet. Gaius sagt I. 1, 77: I⟨tem⟩ si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinus sane *procreatur* et is *iustus* patris filius est, tamquam

si ex peregrina eum *procreasset*. Vgl. I. 1, 90 u. 91 u. Ulp. D. 2, 4, 4, 3, wo iusti filii den volgo *quaesiti* entgegengesetzt werden. (Gleichfalls auf die Erzeugung bezieht sich natürlich der entsprechende Ausdruck *iustus* pater Ner. D. 50, 1, 9.) In einem non iustum matrimonium folgt das Kind iure gentium der Mutter. Siehe z. B. Gaius I. 1, 78 u. 80. Dies kommt natürlich daher, weil dem Vater beim *Zeugungsakte* die mystische Kraft des Rechtes, eigene Kinder zu erzeugen, fehlt. Diesem Gesichtspunkt entsprechend wird gesagt, dass, während in einem non iustum matrimonium der status des Kindes durch den Moment der *Geburt* bestimmt wird, er in einem iustum matrimonium ex *conceptionis* tempore zu bestimmen ist. Siehe Gaius I. 1, 89 u. Ulp. Reg. 5, 10, vgl. Quint. inst. or. 3, 6, 25. Also: auch wenn ein iustum matrimonium im Momente der *Geburt* aufgelöst ist, wird doch der Sohn *iustus* patris filius, wenn es nur im Momente der *Erzeugung* bestand. — Wir haben also hier zwischen dem ius gentium und dem ius civile als verschiedenen Kraftquellen zu unterscheiden. Ersteres verbindet das Kind mit der Mutter durch die Geburt, letzteres mit dem Vater durch die Erzeugung. Man hat nur zu beachten, dass bei Konflikten zwischen diesen beiden Kraftquellen immer das ius civile die grössere Kraft hat. Siehe z. B. Gaius I. 1, §§ 78, 80, 83, 84 u. 86. Die göttliche Kraftquelle, die in einer römischen Gesetzgebung wirksam war, konnte sogar das *fas* selbst beeinflussen. (Hierüber alsbald.) — Mit der mystischen Anschauung, dass der Vater in einem iustum matrimonium beim Zeugungsakte eine besondere Kraft besitzt, zu ihm gehörende Kinder zu erzeugen, steht das römische ius agnationis im innigsten Zusammenhang. Die Verwandtschaft mütterlicherseits kann nur durch ius gentium rechtliche Bedeutung haben. Also muss sie in Erbschaftsfragen der Verwandtschaft väterlicherseits, die allein iure civili gilt, unbedingt weichen. Das ius agnationis ist *legitimum* ius, das *ius cognationis* gilt nur *naturali ratione*. Siehe z. B. Gaius I. 1, 156 u. 158 u. 3, 27; Ulp. Reg. 28, 9.

10. *Iustum* suffragium = rechtlich *gültige* Stimme. (Siehe z. B. die von Mommsen, Röm. Staatsr. 1, S. 87[1] angeführte Stelle.) 11. *Iusta* servitus (Gaius I. 1, 11 = D. 1, 5, 6) = rechtlich *gültige* Sklaverei, was in sich schliesst, dass der Gewalthaber *Eigentümer* ist. 12. *Iusta* possessio bezw. *iniusta* oder vitiosa possessio = der Besitz, der ein ius an der Sache in sich schliesst bezw. der Besitz, der in *gewisser Hinsicht* an einem Mangel an ius leidet. Man vergleiche mit diesem *römischen* Sinne der Worte iustus und iniustus denjenigen, den die *Justinianer* in dieselben hineinlegen. *Iusta* possessio = die ex iusta causa, also die rechtmässig erworbene; *iniusta* possessio = die rechtswidrig erworbene und damit tadelnswerte, weshalb die precaria possessio von der iniusta possessio ausgeschlossen werden musste. Siehe oben S. 208 ff., besonders die S. 211 angeführte Übersetzung des Ausdruckes: vitiosa possessio in den Bas. Hier hat der griechische Einfluss, über den oben S. 563 ff., nicht nur, wie bei den klassischen Juristen, ein irreführendes Portal zum Rechtssysteme geschaffen, sondern, wie oft sonst bei Iustinianus, den Rechtsinhalt selbst modifiziert.

13. *Iusta* causa possidendi. Dies bedeutet, dass die causa, aus welcher die innere Kraft des Besitzes hervorgeht, d. h. der Erwerbsakt ein an sich Eigentum übertragender Akt ist. Also handelt es sich um eine im Erwerbsakte wirkende Kraft. Diese macht auch, wenn nicht das vitium furti od. dgl. oder das vitium der mala fides vorliegt, den Besitz zu einem Usukapionsbesitze. Im übertragenen Sinne spricht man indessen auch von der *iusta* causa in anderen Beziehungen als hinsichtlich der Possidierung, z. B. von der *iusta* causa manumissionis. Hier handelt es sich unzweifelhaft um eine *moralisch* (ex aequo et bono) gültige Grundlage der Handlung. Ebenso sicher aber ist es, dass man hier an eine besondere *Kraft* der fraglichen Grundlage denkt. Sowohl die Analogie mit dem Ausdrucke *iusta* causa possidendi als das Wort *causa* selbst weisen auf einen solchen Gedanken hin. Der Sinn des Ausdruckes dürfte am besten so bestimmt werden können: eine Grundlage des Aktes, die infolge ihres moralischen Gehalts fähig ist, ihm eine besondere Kraft zu geben. Wenn man auf der Seite des moralisch Rechten steht, hat man eine besondere Kraft zu handeln. Vgl. das Handeln 'iniuria' im moralischen Sinne bei Plautus, wo das moralisch Unrechte als befleckend und lähmend gedacht wird. (Siehe oben S. 561 f.) Bei demselben Plautus kommt der Ausdruck iusta causa an drei Stellen vor: Aul. 688; Capt. 257; Poen. 533. In der ersten Stelle, wo die iusta causa sich auf ein gewisses impetrare bezieht, ist der Gedanke an eine besondere Kraft ganz deutlich. (Eine analoge Bedeutung hat der Ausdruck in der Phrase iusta causa *erroris* u. dgl. = eine solche Ursache, derentwegen man den Irrtum od. dgl. entschuldigen kann.) 14. Ius in den Ausdrücken in ius vocare, in iure u. dgl. bedeutet ja den Ort, wo der Magistrat das *ius* dicit, und die Ausdrucksweise stammt wohl von dieser Funktion des Magistrates her. 15. Aeris confessi [rebusque] ⟨reisque⟩ *iure* iudicatis dies *iusti* sunto! (Über die Emendation siehe oben S. 432 A.) *Iure* iudicatus = mit Rechtskraft verurteilt; vgl. lex *iure* rogata. Dies iusti = die rechtlich *gültige* Frist (hier *hinsichtlich* der gestandenen Schuld und *für* den reus iure iudicatus). Man beachte indessen, dass die *Gültigkeit* der Frist nicht nur formelle Bedeutung hat, sondern die *Macht* des confessus bezw. des iudicatus einschliesst, dieselbe zu fordern. 16. Die *rein* formelle Bedeutung: Gültigkeit oder Kraft überhaupt hat das Wort *ius* bezw. *iustum* in den Phrasen: *uti* z. B. nuncupassit oder legassit, *ita ius* esto und *id ius* (*iustum*) ratumque esto. (Belege oben S. 542[2,3].) Hier handelt es sich um die Kraft gewisser Worte, deren *Inhalt* durch die Kraftquelle, die in der fraglichen Rechtsbestimmung wirkt, realisiert werden soll und auch wirklich realisiert wird. 17. Man vergleiche mit den angeführten Phrasen die: *ius* potestasque esto (Belege oben S. 542[4]); *sui iuris, divini iuris, humani iuris* esse: = Kraft, eine gewisse Handlung mit gewisser Rechtswirkung vorzunehmen; seiner eigenen Macht (im rechtlichen Sinne) unterworfen sein = nicht der rechtlichen Macht einer anderen Person unterworfen sein; zu dem Machtbereiche (im rechtlichen Sinne) der Götter bezw. der Menschen gehören, vgl. Ed. Claudii a. 46 p. C. 15: *mei iuris* esse betreffs gewisser agri etc.

18. Ius civile ist die allgemeine Kraftordnung für römische Bürger. Natürlich kann eine bestimmte Vorschrift, sei es eine gesetzliche, sei es eine durch Beamte gegebene, *durch* das ius civile *Gültigkeit* oder Kraft im formellen Sinne erhalten. Aber das ius civile enthält selbst *keine* Vorschriften. Deshalb ist es schlechterdings unmöglich, in einer Rechtsbestimmung oder Rechtsformel das *oportet* oder einen *Imperativ* auf das ius civile als den *Grund* derselben zu beziehen. Man kann sagen: hanc rem ex iure Quiritium meam esse oportet. (Siehe oben S. 532). Dann aber bestimmt 'ex iure Qu.' das *meam esse*, keineswegs das oportet. Das Eigentum, das hier intendiert wird, ist ein Eigentum im höchsten Sinne: dominium ex iure Qu. Man kann umgekehrt nicht sagen: te dare ex iure Qu. oportet. Wenn das oportet auf einen besonderen Grund bezogen wird, muss auf eine *lex* oder eine Rechtsbestimmung, die die Kraft einer lex hat, hingewiesen werden. Umgekehrt kann man nicht *contra* ius in anderem Sinne sagen als dem, dass die Handlung die Grenzen des eigenen Rechts überschreitet. Will man ausdrücken, dass die Handlung einer *Vorschrift* widerstreitet, muss man sagen, dass sie adversus hanc legem od. dgl. erfolgt.

Wir werden jetzt das zuletzt Gesagte durch eine Untersuchung des Sprachgebrauches in alten *Rechtsbestimmungen* beweisen. (Dass man in den alten *Rechtsformeln* das oportet nicht auf ein ius als Grundlage beziehen kann und dass in diesen contra ius die angegebene Bedeutung hat, folgt schon aus dem vorher Angeführten.) In Zusammenhang mit dieser Untersuchung wird unsere obige Behauptung über die Bedeutung der Worte ius, iustus und iniustus auf ein umfangreicheres Material gestützt werden. Auf die XII Taf. nehmen wir indessen nicht weiter Bezug, weil alle Sätze, die eines der fraglichen Worte enthalten, schon erörtert worden sind.

Dass man das oportet oder einen Imperativ in alten Rechtsbestimmungen oft auf eine gewisse lex bezieht, kann leicht nachgewiesen werden. Hier nur einige Beispiele: Lex. Pap. Festus 344 M.: ex legibus plebeique scitis exigere . . . oportet; lex lat. tab. Bant. 8: ex h(ace) l(ege) facere oportuerit oportebitve . . .; lex Ac. repet. 6: . . . eorum h. l. esto; 73 (80): quæ ex hace lege fieri oportere⟨t⟩; lex agr. 9: ex lege plebeive scit⟨o ess⟩e oportet oportebit; lex Corn. de XX quaest. 2, 7: Quos quomque quaestores ex lege plebeive scito viatores legere sublegere oportebit . . .; lex Mam. 4, 9: . . . petitio hac lege esto. Ebenso klar ist, dass man oft adversus legem facere im Sinne einer Handlung gegen eine gesetzliche Vorschrift sagt: siehe z. B. lex Silia Festus p. 246 M. 6: adversus hac . . . faxit; lex lat. tab. Bant. 8: advorsus hance legem fecerit, vgl. 18 u. 25; lex Ant. de Term. 1, 10: quod adversus hanc legem non fiat.

Was nun die umgekehrte Behauptung betrifft, dass man ein oportet oder einen Imperativ nicht auf das ius beziehen kann und in Übereinstimmung hiermit adversus oder contra ius facere im Sinne eines Handelns gegen ein rechtliches Gebot nicht gesagt werden kann, so ist es nicht möglich, hier alle die Stellen, in welchen das ius in der Brunsischen Sammlung vorkommt, durch-

zugehen. Es kann aber erstens darauf verwiesen werden, dass es sich in keiner der im index von GRADENWITZ aufgenommenen Stellen, wo die Worte adversus oder contra vorkommen, um ein adversus oder contra *ius* facere handelt. Weiter kann die Behauptung auf eine Untersuchung der Hauptfälle, in welchen das Wort ius in alten Rechtsbestimmungen wirklich angewendet wird, gestützt werden. (Natürlich lassen wir dabei schon vorher erörterte Verwendungen des Wortes beiseite.)

1. In *eo iure* esse oder nur *eo iure* esse: Ed. Claud. a. 46 p. C., 29: . . . patior eos *in eo iure*, in quo esse se existimaverunt, permanere . . . 'in eo iure' bezieht sich auf die römische Zivität. S.. C. Rubr. (D. 40, 5, 26, 7): *eodem iure* statum servari debere ac si directo manumissi essent. Der status soll als dieselbe rechtliche *Macht* einschliessend aufrecht erhalten werden, als ob . . . Lex Salp. 1, 24: . . . is praefectus eo ⟨i⟩u⟨r⟩e esto, quo esset . . . = mit der rechtlichen Macht ausgerüstet sei dieser Präfekt, mit welcher er sein würde . . . Lex Pap. Festus p. 344 M., 4: eodemque iure sunto (betreffs der tres viri capitales) = und sie sollen mit derselben rechtlichen Macht ausgerüstet sein. In eo iure oder eo iure esse bedeutet also überhaupt: mit der rechtlichen Macht, die . . ., versehen sein.

2. Ius wird mit der lex zusammengestellt, z. B. in der Phrase *lex iusque*. Lex Urs. 2, 3, 5 ff.: Itemque iis, qui eum agrum habent possident habebunt possidebunt, itineris aquarum *lex iusque* esto. Lex iusque = das Recht auf . . . Weiter a. a. O., 1, 4, 35: . . . ita uti qui *optima lege optumo iure* in quaque colon⟨ia⟩ pontifi(ces) augures sunt erunt. In 1, 5, 15 kommt dieselbe Phrase mit bloss 'optuma lege' vor. 'Optima lege optimo iure' = mit der höchsten Kraft, für die Gemeinschaft zu fungieren. Vgl. optima lege in der Formel für das 'capere' einer Vestalin oben S. 550 f. Ed. Octaviani 10: optimo iure . . . cives Romani sint u. lex Salp. 2, 26: optimo iure Latini . . . sunt erunt. Vgl. auch lex agr. 27: (ager) optuma lege privatus. Cicero sagt de harusp. resp. 7, 14 iure optimo von gewissen privaten Rechten. Damit ist auch die Bedeutung folgender Worte in lex Corn. de quaest. 2, 7 ff. klar: Quos quomque quaestores ex lege plebeive scito viatores legere sublegere oportebit, ei quaestores *eo iure ea lege* viatores IIII legunto sublegunto, *quo iure qua lege* (quaestores), quei nunc sunt, viatores III legerunt sublegerunt. Es handelt sich darum, dass die Wahl bezw. die Nachwahl gewisser viatores *dieselbe rechtliche Kraft* wie in einem anderen schon geregelten Falle haben soll. Diese Auslegung wird durch das Nachfolgende gestützt. Nachdem dasselbe betreffs der Wahl bezw. der Nachwahl gewisser praecones gesagt worden ist, heisst es: *dum ni* quem . . . in eius . . . locum . . . legant sublegant, quoius in locum . . . legei sublegi non licebit; *itaque* de eis quattuor viatoribus quaestor queiquomque viatores sumito, habeto, utei . . . Wenn ea lege, qua 'nach dem Gesetze, nach welchem' bedeutete, wäre die Einschränkung: dum ni . . . legant = wenn nur nicht . . . völlig unverständlich, während sie als eine Bedingung der rechtlichen Kraft der Wahl einen völlig klaren Sinn hat. Ebenso kann sich der mit itaque ein-

geleitete Satz nur auf die fragliche rechtliche Kraft beziehen. Endlich ist es unmöglich, dass die Quästoren, die ex lege plebeive scito viatores bezw. praecones zu wählen haben, nach dem Gesetze, das die Wahl der drei schon *vorhandenen* viatores bezw. praecones angeordnet hat, vier *neue* solche Funktionäre wählen sollten! Man kann nicht einwenden, dass ea lege hier dieselbe Bedeutung habe wie hac lege in der Phrase: Oleam faciundam hac lege oportet locare (Cato de agric. 145). Denn hier sind Bedingungen eines Kontrakts, die im Antrage aufgestellt werden, gemeint. Aber der Akt, durch welchen öffentliche Funktionäre gewählt werden, hat nach römischer Anschauung gewiss nicht den Charakter eines Vertragsantrags, in welchem gewisse Bedingungen aufgestellt werden. — Weiter ist aus derselben lex Corn. 1, 38 ff. anzuführen: Sirempsque eis viatoribus deque eis viatoribus q(uaestori) omnium rerum iuus lexque esto, quasei sei . . . Dasselbe 2, 1 ff. hinsichtlich der praecones. Diese mit siremps eingeleitete Phrase, die oft in alten Rechtsbestimmungen wiederkehrt und unter den von Valeriüs Probus erwähnten Formeln (3, 3) vorkommt, ist höchst beachtenswert. Da es sich um eine technische Phrase handelt, ist notwendig, dem Ausdrucke dieselbe Bedeutung beizumessen wie in vorher angegebenen Fällen, in welchen lex unmittelbar mit ius zusammengestellt wird. Aber hier liegt ein besonderer Anlass vor, *lex* ebenso wie *ius* als rechtliche Kraft oder Macht zu fassen. Man beachte nämlich den Dativ: viatoribus, praeconibus, quaestori ius lex esto. Der reguläre Ausdruck dafür, dass eine Person eine gewisse rechtliche Macht haben soll, ist: *Ei* ius esto, so dass der Dativ die Person bezeichnet, der die Kraft oder die Macht gehören soll. Siehe z. B. lex Quinctia 20—21 u. 39—40: ei praetori, iis ius potestasque esto; lex Urs. 1, 5, 8—10 u. 2, 3, 6—7. Man beachte nun auch, dass der Quästor eine gewisse rechtliche Macht gegenüber den viatores und den praecones hat, indem diese ihm zur Verfügung stehen (apparere: siehe lex Corn. 1, 9 ff.) sollen. Dies wird durch die Worte quaestori *de* viatoribus — praeconibus iuus lexque esto bezeichnet. Die viatores und praecones haben ferner selbst eine gewisse rechtliche Macht als öffentliche Funktionäre, und dies wird durch den Dativ: viatoribus — praeconibus ausgedrückt. — Lex lat. tab. Bant. 12—13 finden wir die Siremps-Phrase in Zusammenhang mit der rechtlichen Macht des magistratus gegenüber gewissen Gesetzesübertretern wieder: *eique* (magistratui) omnium rerum siremps *lexs esto*, quasei sei . . . — Besonders beleuchtend ist lex Ac. 73 (80). Nachdem *vorher* hinsichtlich einer gewissen Lage die *Pflichten* des Prätors oder Quästors als Gerichtsvorstehers festgestellt worden sind, heisst es: deque ea re *eiei praetori quaestorique* omnium rerum, quod ex hace lege factum non erit, siremps *lex esto*, quasei sei . . . Wenn hier nicht die *rechtliche Kraft* der fraglichen Massregeln, zu denen der Prätor-Quästor verpflichtet ist, durch die angeführten Worte ausgedrückt werden sollte, sondern *lex* die Pflicht selbst bezeichnete, läge einerseits eine sinnlose Wiederholung, andererseits eine eigentümliche Unvollständigkeit vor — letzteres, weil dann die rechtliche Kraft der Massregeln nicht besonders bestimmt wäre. In lex

Narb. 21: siremps lex ius causaque esto quæ flamini Augus⟨tali ex hac lege facto erit⟩ handelt es sich um einen Ersatzmann für den ordentlichen flamen, der in civitate esse desierit und statt dessen kein anderer gewählt worden ist. Die fragliche Phrase folgt hier unmittelbar nach der Darstellung der *Pflichten* des Ersatzmannes und bezeichnet dann die entsprechende rechtliche Macht, die ihm zusteht. — In lex Quinctia 29 ff. ist der Text höchst unsicher, weshalb wir die Bedeutung der hier vorkommenden Siremps-Phrase nicht zu bestimmen suchen. — In lex Rubria 2, 9 ff., wo die vollständige Phrase vorkommt, wird sie durch die Worte: tum de eo, a quo ea pecunia peteita erit, deque eo, quoi eam pecuniam d(arei) o(portebit) näher bestimmt. Im Hinblicke auf die Bedeutung der Präposition de bei der Zusammenstellung lex ius esto in lex Corn. 1, 38 u. 2, 2 und lex Ac. 73 (80) muss die Phrase in lex Rubria sich auf die rechtliche Macht beziehen, die die bezüglichen Personen gegenüber einander haben sollen, welche dieselbe sein soll wie die im Falle iure iudicatus (hier als iure lege damnatus: v. 14 bezeichnet). Man beachte, dass nicht nur der Kläger ein Recht (auf ductio) gegenüber dem verurteilten Beklagten, sondern auch letzterer gegenüber ersterem ein Recht (auf die Frist der 30 Tage) hat. Auf entsprechende Weise ist die Phrase v. 38 ff. zu fassen. — '*Iure* lege damnatus' in lex Rubria 2, 14 kann, da die Phrase hier dasselbe wie iure iudicatus ausdrückt, nichts anderes sein als 'mit rechtlicher Kraft verurteilt', scil. in einem iudicium legitimum. Endlich haben wir die fragliche Zusammenstellung in lex Urs. 4, 1, 4 ff. Es handelt sich um einen decurio, der einen anderen anklagt und seine Verurteilung veranlasst. Ersterer darf dann an Stelle des letzteren in der decuria stimmen. Es wird hierüber gesagt: itque eum s. f. s. (sine fraude sua) *iure lege* recteq(ue) facere liceto. Man kann dies im Hinblicke auf die analogen Stellen nicht anders als so fassen, dass sowohl die Zulässigkeit als die rechtliche Kraft einer solchen Abstimmung gemeint wird.

Indessen ist eine tiefergehende Untersuchung hinsichtlich der behaupteten Bedeutung des hier vorkommenden Wortes lex nötig. Diese Bedeutung: rechtliche Kraft oder Macht scheint ja völlig der gewöhnlichen Verwendung des Wortes zu widerstreiten und erscheint deshalb als unwahrscheinlich. Indessen liegen wirklich die Verbindungslinien mit lex im gewöhnlichen Sinne offen zutage. 'Lex' mit derselben Bedeutung wie in der Zusammenstellung ius lexque kommt auch in der Phrase *lege* agere vor. Niemand kann bezweifeln, dass *lege* hier *nicht* 'in Übereinstimmung mit einem Gesetze' bedeuten kann. Derjenige, der *lege* agit, realisiert damit seine Rechte, d. h. er verschafft sich damit besondere Kräfte gegenüber der anderen Partei. Wenn auch ein Gesetz als die legis actio gebend zu betrachten ist — wobei man doch nicht notwendig an ein bei einer besonderen Gelegenheit zustandegekommenes Gesetz zu denken hat: siehe oben S. 318[1] —, so fungiert doch hier das fragliche Gesetz nur so, dass es unter besonderen Bedingungen dem Aussprechen bestimmter Worte (verba legitima), bestimmten Handlungen eine zugunsten des Agierenden wirksame Kraft verleiht. Aber das Gesetz kann diese Kraft, die es

gibt, nur aus sich selbst nehmen. Es hat *als solches* eine besondere Kraft, die es den römischen Bürgern zwecks Verwendung in bestimmten Situationen gibt. Diese Kraft ist indessen in allen Gesetzen *ein und dieselbe*. Sie ist die ursprüngliche gemeinsame Kraftquelle, durch die ein Gesetz als Gesetz besteht: das ius Romanum oder das ius Quiritium, dasselbe ius, um welches es sich in den Einleitungsworten jedes Gesetzes handelt: . . . *iure* rogavit. Dass 'ius' hier eine göttliche, 'reine', zum römischen Staate gehörende Kraft bedeutet, ist vorher nachgewiesen worden. Aber wenn sich dies *lege* agere auf die durch ein Gesetz gegebene Kraft bezieht und wenn jede solche Kraft ein und dieselbe — die Kraft des Gesetzes als solchen — ist, so muss *lege* hier 'mit der Kraft des Gesetzes in abstracto', nicht 'mit der Kraft eines besonderen Gesetzes' bedeuten. Dies wird ja auch dadurch gestützt, dass man *unmöglich* das lege agere durch den Zusatz eines besonderen Gesetzes näher bestimmen kann, so dass man z. B. lege XII tab. oder lege Papiria agere sagen könnte. Ganz dasselbe gilt betreffs 'lex' in den Phrasen ius lexque esto, optima lege optimo iure u. dgl. Kann jemand wirklich glauben, dass man z. B. ius lexque *Atinia* esto sagen könnte?? Die Beziehung auf die lex in abstracto ist ja hier völlig deutlich. 'Lex esto' kann nur durch: es sei Gesetz! nicht durch: es sei ein besonderes Gesetz, was keinen Sinn gibt, übersetzt werden. Aber da aus der hier vorliegenden innigen Verbindung mit ius und der gewöhnlichen Dativkonstruktion: *ei* ius lexque esto hervorgeht, dass die lex in abstracto hier eine Kraft, die besonderen Personen durch ein Gesetz zugeteilt wird, bedeutet, muss man dies: es sei Gesetz! so fassen: die allgemeine, zum Gesetze als solchen gehörende Kraft soll gewissen Personen auf gewisse Weise zustehen! Nun ist es gewiss möglich, in der juridischen Sprache lex in abstracto derart zu verwenden, dass damit *gegebene, schon vorhandene* Gesetze ohne nähere Bestimmung bezeichnet werden. Siehe z. B. lex agr. 9; 10; 15; 22, lex Corn. de quaestoribus 2, 7: ex lege plebeive scito; fr. Atest. 11: qui ibei lege foedere . . . iure dicundo praefuit . . .; Pap. D. 41 3, 24 pr.: ubi lex inhibet usucapionem; Gaius D. 28, 1,26: cum lege quis intestabilis iubetur esse. (Oft denkt man dabei an die leges XII tab.: Mommsen, Jur. Schr. 3, S. 370 f.) Aber dann ist es schlechterdings unmöglich, ein *ex iure* oder *iusque* hinzuzufügen. Man meint nämlich in solchem Falle vorhandene Gesetze als dies oder jenes *verordnend*, keineswegs die allen Gesetzen gemeinsame, durch gesetzliche Vorschriften auf gewisse Personen übertragene Kraft. Deshalb besteht ein scharfer Unterschied zwischen den Bedeutungen des Wortes lex in den Zusammenstellungen: ex lege plebeive scito oportet oder lex iubet und in denen: lege agere, ius lex esto, optima lege oder iure lege damnatus, *obgleich* es sich in beiden Fällen um lex in abstracto handelt. Jedoch ist die Verbindung zwischen beiden Bedeutungen völlig deutlich. Es handelt sich im letzteren Falle um die *Kraft* in allen Gesetzen, die auf gewisse Weise übertragen werden kann, im ersteren um eine *Verwendung* dieser Kraft durch bestehende Gesetze. Vor allem tritt die Verbindung zwischen beiden Bedeutungen darin hervor, dass die allgemeine Kraft des Gesetzes

besonderen Personen durch ein bestimmtes Gesetz zugeteilt wird. Man kann *lege* agere (= mit der allgemeinen Gesetzeskraft agieren) auf Grund einer *lex* — einer gewissen Verordnung. Ius lexque wird einer Person durch eine *verordnende lex*, z. B. die lex Rubria, verliehen.

Nun gibt es indessen auch eine andere Bezeichnung für die fragliche Kraft nämlich *ius*. Mit *diesem* Ausdrucke wird, wie gesagt, die allgemeine göttliche Kraft gemeint, durch die ein Gesetz als solches geschaffen wird. Aber die Wirksamkeit dieser Kraft ist an ein bestimmtes Mittel geknüpft. Es muss etwas *in gehöriger Weise gesprochen werden*. Dass die bei der Gesetzgebung gesprochenen Worte ursprünglich auf Stein- oder Kupfertafeln eingeritzt werden mussten, hatte wohl einen natürlichen praktischen Grund, aber dass dabei auch der Gedanke an die Notwendigkeit, ihre *Kraft* zu bewahren, mitwirkte, ist höchst wahrscheinlich. Man sagt *legem figere* oder *defigere*, wie man *legem refigere* oder *delere* sagt, was sich auf die tabula, in welche die lex eingeritzt ist, zu beziehen scheint. Siehe HUVELIN, Les tabl. mag. et le droit Romain 31[1]. Auf dieselbe Weise spricht man von einem testamentum *ruptum*, wahrscheinlich mit Rücksicht auf die *tabulæ* testamenti, HUVELIN, a. O. (Der *Schluss*, den H. hieraus zieht, dass die lex ursprünglich eine devotio publica ohne weltliche Bedeutung gewesen sei, ist indessen völlig verfehlt. Hierüber später.) Dies ist in Zusammenhang mit der natürlichsten Etymologie des Wortes lex — von lego: lesen, griech. λέγω: sprechen — zu setzen und verweist darauf, dass, wenn auch *einerseits* die Kraft des Gesetzes als solchen in die göttliche, zum römischen Staate gehörende Kraft zu verlegen ist, sie doch *andererseits* in der *Macht des auf rechte Weise ausgesprochenen Wortes* liegen muss und dass letztere Seite durch das Wort *lex* bezeichnet wird, während erstere ihren Ausdruck in dem Worte *ius* hat. Beide Seiten hängen innig zusammen. Ohne die fragliche göttliche Kraft würde das magische Wort hinsichtlich des römischen Volkes unwirksam sein. Es würde nicht populum tenere. Aber ohne die Kraft des magischen Wortes fehlte es der göttlichen Kraft an dem nötigen Werkzeuge. In der Zusammenstellung ius lexque u. dgl. wie im Ausdrucke *lege* agere bezeichnet also lex die Macht des magischen Wortes, *doch* nur *die* Macht desselben, die im Dienste des mit einer besonderen göttlichen Kraftquelle ausgerüsteten römischen Volkes steht. Dass nun *auch* das besondere Sprechen, in welchem diese Macht wirkte und durch welches sie auf besondere Personen übertragen werden konnte, als *lex* bezeichnet wurde, ist leicht verständlich. Lehrreich ist sowohl hinsichtlich des *Unterschiedes* als der Zusammengehörigkeit der beiden Bedeutungen ein Vergleich zwischen der Formel für das Testament per aes et libram Gaius I. 2, 104: . . . quo tu *iure* testamentum possis secundum *legem* publicam und der Phrase lex Corn. de quaest. 2, 7 f.: eo *iure* ea *lege* viatores IIII legunto sublegunto, quo *iure* qua lege (quaestores), quei nunc sunt, viatores III legerunt sublegerunt. Im ersteren Falle bedeutet *lex* publica das gegebene Gesetz (in den XII Taf.), auf dessen Grundlage das fragliche Testamentierungsrecht ruht. Im anderen Falle bedeutet *lex* selbst eine rechtliche

Kraft, die *durch* das fragliche Gesetz — lex Corn. — entsteht und mit einer anderen, durch andere Gesetze schon gegebenen lex — rechtlichen Kraft — übereinstimmen soll.

Die Bedeutung, die das Wort lex in der Phrase *lege* agere u. dgl. hat, muss sehr alt sein. Ogbleich Gaius alte juridische Quellen zur Verfügung gehabt haben muss, schwankt er bedenklich, wenn er die Verwendung des Wortes lex hier erklären soll. Er gibt *drei* Erklärungen: α die legis actiones seien legibus proditæ; β sie seien legum verbis accomodatæ (I. 4, 11); γ man müsse in denselben *certa verba* (bestimmte Formeln) verwenden (4, 29). Dies verweist darauf, dass die *andere* Bedeutung sehr früh die allein im Bewusstsein der Römer vorhandene war, während lex als die Macht des magischen Wortes nur in überlieferten Formeln, die man ohne weiteres verwendete, wie lege agere, optima lege, ius lexque esto, fortlebte. Wir haben eine sowohl philologisch als sachlich bedeutungsvolle Analogie in dem griechischen λόγος hinsichtlich der technischen philosophischen Verwendung dieses Ausdruckes. Man versteht darunter das *Wort* in abstracto als für die *Weltordnung* bestimmend, obgleich dabei immer ein *bei* dem Worte vorhandener vernünftiger Gedanke vorausgesetzt wird. Siehe Heraklit, Diels, Die Fr. der Vorsokr. 3. Aufl. 1, S. 77 fr. 1: τοῦ δὲ λόγου τοῦδ' ἐόντος ἀεὶ ἀξύνετοι γίνονται ἄνθρωποι. Diels übersetzt: Für dies Wort (*Weltgesetz*) aber, ob es gleich ewig ist, gewinnen die Menschen kein Verständnis; vgl. fr. 2: τοῦ λόγου δ' ἐόντος ξυνοῦ . . . Diels übersetzt: Aber obschon das Wort (*Weltgesetz*) allen gemein ist . . .

Zuletzt ist betreffs der hier erörterten altertümlichen, besonderen Bedeutung des Wortes lex zu sagen, dass man sie in der technischen Verwendung des Wortes *legitimus* wiederfinden kann. Mommsen hat Jur. Schr. 3 (1907) S. 372 f. das Wort legitimus im technischen Sprachgebrauche richtig auf das 'unverrückbare Urrecht' der Gemeinde bezogen: dies in Übereinstimmung mit einem älteren Aufsatze Sav. Z. 12 (1892) S. 273 ff. Aber in dem späteren Aufsatze hat er 'legitimus' auch auf die XII Tafeln bezogen, wodurch eine gewisse Verwirrung in die Darstellung gekommen ist, indem andererseits das fragliche Urrecht jedem gegebenen Gesetze, also auch den XII Taf. *zugrunde* liegen soll. Mommsen will als technische Verwendung des fraglichen Wortes nur dessen Vorkommen in den Ausdrücken: heres legitimus, tutor legitimus und iudicium legitimum anerkennen. Dass das Wort in diesen Fällen ein Fachwort ist, ist auch völlig unzweifelhaft. Aber jedes Verhältnis zu den XII Taf. ist hinsichtlich des Ausdruckes im letzten Falle ausgeschlossen, da Gaius I. 4, 30 den Formularprozess auf die lex Aebutia zurückführt. Was die anderen Fälle betrifft, konnte man ja nach den XII Taf. auch durch Testament Erbe oder tutor iure civili sein, und doch ist man dann nicht heres bezw. tutor *legitimus*. Ausserdem ist es unmöglich, die Verwendung des Wortes in anderen Fällen, z. B. betreffs der rechtsgültigen Ehe und damit auch der rechtsgültigen Prokreation, nicht als technisch zu betrachten, da sie in der *Gesetzessprache* vorkommt: lex Salp. 1, 1 (legitumis nuptiis quaesiti), tab. Veleias

praescr. 2; 7, 34 f.; vgl. hiermit die gewöhnliche Ausdrucksweise bei den Juristen, MOMMSEN a. a. O., S. 357. Aber in *drei* der hier erwähnten Fälle ist das Fachwort ebensogut *iustus* wie legitimus. α. Hinsichtlich der *hereditas* sagt Paulus D. 17, 2, 3, 2: De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut si qua *iusta* hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quæ sit *iusta* hereditas, utrum quæ *iure legitimo* obvenit an etiam ea quæ testamento? et probabilius est ad *legitimam* hereditatem tantum hoc pertinere. Hier handelt es sich ja unmittelbar um die Erklärung *des Ausdruckes* iusta hereditas. β. Hinsichtlich der tutela ist lex Salp. 2, 41 ff. zu beachten: Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela [h]abeat, *tam iustus* tutor esto, quam si *is c(ivis) R(omanus)* et *adgnatus proxumus c(ivis) R(omanus) tutor* esset. Da die tutela des adgnatus proxumus die in erster Linie *legitima* tutela ist, wird ja hier das Prädikat iustus für legitimus in einem Gesetze angewandt. γ. Hinsichtlich der Ehe geht aus der Darstellung bei Gaius und Ulpianus (siehe oben S. 568 f.), hervor, dass iustæ nuptiæ etc. ebensogut wie legitimæ nuptiæ ein Fachwort ist. Was den vierten Fall: iudicium legitimum betrifft, wird zwar niemals der Ausdruck iustum angewandt, aber dass legitimum hier doch dasselbe wie iustum bedeutet, ist völlig *unzweifelhaft*, da in einem solchen iudicium als echtrömischem Prozesse das *Recht* des Klägers gegenüber dem Beklagten wirklich Aktualisation gewinnt und gerade deshalb konsumiert wird, wie auch allein der Richter in einem iud. leg. divisorium Rechte ex iure Qu. für die Parteien konstituiert. Siehe oben S. 317 f. Auch auf andere Weise tritt die verwandte Bedeutung der Adjektiva iustus und legitimus hervor. Die manumissio vindicta, censu oder testamento wird von Gaius I. 1, 17 *iusta ac legitima* genannt. Vgl. Dos. Fr. 5: . . . quæ appellatur iusta ⟨ac⟩ legitima. Offenbar liegt ein terminus technicus vor. Civis Romanus *iustus*, welcher Ausdruck der Rechtssprache angehört (siehe lex Ac. 77), ist dasselbe wie civis Romanus legitimus (Marc. D. 49, 14, 32). Für magistratus iustus kann man magistratus legitimus sagen (siehe Pomp. D. 1, 2, 2, 19) u. s. w.

Da nun iustus, wie oben S. 568 f. nachgewiesen worden ist, in diesen Zusammensetzungen: mit der Kraft des Rechtes ausgerüstet bedeutet, muss legitimus eigentlich dasselbe ausdrücken. Dass der unmittelbar durch die lex bestimmte heres bezw. tutor, nicht der testamentarische als *legitimus* betrachtet wird, beruht dann darauf, dass allein der unmittelbar durch die lex zu seiner rechtlichen Stellung berufene heres bezw. tutor eine rechtliche Kraft im *höchsten Sinne* erhält. (Er hat ja auch noch zur Zeit des Gaius gewisse rechtliche Vorzüge vor dem testamentarischen hinsichtlich der Fähigkeit zur in iure cessio: I. 2, 34—37 vgl. mit 1, 168—172.) Wenn diese Konvergenz zwischen iustus und legitimus mit der Zusammenstellung ius lexque esto verbunden wird, ist die ganze Situation völlig klar. 'Legitimus' schliesst in sich das Vorhandensein der lex im vorher angegebenen altertümlichen Sinne: der Kraft des magischen Wortes, insofern sie mit der allgemeinen göttlichen Rechtskraft des römischen Staates verbunden ist, das Vorhandensein dieser Kraft bei

der fraglichen Person oder dem fraglichen Akte. MOMMSEN scheint weder die Konvergenz zwischen iustus und legitimus noch das grosse in alten Gesetzen gegebene Material, das die entsprechende Bedeutung des Wortes lex beweist, beachtet zu haben. Deshalb ist seine Darstellung höchst mangelhaft, wenn auch seine am *Schlusse* gegebene Erklärung richtig ist. —

Es ist endlich hinsichtlich der Brunsischen Sammlung bemerkenswert, dass die dort gegebene Vervollständigung lex Narb. 3 f. (lictores) ⟨ei apparento secundum lege⟩m iusque eius provinciæ . . . ei in decurionibus senatuve ⟨sententiæ dicendæ signandique . . . ius esto⟩ mit der sonst in den Gesetzen vorkommenden Verwendung des Wortes ius nicht übereinstimmt. Die Phrase secundum legem iusque . . . würde das apparento bestimmen. Es ist aber, was sowohl alte Rechtsformeln wie bekannte Gesetze betrifft, beispiellos, dass secundum *ius* eine geforderte Handlungsweise bestimmt. Indessen erscheint die Lesart (secundum lege)m iusque wahrscheinlich. Dann aber müssen diese Worte von apparento geschieden und auf das Nachfolgende ei . . . ⟨*sententiæ dicendæ signandique . . . ius esto*⟩, welche Ergänzung auf Grund des v. 14 richtig sein muss, bezogen werden. In letzterer Stelle steht ja: secundum le⟨gem iusque?⟩ sententiæ dicendæ signandique ius esto! — Eine andere ähnliche Vervollständigung Fr. Tud. 1 ff.: ⟨Quæ poenæ ob iura sepulcrorum violata cautum *iure* Qui⟩ritium comprehensumve est uti dentur p(opulo) R(omano), *u⟨ti* eaedem dentur colonis eius coloniæ, *ius* esto . . .⟩, beruht auf einem gleichartigen Irrtume. Was hier auch gestanden haben mag, so viel ist sicher, dass nicht cautum *iure* Quiritium und auch nicht *uti* . . . dentur *ius* esto in einem römischen Gesetze geschrieben worden ist — natürlich unter der Voraussetzung, dass man nach der *bekannten* Gesetzessprache und alten Rechtsformeln zu urteilen hat.

Bei Plautus kommt der Ausdruck advorsum leges oder legem an drei Stellen vor: Rud. 643, Truc. 144 u. 760. (Contra legem oder ius wird nirgends gesagt.) Aber in der zuerst erwähnten Stelle lautet der Ausdruck: advorsum *ius* legesque. Es handelt sich um mulieres duæ innocentes, gegen welche adv. *ius* legesque eine iniuria im Heiligtume der Venus erfolgt sei. Sie hätten das Venus-Bild umfasst, und dennoch habe ein frecher Kuppler versucht, sie gewaltsam wegzuführen, wobei er auch die Priesterin selbst, die jene schützte, verletzt habe. Siehe 640—649. Wenn nicht ius hier das violierte fas bezeichnete, würde in der Phrase adv. ius legesque das vorliegende unerhörte *religiöse* Verbrechen in keiner Weise bezeichnet sein. Dies ist völlig undenkbar. Also steht die hier vorliegende Ausdrucksweise in voller Übereinstimmung mit dem vorher gewonnenen Ergebnisse, dass man nach dem konservativen juridischen und damit auch dem allgemeinen, älteren echtrömischen, von griechischem Einflusse unberührten Sprachgebrauche den Widerstreit gegen ein rechtliches Gebot nicht durch adversus (contra) ius ausdrücken kann und dass diese Phrase — wie die iniuria — nur eine Überschreitung der Grenzen der persönlichen Reinheit bezeichnen kann.

Wir geben endlich eine Übersicht über die verschiedenen Bedeutungen, in welchen das Wort iustus bei Plautus verwendet wird.

1. Justus = *rein* (den Göttern wohlgefällig): Amph. 33—36: *iustam* rem . . . esse·oratam a vobis volo: /Nam *iuste* ab *iustis iustus* sum orator datus:/ Nam iniusta ab *iustis* impetrari non decet, / *Iusta* autem ab iniustis petere insipientiast. Die Phraseologie ist dem unter dem fas stehenden res repetere nachgebildet. (Siehe oben S. 553[2].) Vgl. Amph. 246 f.: Foedant et proterunt hostium copias / *Iure iniustas*. (Bezieht sich natürlich auf ein *iustum piumque bellum*. *Iure* bezeichnet die göttliche Siegeskraft, die ein solches bellum einschliesst. Mit iniustas scil. copias vgl. populum iniustum, der ius non persolvit, in der vorbereitenden Kriegserklärung: oben S. 555[2].) — Cist. 176: uxori *iusta* fecit. Iusta hier = pura piaque. (Siehe oben a. a. O.) — Amph. 16: aequi et *iusti* hic eritis arbitri u. Capt. 67: valete, iudices *iustissimi*. Weshalb es sich hier um die Übereinstimmung mit dem fas handelt, siehe oben S. 566. — Cist. 197 ff. (der Gott 'auxilium' hält eine Ansprache an die römischen Zuschauer): bene valete et vincite / Virtute vera, quod fecistis antidhac. / Servate vostros socios veteres et novos, / Augete auxilia vostris *iustis* legibus, / Perdite perduelles, parite laude[a]m et lauream: / Ut vobis victi Poeni poenas sufferant. Was bedeutet hier *iustis* legibus? Es handelt sich um Hilfsmittel in dem Kampfe mit den Puniern. Solche sind zuerst die virtus, weiter die socii. Dann werden vostræ iustæ leges erwähnt. Kann man wirklich glauben, dass die Römer zu dieser Zeit die Behauptung verstanden hätten, dass die *Gerechtigkeit* der leges die Hilfsmittel im Kriege vermehre! Aber das verstanden sie sehr gut, dass die leges, die unter *gültigen Auspizien* erlassen wurden, die Kraft des Staates stärken müssen. Wenn man nun an den Ausdruck: lex *iure rogata* = die durch Übereinstimmung mit dem fas, besonders durch gültige Auspizien mit Kraft ausgerüstete lex und an den entsprechenden Ausdruck *iustus* rogator (siehe oben S. 543 ff. u. S. 551[3]) denkt, wird der Sinn der Worte völlig unzweifelhaft: Vermehrt eure Hilfsmittel durch solche leges, die unter *gültigen Auspizien* und überhaupt unter Mitwirkung der Götter zustande kommen! Nun ist es auch höchst wahrscheinlich, dass lex hier im weitesten Sinne, also als ein *iussum populi* überhaupt zu fassen ist. Dann sagt der Gott: Vermehrt eure Hilfsmittel durch solche öffentliche Beschlüsse, die unter dem Schutze der Götter stehen! *Das* verstand gewiss jeder Römer.

2. Iustus = mit einer gewissen nicht sinnlichen Macht ('subjektivem Rechte') ausgerüstet oder das, hinsichtlich dessen man eine solche Macht hat: Aul. 688, Capt. 257 u. Poen. 533: *iusta* causa, eine der juridischen Sprache entnommene Phrase: beachte *iusta* causa possidendi, die den Besitz usukapionsfähig macht. Iusta causa deshalb eigentlich eine causa, die eine besondere Kraft einschliesst. (Siehe oben S. 570.) — Pseud. 306 f.: Non est *iustus* quisquam amator nisi qui perpetuat data: / Det, det usque: quando nil sit, simul amare desinat. Iustus hier = echt, richtig, oder erfolgreich. Vgl. iustus pater oder filius. — Bacch. 994: *Iustumst*, ⟨ut⟩ tuos tibi servos tuo arbitratu serviat.

Man darf hier keineswegs an ein moralisch richtiges Verhalten denken. Das juridische Vorbild ist natürlich *iustam* servitutem servire. (Siehe oben S. 569.) In dieser Phrase aber handelt es sich *nur* darum, dass der Gewalthaber wirklicher *Eigentümer* ist. Iustumst hier deshalb nur: Es ist *dein Recht* . . . — Mil. 645 f.: et meæ orationis *iustam* partem persequi et meam partem itidem tacere[t], quom *alienast* oratio. Iusta pars meæ orationis = der Teil der Rede (bei einem convivium), an welchem *ich* Recht habe.

3. Iustus hat wenigstens scheinbar *moralische* Bedeutung in folgenden zwei Fällen: Bacch. 349: Illest oneratus recte et *plus iusto* vehit und Bacch. 399 ff.: Nunc, Mnesiloche, specimen specitur . . . / Sisne necne ut esse oportet: malus bonus quoivis modi: / *Iustus* iniustus: malignus largus . . . / Cave sis te superare serv⟨o⟩m siris faciundo bene. Was nun erstere Stelle betrifft, bedeutet die Phrase plus iusto absolut nichts anderes, als dass die Person Gegenstand einer iniuria oder eines iniustum wird. 'Er ist stark beladen und muss so vieles ziehen, dass er Unrecht leidet', kann man den Sinn der Stelle ausdrücken. D. h. iustum bedeutet hier nur die Negation der iniuria oder des iniustum. Aber dass diese Worte bei Plautus das bloss moralisch Unrichtige nur *deshalb* bezeichnen können, weil das Subjekt sich selbst durch das unmoralische Verfahren verunreinigt oder befleckt, ist vorher nachgewiesen worden. (Siehe oben S. 561 f.) Die Phrase plus iusto stammt direkt von dieser Betrachtungsweise her. Es ist eine irreführende Äusserlichkeit, iustus hier durch *gerecht* zu übersetzen. Einen anderen Charakter hat indessen die Stelle Bacch. 399 ff. Hier wird unzweifelhaft durch iustus eine gewisse positive moralische Qualität bezeichnet, die man Gerechtigkeit nennen kann. Es ist indessen bemerkenswert, dass eine solche Bezeichnungsweise nur an dieser einzigen Stelle bei Plautus vorkommt, obgleich der Übergang von der iniquitas als iniuria = einer inneren Unreinheit zur aequitas als die Eigenschaft iustus = rein einschliessend natürlich scheint und obgleich betreffs des *iudex* die Eigenschaft aequus zu Plautus' Zeit mit der Bestimmung iustus — allerdings bloss äusserlich — verbunden war. Aber noch bemerkenswerter ist, dass Plautus an dieser einzigen Stelle höchstwahrscheinlich nur seine griechische Vorlage zu übersetzen versucht. Denn es handelt sich hier um eine *spezifisch* griechische Auffassung von dem rechten Verhältnisse des Mannes zu anderen Personen — dem δίκαιον. Nach griechischer volkstümlicher Anschauung war die männliche Tugend νικᾶν τοὺς μὲν φίλους εὖ ποιοῦντα, τοὺς δὲ ἐχθροὺς κακῶς. Diese Worte legt Xenophon, dessen Sentenzen im ganzen nur die moralischen Vorstellungen seiner Zeit widerspiegeln, Sokrates in den Mund Mem. 2, 6, 35. Vgl. Platus: te *superare* servom . . . *faciundo bene*. Und in Plato Rep. wird die Definition des Simonides von der δικαιοσύνη so ausgelegt: τὸ τοὺς φίλους . . . εὖ ποιεῖν καὶ τοὺς ἐχθροὺς κακῶς (332 D). Gerade dies — hinsichtlich des ersteren Teiles — wird in der fraglichen Plautusstelle durch das Adjektiv iustus bezeichnet! Im griechischen Texte war mutmasslich die Person, die die Freunde im εὖ ποιεῖν überwindet, als δίκαιος bezeichnet, und Plautus übersetzt das Wort durch iustus! Kein

Wenn man dennoch bezweifelt, dass die Rechtssetzung durch Gesetz nach römischer Anschauung den Willen des Volkes nicht ausdrückt, sondern in die mystische göttliche Kraftordnung eingreift, so muss dieser Zweifel verschwinden, wenn man beachtet, dass nach den Römern das Volk durch Gesetz auf die Götter selbst Einfluss üben kann, was sich auf ein überwältigendes Material stützen lässt. Durch *Gesetz* wurde bestimmt, dass die nundinæ — die Markttage — dies fasti sein sollten, also Tage, an welchen es für den Prätor *fas* war, eines der Worte do dico addico solenn auszusprechen.[1] Durch *Gesetz* wurde bestimmt, unter welchen Umständen ein servare de coelo — eine Behauptung betreffs eines perturbierenden Blitzes während der Verhandlungen — bindende Kraft haben sollte.[2] Durch *Gesetz* wurde bestimmt, dass es *ius fasque* sein sollte, denjenigen zu töten, der die Wahl eines solchen magistratus leitete, gegen welchen keine provocatio an das Volk zulässig sein sollte.[3] Betreffs desjenigen, der den durch ein gewisses Plebiszit für sacer Erklärten getötet hat,

---

anderes römisches Wort passte. Aber Plautus und die Zuhörer haben wahrscheinlich die fragliche Eigenschaft als eine Reinheit der Seele einschliessend aufgefasst. Gewisse Gedankenfäden müssen ja auch das moralisch Rechte mit der inneren Reinheit verbunden haben. (Siehe oben!)

WALDE, Et. Lex v. ius sagt: »*ius* iuris 'Satzung, Verordnung, Recht'. . . ai. *yōh* in 'Heil' . . . av. *yaoždadaiti* 'macht heil, reinigt rituell'». Man muss sich darüber wundern, wie aus 'Heil' im rituellen Sinne 'Satzung, Verordnung, Recht' geworden sein kann. Nun hat es indessen damit die Bewandtnis, dass die Übersetzung 'Satzung' oder 'Verordnung', was den eigentlich römischen Sprachgebrauch betrifft, falsch ist. In keiner Rechtsbestimmung oder Rechtsformel hat 'ius' diese Bedeutung. Erst der Einfluss der Griechen, für welche τὸ δίκαιον in gewissen Verpflichtungen gegen andere bestand, die in den Gesetzen fixiert wurden, hat die fragliche Verwendung des Wortes veranlasst, die erst im zweiten Jahrhundert vor Chr. vorkommen dürfte. Die ursprüngliche wirklich römische Bedeutung des Wortes *ist* gerade 'Heil' im religiösen Sinne als Reinheit von Todeskeimen, wie auf viele Weisen belegt werden kann. Falls die Ableitung aus yōh keine linguistische Notwendigkeit sein sollte, ist ihre Richtigkeit erst durch die hier vorgenommene *sachliche* Untersuchung wahrscheinlich gemacht worden. Falls sie linguistisch notwendig ist, so ist erst durch diese Untersuchung die Sachlage wirklich verständlich geworden.

[1] Macr. Sat. 1, 16, 30; dazu BETHMAN-HOLWEG 1, 80[17].

[2] MOMMSEN, Röm. Staatsr. 1, S. 83.

[3] Livius 3, 55, 5.

sagt dasselbe Plebiszit: parricida ne sit.[1] Aber parricidium war ein religiöses Verbrechen, das als solches durch Opferung des Täters zu sühnen war.[2] Deshalb schloss die fragliche Rechtsbestimmung einen Eingriff in das Bereich der Götter und eine Verfügung über das *fas* ein. *Jede* durch ein Gesetz erfolgende Sakralisierung einer Person, die in gewisser Art gehandelt hat, ist in Wirklichkeit eine Bestimmung über das fas. Denn erstens wurde der Täter dem Zorne eines gewissen Gottes ausgeliefert. Der Zorn des Gottes sollte also *durch* das Gesetz notwendig werden!! Zweitens war die Tötung des sacer niemals ein parricidium, auch wenn dies in dem betreffenden Gesetze nicht besonders ausgesprochen war.[3] Man beachte weiter, dass es gesetzliche Bestimmungen darüber gab, welche Grabstelle profan sein solle, sowie über andere derartige direkt das fas betreffende Fragen.[4] Auf Grund des Prinzipes legem suæ rei dicere konnte

[1] Festus p. 318 M. v. sacer mons, vgl. die positive Bestimmung in 'Numas' Gesetzen (BRUNS Numa 12): parricidas esto.

[2] Siehe oben S. 464.[2] [3] Siehe oben S. 469.[2]

[4] Fr. Florent. 1 f.: isque locus, ubi quis adversus ea humatus sepultusve erit, *purus et religione solutus esto.* — S. C. de Aphrod. 712/12 Abt. 2 10 ff.: ὅ τε⟩τέμενος θεᾶς ... *ταὐτῷ τῷ δικαίῳ ταὐτῇ τε δεισιδαιμονίᾳ, ᾧ δικαίῳ καὶ ᾗ δεισ⟨ιδαιμονίᾳ* ... = eodem iure eademque religione, quo iure qua religione. — In einem Streite zu Tiberius' Zeit, ob es zulässig sei, dass ein flamen Dialis die italienischen Grenzen überschreite, welche Frage das *fas* betraf und deshalb dem Kaiser als pontifex max. unterbreitet wurde, berief man sich auf das Fehlen eines Verbotes in den libri caeremoniarum, aber *auch* darauf, dass keine populi scita es verhinderten: Tacitus Annalen, 3, 58 u. 59. Nach Cic. de domo 49, 127—128 verbot eine tribunizische lex Papiria, dass Gebäude, Äcker oder Altäre ohne den Befehl des Volkes konsekriert wurden. Hierüber wird nun weiter gesagt (53, 136): ipsi pontifices semper (ius publicum dedicandi) non solum ad suas caeremonias, sed etiam ad populi iussa accommodaverunt. Deshalb antworteten sie, nachdem ein censor — C. Cassius — ihnen eine Frage betreffs der Weihung eines Bildes der Concordia vorgelegt hatte, dass dieses ohne iussus populi *nicht recte* konsekriert werden könnte. Bezüglich einer schon ohne iussus populi erfolgten Weihung äusserten sie: Quod in loco publico Licinia Gai filia iniussu populi dedicasset, sacrum non viderier. Und in einem nachfolgenden S. C. erhielt der praetor urbanus den Auftrag, die eventuellen sakralen Inskriptionen wegzunehmen. Hier wie sonst in derartigen Fällen (siehe oben S. 550 A) richteten die pontifices in der Frage, ob die Sache *wirklich den Göttern gehörte,* der Senat aber gab *den Beamten* die gehörigen Befehle auf der Grundlage der pontifikalen rein religiösen Entscheidung.

sogar eine private Person bei Weihungen zugunsten gewisser Götter Bestimmungen, die das fas angingen, treffen, obgleich die betreffenden Götter gar nicht als Akzeptanten der Gabe hervortreten.[1]

Nun sagt man, dass in solchen Fällen das Gesetz nur vorschreibe, was die *Menschen* als den Göttern genehm oder verhasst betrachten sollen. Aber eine solche Behauptung *widerstreitet dem völlig klaren Wortlaute der bezüglichen Gesetze: fas esto, sacer esto.* Sie demonstriert nur die Verlegenheit, in welche man kommt, wenn man die römische Rechtswelt in die Zwangsjacke moderner Rechtsvorstellungen einzwängen will. Ausserdem unterstellt sie den Römern, die gerade wegen ihrer skrupulösen δεισιδαιμονία bekannt waren, Blasphemie. Das Gesetze gebende Volk würde zu erklären gewagt haben, dass alle Römer gewisse Handlungen oder Personen als den Göttern genehm oder verhasst betrachten sollten, ohne zu wissen, ob diese Handlungen oder Personen *in Wirklichkeit* die fraglichen Eigenschaften haben. Eine Kenntnis hierüber hätte man sich nämlich nicht zutrauen können, wenn man nicht vorausgesetzt hätte, dass es möglich sei, durch die Kraft der Gesetzgebung die Götter zu beeinflussen.

Aber wenn es völlig offenbar ist, dass eine lex iure rogata über die Götter selbst bestimmen konnte, ist es ja auch unmöglich, das römische Gesetz, trotz seiner imperativischen Form, als eine Vor-

---

[1] Siehe z. B. lex Spoletina 1 f. (Bruns 1, S. 283): Honce loucum ne quis violatod . . . und 10: Sei quis violasit, Iove bovid piaclum datod . . .; lex a vicanis Furf. templo dicta 7 (Bruns a. a. O.): . . . promovere referre ⟨liceat⟩ *fasque esto* und lex aræ Aug. Narb. 2, 13 (Bruns 1, S. 286): si quis tergere . . . volet . . ., ius fasque esto.

Man vergleiche mit der fraglichen römischen Auffassung, dass das Volk selbst das den Göttern Genehme oder Verhasste durch Gesetz bestimmen konnte, eine entsprechende Ausdrucksweise in griechischen Gesetzen. Z. B. wird in einem *Gesetze* der Insel Ceos vorgeschrieben, dass gewisse Personen durch Todesfall befleckt sein sollten: PROTT-ZIEHEN, Leges Graecorum sacræ 2, 1 S. 261., Nr 93 A. 25—29. In einem anderen Gesetze derselben Insel a. a. O., S. 267, Nr 93 B wird gesagt, der Rat und das Volk hätten beschlossen, dass zu einer gewissen Zeit diejenigen, die Todesopfer vollzogen haben, rein sein sollten. In einem Gesetze der Insel Chios a. a. O., S. 293 f., Nr 111 v. 14 ff. heisst es, dass derjenige, der gewisse Haine beschmutzt, eine Geldsumme zu bezahlen hat: ἁγνῶς πρὸς τὸ θεό, vgl. v. 9. Die Bedeutung letzterer Worte drückt ZIEHEN so aus: aliter culpam apud deum merebitur.

schrift im gewöhnlichen Sinne zu fassen. Das römische Volk konnte doch wohl nicht seinen Göttern Befehle geben! Die Sache kann nicht anders aufgefasst werden, als dass das *ius* in der Rogation, worin besonders die Gültigkeit der betreffenden Auspizien eingeschlossen liegt, es dem Volke möglich macht, durch imperativische Worte die Reaktionsart der Götter in besonderen Situationen zu bestimmen. Aber dann kann das ius, das durch eine lex iure rogata entsteht, überhaupt keine Vorschrift im gewöhnlichen Sinne sein, also auch nicht, wenn es nur die *Menschen* betrifft. Es muss in letzterem Falle eine aus der göttlichen Grundlage der Gesetzgebung und den imperativischen Worten des Gesetzes entspringende mystische, übernatürliche Bestimmtheit der Menschen in Übereinstimmung mit dem Inhalt der Worte bedeuten.

Wir können nun zusammenfassend sagen, dass das ius als eine römische Rechtsordnung eine Ordnung für in den Menschen immanente göttliche Kräfte und für die Kräfte der Götter selbst: *iura* bedeutet. Zu derselben gehört indessen, dass die Übertretung der Grenzen der eigenen Kraftsphäre gegenüber anderen als iniuria eine innere Unreinheit im religiösen Sinne einschliesst. Wenn wir diesen aus der unmittelbar vorhergehenden Untersuchung[1] gewonnenen Iniuria-Begriff mit der Erörterung der damnatio[2] zusammenstellen, kann gesagt werden, dass die Ausgabe zwecks der Lösung vom Götterzorn, die das damnum eigentlich bedeutet, auch wenn der einzelne Verletzte als Vertreter der verletzten Götter der Berechtigte ist[3], immer ursprünglich eine iniuria voraussetzte. Deshalb war indessen die iniuria nicht immer mit der Notwendigkeit eines damnum verbunden. Sie *kann* auch nur so wirken, dass sie Talion begründet, oder so, dass eine Rechtsbehauptung machtlos wird. Dieser Fall tritt ein, wenn nicht die *allgemeine römische Rechtsordnung als ein Ganzes* davon betroffen wird und also das Volk selbst nicht befleckt wird, wie bei der speziellen iniuria — einer physischen Gewalttat — und bei der in der sakramentalen Vindikationsformel

---

[1] Oben S. 558 u. S. 559 A ff.

[2] Siehe die Zusammenfassung S. 502—503.

[3] Siehe oben S. 484.

erwähnten iniuria.[1] Dem Angeführten ist hinzuzufügen, dass die fragliche Rechtsordnung durch das *Gesetz* im technischen Sinne eines iussum des Volkes bestimmt sein kann. Dann konstituiert der gesetzliche Imperativ auf Grund eines ursprünglichen ius — einer in ihm eingeschlossenen göttlichen Kraft — die im Imperative bezeichneten immanenten mystischen Kräfte der Menschen oder der Götter: *iura* oder schliesst von solchen Kräften aus. Typische Formen für solche Imperative sind: familiam habeto, ius potestasque esto, ei ius esto, sacer esto, heres esto, liber esto. (Die beiden zuletzt erwähnten Imperative gehören besonders zu der sekundären in einem Testamente gegebenen lex.) Es ist wohl klar, dass diese Imperative keine an die Menschen oder die Götter gerichteten Vorschriften sein können. Sie *müssen* als durch imperativische Worte Menschen oder Göttern zustehende Rechte *schaffend* betrachtet werden. Sie wenden sich eigentlich an die Welt des Rechtes selbst. Aber die römische Rechtsordnung kann in gewissen Teilen auch ohne zu einem bestimmten Zeitpunkte gegebene Gesetze konstituiert sein. Dann denkt man an zum römischen Volke ursprünglich gehörende Rechtssätze, die als von alters her geltende Gesetze vorgestellt werden.[2]

Indessen gibt es auch unzweifelhaft solche gesetzliche Imperative, die nicht nur *Rechte* für Götter und Menschen positiv oder negativ konstituieren — einschliesslich solcher Rechte, die durch damnatio auf Grund einer die allgemeine römische Rechtsordnung treffenden und damit das Volk selbst befleckenden iniuria entstehen. Es gibt auch solche gesetzliche Imperative, die wirklich dem einzelnen oder den Beamten *Pflichten* auferlegen und in Zusammenhang damit Strafen für die Übertretung feststellen. Letzteres ist jedoch nicht notwendig, wie das Dasein der leges imperfectæ beweist. Aber diese Gebote haben nur rein formell mit dem ius zu schaffen, nämlich so, dass sie durch dasselbe ius, das überhaupt ein Gesetz gültig macht, gültig werden. Keineswegs kann das ius selbst rechtliche Gebote enthalten. Deshalb kann man das Handeln gegen eine rechtliche Vorschrift nicht als ein Handeln *contra ius* bezeichnen.[3] Auch

[1] Vgl. oben S. 484 A, 490 ff. und 555 A.

[2] Siehe oben S. 318[1], S. 539.

[3] Siehe oben S. 571 ff.

wenn es möglich ist, das Handeln, durch das man die strafbare iniuria vermeidet, als ein Handeln, zu dem man verpflichtet ist, und also die iniuria selbst als ein Handeln gegen ein gewisses Gesetz zu bezeichnen, so liegt doch die Verfehlung, welche die iniuria einschliesst und derentwegen sie bestraft wird, nicht in einer Gesetzesübertretung, sondern ausschliesslich in der das Volk selbst befleckenden Unreinheit, von welcher dies sich durch die Auslieferung des Täters, sei es unmittelbar an die Götter selbst, sei es an den einzelnen Verletzten als einen Vertreter der verletzten Gottheit befreit. Keineswegs wird der Kapitalverbrecher, z. B. ein parricida oder ein perduellis, *deshalb* bestraft, weil er gegen ein gesetzliches Verbot gehandelt hat — ebensowenig wie ein Dieb oder derjenige, der sich eines damnum iniuria datum schuldig gemacht hat, deshalb bestraft wird, weil er ein in den XII Tafeln bezw. der lex Aquilia aufgestelltes Verbot, zu stehlen bezw. ohne Recht das Eigentum anderer zu beschädigen, übertreten hat. Man kann auch kein Gesetz, das wirklich Kapitalverbrechen, Diebstahl oder damnum iniuria datum formell verbot, nachweisen. Wenn man von einem Handeln z. B. gegen die lex Aquilia spricht, ist dies nur ein Schluss aus der durch das Gesetz gegebenen Strafbarkeit einer gewissen Tat. Da das Gesetz straft, muss es auch die fragliche Tat verbieten, meint man. Aber es ist völlig verfehlt, deshalb den Grund der Strafbarkeit in das so konstruierte Verbot zu verlegen, das jedenfalls das Gesetz selbst gar nicht in Zusammenhang mit der Strafe setzt. Völlig unzweifelhaft wird das Gesagte, wenn man beachtet, dass eine Strafe, die wirklich in alten Gesetzen auf vorhergehende Befehle oder Verbote bezogen wird, soweit wir die Formulierung der betreffenden Gesetze kennen, immer einen besonderen Charakter hat, durch den sie sich vollständig von der Strafe unterscheidet, die auf eigentliche crimina publica — Kapitalverbrechen — oder auf Privatdelikte folgt. *Sie ist nämlich ihrem Wesen nach eine Disziplinarstrafe*, deren Aufgabe es ist, den gesetzlichen Geboten Respekt zu verschaffen, *keineswegs eine Sühnung der Tat.*[1]

[1] Zur Begründung verweise ich auf die Ausdrucksweise betreffs der Sanktionen: Lex Silia de pond. (Festus p. 246 M.): Si quis magistratus adversus hac . . ., eum qui[s] volet magistratus *multare*[tur], dum minore parti familias

taxat liceto; sive quis in sacrum iudicare voluerit, liceto. (Letztere Worte, die nur die Art der Entscheidung in der *Schuldfrage* betreffen können: siehe oben S. 459 A., heben natürlich nicht die magistratische multatio an sich auf. Sie bezeichnen nur eine Gebundenheit des Magistrates an ein vorhergehendes, wahrscheinlich durch l. a. sacr. geschaffenes praeiudicium.) — Lex Osca tab. Bant. 11 f. (nach der Übersetzung in Bruns): Si quis contra hoc fecerit . . ., multa tanta esto . . . (molto etanto estud . . .). Et si quis eum fortius magistratus multare volet . . . vgl. 18 und 25 f. — Lex Lat. tab. Bant. 9 ist der Text unvollständig. Man nimmt gewöhnlich an, dass die hier gemeinte sanctio ein populo dare damnas esto gewesen ist. Indessen zeigen die parallelen Stellen der lex Osca wie der Umstand, dass dem Magistrate das exigere im rekuperatorischen Prozesse zusteht und dass dieser nach v. 12 auch multam inrogare, scil. apud populum, darf, entschieden, dass die sanctio prinzipiell nur eine multatio des Magistrates sein soll. — Fragm. Tudert. 4 f.: ⟨Si quis quid adversus hanc rogationem...⟩ . . . ei *multa* esto HS ... eiusque pecuni⟨ae qui volet magistratus petitio esto . . . eamque pecuniam vel⟩ populi iudicio petere (scil. durch multam inrogare) vel in sacrum iudicare (vgl. lex Silia oben) licet⟨o⟩. Indessen wird auch ein HS . . . populo dare damnas esto mit Berechtigung jedes beliebigen Bürgers, den Betrag einzutreiben, als sanctio angewandt. Beispiele oben S. 486[3]. Hier wird allerdings die Gesetzesübertretung als ein Delikt gegen die Gemeinde als eine *private* Person und die Strafe als eine Sühnung dieses Deliktes gefasst. Jedoch zeigen viele Umstände, dass es sich um eine Fiktion handelt und dass der einzelne Bürger sein Recht nur an Stelle der *magistratischen* Macht hat. In der lex Lat. tab. Bant. 9 ist, wie gesagt, unsicher, ob HS populo dare damnas esto oder (in Analogie mit lex Osca 12 u. anderen Stellen und fr. Tudert. 5) ei multa esto HS . . . geschrieben stand. Aber dies ist bemerkenswert, dass der Magistrat selbst als *Partei* in einem rekuperatorischen Privatprozesse zwecks Eintreibung der Strafsumme nach dieser lex auftreten kann. Der populus, den der Magistrat vertritt und zu dessen Gunsten der schuldige Beklagte zu verurteilen ist, wird so als eine private Person betrachtet, obgleich kein Zweifel darüber herrschen kann, dass der ganze Prozess nur eine Form für die multatio des den populus als öffentliche Macht vertretenden Magistrates ist. Diese Behauptung wird dadurch völlig bestätigt, dass der Magistrat nach v. 11 *auch* multam irrogare und also die Strafsumme direkt als öffentliche Macht eintreiben kann. Es ist klar, dass hier das Volk für prozessuale Zwecke als eine verletzte Privatperson fingiert wird. Am deutlichsten verweist auf diese Vorstellungsweise die lex Tarent. 4 ff. Quei faxit, quant⟨i⟩ ea res erit, quadruplum multa esto, eamque pecuniam mu⟨n⟩icipio dare damnas esto eiusque pequniæ magistratus quei quomque in municipio erit petitio exactioque esto. — In der lex Quinctia wird v. 13 ff. über ein HS . . . populo dare damnas esto gegenüber dem Gesetzesübertreter gesprochen. In Zusammenhang damit wird ein sich auf die *Restitution* bezie-

hendes damnas esto gestellt. Betreffs letzterer darf der curator aquarum oder der praetor peregrinus multa pignoribus cogere exercere (coercere?), vgl. v. 38: eoque nomine iis pignoris capio multæ dictio coercitioque esto. Hier ist dies populo dare damnas esto offenbar nur eine Art, das magistratische Züchtigungsrecht bei Übertretung gewisser Polizeivorschriften auszudrücken. Mutmasslich konnte sich der Magistrat durch die Verwendung des rekuperatorischen Privatprozesses auf Grundlage des populo dare damnas esto gegenüber eventuellen Reaktionen gegen ihn selbst, wenn er sich geirrt hatte, schützen. Ist es nun denkbar, dass, wenn dies HS . . . populo dare damnas esto in ganz ähnlichen Situationen als sanctio vorkommt, aber nicht der Magistrat, sondern der einzelne Bürger die Strafsumme durch privaten Strafprozess eintreiben darf, etwas anderes als ein Umweg vorliegt, auf welchem die magistratische Züchtigung des Ungehorsamen realisiert wird? D. h. muss nicht hier der einzelne als die *magistratische* Macht ausübend betrachtet werden? Der Unterschied zu dem anderen Falle scheint nur darin zu liegen, dass das Volk in der Person eines Bürgers *direkt* seine Züchtigung des Gesetzesübertreters realisiert. Wenn dies wahr ist, ist auch deutlich, dass die Idee von dem Ungehorsam als einem privaten Delikte gegen das Volk nur die fiktive Grundlage des Privatprozesses ist, wodurch das Volk in der Person eines Bürgers seine magistratische Disziplinarfunktion direkt ausübt. Natürlich kann der einzelne nicht unmittelbar multam dicere, daher auch nicht multam irrogare. Wenn ihm anstatt des Magistrates die disziplinare Funktion übertragen werden sollte, bestand das natürliche Verfahren darin, den Ungeborsam als ein privates Delikt gegen das Volk zu konstruieren und auf dieser fiktiven Grundlage das Volk in der Person eines bestimmten Volksangehörigen als petitor auftreten zu lassen. — Weiter ist die Ausdrucksweise in den privaten leges Lucerina und Spoletina zu beachten, die als leges für besondere von einer privaten Person zu öffentlichem oder sakralem Gebrauche überlassene Haine dieselbe Kraft wie öffentliche leges haben. Lex Lucerina 4 f. (Bruns 1, S. 283): . . . Sei quis arvorsu hac faxit, ⟨in⟩ ium quis volet pro ioudicatod n(ummum) I (L?) manum iniect⟨i⟩o estod. Seive mac⟨i⟩ steratus volet moltare, ⟨li⟩cetod. Hier wird ja die manus iniectio pro iudicato eines einzelnen als ein möglicher Ersatz für die magistratische Züchtigung durch den Magistrat behandelt. Vgl. hiermit S. C. de pago Mont. 2, 2: ⟨et uti si qui . . .⟩ in ⟨eum H. S. ma⟩nus iniectio pignorisq. ca⟨pio siet⟩ In der Tat werfen diese Stellen ein Streiflicht auf die Bedeutung der von Gaius 4, 22 ff. besprochenen Fälle der l. a. p. m. i. pro iudicato und ihres Nachbildes, der l. a. p. m. i. pura. Wir haben oben S. 351 ff. nachgewiesen, dass es sich in allen diesen Fällen um keine zivile Obligation, also auch um kein privates Delikt handeln kann. In zwei Fällen — der lex Furia test. und der lex Marcia — handelt es sich um ein crimen publicum, aber nicht um ein solches, das an sich eine Kapitalstrafe nach sich zieht, weshalb hier die Strafe keine Sühnung der Tat sein kann. Wenn nun in der ange-

Auch auf eine andere Art tritt der fundamentale Unterschied zwischen dem Ungehorsam gegen eine gesetzliche Vorschrift und der wirklichen Verletzung des römischen Rechts mit religiösem Hintergrunde hervor. Man beachte, dass letztere an sich von der *Gesinnung* des Handelnden völlig unabhängig ist. Wenn sich auch die Götter im Falle imprudenter facere mit einem Sühneopfer begnügen, ist ihr Zorn doch auch dann, also auch bei dem reinen casus vorhanden. Deshalb muss derjenige, der casu tötet, seine Tat durch das Opfer eines Widders, der den Agnaten überliefert und auf den die Schuld

---

führten höchst altertümlichen lex Lucerina wie im S. C. die legis actio eine disziplinare Strafe ist und der einzelne an Stelle des multierenden Magistrats auftritt, kann man nicht umhin anzunehmen, dass wenigstens in den zwei erwähnten Fällen dieselbe legis actio dieselbe Aufgabe hatte. Sie scheint die ursprünglichste Art, auf die das einzelne Glied der Gemeinde magistratische disziplinare Funktionen ausüben konnte, und also ein Vorgänger der späteren Fähigkeit des Privaten, die in einem populo dare damnas esto bestimmte Strafsumme einzutreiben, gewesen zu sein. Was die lex Spoletina betrifft, ist die sanctio hinsichtlich der *Vorschriften* in dieser lex: a(sses) CCC multai suntod. Diese multa soll vom *dicator* selbst eingetrieben werden: v. 15 ff. (Dass das auch hier als Straffolge angegebene piaclum nicht zur Sanktionierung der Vorschriften gehört, wird alsbald nachgewiesen werden.) Hier hat also eine einzelne Person offenbar die Züchtigungsfunktion des Magistrats. — Endlich ist die sanctio im S. C. de imp. Vesp. a. 69 für die vorliegende Frage höchst bedeutungsvoll. Der Sinn derselben ist, dass diejenigen, welche *andere* gesetzliche Vorschriften auf Grund dieses S. C. übertreten, von jeder Strafe frei sein sollen: Si quis huiusce legis ergo adversus leges . . . fecit fecerit . . . id ei ne fraudi esto, neve quit ob eam rem populo dare debeto neve cui de ea re actio neve iudicatio esto, neve quis de ea re apud ⟨s⟩e agi sinito. D. h. die einzige hier erwähnte Strafe für *Ungehorsam* gegen gesetzliche Vorschriften ist das quid populo dare debere, also das vorher erörterte HS . . . populo dare damnatem esse, dessen Bedeutung, eine Form für die Ausübung der magistratischen Züchtigung zu sein, vorher nachgewiesen worden ist.

Wir haben schon oben S. 287 ff. die Einzwängung des römischen Strafrechts in den engen Rahmen der BINDING'schen Normentheorie bei MOMMSEN u. a. kritisiert. Wenn die hier gegebene Darstellung richtig ist, beruhen alle gesetzlichen *Pflichten* nach römischer Anschauung auf einer Art von Polizeivorschriften und sind alle Strafen für die Übertretung solcher Pflichten als Disziplinarstrafen zu betrachten. Aber dass das *ganze* römische Strafrecht, also auch die Teile desselben, die Tötung, Diebstahl u. dgl. betreffen, einen solchen Charakter haben sollte, ist doch wohl wenig wahrscheinlich!

übertragen wird, sühnen: so noch nach den XII Tafeln.[1] Darum konnten in die XII Tafeln solche Fälle des 'furtum', in welchen eine schlechte Gesinnung nicht notwendig ist: furtum conceptum und oblatum, aufgenommen werden.[2] Die iniuria, die im Falle damnum iniuria datum vorliegt, hat sicher ursprünglich nichts mit der Gesinnung zu schaffen gehabt. Bei Plautus ist die iniuria culpa gar nicht von wirklich schlechter Gesinnung abhängig, wenn sie auch, imprudenter erfolgt, leichter zu verzeihen ist.[3] Die von den klassischen Juristen bezüglich des damnum *iniuria* aufgestellte Bedingung hinsichtlich der Gesinnung: dolus malus oder culpa = Mangel an diligentia, war eine spätere Konstruktion, von der Idee bestimmt, dass der Mensch als ein *vernünftiges* Wesen wirkliche Ursache des schädigenden Verlaufes nur dann ist, wenn er die Folgen der Handlung wirklich verstanden oder nur aus Mangel an diligentia nicht verstanden hat.[4]

Nun ist indessen klar, dass die Übertretung einer gesetzlichen Vorschrift nur dann mit Strafe verbunden ist, wenn man *dolo malo* gehandelt hat. Diese Bedingung wird in alten Gesetzen so regelmässig erwähnt, dass man voraussetzen muss, die Ausnahmen beruhen auf besonderen Umständen, z. B. darauf, dass das Handeln seiner Natur gemäss dolus malus notwendig einschliesst (man beachte hierbei die Regel: error iuris nocet: die Gesetze selbst *soll* man kennen), oder darauf, dass die besondere Erwähnung als überflüssig betrachtet worden ist.[5] Es ist nun auch leicht, den Grund zu

---

[1] Siehe oben S. 465 A. f.

[2] Gaius I. 3, 186 u. 187; vgl. auch die actio de tigno iuncto oben S. 264.

[3] Siehe oben S. 559 ff.

[4] Siehe oben S. 288 A. f.

[5] Man beachte lex Silia de pond. 6: . . . adversus hac d(olo) m(alo) . . .; lex Lat. tab. Bant. 8: . . . non fecerit sciens d(olo) m(alo) . . .; lex Mam. K. L. V 7 ff.: . . . neve loco moveto sciens dolo malo. Si quis adversus ea fecerit . . .; lex Tarent. 3 ff.: . . . neive . . . facito d(olo) m(alo). Quei faxit . . .; lex Urs. tab. 4, 1, 42 ff.: . . . neve facito . . . sc. d. m. Qui atversus ea fecerit . . ., vgl. tab. 4, 2, 26 f. und tab. 4, 3, 30 f.; fragm. Tudert. 5: . . . sciens d(olo) m(alo), ei multa esto . . . Am bedeutungsvollsten in fraglicher Hinsicht ist indessen die altertümliche lex Spoletina, in welcher es sich um einen zu sakralen Zwecken geweihten Hain handelt. Nach verschiedenen diesen betreffenden Vorschrif-

finden, aus dem im einen Falle der dolus malus Bedingung für Strafbarkeit ist, im anderen nicht. Wenn es sich um Ungehorsam gegen Vorschriften handelt, hinter denen die magistratische Macht des Staates steht, fordert man dolus malus, weil sonst keine Auflehnung gegen diese Macht, die zwecks Erhaltung des allgemeinen Respektes vor derselben Züchtigung notwendig machte, vorliegen konnte. Aber wenn es sich um eine innere Unreinheit — die culpa — handelt, die der Sühnung bedarf, ist prinzipiell die Vorstellung die, dass etwas Verderbenbringendes in die anima — die Lebenskraft — selbst eingedrungen ist, was natürlich ohne jede Verschuldung in unserem Sinne geschehen kann.

Also: der gesetzliche Imperativ bezw. das oportet, das einen solchen Imperativ als vorhanden bezeichnet, wird durch die ursprünglich mit dem fas zusammenhängende Kraft des römischen Volkes in formellem Sinne gültig, so dass die Wirklichkeit selbst einen solchen Charakter erhält, der dem Inhalt der Forderung entspricht. Wenn sich die imperativischen Worte bezw. das oportet an die Welt des Rechtes, h. e. die Ordnung für die in den Menschen immanenten, zu ihren Gunsten wirkenden bezw. verderbenbringenden Kräfte wie für die Wirksamkeit der Götter selbst, richten, *wird auf Grund der ursprünglichen Kraft des Volkes auch diese Ordnung eine solche, wie gefordert wird.* Beispiele solcher Imperative sind: ius potestasque esto, eo iure esto, damnas esto, sacer esto, ius fasque esto. Wenn aber die Menschen selbst das Objekt für den Imperativ bezw. das

---

ten heisst es v. 9 ff.: Sei quis violasit, Iove bovid piaclum datod; sei quis scies violasit dolo malo, Iovei bovid piaclum datod et a⟨sses⟩ CCC multai suntod. . . . Zum Verständnis des hier fraglichen piaclum muss man sich erinnern, dass die lex über das fas selbst bestimmen kann. Die vorhergehenden Imperative haben eine doppelte Funktion: erstens, *das fas* hinsichtlich des Haines zu bestimmen, zweitens, solche Vorschriften zu geben, hinter denen die *magistratische* Macht des Staates steht. Die Verletzung derselben ist also einerseits ein Verstoss gegen das fas, der Sühnung — piaclum — erfordert, andererseits eine Übertretung staatlicher Vorschriften, die den Verbrecher der disziplinaren Strafgewalt des Magistrats unterwirft. Aber man beachte, dass nach dem angeführten Wortlaute des Gesetzes das *piaclum* immer, also unabhängig von dolus malus, geleistet werden muss, während die magistratische *Multierung* nur unter dieser Bedingung eintreten soll.

oportet sind, entstehen aus den Worten *solche Pflichten*, wie sie durch dieselben bezeichnet werden. Man *soll wirklich* auf die im Gesetze angegebene Art handeln, sei es, dass dieses Sollen durch ein zugleich entstehendes Züchtigungsrecht der Magistrate oder des einzelnen Bürgers als den populus Romanus verkörpernd gestützt wird, sei es, dass es durch sein eigenes Gewicht wirkt, wie in den leges imperfectæ. Aber auf alle Fälle ist die entstehende Pflicht eine Pflicht gegen das römische Volk als durch seine Magistrate *Herrschermacht* übend. Deshalb ist auch ein Befehl der Magistrate selbst an die Untergeordneten wesentlich einer solchen lex gleichartig. Auch bei diesen Befehlen entsteht immer die Frage, ob sie *gültig* sind oder nicht, was von der ursprünglichen mit dem fas zusammenhängenden Kraft des Volkes abhängt. Beispiele hier überflüssig.

Wir haben oben S. 532 ff. nachgewiesen, dass das oportet in gewissen privatrechtlichen Formeln offensichtlich eine theoretische Notwendigkeit einschliesst. In anderen musste man notwendig diese Bedeutung annehmen, wenn die Formeln einen vernünftigen Sinn haben sollten. In einem dritten Falle erschien eine solche Auslegung mindestens als die natürlichste. Aber hierbei war rätselhaft, dass oportet *ausserhalb* des rechtlichen Gebietes ganz zweifellos eine praktische Notwendigkeit ausdrückt und dass das fragliche Wort sich in alten Gesetzen oft auf rechtliche Pflichten bezieht. Jetzt ist dies Rätsel indessen gelöst. Das oportet bezieht sich, wenn es in alten Rechtsformeln oder Gesetzen vorkommt, niemals auf eine besondere Person als wirklich vorschreibend. Es bezieht sich nur auf die imperativischen *Worte* eines Gesetzes, sei es, dass dies zu einem bestimmten Zeitpunkte zustandegekommen, sei es, dass es als ursprünglich vorhanden anzusehen ist. Aber die imperativischen Worte des Gesetzes haben infolge der ursprünglichen rechtlichen Kraft des Volkes die Fähigkeit, das zu *verwirklichen*, was nach dem Inhalt der Worte eintreten soll. Wenn nach den betreffenden Worten die allgemeine römische Rechtsordnung — die Ordnung für die Kräfte der römischen Bürger und der römischen Götter — einen gewissen Charakter erhalten *soll*, so erhält sie diesen Charakter *tatsächlich*. Wenn aber nach dem Inhalt der fraglichen Worte eine Pflicht der römischen Bürger gegen das römische Volk als durch

seine Magistrate herrschend entstehen *soll*, so entsteht *in Wirklichkeit* auch diese Pflicht. D. h. durch die Kraft der imperativischen Worte wird eine wirkliche Vorschrift des Volkes als magistratischer Macht zuwegegebracht, was so ausgedrückt wird, dass das im Gesetze Ausgesprochene iustum ratumque ist. Also *bedeutet* allerdings oportet auch in der fraglichen rechtlichen Anwendung eine praktische, nicht theoretische Notwendigkeit. Es drückt aus, dass etwas nach den Worten eines Gesetzes vorhanden sein *soll*, bezeichnet das Vorhandensein eines gesetzlichen Imperatives mit einem gewissen Inhalte. Aber dies: soll sein! bringt eine Veränderung der Wirklichkeit selbst mit sich, weshalb das nach den Worten des Gesetzes praktisch Notwendige auch mit theoretischer Notwendigkeit eintritt. Man beachte nun, dass man sich auch betreffs dinglicher Rechte auf das oportet des Gesetzes in den Rechtsformeln berufen kann, nämlich in dem Falle, dass zugleich *der Entstehungsgrund* des dinglichen Rechtes angezogen wird und also an die Entstehung desselben in einem gewissen Momente gedacht wird.[1] Hier ist dann der Sinn, dass der Umstand, dass z. B. nach dem Usukapionsgesetze die Sache auf Grund gewisser Tatsachen *meine* werden *soll*, dieselbe zu *meiner macht* u. dgl. In dem formelmässigen Ausdrucke oportet condemnari (aliquem alicui), wo an eine rechtliche Kraft des Klägers, die Verurteilung des Beklagten zu bewirken, gedacht ist[2], bedeutet das oportet, dass nach einem gesetzlichen Imperative — hier mutmasslich einem ungesetzten Rechtssatze — die fragliche Kraft entstehen *soll*, was mit sich bringt, dass sie notwendig entsteht. Wenn in einem iudicium fam. erc. quantum adiudicari oportet intendiert wird, was sich auf die rechtliche Kraft, eine adiudicatio in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen Recht pro indiviso der Parteien zu bewirken, bezieht[3], schliesst das oportet einen Hinweis auf ein Gesetz für das fragliche iudicium ein, das das Vorhandensein einer solchen Kraft fordert und *damit* auch schafft. In der formula ficticia für die actio des Zöllners wird bei Gaius gesagt, dass der Beklagte zu dem Betrage zu verurteilen ist, mit welchem er 'olim', wenn Pfand genommen worden war, dieses

[1] Siehe oben S. 532.
[2] Siehe oben S. 534.
[3] Siehe oben S. 534—535.

luere deberet, was sich auf ein ursprüngliches Einlösungsrecht am Pfande bezieht.[1] Hier bedeutet das debere, welches das ursprüngliche oportet ersetzt, dass ein Gesetz 'olim' das fragliche Einlösungsrecht als ein Sein-Sollen bestimmte und damit schaffte. Ganz denselben Sinn hat oportet in der formula damnum decidere oportet, wo es sich um die Notwendigkeit eines *Vergleiches* zwecks Lösung des durch ein furtum entstandenen Bandes handelt.[2] Die Phrase bezieht sich auf ein Gesetz (der XII Taf.), welches das fragliche Lösungsmittel erzeugt, indem es bestimmt, dass die Lösung so erfolgen *soll*. Das oportet macht den Vergleich zu der Lösung, die zum Bande *gehört*. Wenn man danach die allgemeine Bedeutung des oportet in schuldrechtlichen Formeln untersucht, ergibt sich von selbst die Auffassung, dass immer ein gesetzlicher Imperativ vorausgesetzt wird, der durch seine an die Welt des Rechtes gerichtete Forderung ein gewisses dare facere praestare als die zu einem Bande gehörende Lösung konstituiert.

Wir haben in dieser Abteilung unter Berufung auf die ältesten Formeln für die gültige Schuldeinlösung, die Natur der Damnas-Obligationen wie die der Iudicatus-Obligation und die Bedeutung der Pronuntiation im Schuldprozesse als einer Rechtserzeugung (nicht Konstatierung einer Pflicht) nachgewiesen, dass jedenfalls das Wesentliche im Schuldverhältnisse nicht die Pflicht ist, sondern eine objektive Macht des Gläubigers über den Schuldner, zu welcher eine gewisse Lösungsart gehört. Der eigentliche Grund, der für die Annahme, dass man doch zugleich an eine Pflicht dachte, angeführt werden kann, ist dann die Anwendung des Wortes oportet in den alten schuldrechtlichen Formeln. Aber jetzt hat sich die gänzliche Hinfälligkeit dieses Grundes gezeigt. Die unzweifelhafte Bedeutung des oportet in anderen privatrechtlichen Formeln weist im Gegenteil darauf hin, dass es sich gar nicht um Pflicht, sondern um das Vorhandensein eines in die Welt des Rechtes eingreifenden Imperatives handelt. Weiter kann man umgekehrt aus den Fällen, in denen das oportet in alten Gesetzen zwar nicht Pflicht bedeutet, was in Wirklichkeit niemals der Fall ist, aber zwecks Erzeugung einer Pflicht

[1] Siehe oben S. 535—536.

[2] Siehe oben S. 536—537.

fungiert, schliessen, dass es sich in unserm Falle nicht hierum handeln kann. Denn *dann* wird die Herrschermacht des Staates, die in den Personen der Beamten hervortritt, die verpflichtende Macht so dass die Vorschriften Polizeinatur haben, wie die Sanktion, wenn sich eine solche findet, Disziplinarstrafe ist. Aber jede geringste Andeutung des Vorhandenseins einer derartigen Pflicht im schuldrechtlichen Verhältnisse fehlt vollständig in den Quellen! Der Einwand, dass das oportet wesentlich zum schuldrechtlichen Prozesse gehört, während es dem eigentlichen dinglichen Prozesse fremd ist, führt, wenn man die Sachlage genauer betrachtet, gerade zu dem hier gewonnenen Ergebnis. Denn man muss beachten, dass dingliche Rechte die Eigentümlichkeit haben, dass ihre Entstehung allerdings notwendig einen Grund, z. B. einen Manzipationsakt, voraussetzt. Aber dieser Grund *individualisiert* durchaus nicht das einmal entstandene Recht. Dagegen wird ja jedes Forderungsrecht durch seinen Entstehungsgrund individualisiert. Deshalb ist im ersteren Falle der Entstehungsgrund gleichgültig, und im Prozesse wird nur gefragt, ob einer Person ein gewisses dingliches Recht an dieser Sache zusteht oder nicht. Wenn dagegen die Frage ein Forderungsrecht betrifft, wird immer an einen gewissen individualisierenden Entstehungsgrund *gedacht*, auch wenn dieser, wie in den Kondiktionen, nicht besonders erwähnt wird. Aber das *Gesetz* kann nur den Zusammenhang zwischen einer Rechtstatsache und einem Rechte feststellen. Es bewirkt also nur diesen Zusammenhang. Deshalb kann das Bestehen eines Rechtes nicht auf ein gesetzliches oportet bezogen werden, wenn es sich nicht um das Recht als in einer gewissen Tatsache begründet handelt. Daher passt das oportet nicht für den eigentlichen dinglichen Prozess, wohl aber für den schuldrechtlichen. Dass der Grund für das Fehlen des oportet im eigentlichen dinglichen Prozesse nur die angeführte Eigentümlichkeit hinsichtlich der Individualität des dinglichen Rechtes ist, kann dadurch *bewiesen werden*, dass, wenn in dem fiktizischen Prozesse das Vorhandensein von Tatsachen fingiert wird, die ein gewisses dingliches Recht erzeugen, gerade das zu einem gesetzlichen Imperative gehörende oportet verwendet wird, um die Notwendigkeit der Entstehung des dinglichen Rechts auszudrücken!

Endlich ist etwas über die Bezeichnung debitum für Schuld bezw. debitor für Schuldner zu sagen. Es ist hier zu beachten, dass debere als Ausdruck für das Schuldverhältnis gar nicht ein Verpflichtetsein bedeutet, was unmittelbar daraus hervorgeht, dass die Konstruktion hier ursprünglich nicht pecuniam alicui *dare* debere ist, sondern pecuniam alicui debere, wie auch gesagt wird: pecunia debetur. Deshalb kann debere in dieser Verwendung nur durch etwas schuldig sein, keineswegs durch etwas zu leisten verpflichtet sein übersetzt werden. Was dies etwas schuldig sein als ein schuldrechtliches Verhältnis einschliessend nach römischer juridischer Anschauung bedeutet, kann dann natürlich nicht mit Hülfe des Wortes debere bestimmt werden. Vielmehr muss der Sinn des debere durch eine selbständige Untersuchung darüber festgestellt werden, wie die römischen Juristen das Schuldverhältnis aufgefasst haben.[1] Wenn man zur klassischen Zeit von einem natura debere — wie von einer naturalis obligatio oder einem naturaliter obligare — spricht, kann nur der Umstand,

[1] Wie wenig man aus der Verwendung des debere als Ausdruck für die Stellung des Schuldners hinsichtlich der Bedeutung des schuldrechtlichen Verhältnisses schliessen kann, ergibt wohl am besten die allgemein angenommene Etymologie des Wortes: aus de (aliquo) und habere. D. h. das Wort hat sein Gegenstück im Ausdrucke aes alienum für Schuld. Im übrigen kann darauf hingewiesen werden, dass die Bedeutung *müssen* im praktischen Sinne sekundär ist und am natürlichsten so erklärt werden kann, dass es sowohl moralisch richtig als klug ist, das, was man schuldig ist, zu leisten. Auf diese Weise entgeht man ja der Exekution! Bei Plautus, wo das Wort *40—50 mal* vorkommt, ist es nur an *zwei* Stellen sicher mit einem Infinitiv verbunden, nämlich Amph. 39 und Persa 160, so dass nur da die Bedeutung müssen im praktischen Sinne möglich ist. Wenn man indessen diese Stellen eingehender untersucht, findet man, dass der Infinitiv eigentlich als ein Akkusativobjekt zu fassen ist, weil die Grundlage des Gedankens offensichtlich ein juridisches Schuldverhältnis ist — sei es ein nur ex analogia gedachtes, sei es ein wirkliches. Amph. 39 f. heisst es: Debetis velle quae velimus: *meruimus* / Et ego et pater de vobis et re publica. Es handelt sich ja hier um eine Analogie mit einem Darlehen, das das Recht auf eine gleichwertige Leistung konstituiert. Persa 159 f. heisst es: Abs chorago sumito. / Dare debet: praebenda aediles locaverunt. Hier liegt ein wirkliches schuldrechtliches Verhältnis mit dem Staate als Gläubiger vor. In beiden Stellen ist der Infinitiv daher nur ein Ausdruck für den Inhalt der Schuld. Es ist deshalb verfehlt, debere hier durch müssen im praktischen Sinne anstatt durch etwas schuldig sein in dem Sinne, den die römische Obligation hat, zu

dass es sich hier um eine solche Bindung handelt, die nicht eine potentielle Macht über die Person oder die bona des Schuldners, sondern nur ein moralisch gültiges Sollen hinsichtlich anderer Personen einschliesst, die Behauptung rechtfertigen, dass debere in diesem Falle ein Sollen bedeutet. Indessen ist andererseits zu beachten, dass der Ausdruck debere hier durchaus nicht aus dem Anlasse verwendet wird, weil man damit ein Sollen bezeichnen will. Der Grund liegt ausschliesslich *darin*, dass das aequum et bonum im Verhältnisse zu anderen Personen auf Grund des griechischen Einflusses als ein *ius* naturæ bezeichnet wurde[1], womit folgte, dass die moralische Verbindlichkeit gegen andere, die einer zivilen Schuld ähnelte, als *rechtliche* Schuld bezeichnet zu werden begann.[2]

Aus dem Angeführten folgt, dass die Auslegung des vinculum in der römischen obligatio mittelst des Pflichtbegriffes ein ungeheuerer Irrtum ist. Dieser beruht auf einer völlig ungeschichtlichen Auffassung. Man wird teils durch die Ausdrucksweise der klassischen

---

übersetzen. — Was alte Gesetze betrifft, hat debere in der lex Acilia rep. 631 / 123: 45 und in der lex agr. 643 / 111: 15, 19, 20 u. a. St. dieselbe schuldrechtliche Bedeutung. Erst in der lex Rubria 705 / 49: tab. 1, 11 u. 44 u. tab. 2, 5 u. 32 erhält es dieselbe Bedeutung und Verwendung wie oportet.

[1] Siehe oben S. 290 f. A. u. S. 563 ff. A.

[2] Hier braucht die Frage des natura debere nicht in ihrem ganzen Umfang erörtert zu werden. Es ist darüber nur zu sagen, dass in diesem Falle — wie sonst — die Übernahme der griechischen Vorstellungsart während der klassischen Zeit lediglich die Ausdrucksweise, nicht den Kern der römischen Rechtsanschauung beeinflusste. Dass das aequum et bonum hinreichende causa für eine Prästation von wirtschaftlichem Werte war, dass also z. B. der dominus, der seinem Sklaven eine nach den Prinzipien des aequum et bonum bestehende Schuld nach der Freilassung bezahlt, nicht die condictio indebiti verwenden kann, oder dass der freigelassene Sklave, der eine während der Sklaverei entstandene Schuld einlöst, nicht kondizieren kann (siehe z. B. Tryph. D. 12, 6, 64 und Paulus D. a. a. O. l. 13 pr.), war nichts, was der echtrömischen Rechtsanschauung widerstritt. Dasselbe kann betreffs der Möglichkeit, einen fideiussor oder Pfand für derartige Forderungen zu empfangen, gesagt werden. Dass man, anstatt zu sagen, nach dem aequum et bonum seien die Übereinkünfte, bei denen eine Partei ein Sklave ist, und andere derartige gültig, die Sachlage durch natura debere bezeichnete, beruhte nur darauf, dass man in dem griechischen ius naturæ das eigene aequum et bonum wiedererkannte.

Juristen getäuscht, die durch einen dem System selbst fremden Überbau beeinflusst ist, teils durch ein modernes Vorurteil hinsichtlich der allgemeinen Natur der Obligation irregeführt. Natürlich kann man die Handlung, welche die zum Bande an sich gehörende Lösungsart darstellt, ohne deren physische und legale Möglichkeit das Band nicht besteht, durch das *Wort* Pflicht bezeichnen. Ich habe auch selbst im Vorhergehenden diese Ausdrucksweise angewandt, um mich nicht im voraus von der gewöhnlichen Terminologie zu entfernen. Wenn man aber dabei an eine Forderung des Staates, die dem Gläubiger delegiert ist, oder etwas Derartiges denkt, befindet man sich nicht in Einklang mit der römischen Anschauung.

Andererseits ist es indessen ebenso unrichtig, (mit BRINZ, BINDER u. a.[1]) die Obligation als eine *Haftung* der Person und ihrer Güter zu bezeichnen. Es gibt ja unzweifelhaft Obligationen, die auf Grund einer exceptio perpetua von jeder Aktion ausgeschlossen sind. Man beachte, dass das Aktionsrecht bei den Römern ein reines Privatrecht ist und also der angenommenen Haftung enstprechen muss. Die Obligation ist an sich eine potentielle Macht des Gläubigers über die Person des Schuldners bezw. seine bona, die durch eine besondere Handlung ihrem Wesen nach lösbar ist und völlig unabhängig von ihrer Fähigkeit, in privates Aktionsrecht überzugehen, besteht. Dieser Übergang ist immer von ausserhalb der Obligation selbst liegenden Bedingungen abhängig. Es handelt sich in dem Streite zwischen den beiden Theorien (die Obligation ist Anspruch des aktiven, Pflicht des passiven Subjektes, sie ist auch oder allein die Haftung einer Person für die Unterlassung einer bestimmten Tat) um fundamentale Irrtümer.

§ 15.

Abschliessende Bemerkungen.

HUVELIN, der hinsichtlich der Bedeutung der Magie für die zivilrechtliche römische Anschauung im stärksten Gegensatze zu der

[1] Siehe MARCHI, BIDR; S. 46 ff.

gewöhnlichen Anschauung steht, nimmt dennoch einen Standpunkt ein, der nur scheinbar dem hier vertretenen ähnelt. In dem interessanten und hochgelehrten Aufsatze: Les tablettes magiques et le droit Romain (1900) will er nachweisen, dass sich einerseits die zivile Obligation — besonders die Damnasobligation — andererseits die legis actio per manus iniectionem aus der — bedingten oder unbedingten — Devovierung einer Person an die Götter mit dazu gehörender Möglichkeit zur manus iniectio hinsichlich des Devovierten entwickelt haben.[1] Damit Devotionen Kraft haben sollen, sei erforderlich, dass sie in Übereinstimmung mit der *Nemesis* stehen, die eine Ausgleichung jeder Störung der vom Schicksale bestimmten Proportion zwischen Glück und Unglück im menschlichen Leben erheische.[2] Deshalb seien sie sowohl bei Delikten als bei Verträgen anwendbar. Im ersteren Falle liege direkt eine Störung der erwähnten Proportion seitens des Verbrechers gegenüber dem Verletzten vor. Diese Störung müsse durch ein entsprechendes Unglück, das den Delinquenten trifft, kompensiert werden. Im letzteren Falle müsse der Schuldner, der auf zulässige Weise einen gewissen Vorteil auf Kosten des Gläubigers erworben hat, eine Kompensation leisten, um der Reaktion der göttlichen Nemesis zu entgehen.[3] An die Stelle der religiösen Sanktion sei indessen allmählich die zivile, weltliche, nicht magische getreten.[4]

Die Rolle, die hier der Nemesis zuerteilt wird, ermangelt jeder Stütze in *römischen* Quellen, und das Prinzip lässt sich weder auf Delikte noch auf Verträge anwenden. Nur betreffs Injurien im speziellen Sinne kann von einem wirklichen Talionsrechte gesprochen werden. Aber in diesem Falle liegt, wie vorher nachgewiesen worden ist, kein eigentliches Delikt, keine solche Übertretung der eigenen Rechtsgrenzen vor, die die allgemeine römische Rechtsordnung trifft und deshalb gesühnt werden muss. Das Talionsrecht hat hier eine natürliche Grundlage im allgemeinen Rachegefühl gegenüber Verletzungen. Wenn es sich um wirkliche Delikte handelt, gilt das Talionsprinzip gewiss nicht. Die Strafe für ein parricidium ist sicher nicht der blosse Tod des Verbrechers, sondern die Weihung

[1] S. 46 ff. u. 72 ff.
[2] S. 19 u. 25. [3] S. 20—21.
[4] Siehe z. B. S. 60 ff.

seiner *anima* an den unablässigen Götterzorn. So auch bei allen Verbrechen, die spontan die Sakralisierung des Verbrechers herbeiführen. Der fur manifestus wird dem Bestohlenen als *Sklave* addiziert. Auch in den Fällen, wo der Delinquent ein Lösegeld an den Verletzten zahlen darf, ist das Unglück, von welchem man sich lösen kann, keineswegs die einfache Talion, sondern die Sklaverei.[1] Was den Vertrag betrifft, ist wenigstens unbeweisbar, dass jemals das Gegenseitigkeitsprinzip gegolten hat. Die Stipulation gilt ipso iure unabhängig von jeder Gegenprästation.

Was aber prinzipiell die Darstellung HUVELIN's von der hier gegebenen unterscheidet ist, dass er die *religiöse* Magie nicht von der *juridischen* trennt. Der Eid wie die private Verfluchung anderer Menschen sind Formen der religiösen Magie, nicht der juridischen. Denn in keinem dieser Fälle erwerben Menschen oder Götter *Rechte* oder werden gegenüber anderen im *rechtlichen* Sinne *gebunden*, so dass der Eidbrüchige, Meineidige oder privat Verfluchte einer rechtlichen Prozedur zugunsten verletzter Menschen oder erzürnter Götter unterworfen werden konnte. Aber die legale Sakralisierung gewisser Verbrecher machte sie zum *Eigentum* der Götter, weshalb ihre Tötung eine Handlung war, durch die das Recht der Götter geltend gemacht wurde. Zur Nexumobligation gehörte gar kein Moment der religiösen Magie. Ihre Entstehung beruhte nur auf einer juridischen Magie, durch welche der eine Mensch (der debitor) an den anderen (den creditor) gebunden wurde. Es ist keine *damnatio* auf privatrechtlichem Gebiete bekannt, die eine devotio an die *Götter* wäre. Immer wird durch eine solche damnatio ein Mensch an einen anderen *Menschen* gebunden, so dass letzterer ein Recht, das prozessual verfolgbar war, erhielt. Die damnatio im öffentlichen Prozesse auf Grund eines eigentlichen crimen publicum, dessen Strafe prinzipiell kapital war, war unzweifelhaft eine consecratio capitis, falls nicht das caput durch eine Busse lösbar war. Aber jedenfalls erwarb damit das Volk selbst ein Recht gegenüber dem Verbrecher, ihn dem Götterzorn auszuliefern oder die Busse zugunsten der Götter einzutreiben. Dagegen war der voti damnatus nur durch religiöse Magie zugunsten der Götter gebunden, ohne dass ein rechtliches

[1] Siehe oben S. 490 ff.

Mittel zur Durchsetzung des votum gegeben war. Übrigens findet man, wenn man auf das ursprüngliche Verhältnis zwischen den gentes, das nur durch das fas ohne eine übergeordnete rechtsetzende menschliche Macht bestimmt war, zurückgeht, keine rein religiöse Magie. Das Verbrechen gegen das Völkerrecht war nicht nur eine Angelegenheit zwischen dem Verbrecher und den Göttern. Eine wirkliche Rechtsverfolgung seitens der verletzten gens in einem *purum piumque bellum* war durch Anwendung der richtigen Magie möglich. Durch sein Übersehen der spezifisch *juridischen* Magie wird HUVELIN zu einer vollständigen Trennung des Zivilrechts *als solchen* von der Magie verleitet[1] und übernimmt die gewöhnliche seichte Auffassung vom 'Staate' als im Zivilrechte vorschreibend und seine Vorschriften sanktionierend.

Im Hinblicke auf das in der Einleitung dieser Arbeit Angeführte kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht sogar die moderne Rechtsauffassung mit mystisch magischen Elementen behaftet ist. Noch im Jahre 1925 n. Chr. wird übrigens von einem hochberühmten Rechtsgelehrten — H. KELSEN, Allgemeine Staatslehre — über die *Rechtserzeugung* als eine Wirksamkeit gesprochen, die gar nichts mit der *natürlichen* Welt zu tun hat, sondern zu einer besonderen Welt 'des Rechts' gehört. Ein anderer hochberühmter moderner Rechtslehrer, ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879), sagt[2] betreffs des mit einem Imperative nicht zu verwechselnden Rechtssatzes, dieses Urteil habe die Eigentümlichkeit, »dass die Synthese der Begriffe in ihm bloss deshalb giltig ist, weil der Gesetzgeber es will, der Gesetzgeber hatte die Macht, durch seinen Willen dem Subjekt (Du) ein Prädikat (Verpflichtetsein) beizulegen, das dem Subjekt vorher nicht zukam; *in dem Aussprechen der Norm vollzieht mithin der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Verknüpfung der Tatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urteil als verknüpft ausspricht*». (Die Kursivierung von mir.) Natürlich darf man diesen hervorragenden Gelehrten nicht Glauben an Zauberei zutrauen. Doch kann es einem nicht verübelt werden, wenn man den Unterschied zwischen dem, woran sie tatsächlich glauben, und der Zauberei haarfein findet.

[1] Siehe z. B. S. 60 ff. u. 74 ff.

[2] S. 223.

Wenn solche Früchte auf dem dürren Baume der nüchternen neuzeitlichen Rechtswissenschaft wachsen, muss man dann nicht vermuten, dass man noch herrlichere vom grünen Baume der römischen Rechtsauffassung wird pflücken können?

Wir haben in der Einleitung nachweisen wollen, dass die einer späteren Zeit angehörigen Versuche, das subjektive Recht im positiv rechtlichen Sinne auf eine vermeinte natürliche Wirklichkeit, die Staatsmacht, zurückzuführen, mit dem wirklichen Sinne, den der fragliche Begriff bei seiner Anwendung in der Juridik erhält, in Widerspruch geraten. Dies trifft erstens dann ein, wenn man das Recht auf die Staatsmacht als dem einzelnen einen zwangsmässigen Eingriff zu seinen Gunsten unter bestimmten Umständen garantierend bezieht. Das Recht hat das Gut zum Inhalte, dessen Abwesenheit den Staatseingriff veranlassen soll. Also garantiert der Staat nicht, dass der Berechtigte gerade das, *worauf* er Recht hat, erhält. Ausserdem ist der Bestand des Rechtes nicht von der Beweismöglichkeit abhängig, aber der garantierte Zwangseingriff hängt entschieden von dieser ab. Wenn man das Recht mit zugunsten eines einzelnen erlassenen Staatsimperativen erklärt und dabei den Zwangseingriff unter Voraussetzung des Wunsches des durch die Imperative Begünstigten als durch die mangelhafte Befolgung letzterer bedingt auffasst, übersieht man, dass das Bestehen des Rechts völlig unabhängig davon ist, ob die Gegenpartei von den dasselbe konstituierenden Imperativen Kenntnis erlangt hat oder nicht. Aber wenn ein Imperativ nicht zur Kenntnis der Person, an die er gerichtet ist, gelangt, so ist das Gebot hinsichtlich dieser eine Nullität. Wenn die Staatsgewalt bei Bestimmung des Rechtsbegriffes zum Ausgangspunkte gemacht wird, muss man sich notwendig vorstellen, dass diese durch die Rechtsregeln gewisse Machtsphären *autorisiert*. Derjenige, welcher eine gewisse Machtsphäre autorisiert erhält, gewinnt so eine Macht, die unabhängig von den faktischen Machtverhältnissen besteht. Deshalb müssen die fraglichen Theorien immer zwischen zwei Anschauungsweisen schweben: nämlich einerseits der Auffassung, dass die Staatsgewalt in bezug auf die Rechtsregeln einen natürlich fungierenden Willen darstellt, der Vorteile garantiert

oder befiehlt und durch Zwang seine Gebote aufrechterhält, und andererseits der Vorstellung, dass diese Gewalt durch Autorisation mystische Kräfte in den einzelnen erzeugt. Wir haben aber auch nachgewiesen, dass die 'Staatsmacht' selbst, mag man sie nun als die faktisch die höchste Macht in einem Territorium innehabenden Personen oder als eine an ein gewisses Gebiet geknüpfte Einheit aller Willen oder als die durch die Kraft der Rechtsregeln organisierte Menge fassen, als die fragliche Funktion ausübend nur eine wirklichkeitsfremde Konstruktion ist.

Hier ist hinzuzufügen, dass die Idee des Staatswillens als der Grundlage des Rechts in ihrer Infizierung durch wirklichkeitsfremde oder rein mystische Vorstellungen ein zeitgeschichtliches Produkt der alten abergläubischen Idee vom Herrscher als durch göttliche Kräfte — »von Gottes Gnaden» — herrschend ist, mit welcher Annahme folgt, dass er durch seinen Willen das Recht als eine Ordnung für mystische Kräfte im Verhältnisse der Menschen zueinander konstituieren zu können scheint. Von der einzelnen Herrscherpersönlichkeit wurde unter dem Einfluss individualistischer naturrechtlicher Ideen die göttliche Herrscherkraft auf das souveräne Volk übertragen, wobei man, wie es bei abergläubischen Vorstellungen zu geschehen pflegt, nicht bedachte, dass die Idee damit jede natürliche, verständliche Grundlage verlor. Jetzt wurde das Volk selbst als über die positiven Rechte verfügend betrachtet. Durch den Einfluss der historischen Schule mit ihrer Idee des Volksgeistes — der kontinuierlichen Volkseinheit, deren Zwecke über die zufälligen Wünsche des Volkes zu einer gewissen Zeit erhaben sind, — entstand hierauf der Gedanke des Staates als einer Willenseinheit, einer Einheit, welche durch die im Wechsel der Generationen identisch bleibenden Zwecke konstituiert wird. Auf diese Einheit, deren 'Organe' die faktischen Machthaber sein sollen, hat man endlich in neuerer Zeit die Vorstellung der das Recht normierenden Herrscherpersönlichkeit übertragen. Wenn man zugleich in Betracht zieht, dass nur durch die psychische Wirkung der Rechtsregeln auf die einzelnen das Volk organisiert wird und also nur so eine wirkliche staatliche *Macht* existiert, wird die Herrschermacht auch in

die Rechtsregeln selbst verlegt. Man spricht vom *Rechte* selbst als gebietend, garantierend, ermächtigend u. dgl.

Diese durch zeitgeschichtliche Umstände bestimmte Auffassung des Rechtes, durch die man vergeblich der Mystik im Begriffe des subjektiven Rechts entrinnen und letzteres auf eine natürliche Wirklichkeit zurückführen will, hat höchst bedenkliche Folgen in rechtsgeschichtlicher Hinsicht gehabt. Man glaubt, die faktische Natur des Rechtes überhaupt so bestimmen zu können, obgleich man selbst in mystischen und wirklichkeitsfremden Vorstellungen befangen ist. Man spricht von den subjektiven Rechten, als ob diese auch in vergangenen Zeiten und bei Völkern mit anderen geschichtlichen Voraussetzungen notwendig den Charakter hätten, den man selbst denselben zuerteilt. Man glaubt, die zu denselben gehörige Realität selbst gefasst zu haben. Dann muss man natürlich überall, wo es eine Rechtsordnung gibt oder gegeben hat, die über subjektive Rechte bestimmt, solche Rechte mit dem vorausgesetzten Charakter wiederfinden. Dies führt indessen nur zu einer Übertragung der durch besondere Zeitumstände bedingten *eigenen* Mystik auf die Mystik vergangener Zeiten. So wird die Rechtsgeschichte als eine Geschichte der Rechtsideen von Grund aus verfälscht.

Zuletzt soll hier aus neuester Zeit ein Beispiel für eine auf solchen Gründen beruhende, unerhörte Verdrehung des römischen Obligationsbegriffes angeführt werden, nämlich Betti, Il concetto della obligazione construito dal punto di vista dell' azione (1920). Der hochgelehrte Verf. will den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen und der modernen Obligation angeben. Zu diesem Zwecke bedient er sich eines von ihm konstruierten allgemeinen Begriffes des Rechts im subjektiven Sinne, besonders des Obligationsbegriffes. Die durchgehenden Irrtümer, die meiner Meinung nach vorliegen, beruhen keineswegs auf dem Verf. persönlich, sondern ausschliesslich auf der von ihm angewandten rechtsgeschichtlichen Methode der neuzeitlichen Romanistik. Das Bestechende dieser Methode liegt in dem Glauben, der eigenen Erklärung des Rechtes im subjektiven Sinne entspreche eine *Tatsache* — die Grundlage sei das *positive*, nicht das natürliche ideale Recht — sowie in der selbstverständlichen Annahme, bei anderen Völkern und in anderen Zeiten, inso-

weit sie ein positives Recht gehabt haben, müssten auch Rechte im subjektiven Sinne als *faktische* Realitäten vorhanden gewesen sein.

Ich werde zuerst nachweisen, dass BETTI, trotz seines Glaubens, dass er wissenschaftliche Begriffe erörtere und nicht nur einen Beitrag zur neuzeitlichen Geschichte des Aberglaubens liefere, doch durchgehend echte qualitates occultæ abhandelt, welche teilweise auf den Willen des 'Staates' oder des 'Rechtes' zurückgeführt werden.

Es heisst[1]: »La norma di diritto privato non crea rapporti giuridici ex nihilo, ma solo riconosce come legittima, entro certi limiti da essa fissati, la volontà (attività) individuale diretta a soddisfare un particolare interesse privato. Mediante tale riconoscimento la norma, in quanto *disposizione* di effetti giuridici, crea qualcosa che prima non era. Crea cioè, obiettivamente, una garanzia o sicurezza dell' aspettativa, una tutela giuridica dell' interesse; subiettivamente, un *potere giuridico* di quella volontà (attività) individuale che è portatrice di essa aspettativa: potere del privato come tale, uti singulus. — Tale potere giuridico individuale può essere caratterizzato come quella forza che alla volontà del privato, intesa a soddisfare un suo particolare interesse, proviene dalla *identificazione* con la volontà dello Stato dichiarata in una norma di diritto obiettivo.» Also: das objektive Recht schafft Sicherheit für die Realisation eines individuellen Interesses durch Anerkennung desselben. Das Interesse wird unmittelbar vorher[2] als 'l'*aspettativa* di un determinato bene della vita' definiert. Nach BETTI bestehen also unabhängig vom Rechte bei dem einzelnen gewisse Erwartungen, bestimmte Güter zu erhalten. An diese Erwartungen soll das objektive Recht eine rechtliche Kraft anknüpfen, mit welcher das subjektive Recht entstehe und durch welche die schon vorhandenen Erwartungen innerhalb bestimmter Grenzen gesichert würden. Aber wenn man von der Kraft der Rechtsregeln abstrahiert, scheint es, als ob jede Erwartung betreffs der Güter des Lebens im Zusammenleben mit anderen Menschen, die denselben Gütern nachstreben, ziemlich vag sein müsse, wenn man nicht selbst grosse natürliche Kräfte besitzt oder über starke Helfershelfer verfügt. Aber es kann wohl nicht die Meinung BETTI's sein, dass das Recht nur die Erwartungen der Stärksten

[1] S. 8—9. [2] S. 7.

sichert! Es ist unmöglich, dass die wirklich bedeutungsvolle Erwartung der fraglichen Art anders entsteht als durch allgemein aufrechterhaltene Zwangsregeln, die die Willkür im Zaume halten. Hier haben wir die *erste* mystische Kraft, die BETTI in seiner Erörterung des subjektiven Rechts proklamiert: ein Interesse im Sinne einer Erwartung bestimmter Güter, das unabhängig vom Rechte selbst besteht und durch das Recht nur gesichert wird.

Auf welche Weise sichert nun das objektive Recht diese mystische, vom Rechte selbst unabhängige Erwartung? Ja, man erhält ein 'potere giuridico', das durch die Identität zwischen dem Willen des Staates und dem eigenen hinsichtlich des erwarteten Gutes konstituiert wird; dieses potere wird an die schon vorhandene Erwartung angeknüpft, ist aber nicht mit ihr identisch. Darüber heisst es[1]: »Esso si può definire: la particolare *posizione* (di preminenza, ovvero di libertà) che una volontà di legge — come concreta volontà che dà norma a un determinato rapporto giuridico — constituisce a un singolo privato *di fronte* ad altri privati rispetto al bene ch'è oggetto della sua aspettativa: e ciò in quanto l'attuazione della garanzia statuale dell' aspettativa è riposta dalla lege nella volontà di esso privato. In corrispondenza con tale posizione di preminenza o di libertà sta una condizione di soggezione o, rispettivamente, di esclusione, che la volontà statuale costituisce — di fronte al titolare — a quegli altri privati in confronto dei quali il titolare si attende il realizzarsi dell' aspettativa stessa». Ferner[2]: »A creare e concretare la posizione di preminenza o di libertà, in cui consiste il potere giuridico individuale, e la correlativa condizione di soggezione o di esclusione, l'ordinamento giuridico può provvedere in vario modo. Può provvedervi creando in capo al soggetto attivo del rapporto una pretesa giuridica di realizzazione e imponendo al soggetto passivo un obbligo correlativo con una responsabilità pel caso d'inadempimento (come, in massima, nel diritto di obbligazione romano-classico e moderno)». (Da hier besonders BETTI's Darstellung des obligatorischen Rechts interessiert, lassen wir seine Erörterung, wie ein dingliches Recht durch das objektive Recht konstituiert wird, beiseite.) Nun ist zu bemerken, dass 'la pretesa giuridica' — 'il potere giuridico'

[1] S. 11—13. [2] S. 18—19.

in dem obligatorischen Rechte — im Verhältnisse zum Aktionsrechte das Primäre ist, im materiellen objektiven Rechte als individualisiert ihr Dasein habend, während das Aktionsrecht sekundär ist, durch ein ergänzendes prozessuales objektives Recht konstituiert. Erstere ist die *Substanz*, deren *Funktion* letzteres ist. »Il potere giuridico insito nel diritto subiettivo sta al diritto d'azione come un potere *primario* (cioè di primo grado) a un potere *secondario* (cioè di secondo grado).»[1] »Con termine matematico si potrebbe dire che essa è un diritto in *funzione* della situazione giuridica sostanziale, che ne costituisce la ragione.»[2] Man fragt hier, was 'la pretesa giuridica', die unabhängig vom Aktionsrechte bestehen und letzteres selbst produzieren soll, eigentlich ist. Der Gläubiger sollte eine gewisse Handlung des Schuldners *fordern* können, auch wenn letzterer wüsste, dass der Gläubiger gar *keine* Fähigkeit hätte, Zwangsexekution zu veranlassen. Ist es die imponierende Gestalt des Gläubigers, die einer solchen Forderung Kraft verleihen könnte? Eine höchst mystische Sache! Noch mystischer wird sie, wenn man bedenkt, dass die fragliche 'pretesa' in der Weise existieren soll, dass der Staatswille oder der Wille des objektiven Rechts in der Person des Gläubigers individualisiert sein soll! Ebenso mystisch erscheint die Sache, wenn wir die korrespondierende Gebundenheit des *passiven* Subjektes beim obligatorischen Rechte untersuchen. Dahin gehört erstens ein 'obbligo', der das Korrelat zur 'pretesa' des aktiven Subjektes ist. Die Konsequenz fordert ja unbedingt, dass die fragliche *juridische*, nicht moralische Verpflichtung unabhängig vom Aktionsrechte besteht. Aber wie kann das passive Subjekt sich juridisch gebunden fühlen, wenn es keinen Zwang zu fürchten hat? Wenn man hier wie Betti auf individualisierte Staatsimperative

[1] S. 26.

[2] S. 45. Vgl. die Definition des Aktionsrechtes S. 47—48, weiter S. 55. Besonders deutlich zeigt sich die Auffassung des subjektiven Rechtes als einer primären, vom Staatswillen konstituierten Kraft, welche der Fähigkeit zur Aktion zugrunde liegt, S. 61: »Il fondamento giuridico della realizzabilità forzata del diritto sostanziale dedotto in giudizio non è la sentenza di condanna. Esso è per contro la norma giuridica sostanziale che in quel diritto si è concretata, la concreta volontà di legge da cui ha avuto vita il diritto subiettivo stesso posto in causa, in quanto potere giuridico primario.»

hinweist, gerät man aus dem Regen in die Traufe. Denn eine natürliche Wirklichkeit können diese Imperative nicht haben, weil sie vorhanden sein würden, unabhängig davon, ob der Schuldner, hinsichtlich dessen sie individualisiert sein sollen, von ihrem Dasein das Mindeste weiss. Mystische von dem Staats- oder Rechtswillen geschaffene Qualitäten bei dem Schuldner werden der Aktion zugrunde gelegt. Dahin gehört nun auch die 'responsibilità', die unmittelbar mit dem 'obbligo' des Schuldners verbunden ist. Sie liegt der Unterwerfung desselben unter Aktion zugrunde. Aber sie gehört selbst nicht zum sekundären prozessualen Rechte, sondern zum primären materiellen. Sie *bedeutet* deshalb durchaus nicht, dass der Schuldner unter gewissen Bedingungen der Aktion unterworfen wird. Da es nun aber andererseits unmöglich ist, die 'responsibilità' auf eine andere Tatsache als die erwähnte Unterwerfung zurückzuführen, löst sie sich als *Grund* derselben in eine blosse mystische Qualität auf. — Einen besonders bemerkenswerten Platz in dieser Reihe mystischer Qualitäten nimmt das *aktive* Korrelat zur 'responsabilità' ein. Letztere soll nur eine andere Seite der bei dem aktiven Subjekte vorhandenen »aspettativa eventuale e sussidiaria *di realizzazione forzata* (= soddisfazione), la quale prescinde dalla volontà del soggetto passivo del rapporto giuridico»[1] sein. Also liegt diese Erwartung einer zwangsweisen Befriedigung, wenn der Schuldner nicht freiwillig prästiert, dem Aktionsrechte als dessen Substanz zugrunde. Nun ist ja die fragliche Erwartung des Gläubigers eine *Folge* der Tatsache, dass er bei nicht freiwilliger Erfüllung des Schuldners gegen ihn Zwangsexekution zustandebringen kann. Dann kann unmöglich die Entstehung des Aktionsrechts selbst eine Folge der Erwartung des Gläubigers sein. — Endlich ist zu erwähnen, dass nach BETTI zum Wesen der Obligation auch 'il debito': 'il dovere giuridico de eseguire una determinata prestazione avente un valore economico'[2] gehört. 'Il dovere giuridico' sei immer ein Imperativ, vom Rechte geschaffen oder wenigstens anerkannt.[3] Das entsprechende Recht des Gläubigers ist die 'aspettativa di prestazione', die daher denselben Umfang wie das 'dovere di presta-

[1] S. 71, vgl. S. 116. [2] S. 126.
[3] S. 123 u. 125.

zione' hat.[1] Indessen bedeutet nicht jede Erwartung einer Prästation, die einem debitum entspricht, auch das Vorhandensein eines *Anspruchs* und Erwartung einer Befriedigung bei Nicht-Prästation, ebenso wie nicht jedes debitum Verantwortlichkeit für Nicht-Prästation einschliesst. Es kann eine naturalis obligatio vorliegen.[2] Aber bei der normalen Obligation ist mit der fraglichen Erwartung einer Prästation bezw. dem Sollen der Prästation eine Erwartung von Befriedigung bei Nicht-Prästation bezw. Verantwortlichkeit im selben Falle verbunden. Sobald die Erwartung von Befriedigung bei Nicht-Prästation bezw. die Verantwortlichkeit aktuell und daher exequibel wird, entsteht der Anspruch, dem 'obbligo di prestazione' entspricht.[3] Hier tritt nun zu den zahlreichen mystischen Qualitäten beim obligatorischen Rechte noch eine weitere, nämlich das *debitum*, das sich in jeder Obligation finden soll, ohne dass deshalb mit dem debitum notwendig ein Forderungsrecht vorhanden ist. Dies debitum soll ein Staatsimperativ sein. Da der Schuldner durch diesen Imperativ in keiner Weise gedrückt zu werden, ja, von demselben niemals Kenntnis zu erlangen braucht, ist hier in der Welt der Tatsachen keine entsprechende Wirklichkeit vorhanden. Die ganze Annahme ist eine übersinnliche Konstruktion.

Wie Betti auf der Grundlage dieser dem obligatorischen Rechte als solchem angeblich angehörenden Bestimmungen den Unterschied zwischen römischem und modernem Rechte darstellt, kann beiseite gelassen werden. Denn das System der geheimnisvollen Qualitäten, die zum obligatorischen Rechte als solchem gehören sollen, ist allerdings grandios, aber es entspricht mehr dem juridischen Aberglauben des 19. und 20. Jahrhunderts als dem des *römischen* juridischen Denkens.

Erstens ist die Quelle, auf welche die betreffenden mystischen Kräfte oder Bande in der modernen und römischen Vorstellungsweise zurückgeführt werden, ganz ungleichartig. Wenn Betti und andere moderne Rechtsgelehrte vom 'Willen des Rechtes' sprechen, meinen sie etwas ganz anderes als die römischen Juristen, wenn diese vom Gesetze als befehlend oder verbietend reden. Erstere denken

[1] S. 134—135. [2] S. 135.
[3] S. 136 vgl. mit S. 129.

nämlich an den Willen der *staatlichen Herrschermacht* als den vermeinten Träger der Regeln, auf deren allgemeiner Realisation die soziale Organisation ruht. Letztere aber meinen die *Worte* des Gesetzes als rechtliche Kraft besitzend, von dem Gesichtspunkte betrachtet, dass sie durch Imperative vom Type: so sei das Recht! auch eine entsprechende Ordnung für mystische Kräfte und Bande schaffen. Für die römische Vorstellungswelt gibt es keine staatliche Herrschermacht, die das Recht als Recht durch ihren Willen trüge. Als Herrschermacht gegenüber den einzelnen tritt der Staat nur als magistratische Macht hervor. Alle Vorschriften des Staates, denen eine wirkliche Verpflichtung der Untertanen korrespondiert, sind polizeilicher Natur, wie sie auch prinzipiell nur durch magistratische multatio oder animadversio effektiv gemacht werden. Auch diese Vorschriften bezw. Pflichten werden durch die imperativischen Worte des Gesetzes konstituiert. Sie fallen aber hinsichtlich ihres Inhaltes nicht in das Gebiet des Rechtes, das nur eine durch die Worte des Gesetzes geschaffene Ordnung für mystische Kräfte und korrespondierende objektive Bande bezw. Kraftlosigkeit umfasst. Nur formell gehören sie zum Rechte, nämlich so, dass sie durch die *innere, mystische* Kraft der Gesetzgebung Kraft erhalten = ius ratumque werden. Dies alles schliesst nicht aus, dass das Gesetz selbst, um gültig zu sein, eine von einem gewissen Beamten vor dem populus iure rogata lex sein muss, wie es durch eine neue rogatio aufgehoben werden kann. *Deshalb* ist keineswegs das Gesetz ein Inhalt des Staatswillens. Man darf sich nur nicht dadurch irreführen lassen, dass die klassischen Juristen unter dem Einfluss der griechischen Philosophie das ganze Recht auf das aequum et bonum zurückführten und die Gültigkeit des Gesetzgebungsaktes naturrechtlich durch einen Konsensualvertrag zwischen den Volksgenossen erklärten.[1] Es ist undenkbar, dass sie hierbei nicht zwischen dem *naturrechtlichen Gesichtspunkte* für die Betrachtung des ius civile und *der in diesem Rechte selbst hervortretenden Auffassung* von seinem eigenen Charakter und Gültigkeitsgrunde unterschieden und von *letzterem* Gesichtspunkte aus nicht jede Vermischung des aequum et bonum und des ius sowie jede Zurückführung der Gültigkeit des ius civile auf das Naturrecht

[1] Oben S. 290 f. A. u. 540.

— selbst kein wirkliches ius vor dem ius civile! — aufs schärfste abgelehnt hätten! *Nichts* anderes konnte von diesem Gesichtspunkte aus *prinzipiell* als Grund der rechtlichen Kraft der Worte des Gesetzes angeführt werden als dies, dass die fraglichen Worte vom Volke unter gültigen Auspizien zur Erlangung rechtlicher Kraft bestimmt worden waren: dies auch, wenn zur klassischen Zeit der Senat, als Vertreter des Volkes, wie der Kaiser, auf Grund einer lex de imperio, gültige Gesetze geben konnte.

Zweitens ist die ganze Reihe mystischer Kräfte und korrespondierender Bande, die nach BETTI zum Begriffe des obligatorischen Rechtes gehören sollen, der Vorstellungswelt der Römer völlig fremd. Es ist reine Phantasie, dass diese, sei es in das dingliche, sei es in das obligatorische Recht, eine gewisse Erwartung ('aspettativa') hineingedacht hätten. Deshalb ist ihnen auch die 'responsabilità' als einer gewissen Erwartung des Gläubigers beim Schuldner korrespondierend fremd. Auch für die Idee eines zum obligatorischen Rechte gehörenden Anspruchs ('pretesa') können keine Belege aus der römischen juridischen Literatur gegeben werden. Was endlich den Begriff einer durch einen Staatsimperativ konstituierten Verpflichtung als zum obligatorischen Rechte gehörig betrifft, haben wir bewiesen, dass diese ganze Annahme auf einer irrtümlichen Auffassung der Bedeutung der Worte oportet und debere in schuldrechtlichen Verhältnissen beruht. Obgleich die naturalis obligatio nichts anderes als ein blosses moralisches Sollen, wenn auch mit rechtlichen Wirkungen, ist, hat doch das Wort debere hier nur die Bedeutung, dass damit das Vorhandensein eines nach dem ius naturæ geltenden Schuldbandes, das dem zivilen Schuldbande analog ist, bezeichnet werden soll.

So ist denn das ganze Buch BETTI's sowohl als ein Beitrag zur Kenntnis der Tatsachen, die bei einem sog. obligatorischen Rechte vorliegen, wie als ein Beitrag zur Geschichte des römischen juridischen Aberglaubens ohne Wahrheitsgehalt. Seine wissenschaftliche Bedeutung besteht nur darin, dass es künftigen Forschungen über den juridischen Aberglauben der Gegenwart Quellenmaterial bietet.

Zusätze.

1. Zu S. 54, Z. 5 v. o. nach den Worten 'de V.: 41, 331'. BIONDI, Le actiones noxales nel diritto romano classico (1925), S. 279—330 vertritt eine ähnliche Meinung wie de V. betreffs des Sinnes der noxæ deditio, aber er wird von LENEL, Sav. Z. 47 (1927), S. 12 ff. mit Argumenten, die in gewissen Beziehungen den hier S. 48 A.[1] dargestellten analog sind, widerlegt. (Dieser Teil meiner Schrift war ein Jahr vor dem Erscheinen des fraglichen Heftes der Sav. Z. gedruckt.) Als neues Argument bei LENEL ist die Tatsache zu erwähnen, dass Gaius I. 1, 140 u. 141 und 4, 79 als die Art des noxæ dedere bei Hauskindern das *mancipio dare* voraussetzt.

2. Zu S. 60 Z. 2 v. o. nach den Worten 'Sklave einnimmt'. LENEL, Sav. Z. 47 (1927), S. 16 betrachtet von den fünf hier erörterten Digestastellen zwei als interpoliert. Indessen ist LENEL's Standpunkt betreffs der Gebundenheit des b. f. possessor durch actio noxalis mit einer Unklarheit behaftet, da er auch in dem fraglichen Aufsatze seine Theorie bezüglich der interrogatio in iure, insoweit sie die potestas betrifft, festzuhalten scheint. Wenn wirklich bei der Belangung einer Person wegen der Tat eines Sklaven in iure nach der blossen possessio gefragt wurde, so setzt dies ja voraus, dass der blosse possessor für die inkriminierte Tat des Sklaven irgendwie auch nach Zivilrecht haftet. Denn dass die fragliche interrogatio zu den Vorverhandlungen aus Anlass einer beabsichtigten *actio noxalis*, sei es einer zivilrechtlichen, sei es einer prätorischen, gehört, dürfte nicht bestritten werden können. Da nun auch LENEL seine Verwendung des Paulus D. 9, 4, 22, 1 im Ed.[2], S. 158[3], als ob diese Stelle echt wäre, nicht für unrichtig erklärt hat, so ist die Konsequenz, dass der Eigenbesitzer als solcher *actione noxali tenetur*. Damit aber ist es LENEL unmöglich, BIONDI's Theorie über das noxæ dedere als nicht Eigentumsübertragung einschliessend wirklich zu widerlegen. Denn diese Theorie hat ihren wesentlichen Stützpunkt in der angeblichen Tatsache, dass zur klassischen Zeit der Eigenbesitzer, keineswegs der dominus, actione noxali tenetur. Da ersterer als solcher gar nicht Eigentum übertragen kann, kann das noxæ dedere nicht Eigentumsübertragung bedeuten.

3. Zu S. 64, Z. 11 v. u. nach den Worten 'Kondemnationsarten an'. LENEL a. a. O., S. 24, bestreitet nach Analyse von Ulp. D. 42, 1, 6, 1 die Behauptung von BIONDI, dass das noxæ dedere in der condemnatio nicht erwähnt wurde.

Diese Frage scheint ziemlich unwichtig zu sein. Das Wichtige ist die Entscheidung, ob das noxæ dedere, in der condemnatio erwähnt oder nicht, nur als eine mögliche Lösungsart, nicht als eine Alternative in der *Judikatsobligation* — in diesem iudicatum facere *oportet* — zu fassen ist. In *dieser* Frage, die allein Gewicht hat, ist es unmöglich, die wirkliche Position LENEL's festzustellen. Jedenfalls gibt die angeführte Stelle den nötigen Beweis dafür, dass das noxæ dedere nicht zum *iudicatum* gehört, was facere *oportet* und was allein Bedeutung hat, nachdem die actio iudicati einmal eingeleitet ist.

4. Zu S. 68 A. fin. nach den Worten 'immer civilis'. BIONDI a. a. O., S. 170—201 stellt in völlig verfehlter Weise den Sinn der *unzweifelhaft* vorhandenen (auch durch Gaius I. zu belegenden) obligatio civilis des Noxal-Sklaven dar. Eine obligatio civilis des Sklaven im schuldrechtlichen Sinne, die durch ein *servum* dare oportet intendiert werden könnte, ist eine rechtliche Absurdität. Dass die *sachenrechtliche* obligatio des Sklaven auf Grund der Tat als Unterlage einer entsprechenden *schuldrechtlichen* obligatio des dominus wie des Sklaven selbst nach Freilassung dienen kann, ist dagegen im Hinblick auf die Fäden, die das dingliche Recht mit dem persönlichen verbinden, ein ganz natürlicher Gedanke.

5. Zu S. 114 A. 1 fin. nach den Worten 'Marc. D. 41, 2, 19 pr.'. SCHULZ, Einführung in das Studium der Digesten (1916), S. 78 erklärt für '*sicher unecht*' Iav. D. 41, 2, 21, 3: Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur. Er sagt: »A erhält von X eine dem B gehörige Sache zum precarium; damit hat A Prekaristenbesitz erworben. Nachträglich erfährt er den wahren Eigentümer B und mietet von diesem die Sache: damit verliert A den Besitz, denn er ist jetzt nur noch Detentor des B, und sagt unsere Stelle, der Besitz kehrt zu B zurück. Wiederum also eine allgemeine Zulassung des Konstituts, aber gerade der entscheidende Schlusspassus fällt offensichtlich aus der Konstruktion; der Nachsatz 'possessio — revertitur' passt nicht zu dem Vordersatz 'qui (= is qui) — rogavit, der vorhandene Nachsatz fordert am Anfang 'si quis' statt 'qui'.» Dies ist eine völlig verfehlte Auffassung der Stelle. Der Vordersatz ist gewiss nicht 'Qui — rogavit', welcher Satz nur das aus dem Si-Satze herausgestellte Subjekt bestimmt. Der Vordersatz ist allein der Si-Satz, zu welchem der Nachsatz ausgezeichnet passt. (Die Konstruktion ist dieselbe wie die: si is qui — rogavit — a domino conduxit, possessio — revertitur, deren Möglichkeit nicht bezweifelt werden kann.) Die Worte: 'also eine allgemeine Zulassung des Konstituts' sind ebenso unrichtig. Hier handelt es sich ja nur um eine Konstituierung des Besitzes desjenigen, der schon vorher *dominus* ist. (Die Zusammenstellung dieser Stelle mit Up. D. 6, 1, 77 bei SCHULZ, S. 79 verwirrt die ganze Situation.) Die Möglichkeit, Besitz für den dominus durch Miete von ihm zu konstituieren, ist das natürliche Komplement zu der auf ein breites, unzweifelhaft echtes Quellenmaterial zu stützenden Fähigkeit des nicht besitzenden dominus, auf eine andere nur naturaliter possidierende oder wirklich

possidierende Person *wirklichen* oder *neuen* wirklichen Besitz zu übertragen. (Siehe oben S. 127 ff.)

6. Zu S. 291 A. fin. nach den Worten 'lebte oder nicht'. BIONDI a. a. O., S. 1—41 hat nachzuweisen versucht, dass die actio de pauperie nicht zur klassischen Zeit, sondern erst von Iustinianus als eine actio noxalis behandelt worden ist. Wie HAYMANN meint BIONDI, dass die Idee eines Tierdeliktes den Römern fremd sei. Aber er geht weiter, indem er völlig konsequent daraus schliesst, dass die fragliche Aktion ursprünglich nicht noxal gewesen sein kann. Die Worte noxa und noxia haben nämlich unzweifelhaft deliktische Bedeutung. Die Tatsachen sprechen indessen unverkennbar gegen B. 1. Die Formel Ulp. D. 9, 1, 1, 11: quamobrem . . . aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere, die *nur* für die actio de pauperie passt, würde von Iustinianus komponiert sein!! 2. Gaius aus Aut., der ja nur eine Epitome der Gaiischen Institutionen gibt, sagt § 81 betreffs dieser Aktion dasselbe, was in der Formel enthalten ist: tenetur dominus, ut aut damnum sustineat aut in noxam t⟨radat⟩ animal. 3. In den Varronischen Verkaufsformularen kommen oft die Worte noxisque ⟨solutos⟩ praestari vor. Über die philologisch unmögliche Umdeutung dieser Worte bei B. siehe HELDRICH, Sav. Z. 46 (1926), S. 425. 4. I. I. 4, 9 pr. Animalium nomine . . . noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est, quae animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est. Lässt sich ein Grund denken, weshalb TRIBONIANUS, weil er die fragliche actio noxalis einführen wollte, deshalb die XII Taf. *falsch* zitiert haben sollte? Vgl. im übrigen HELDRICH a. a. O., S. 424 f. und LENEL a. a. O., S. 2 ff. (Indessen macht LENEL seinen eigenen Standpunkt unhaltbar, indem er mit B. für sicher erklärt, dass das Tier für den Römer der klassischen Zeit nicht deliktsfähig war: S. 2. und 8 oben. Wenn dies bedeuten soll, dass die Römer der fraglichen Zeit die Deliktsfähigkeit des Tieres *nach geltendem römischen Zivilrechte* verneinten, so wäre es auch unmöglich gewesen, dass man sogar in der *juridischen* Sprache von einer vom Tiere begangenen *noxia* und einem in *noxam* dare oportet sprechen konnte, was doch nach LENEL selbst möglich gewesen sein soll. Was die römischen Juristen von einem über die Betrachtungsweise des römischen Zivilrechts erhabenen Standpunkte als *Philosophen* über die Deliktsfähigkeit des Tieres dachten, ist in diesem Zusammenhange *völlig gleichgültig*.)

7. Zu S. 343 Z. 20 v. u. nach' poterit'. Siehe auch Paulus D. 12, 6, 65, 9.

8. Zu S. 584 Z. 4 v. u. im Texte nach den Worten 'die Götter zu beeinflussen'. Wie absurd die fragliche Auslegung hinsichtlich älterer Zeiten ist, geht daraus hervor, dass der altertümlichste römische cippus sakros esed = *erit* statt sacer *esto* hat. Ursprünglich ist also in diesem Falle das Futurum statt des Imperatives möglich gewesen, womit ja folgt, dass keine wirkliche Vorschrift vorliegen kann. Die Verwendung des Futurum muss bedeuten, dass man voraussetzt, das *Aussprechen* des künftigen Rechts *erzeuge* dasselbe.

Berichtigungen.

S. 53 A. Z. 15 f. v. u. steht: 'Die gegen ein foedus geraubten bona . . .', lies: 'Die bona der auctores des unrechtmässigen Krieges . . .' u. Z. 7: 'Cic. pro Caec. 34, 90', lies: 'Cic. pro Caec. 34, 98'.

S. 54 A. 1 Z. 18 v. o. steht: 'Über die Konsumtion alles Rechts des wirklichen dominus', lies: 'Über die Konsumtion alles Rechts des Klägers'.

S. 69 A. 2 Z. 12 v. u. steht 'ein pactum iure praetorio', lies: 'ein pactum. Hierüber später'.

S. 71 A. 2 Z. 12 v. u. steht: 'Im allgemeinen gilt der Satz: iuste possidet, qui auctore praetore possidet Paulus D. 41, 2, 11 oder: qui auctore [iudice]', lies: 'Im allgemeinen gilt der Satz: qui auctore [iudice]'.

S. 72 A. Z. 15 f. v. o. steht: 'die possessio des Verschiedenen fortsetzend', lies: 'das Usukapierungsrecht des Verschiedenen übernehmend'.

S. 92 A. Z. 13 f. v. o. steht: 'Hier fehlt dem Prokurator das Empfangsmandat. Darum ist Ratihabition nötig', lies: 'Weshalb hier Ratihabition nötig ist, siehe unten S. 330 A.'.

S. 104 A. Z. 10 v. u. steht: 'Sokolowski's Versuch, Die Phil. im röm. Rechte', lies: 'Sokolowski's Versuch, Die Phil. im Privatrecht'.

S. 112 A. Z. 15 f. v. u. steht: 'mancipaverit', lies: 'mancipavit'.

S. 120 A. Z. 13 v. u. steht: 'Ulp. D. 4, 12', lies: 'Ulp. D. 4, 2, 1'.

S. 130 A. Z. 10—13 v. o. findet sich ein parenthetisches Einschiebsel. Dies soll wegfallen.

S. 132 A. Z. 1 v. u. steht: '(44, 26) 6^3)', lies: '(43, 26) 6^3)'.

S. 141 A. 1 (am Anfang) steht: 'Einerseits ist zu beachten *Cicero* pro Caecina 39, 94', lies: 'Einerseits ist zu beachten *Cicero* pro Caecina 32, 94'.

S. 149 A. Z. 2 v. u. steht: 'Ulp. D. 45, 2, 48, 5', lies: 'Ulp. D. 47, 2, 48, 5'.

S. 189 Z. 4 v. u. steht: 'D. 41, 3, 43, 6', lies: 'D. 41, 2, 8'.

S. 210 A. Z. 1 v. o. steht: '10, 3, 7', lies: '10, 3, 7, 4'.

S. 318 A. 1 Z. 15 f. v. u. steht: 'deshalb — wenn wir von Urteilen betreffs publica crimina absehen — ein reus', lies: 'deshalb ein reus'.

S. 319 A. Z. 5 f. v. u. sollen die Worte: 'was in sich schliesst, dass das bestimmende Gesetz denselben hohen Rang hat wie der Prototyp echtrömischer Gesetze: die XII Taf.' wegfallen.

S. 319 A. Z. 15 v. u. ist nach 'damnatus' einzuschieben: 'Weiteres hierüber später'.

S. 320 A. Z. 6 v. o. steht: 'Betty', lies: 'Betti'.

S. 333 A. Z. 13 v. u. steht: 'C. D. 2, 12, 10', lies: 'C. I. 2, 12, 10'.

S. 344 A. Z. 21 v. o. steht: 'das Erlangte bei der hereditatis petitio zurückerstatten muss', lies: 'keineswegs als creditor das Erlangte erworben hat'.

S. 354 A. Z. 15 v. o. steht: 'angestrengt werden kann, einen *sakralen* Rechts-

grund hat', lies: 'angestrengt werden kann, disziplinare Natur hat. Weiteres hierüber später.'

S. 398 A. 3 Z. 4 und 14 steht: 'BETTY', lies: 'BETTI'.

S. 511 A. Z. 11 v. o. steht: 'u. 2. 11, 3', lies: 'u. l. c. l. 11, 3'.

S. 543 Z. 2 v. u. steht: 'inst', lies 'praescr'.

Bezeichnungen für angeführte Zeitschriften oder Sammelwerke.

Sav. Z. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.

Ih. Jb. = Iherings Jahrbücher des bürgerlichen Rechts.

N. R. H. = Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger.

R. G. D. = Revue générale du droit.

Arch. giur. = Archivio giuridico.

B. D. I. R. = Bullettino dell'istituto di diritto Romano.

Riv. It. = Rivista Italiana per le scienze giurid.

V. I. R. = Vocabularium iurisprudentiæ Romanæ.

Thes. l. l. = Thesaurus linguæ latinæ.

Daremberg-Saglio = Daremberg-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines.

Pauly-Wissowa = Pauly's Realencyclopaedie der klassischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung herausgeg. von Wissowa seit 1894.

Heumann-Seckel = Heumann, Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. 9:e veränderte Aufl. besorgt von E. Seckel.

Forcellini = Forcellini, Lex. totius latinitatis.

Walde, Et. Lex. = Walde, Lat. etymologisches Wörterb.

Lenel, Ed.[2] = *Lenel*, Edictum perpetuum 2. Aufl.

Lenel, Pal. = Lenel, Palingenesia iuris romani.

INHALTSVERZEICHNIS.

Verzeichnis wichtigerer erörterter Materien, die nicht unmittelbar aus dem Inhaltsverzeichnis ersichtlich sind:

animo S. 272 ff. Der Animismus in der griechischen Philosophie S. 278 ff., im griechischen Volksglauben S. 279, bei den Römern: Beispiele: die legis actio damni infecti, die Tierschuld, das Verhältnis zwischen den Göttern und den Altären, Tempeln, Bildern etc. Kritik von HAYMANN S. 281 ff. Der bonitarische Eigentümer als *das ius besitzend* S. 297 ff. Die Konsumtion der Aktion des civiliter Berechtigten durch den bon. emptor und den bon. possessor S. 300 ff. Die Konsumtionsregeln für den Legisaktions- und den Formularprozess identisch. Der scheinbare Unterschied völlig aus der Natur des Formularprozesses zu erklären S. 305 ff. Die Erklärung der Doppeltheit der betreffenden exceptio. Kritik von BESELER S. 309 ff. Die Macht des Prätors über zivile Aktionen S. 317 ff. Die *absolute* Konsumtion durch den cognitor und die Konsumtion durch den procuratorio nomine Agierenden nach der Ratihabition des dominus im klassischen Rechte S. 323 ff. Der bonitarische Eigentümer hat allein das zivile Aktionsrecht S. 339 ff. Die Fähigkeit des bon. emptor und bon. possessor, für den civiliter Berechtigten Prästation zu empfangen S. 341 ff.

Die Rechtsfolge des Schuldgeständnisses, der Unterlassung des reus, vor dem Prätor zu antworten oder nötige Handlungen vorzunehmen: die Nexusstellung als Sklavenstellung des reus S. 340 ff. Das Zwangsnectere S. 369 ff. Über die Entstehung der Schuld durch an einen Nexumakt angeknüpfte Nunkupation S. 389 ff. Die sekundäre Macht des Gläubigers über die bona des Schuldners S. 400 ff. Die Veränderung durch die lex Poetelia S. 406. Die Nexusstellung mit der in mancipio und der in potestate verglichen S. 406 ff. Dem späteren bonitarischen Eigentum ging die rechtliche Gewalt über den nexus vorher S. 411 ff. Die ältere Einlösungsart einer Schuldforderung S. 419 ff. 'Iudicatus' als der in privatem Prozesse Verurteilte überhaupt S. 430 ff. Damnare (condemnare) als verurteilen hatte ursprünglich strafrechtliche Bedeutung S. 445 ff. Das damnare (condemnare) als Verurteilen wegen Crimina publica ursprünglich eine Weihung der anima des Verbrechers zugunsten der erzürnten Gottheit zwecks der Lösung der Gemeinde vom Götterzorne S. 464 ff. Vergleich mit der Sazertät (ohne Verurteilung) S. 469 f. Lösung vom Götterzorne durch Busse S. 471. Die damnatio auf Grund eines Privatdeliktes: Der einzelne Verletzte ursprünglich als Vertreter der verletzten Gottheit betrachtet. Deshalb wird der Verbrecher der persönlichen Gewalt des ersteren unterworfen, aber er kann sich durch ein damnum lösen. 1. Das furtum S. 471 ff. 2. Das damnum iniuria S. 485 f. Das Injuriendelikt als nicht eigentliches ziviles Delikt. Die Götter brauchen nicht Sühnung. Nur ein natürliches Racherecht die Grundlage der Rechtsfolge S. 486 ff. Die Konstruktion *damnare aliquem alicui X*

mil. sest. eine hybride Bildung aus der *alicui X mil. iudicatus* und der *dare damnas* im strafrechtlichen Sinne S. 496 f. Das Legat per damnationem als prinzipiell auf strafrechtlichem Grunde ruhend S. 499 ff. Die Litiskreszenz erklärt sich aus der Analogie der Verneinung in iure in gewissen Fällen mit einem furtum. Kritik von GIRARD S. 503 ff. Das iudicare als Pronuntiierung betreffs einer in der legis actio bezw. der litis cont. entstandenen Frage, die durch die Judikation praktisch entschieden wird, indem eine der Parteien durch die Pronuntiation Siegeskraft erhält S. 509 ff. Das oportet in den Formeln bedeutet nicht, dass die Obligation eine Verpflichtung enthält. Oportet auch in sachenrechtlichen Formeln S. 531 ff. Das oportet als Ausdruck für einen *gesetzlichen* Imperativ, der als solcher gar nicht ein Befehl der Staatsmacht ist, sondern nur ein imperativischer Satz, der durch die mystische Kraft des Volkes in der Gesetzgebung magisch Kraft erhält S. 540 ff. Das Recht, das durch das Gesetz erzeugt wird, eine Ordnung für die mystischen Kräfte der Bürger bezw. die eventuell mit einer inneren Unreinheit verbundene Kraftlosigkeit gewisser Handlungen S. 542 ff. Die Macht der lex über das fas S. 582 ff. Gewisse gesetzliche Imperative konstituieren allerdings wirkliche Pflichten, doch geben sie prinzipiell nur Polizeivorschriften. Die Strafe für die Übertretung wesentlich Disziplinarstrafe S. 586 ff. Kritik von HUVELIN und BETTI. Ersterer unterscheidet nicht zwischen *religiöser* und *juridischer* Magie. Letzterer gibt, ebenso wie die allgemeine Romanistik, eine falsche Darstellung des römischen juridischen Aberglaubens auf der Grundlage des modernen S. 599 ff.

Verzeichnis besonders erörterter Worte:

Angeführte Stellen:

I. Aus Inskriptionen oder Papyrussen.

u. *4, 3,* 30 f. (591); *mancipatio fid. causa* (395); *multæ sepulcr.* (nach BRUNS) 11; 12; 13; 31 u. 41 (500); *sent. Min.* 45 (450); *tab. Veleias,* praescr. 2; *7,* 34 f. (578); *test. Lingon. 1,* 20—24; *2,* 5 (500).

II. Aus dem Corpus iuris.

1. Codex Iust.

2, 12, 1 (337); *2, 12, 10* (333); *2, 17, 5* (568); *2, 30, 2* (551); *2, 56, 1* pr. u. 1 (337); *3, 31, 5* pr. (343); *4, 24, 3* (29); *4, 65,* 25 (113); *5, 37, 16* (120); *6, 2, 21* (58, 62, 209 u. 218); *6, 31, 4* (437); *7, 4, 2* (551); *7, 25, 1* (80); *7, 29, 2* (70); *7, 31, 1,* 3 (157, 160 u. 257); *7, 31, 1,* 4 (159); *7, 2, 1* (101); *7, 32, 3* (117); *7, 32, 4* (143 u. 173); *7, 32, 8* (116); *7, 32, 10* (216 u. 217); *7, 32, 12* (85 u. 167); *7, 33, 11* (158 u. 161); *7, 53, 9* (437); *7, 56, 1* (333); *7, 59* (437) 8, 27, 2; *8, 40, 28* pr. 1—2 (311); *8, 50, 2* (29).

2. Digesta.

1, 1, 1 pr. u. 1 (290); *1, 1, 4* u. *1, 1, 11* (564); *1, 1, 10,* 2 (290); *1, 2, 2,* 6 (302); *1, 2, 2,* 19; (578); *1, 3, 14* (187); *1, 5, 4,* 1 (564 u. 565); *1, 5, 25* (518, 520 u. 521); *1, 6, 10* (520); *1, 8, 1* pr. (31 u. 70); *2, 4, 4,* 3 (569); *2, 4, 21* (506); *2, 5, 1*; *2, 6, 3* u. 2, *8, 2* pr. (505); *2, 8, 2,* 5 (507); *2, 8, 5,* 1 (506); *2, 9, 1* pr. (50 u. 61); *2, 9, 2* pr. (63); *2, 9, 2,* 1 (50, 55, 57, 60, 61, 62, 69, 72 u. 73); *2, 10, 2* (49); *2, 12, 6* (438); *2, 14, 7,* 2 (395); *2, 14, 11,* 12 (333); *2, 14, 52,* 2 (29); *3, 2, 1* (416 u. 435); *3, 2, 5* (417); *3, 3, 27* pr. (333); *3, 3, 33,* 3 (327); *3, 3, 36* (54); *3, 3, 39,* 1 (327); *3, 3, 40,*2 (326, 328, 333, 510, 511 u. 518); *3, 3, 48* (324); *3, 3, 57,* 1 (324); *3, 3, 62* (324); *3, 3, 65* (337); *3, 3, 66* (316 u. 324); *3, 3, 72* (324); *3, 5, 5,* 14 (123 u. 336); *3, 5, 17* u. *18* pr. (123); *3, 5, 23* (92 u. 329); *3, 5, 37* (124); *3, 5, 40* (54); *3, 5, 44,* 2 (343); *3, 5, 48* (343); *4, 2, 1* (120); *4, 2, 9,* 6 (72); *4, 2, 14,* 2 u. *4, 2, 16,* 2 (158); *4, 3, 17,* 1 (158); *4, 4, 9,* 2 (475); *4, 6, 1,* 1 (263); *4, 6, 19* (192); *4, 6, 30* pr. (159); *4, 7, 10,* 1 (121); *4, 14, 3,* (188); *5, 1, 45,* 1 (438); *5, 1, 56* (324); *5, 1, 76* (240); *5, 2, 6,* 1 u. *5, 2, 17,* 1 (520); *5, 3, 9* (299); *5, 3, 11* (298); *5, 3, 13,* 1 (198, 206, 207, 213, 225 u. 226); *5, 3, 13,* 12 (91); *5, 3, 13,* 15, *5, 3, 16,* 4, *5, 3, 16,* 7 u. *5, 3, 18,* 1 u. 2 (299); *5, 3, 20,* 5 (64); *5, 3, 31* pr. (343); *5, 3, 42* (299); *6, 1, 5,* 1 (239, 245, 251 u. 254); *6, 1, 9* (107, 217 u. 233); *6, 1, 21* (184, 185 u. 187); *6, 1, 23,* 2 (237 u. 260); *6, 1, 23,* 5 (236, 250, 251, 258 u. 260); *6, 1, 23,* 6 (264); *6, 1, 23,* 7 (262); *6, 1, 27,* 1 u. 4 (511); *6, 1, 35,* 1 (512); *6, 1, 46* (130); *6, 1, 57* u. *58* (511); *6, 1, 59* (262); *6, 1, 61* (265); *6, 1, 77* (115); *6, 2, 7,* 10 (118); *6, 2, 7,* 11 (157); *6, 2, 7, 12* (158 u. 160); *6, 2, 7,*

17 (157); *6, 2, 11,* 2 (149 u. 150); *6, 2, 11,* 3 (150); *6, 2, 11,* 4 (150, 154, 155 u. 156); *6, 2, 12,* 1 (215); *6, 2, 13* pr. (226); *6, 2, 13,* 1 (209, 218, 220 u. 226); *6, 2, 13,* 2 (226); *6, 2, 15* (180); *7, 1, 1* (247 u. 258); *7, 1, 7,* 1 (183); *7, 1, 12,* 3 (178); *7, 4, 5,* 2 u. 3 (248); *7, 4, 10,* 5 u. 8 (249); *7, 4, 10,* 7 (248 u. 249); *7, 6, 5* pr. (22 u. 194); *8, 2, 17,* 3 (392); *8, 5, 2* pr. (22); *8, 5, 6,* 3 (22); *9, 1, 1* pr. (478); *9, 1, 1,* 1 (285 ff.); *9, 1, 1,* 3 (290); *9, 1, 1,* 7 (291); *9, 1, 1,* 8 (284); *9, 1, 1,* 10 (291); *9, 1, 1,* 11 (282, 284 u. 479); *9, 1, 1,* 12—13 (284 u. 291); *9, 1, 1,* 15 (62); *9, 1, 1,* 17 (56); *9, 1, 2,* 1 (284); *9, 2, 1* pr. (49); *9, 2, 2* pr. (355, 421, 486 u. 559); *9, 2, 3* (559); *9, 2, 5* pr. (285 u. 559); *9, 2, 5,* 1 (285, 289 u. 559); *9, 2, 5, 2* (289); *9, 2, 23,* 10 (69); *9, 2, 25,* 2 (69 u. 442); *9, 2, 27,* 3 (51, 56, 60 u. 61); *9, 2, 27,* 5 (355, 421 u. 486); *9, 3, 5,* 5 (158); *9, 4, 2* pr. (65); *9, 4, 2,* 1 (284, 477, 479 u. 480); *9, 4, 8* (50 u. 61); *9, 4, 11* (56, 58, 59, 60 u. 61); *9, 4, 12* (56 u. 59); *9, 4, 13* (56); *9, 4, 14,* 1 (66); *9, 4, 15* (66); *9, 4, 16* (60); *9, 4, 21* pr. (61); *9, 4, 21, 1* (58 u. 61); 9, 4, 21, 2 (55 u. 61); *9, 4, 21,* 3 (55); *9, 4, 21,* 4 (50 u. 61). *9, 4, 21,* 5 (55); *9, 4, 22* pr. (220); *9, 4, 22,* 1 (50, 55, 59, 209, 215, 217, 218 u. 220); *9, 4, 22,* 3 (55, 61 u. 62); *9, 4, 22,* 4 (55 u. 61); *9, 4, 26,* 2 (55 u. 60); *9, 4, 26,* 6 (49, 54, 62, 72 u. 73); *9, 4, 27* pr. (54); *9, 4, 27,* 1 (49, 51, 54 u. 80); *9, 4, 28* (49, 59, 70 u. 195); *9, 4, 29* (48 u. 61); *9, 4, 30* (54 u. 62); *9, 4, 32* (48, 61 u. 69); *9, 4, 33* (49, 69 u. 282); *9, 4, 35* (438); *9, 4, 37* (56); *9, 4, 39* pr. (60); *9, 4, 39,* 1 (54 u. 62); *9, 4, 39,* 2 (60); *9, 4, 39, 4* (63); *9, 4, 42,* 2 (55, 56 u. 158); *9, 4, 43* (49); *10, 2, 33* (29); *10, 3, 5* (181); *10, 3, 7,* 4 (210); *10, 3, 7,* 9 (182); *10, 4, 3,* 5 (139); *10, 4, 3,* 7 (57); *10, 4, 3,* 15 (214, 217 u. 233); *10, 4, 4* (271); *10, 4, 5* pr. (271); *10, 4, 5,* 1 (107 u. 139); *10, 4, 5,* 3—5 (217 u. 271); *10, 4, 5,* 6 (188); *10, 4, 6* (260, 264, 271 u. 272); *10, 4, 7,* 1 (270 u. 272); *10, 4, 7,* 2 (255, 270 u. 272); *10, 4, 7,* 8 (270); *10, 4, 9,* 1 (271); *10, 4, 9,* 3 (246); *10, 4, 12,* 2 (255); *10, 4, 12,* 3 (254—257); *10, 4, 12,* 13 (245); *10, 4, 15* (102, 168, 270 u. 271); *11, 1, 8* (51 u. 54); *11, 1, 13,* 1 (51); *11, 1, 14* pr. (66 u. 67); *11, 1, 15* pr. (51); *11, 1, 15,* 1 (54); *11, 1, 16* pr. (63); *11, 1, 16,* 1 (51, 54 u. 63); *11, 1, 20* pr. (52, 54 u. 310); *11, 7, 14,* 1 (71); *12, 1, 4,* 1 (87 u. 217); *12, 1, 9,* 9 (164 u. 169); *12, 2, 17,* 3 (120); *12, 4, 14* (329); *12, 6, 6,* 2 (331 u. 332); *12, 6, 13* pr. (598); *12, 6, 19,* 1 (343); *12, 6, 38* pr. (351); *12, 6,* 59 (29); 12, 6, *64* (598); *13, 1, 1* (252); *13, 1, 7* u. *8* (475 u. 477); *13, 1, 10* pr. (477); *13, 1, 10,* 2 (252); *13, 1, 12* pr. u. 1 (252); *13, 1, 14,* 2 (251 u. 258); *13, 1, 18* (94 u. 252); *13, 1, 20* (252); *13, 3, 2* (252); *13, 6, 8* (177); *13, 7, 11,* 6 (119); *13, 7, 18,* 3 (249); *13, 7, 22* pr. (128); *13, 7, 29* (110, 112 u. 113); *13, 7, 35,* 1 (111); *13, 7, 40,* 2 (214); *14, 3, 13* pr. u. 2 (223); *15, 1, 32* pr. (319); *15, 1, 51* (431); *16, 2, 16,* 1 (431 u. 438); *16, 3, 15* (113); *16, 3, 17* (177 u. 224); *17, 1, 15* u. *26* pr. (328); *17, 1, 26,* 5 (332); *17, 1, 34* pr. (97 u. 351); *17, 1, 34,* 1 (328); *17, 2, 1,* 1 (124); *17, 2, 3,* 2 (578); *18, 1, 9,* 2 (246); *18, 1, 14* (247); *18, 1,* 19 (472; *18, 1, 27* (227); *18, 1, 40,* 1 (392); *18, 1, 41,* 1 (250); *19, 1, 17,* 7 (267 u. 269); *9, 1, 17,* 10 (272); *19, 1, 21,* 2 (247); *19, 2, 9, 6* (113 u. 129); *19, 2, 25,* 1 (88); *19, 2,*

166); *43, 26, 22,* 1 (214); *43, 26, 23* pr. (114); *43, 30, 1,* 4 (510 u. 511); *43, 32, 1,* 5 (181); *44, 1, 10* (511 u. 518); *44, 1, 20* (340); *44, 2,* 7 pr. 1—2 (264); *44, 2, 9,* 1 (510, 511 u. 520); *44, 2, 11,* 3 (511 u. 520); *44, 2, 11,* 7 (333); *44, 2, 15* (519); *44, 2, 19* (510, 511 u. 519); *44, 2, 24* (511); *44, 2, 25,* 2 (333); *44, 2, 30,* 1 (519); *44, 3, 2,* (431); *44, 3, 5* pr. (195); *44, 3, 8* (186); *44, 3, 11* (149, 159 u. 160); *44, 3, 14,* 1 (159); *44, 7, 3* pr. 29; *44, 7, 5,* 4 (313); *44, 7, 14* (67); *44, 7, 16* (112, 127 u. 177); *45, 1, 34* (65); *45, 1, 38,* 1—5 (193); *45, 1, 38,* 6 (193, 196 u. 197); *45, 1,* 38, 7 (108 u. 203); *45, 1, 38,* 8 (203); *45, 1, 55* (65); *45, 1, 83,* 5 (238, 258 u. 272); *45, 1, 89* u. 126 (316); *46, 1, 45* (438); *46, 1, 69* (120 u. 122); *46, 2, 8,* 3 (438); *46, 2, 11* pr. (329 u. 336); *46, 2, 11,* 1 (336); *46, 2, 20,* 1 (333); *46, 2, 27* (312); *46, 2, 31,* 1 (310); *46, 2, 32* (316); *46, 3, 12* pr. (330 u. 331); *46, 3, 12,* 2 (329); *46, 2, 12,* 4 (331); *46, 3, 13* (329 u. 331); *46, 3, 14,* 1 u. 6 (122); *46, 3, 18* (92, 93, 95, 96, 99, 102, 104, 252, 329 u. 351); *46, 3, 23* (52); *46, 3, 32* (329); *46, 3, 34,* 7 (99 u. 100); *46, 3, 38,* 1 (93, 95, 96, 98, 100, 126, 252); *46, 3, 38,* 2 (343); *46, 3, 57* pr. 5 (65); *46, 3, 58* pr. (324 u. 331); *46, 3, 58,* 1 (330); *46, 3, 58,* 2 (324 u. 330); *46, 3, 71,* 1 u. 2 (324, 331 u. 332); *46, 3, 71,* 3 (332); *46, 3, 95,* 8 (342, 343 u. 344); *46, 3, 98,* 8 (239, 258, 260 u. 264); *46, 4, 8,* 3 (422); *46, 4, 13,* 10 (333); *46, 6, 2* (118); *46, 8, 1* (324 u. 327); *46, 8, 3,* 1 (329); *46, 8, 8,* 1 (331); *46, 8, 12,* 1 (330); *46, 8, 12,* 2 (329 u. 331); *46, 8, 12,* 3 (327); *46, 8, 14* (327 u. 329); *46, 8, 17* (324); *46, 8, 18* (327 u. 331); *46, 8, 22* pr. 1 u. 6 (331 u. 351); *46, 8, 22,* 3 (334); *46, 8, 22,* 8 (324); 328 u. 333; *46, 8, 22,* 9 u. 10 (327); *46, 8, 23* (324 u. 327); *46, 8, 24* pr. (324); *46, 8, 25,* 1 (324 u. 331); *47, 1, 1* pr. S. 158; *47, 2, 14,* 17 (92, 102 u. 104); *47, 2, 17* pr. 1 u. 2 (56); *47, 2, 17,* 3 (55, 56, 107, 180, 186 u. 187); *47, 2,* 18 (56); *47, 2, 21,* 4 (260); *47, 2, 26,* 1 (87); *47, 2, 41,* 2 (55); *47, 2, 43* pr. (252); *47, 2, 43,* 1 (94); *47, 2, 43,* 12 (56); *47, 2, 44* pr. (97 u. 125); *47, 2, 44,* 2 (56); *47, 2, 48,* 4 (86); *47, 2, 48,* 5 (149 u. 150); *47, 2, 52,* 4 (255); *47, 2, 52,* 7 (168); *47, 2, 52,* 14 (252 u. 254); *47, 2, 55,* 1 (86); *47, 2, 55, 3* (254); *47, 2, 57,* 4 (117 u. 120); *47, 2, 60* (168); *47, 2, 62,* 2 u. 5 (475); *47, 2, 62,* 8 (87); *47, 2, 65* (56); *47, 2, 68* pr. (168); *47, 2, 68,* 4 (57); *47, 2, 68,* 5 (87); *47, 2, 69, 70* u. *71* (192); *47, 2, 71* u. *72* (70); *47, 2, 80* (128); *47, 2, 84* (70); *47, 2, 88* (253); *47, 3,* 1 pr. u. 2 (263); *47, 4, 1,* 15 (159 u. 192); *47, 6, 1,* 1 (284); *47, 6, 3,* 2 (60); *47, 6, 5* (284); *47, 8, 2, 20* (44); *47, 8, 2,* 22 (181); *47, 19, 2,* 1 u. 6 (71); *49, 1, 14* pr. 520; *49, 1, 14,* 1 (511); *49, 15, 12,* 2 (192); *49, 15, 21* pr. (29); *50, 1, 9* (569); *50, 13, 6* (313); *50, 16, 49* (73); *50, 16, 67* pr. (120); *50, 16, 70* (241); *50, 16, 71* pr. (42); *50, 16, 119* (298); *50, 16, 126* (392); *50, 16,* 174 (67); *50, 16; 208* (298); *50, 16, 213,* 1 (380); *50,* 16, 215 (55 u. 179); *50, 16, 242* pr. (269); *50, 16, 242,* 2 (267); *50, 16, 245* (269); *50, 17, 27* (521); *50, 17, 32* (564); *50, 17, 35* (422); *50, 17, 40* (144); *50, 17,* 45 pr. (113); *50, 17, 100* (432); *50, 17, 117* (76); *50, 17, 137* (71); *50, 17, 153* (144, 171, 189, 199 u. 422); *50, 17, 171* pr. (187); *50, 97, 207* (518).

3. Instit. Iust.

2, 1, 25 (255); *2, 1,* 41 (427); *2, 4* pr. (247 u. 258); *2, 6,* 12 (157 u. 159); *3, 39,* 2 (316); *4, 5* pr. (313); *4, 9* pr. (284 u. 286); *4, 11,* 3 (337); *4, 15,* 5 (217).

Da ein gleichartiges Verzeichnis der übrigen angeführten Quellenstellen allzu grosse Kosten verursachen würde und nicht in gleicher Weise nötig sein dürfte, werden hier nur die verwendeten Quellen selbst angegeben. (Doch mache ich eine Ausnahme bei Plautus, weil ich mehrere Plautusstellen besonders eingehend erörtert habe.)

1. Juridische Quellen ausser den vorher angeführten:

Basilicorum L. IX mit Suppl. *Zachariæ et Lingenthal.*
BRUNS, Fontes iuris Romani, ed. 7.
Cod. Theodos.
Collatio (Mos. et Rom. legum).
Consultatio vet. cuiusdam iurisconsulti.
Corpus Inscr. Att.
(DITTENBERGER, Sylloge).
Fragm. Dosithei.
——, Ulp. disput. Argent.
——, Vaticana.
GAIUS Aut., Epitome.
——, Institutiones.
GIRARD, Textes du droit Romain.
LENEL, Palingenesia iuris civilis.
Libri gromatici.
PAULUS, Sententiæ.
PROTT-ZIEHEN, Leges graecorum sacræ.
THEOPHILUS in institutiones.
ULPIANUS, Regulæ.
VALERIUS PROBUS de iuris not.
ZACHARIAE, Ius gr. rom.

2. Nicht juridische:

AESCHINES κατὰ Κτησ.
AESCHYLUS, Choephoroi.
——, Eumeniden.
——, Hiketides.
ANTIPHON, Tetralogien.
APPIANUS de bello civili.
ARISTOTELES, Politica.
ARNIM, Fragm. stoicorum veterum.
ARNOBIUS adv. nat.
ASCONIUS in Cornel.

Auctor ad Herennium.
AUGUSTINUS de civitate dei.
AULUS GELLIUS, Noctes Atticæ.
CATO de agricultura.
CICERO: ad Attic; ad fam.; Brutus; cum sen. gratias egit; de divin.; de domo; de harusp. resp.; de leg.; de lege agr.; de nat. deorum; de officiis; de oratore; de republica; in Catilinam; in Pisonem; in Verrem; Laelius; part. or.; philippicæ; pro Balbo; pro Caecina; pro C. Rabirio; pro C. Rabirio postumo; pro Cluentio; pro Flacco; pro Fonteio; pro Milone; pro Murena; pro Quinctio; pro Roscio com.; pro Scauro; pro Sexto Roscio; pro Tullio; topica.
DEMOSTHENES κατ' Ἀριστογ.
DIELS, Die Fragm. der Vorsokr.
DIONYS. Halicarn., Antiqu. Rom.
DIO CASSIUS, Hist. rom.
FESTUS de verb. significatione.
HOMERUS, Il. u. Od.
Hymn. Hom. in Ap. Pyth.
LIVIUS.
MACROBIUS, Saturn.
MARCUS, Evang.
NONIUS MARCELLUS de compend. doctrina per litteras.
OVIDIUS, Fasti.
PINDARUS, Nem. 11.
PLATO, Politicus; Resp.; Leges.
PLAUTUS, Amph. 16 u. 33—36 (580); 33 ff. (553); 246 f. (580); 258 f. (293); 885 (561); Asin. 937 (434); Aul. 197 (367); 688 (570 u. 580); 738; 790, 791; 792 u. 794 (561); Bacch. 270 ff. (454); 349 u. 399 ff. (581); 994 (580); 1055 f. (461); 1205 (368); Capt. 67 (580); 257 (570 u. 580); 403 (561); 476 (453); 908 (449 u. 435); Cas. 75 (461). Cist. 176 u. 197 ff. (580); Curc. 695 (453); 697 (449 u. 453); Epid. 699 f. (461); 707 (434); 729 (561); Men. 97 (434); 712 (561); Mil. 561 f. (561); 645 f. (581); 1435 (434); Most. 504 (281—282); 1089 (367); 1099 (455); 1178 (561); Persa 62 u. 68 b (453); 70 (367 u. 408); 186 f. (461); 406 ff. (562); Poen. 186 (368); 533 (570 u. 580); 564 (368); 809 (562); 1186 (561); 1242 (461); 1284—1285 (44); 1341 u. 1361 (368); Pseud. 306 f. (580); 365 f.; 612; 974 (562); Rud. 643 (579); 859 ff. (455); 891 (368); 1069 u. 1138 (562); 1383 ff. (455 ff.); Stichus 84 (561); 205 (434); 344 (562); Trin. 44 u. 81 (561); 829 (453); 830—831 (480); Truc. 144 (579); 275 (461); 760 (579); 762 (367 u. 438).
PLINIUS, Nat. Hist.
PLUTARCHUS, Caesar; Camillus; Cato min.; Cicero; Fab. Max.; Romulus; Tib. Gracchus; Quaest. Rom.

QUINTILIANUS, Inst. or. und Declamationes.
SENECA, Consolatio ad Marc. u. Helvet.; Controv.; de vita beata; Herc. fur.
STOBAEUS, Floril.
SERVIUS in Verg. Aen., Ekl. und Georg.
SUETONIUS, Caesar.
TACITUS, Annales und Historiæ.
TERENTIUS, Phormio.
THUKYDIDES, Historiæ.
VALERIUS MAXIMUS, Facta et dicta memorabilia.
VARRO de lingua latina (besonders 7, 105: S. 370 ff.); libri rer. div.; libri rer. rust.
VERG., Aen. und Ekl.
ZONARAS, Epitome hist.

Hinsichtlich der angeführten Literatur ist zu erwähnen, dass ich mir die S. 189 zitierten Schriften: ALBERTARIO, Corso di diritto romano und VASALLI, Miscellanea critica di diritto romano nicht beschaffen konnte und deshalb die Zitate nach ROTONDI angeführt habe. Dasselbe gilt für die in den Zusätzen S. 613—615 zitierte Arbeit BIONDIS, die nach HELDRICH, Sav. Z. 46 (1926) angeführt ist.