

986/I.

Das Recht

der

Publicianischen Klage

in Beziehung auf das in Aussicht stehende

Idce 10

allgemeine Deutsche Civilgesetzbuch

dargestellt von

Dr. G. Suschke,

Geheimen Justizrath, ordentlichen Professor des Civilrechts und Ordinarius des Spruchcollegium
an der Universität in Breslau.



Inv. čis.: 188
Sign: 122

Stuttgart.

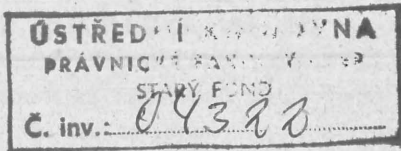
Verlag von Ferdinand Enke.

1874.



49.

B



Druck von Gebrüder Mäntler in Stuttgart.

Das Recht der Publicianischen Klage.

Es ist kaum über einen Gegenstand des Civilrechts öfter und mehr geschrieben worden, als über den in der Ueberschrift bezeichneten. Die ältere Literatur darüber weist Glück Pandekten-Comm. VIII. S. 313 flg. nach, die neuere v. Vangerow Pand. I. S. 335 und Windscheid Pand. I. S. 199; beide zum Theil noch vollständiger die neueste Monographie von Theod. Simmerthal, die Publicianische Klage und die Mancipation, Bremen 1872, S. 1—4. Jener Umstand scheint aber selbst zu beweisen und die zahlreichen in jenen Schriften behandelten Controversen bestätigen es, daß man noch zu keinem beruhigenden Resultat gekommen ist. Ein erneuter Versuch dieses durch eine gewissenhafte Anwendung aller von der Wissenschaft auf ihrem jetzigen Standpunkt dargebotenen Mittel der Forschung zu erreichen, wird also schon aus diesem Grunde keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen.

I. Das monitorische Edict.

Wir haben über die unmittelbare Quelle dieser Klage im prätorischen Edict selbst zwei Stellen.

Ulpian, der in seinem 16. Buch ad edictum, demselben, in welchem von der rei vindicatio die Rede ist, auch von dieser Klage spricht und sie daher ohne Zweifel genau nach der Ordnung des Edicts, ebenso wie Justinian in den Pandekten, gleich hinter jener

Klage abgehandelt hat¹⁾, sagt in L. 1 pr. D. de Public. in rem act. (6, 2):

Ait praetor, 'Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'. 1. Merito praetor ait 'nondum usucaptum': nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam. 2. Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum (worauf zuerst in einer eingeschobenen Stelle aus Paulus lib. 19. ad edictum und dann wieder in L. 3. aus Ulpian noch andere iustae causae erwähnt werden, eine Antwort auf die in §. 2 aufgeworfene Frage aber von Justinians Juristen nicht aufgenommen ist).

Das Normalformular der Klage, bekanntlich ebenfalls ein Theil des prätorischen Edicts, im Gegensatz zu welchem man wohl den ersten Theil, in dem der Prätor das Publikum, um es vor Schaden zu bewahren, verkündigend benachrichtigte, was es von seiner Jurisdiction zu erwarten habe²⁾, das monitorische im engeren

¹⁾ Ebenso Julian lib. 1. Dig. und Gaius lib. 7. ad edictum provinciale. Anders Paulus. In seinem Edictscommentar handelte er im 20. Buch noch von der hereditatis petitio, im 21. von der rei vindicatio, dagegen von der Publiciana actio schon im 19. Buch. Es wird sich dieses nur daraus erklären lassen, daß er überhaupt nicht, wie Ulpian, sich genau an die Edictsworte anschloß, daher bei ihm nur höchst selten einmal Edictsstellen mit vorherigem Praetor ait oder dergleichen vorkommen, sondern mehr ganze Materien nach allgemeineren Gesichtspunkten zusammenfaßte. Welcher Gesichtspunkt ihn nun veranlaßte, an jener Stelle von der Publiciana zu sprechen, ist schwer zu sagen. Vielleicht eine allgemeine Vorbemerkung über die in rem actiones, daß bei einzelnen körperlichen Sachen das Eigenthum selbst ein doppeltes, ex iure Quir. und in bonis, dem letzteren auch die h. f. possessio ähnlich sei und demnach auch durch eine doppelte in rem actio, die rei vindicatio und die Publiciana, geschützt werde, nicht so die hereditas, neben welcher wohl die prätorische h. possessio bestehe, aber nicht als ein in bonis esse der hereditas. Handelte er so vorweg von der Publiciana, um dann die übrigen ähnlichen Klagen des Erben und Eigenthümers zusammenfassen zu können, so würde dieses hauptsächlich in der Bedeutung der ersteren als Klage des monitorischen Eigenthümers gesehen sein, und in der That scheinen dieses die Excerpte (L. 2. 4. 6. 10. 12. h. t.) zu bestätigen.

²⁾ Ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunire(n)t. L. 2. §. 10. D. de orig. iur. (1, 2), wo dieses freilich im weitern Sinne vom ganzen Edict gesagt wird.

Sinne nannte³⁾, ist uns von Gaius in seinen Institutionen aufbewahrt worden.

4, 36. (*Eiusdem generis est, quae Publiciana vocatur*): datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: 'iudex esto, si quem hominem Aulus Agerius emit, (et) is^{3*)} ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret' et reliqua.

Was die erste Stelle des monitorischen Edicts betrifft, so ist sie in unserer Uebersetzung, man möchte sagen, handgreiflich, verderbt; freilich nicht, wie Buchta meinte⁴⁾, in den Worten ex iusta causa, die nach ihm erst die Compileren hinzugefügt haben sollen; diese Ansicht beruht nur auf einer Verkennung des Verhältnisses dieser Edictsstelle zu den Formelworten in L. 7. §. 11. h. t., wovon nachher die Rede sein wird. Aber wie konnte ein Römer, der vor Allem in juristischen Dingen logisch dachte und sich ausdrückte, traditur, also im Präsens, von einem Vorkommniß sagen, das nothwendig schon in der Vergangenheit liegen mußte, wenn deshalb eine Klage gegeben werden sollte? Auch haben die Basiliken dafür *ὁ κατὰ παράδοσιν λαβών* (nicht *λαμβάνων*) *παρὰ*

³⁾ Diese Begriffsbestimmung scheint mir wenigstens wahrscheinlicher als, von den ältern Vermuthungen (Heinecc. histor. ed. 1, 2, 12 seq.) abgesehen, die Rudorff'sche Zeitschr. f. R.-G. III. S. 20. 29, wonach der Ausdruck sich auf das ganze Edict bezogen haben soll, 'in wiefern es gegen den captiösen Charakter des Civilrechts einen warnenden Charakter (?) an sich trug'. Ueber eine solche Richtung des Edicts konnte doch Callistratus kein Buch schreiben. Insofern aber der Prätor in dem monitorischen Edict nur allgemein zusammenfaßte, was die Klageformulare in genauerer Ausführung enthielten, nannte vielleicht auch Paulus dasselbe breve edictum oder brevia, worüber er bekanntlich einen weniger umfangreichen Commentar schrieb.

^{3*)} Das Wort is hat jetzt Studemund auch in der Handschr. gelesen. Für die von mir vorgeschlagene Construction ist die Lex Jul. munic. II. v. 83 zu vergleichen: Qui pluribus in municipiis . . . domicilium habebit et is Romae census erit u. s. w.

⁴⁾ Curfus der Instit. §. 236. Ann. gg.

μη δεσπότου ἐξ εὐλόγου αἰτίας καὶ μὴ διὰ χρήσεως δεσπόσας ἔχει τὴν Πουβλικιανήν. Demgemäß und weil auch die Weglassung von est bei einem Indicativ des Perfectum passivi dem Gesetzes- und Edictsstyl widersprechen würde, habe ich schon vor dreizehn Jahren — ohne daß dieses jedoch in der juristischen Literatur Beachtung gefunden hätte — in einer untern Anmerkung zu Gai. l. c. in meiner iurisprudencia anteiustiniana vorgeschlagen zu lesen si quis id quod traditum . . . non a domino est, nondum usucaptum petet etc. Nur Rudorff in seinem edictum perpet. §. 62. p. 75. führt meinen Vorschlag an, verwirft ihn aber — ohne Verührung auch nur meines Hauptgrundes gegen das Präsens — mit Berufung für das et der Stelle auf Ulpian in L. 1. §. 2 cit. traditionis et usucapionis mentionem fecit praetor — als wenn dieser zwei Substantive ohne verbindendes et überhaupt hätte gebrauchen können. Auch die Basiliken konnten nach ihrer Umsezung des zweimaligen Passivs in das Activum (λαβών — δεσπόσας) nur mit καὶ verbinden, welches also nicht beweist, daß sie et gelesen hätten. Dagegen wird meine Emendation durch die Fassung des Gai. l. c., der die Edictsworte auch in dem Einen Satze qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit wiedergibt, wohl außer Zweifel gesetzt⁵⁾. Irrig ist auch Mommsen's Bemerkung (Pand.-Ausgabe I. p. 212), im Edict habe gestanden: id quod bona fide traditum (wobei er aber et beibehält), und auch die Worte non a domino schienen späterer Zusatz. Gegen das erstere streitet schon die Stelle des Gaius, der die Worte bona fide weder in der Relation aus dem monitorischen Edict noch in der Formel hat, in welche sie auch Bruns (Jahrb. des gem. R. IV. S. 19) ohne Grund vor emit einsetzt. Das zweite beruht nur auf dem leidigen et, wonach die herrschende Meinung annimmt und, wenn man so liest, auch angenommen werden muß, non a domino gehöre zu petet. Der Prätor hätte dann die Klage, wie in der That Viele meinen, nicht auch gegen den dominus versprochen, was doch schon durch die diesem gegen die Publiciana gegebene

⁵⁾ Durch das bloße Wahrheitsgefühl wurde schon Heineccius dahin geführt, in seiner Restitution des ed. perpet. tit. XXXVII. traditum et usucaptum zu petet zu ziehen: obgleich er in Anderem irrt.

exceptio dominii widerlegt wird⁶⁾. Durch unsere Emendation wird diese sich immer noch durch unsere Lehrbücher und Abhandlungen hinziehende Controverse von vornherein abgeschnitten. Ob man aber non a domino oder mit den Basiliken a non domino liest, hat nicht viel auf sich. Das letztere, welches sich auch in bei weitem den meisten andern Stellen der Juristen findet (Bruno cit. S. 19. führt elf an gegen die zwei L. 7. §. 11. h. t. und L. 9. §. 4. D. de iuris et facti ign. (22, 6), f. aber auch noch Gai. 2, 43. und L. 4. §. 23. D. de usurp. 41, 3) ist nur das genau genommen richtigere und dann grammatisch eigentlich nothwendig, wenn das Verbum nachfolgt, da alsdann vorausgehendes non zu dem ganzen Satze, namentlich auch dem Verbum gehören und zugleich das ganze Geschäft negieren würde; doch läßt der Geist der Sprache sich nicht vom Buchstaben so knechten, daß der Prätor nicht auch das Ueberlieferte gesagt haben könnte.

Die richtigen Edictsworte

si quis id quod traditum ex iusta causa non a domino est, nondum usucaptum petet, iudicium dabo

standen aber so isoliert ohne Zweifel auch nicht im Edict. Sie würden nur die Eine Function der Publiciana actio, dem gerechten Erwerber von einem Nichteigenthümer zu dienen, ausdrücken, während sie doch auch den bonitarischen Eigenthümer schützen sollte. Rudorff (l. c.) nimmt daher noch ein zweites Edict an, welches jenem vorgegangen sei:

si quis rem mancipi quae traditur ex iusta causa a domino et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.

Dieses halte ich, auch abgesehen von der jedenfalls falschen Fassung, für irrig. Der Prätor wird in Einem Satze gesagt haben:

si quis id, quod traditum ex iusta causa non a domino,

⁶⁾ L. 16. 17. D. h. t. u. f. w. Beruft man sich, wie z. B. selbst noch Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 310, auf diese Stellen gerade zum Beweise, daß der Prätor si . . . non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo gesagt und damit dem Eigenthümer die exceptio iusti dominii vorbehalten habe, so vergißt man, daß doch auch ein iudicium cum exceptione datum immer ein iudicium datum voraussetzt, von dem gar nicht die Rede sein konnte, wenn der Prätor des dare iudicium nur gegen einen Nichteigenthümer versprach.

sive, cum mancipi esset nec mancipatum vel in iure cessum, a domino est, nondum usucaptum petet —

Denn die Römer, auch Gaius in seinen Institutionen, zu dessen Zeit doch auch das bonitarische Eigenthum noch selbständig bestand, kennen nur Eine das Civilrecht ergänzende Publiciana actio. Der letztere faßt auch in seiner Relation des monitorischen Edicts mit den Worten qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit offenbar beide Fälle zusammen und die Voranstellung der Worte traditum ex iusta causa in den von Ulpian erhaltenen Edictsworten, statt deren man nach sonst gewöhnlicher Sprechweise das Verbum am Ende erwarten würde, deutet genugsam an, daß der Prätor von diesem traditum ex iusta causa als dem Hauptbegriff ausging, unter den die beiden Fälle des a non domino oder a domino nur subsumiert wurden. Auch erklärt sich so einfach die von Ulpian in L. 1. §. 2. cit. aufgeworfene Frage und warum die darauf allem Anschein nach gegebene Antwort in den Pandekten weggelassen wurde. Hätte der Prätor nicht auch den Fall des bonitarischen Eigenthums, dessen ursprüngliche und gewöhnlichste Entstehungsart die bloße Tradition einer res mancipi ist, mit berücksichtigt, so wäre in der That kein Grund gewesen, die Tradition und (noch nicht eingetretene) Usucapion zu erwähnen, es genügt zu sagen, daß ein petere ex iusta causa (zu der in ihrem vollen Sinne in manchen Fällen auch die Tradition gehört) und noch nicht eingetretene Usucapion vorausgesetzt werde. Ulpian wird also eben die Antwort auf seine Frage gegeben haben, daß die Anwendung der Klage auch auf den Fall des bonitarischen Eigenthums den Prätor zu jener Fassung bewogen habe, welche Antwort natürlich von den Pandektisten weggelassen werden mußte.

Auch scheint es mir nicht zweifelhaft, daß der Prätor in seinem Edict den Fall der Tradition ex iusta causa vom Nichteigenthümer vor dem des ähnlichen Erwerbs einer res mancipi vom Eigenthümer erwähnte⁷⁾. Denn steht man ab von der allerdings ältesten Usucapion der Ehefrau und der Erbschaft (mein Röm. Jahr S. 45), die beide

⁷⁾ Kein Gegenargument liegt darin, daß Gai. 2, 41 seq. zuerst von der Usucapion des bonitarischen Eigenthümers und dann, daran anschließend, von der des b. f. possessor handelt. Es geschieht das nur deshalb, weil er bei Gelegenheit der beiden Arten des Eigenthums auf die Usucapion zu sprechen kommt. Nach ihm

keine Tradition voraussetzen, so sprechen die Römer bei den übrig bleibenden einzelnen Sachen selbst von dem antiquissimum ius bonae fidei possessoris (Tryphonin in L. 12. §. 8. D. de captivis 49, 15) und es ist auch an sich einleuchtend, daß der unwillkürliche und bei aller Vorsicht von jeher oft unvermeidliche Fall des bloßen b. f. possessor früher vorkommen und Schutz verlangen mußte als der mehr oder weniger willkürliche des bonitarischen Eigenthümers; denn wollte man nur — einen veräußernden berechtigten Eigenthümer vorausgesetzt — wirklich volles Eigenthum an einer res mancipi erwerben, so konnte man es auch in den ältern einfachen Verhältnissen leicht durch Anwendung der damals nicht so schwierigen Mancipationsfeierlichkeiten, weshalb auch erst später — man denke nach Ausbreitung des ager Romanus in peregrinische Gegenden an größere Entfernungen von Rom, wo es an der nöthigen Zahl Römischer Bürger fehlte — das durch bloße Tradition an den Erwerber selbst oder dessen dorthin gesandten Sklaven entstandene bonitarische Eigenthum zur Anerkennung gelangte⁸⁾.

Manche sind freilich der Meinung, der bonitarische Eigenthümer habe der Publiciana actio nicht bedurft und daher auch außer so weit jeder Eigenthümer sie anstellen könne, nie erhalten; denn ihm habe die rei vindicatio selbst, nur in der Form der petitoria formula, zugestanden⁹⁾. Diese Ansicht beruht jedoch nur darauf, daß Gai. 4, 92., wo es ihm bloß darauf ankommt, die Richtung der

selbst L. 1. D. de usurp. (41,3) lag der Grund der Einführung der Usucapion darin, daß man der Ungewißheit des Eigenthums ein baldiges Ende machen wollte. Bei Erlangung bloß bonitarischen Eigenthums ist aber eine solche Ungewißheit überhaupt nicht vorhanden.

⁸⁾ Ähnlich also wie noch viel später die Codicille. Pr. J. de codicill. (2, 25). — Als ältesten, schon von den Decembirn berücksichtigten Fall des bonitarischen Eigenthums an einer res mancipi könnte man aus Gai. 2, 47. den folgern wollen, daß eine Frau in der Tutel Anderer als ihrer Agnaten eine res mancipi ohne deren Auctorität veräußert hatte. Aber doch nur mittels eines mehrfach sehr unsichern argumentum a contrario. Die Meinung konnte recht wohl sein, daß jede von ihr ohne tutoris auctoritas geschehene Veräußerung einer res mancipi völlig nichtig, aber nur, wenn sie in der Agnatentutel stand, die Sache selbst, wenn sie später von einem Dritten bona fide gekauft war, der Usucapion entzogen sein sollte. Wir werden auf diesen Fall später zurückkommen.

⁹⁾ Vgl. die Literatur bei v. Bangerow Band. I. §. 295. Anm. 2, 2) und das Richtige bei Bethmann-Hollweg Civilpr. II. S. 239.

petitoria formula unmittelbar auf die Sache selbst anzugeben, eben so wie anderwärts, wo er nicht das Interesse hat, den genauen formularen Ausdruck zu gebrauchen (4, 4. 34. 54), das ex iure Quiritium wegläßt, während es in der Formel selbst überall erscheint (Gai. 4, 41. Cic. Verr. lib. 2. 12, 31. Aelius Gallus bei Fest. v. Possessio p. 233. in der iurispr. antejust. p. 31. Frontin. de controvers. 44, 8) und ihr widerspricht die wahre Bedeutung von ex iure Quiritium, welches man in seinem technischen Sinne nicht, wie freilich Viele thun, mit iure civili verwechseln darf. Letzterer Ausdruck, in dem ius im objectiven Sinne gebraucht wird, steht im Gegensatz zu ius gentium oder auch ius honorarium und bezeichnet die Rechtsquelle, aus welcher Geschäfte, hier ein Eigenthumserwerb, hervörühren ohne Beziehung auf den Klagschutz, der bei Erwerben aus dem ius gentium und ius civile ein und derselbe ist (L. 23. pr. D. de rei vind. 6, 1). Der letztere, in welchem ius nach Ausweis des ius Quiritium in servo habere u. s. w.¹⁰⁾ im subjectiven Sinne steht, bezeichnet die Kraft, welche das Römische Civilrecht den Römern (für diese innere Gesamttgewähr ihrer Rechte durch den Staatsverband Quirites genannt) für jedes von ihm anerkannte meum esse d. h. absolute Recht im Gegensatz zu Obligationen unter einander beilegt, es vindicieren d. h. selbst ursprünglich auch mit vis festucaria gegen Bestreitung vor Gericht verfolgen und verteidigen zu können. Daraus folgt nun von selbst, daß da die Tradition einer res mancipi vom Civilrecht nicht anerkannt war, ein solcher Erwerb auch civilrechtlich durch keine Vindication geschützt sein konnte. Umgekehrt wird die Berechnung der Publicianischen Klage auch für den bonitarischen Eigenthümer schon durch die obige Stelle des Gaius bezeugt, in der er sie jedem Erwerber der Sache durch Tradition, der noch nicht usucapiert hat, zuspricht und auch in der angeknüpften Formel nicht der Tradition des gekauften Sklaven (einer res mancipi) vom Nicht-eigenthümer Erwähnung thut. Eben so leuchtet aus der Fassung mehrerer Stellen der Pandekten

¹⁰⁾ Gai. 1, 54. Ebenso das bekannte ius Quiritium consequi des Latinen an sich selbst und der Ausdruck nudum ius Quiritium (zu vergleichen mit nuda proprietas), d. h. welches nur die Vindication verleiht, sonst keinen materiellen Inhalt hat: was man von einem objectiven Recht auch nicht sagen könnte. Die von Tribonian veränderte L. 1, §. 2. D. de rei vind. (6, 1) kann nicht in Betracht kommen.

hervör, daß die Verfasser an die dem bonitarischen Eigenthümer zuständige Publiciana gedacht haben, z. B. Paulus in L. 12. h. t. wenn er in §. 1. ohne Erwähnung einer fremden Sache und der bona fides als eines Erfordernisses sagt:

Is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana: weil nemlich durch diese Restitution nur bonitarisches Eigenthum an den körperlichen Erbschaftsachen erworben wird¹¹⁾, und unmittelbar darauf fortfährt:

In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est¹²⁾. Denn da auf Vectigal- (zu Vectigalrecht überlassene) und Provincialgrundstücke, an denen die Privaten überhaupt kein Römisches Eigenthum haben können, die Theilung des Eigenthums in Quiritarisches und bonitarisches keine Anwendung leidet, so kann da nur von dem andern Grunde der Publicianischen Klage die Rede sein¹³⁾. In Justinians Rechtsbuch hat freilich die erstere Stelle einen andern Sinn. Sie soll nur sagen, daß auch dem fideicommissarischen wie jedem Erben die dem Erblasser wegen seiner h. f. beim Erwerbe zuständig gewesene Publicianische Klage zusteht, ohne daß er den Besitz der Sache erlangt zu haben braucht.

¹¹⁾ L. 63, pr. D. ad SC. Trebell. (36, 1). Vgl. L. 24, §. 1. D. fam. erc. (10, 2). L. 2, §. 19. D. pro empt. (41, 4).

¹²⁾ So der überlieferte offenbar fehlerhafte Text. Man liest entweder tradita res (aber wozu dieses neue Substantiv und an dieser Stelle?) oder sunt statt est, wozu wieder mihi nicht gut paßt. Der Fehler liegt aber wohl in dem auch anstößigen forte, da die bona fides doch die Regel bildet. Dieses Wort wird bei der Ähnlichkeit von f und p, (Minuskel) r und l, o und e aus pos(s)io = possessio entstanden sein. Vgl. Gai. 2, 1.

¹³⁾ Ebenso wird das Erforderniß der fremden Sache nicht erwähnt für die Publiciana des vom Prätor wegen nicht cabierten damnum infectum secundo decreto immissus L. 18, §. 15. D. de damno inf. (39, 2).

II. Die Formeln der Publicianischen Klage.

Dem monitorischen Edict, worin der Prätor ein Judicium versprach, mußten die dazu dienenden Normalformeln entsprechen und deren also, wie jenes zwei Fälle unterschied, auch wenigstens zwei sein. Dieses bestätigen unsere Quellen.

Aus der Stelle des Gaius möchte man freilich nur auf Eine schließen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß er dort nur das Interesse hat, die Publiciana actio als Beispiel einer ficticia formula hinzustellen, wofür die Verschiedenheit der gedachten beiden Fälle gleichgültig ist. So wie er daher das monitorische Edict selbst nur allgemein, ohne Berücksichtigung des Unterschiedes einer Tradition a non domino oder a domino, referiert, so gibt er auch nur Eine dem entsprechende Formel an, die aber, weil sie das Beispiel eines gekauften und übergebenen homo, einer res Mancipi, enthält, jedenfalls die des bonitarischen Eigenthümers ist. Auch könnte ja der Prätor, wenn sie bloß für diesen bestimmt gewesen wäre, mit ihr, als der der wirklichen Eigenthumsklage noch näher stehenden und vollkommen eben so wirksamen, den Anfang gemacht haben. Wie sie aber lautet, ohne alle Angabe dessen, von dem man gekauft hat, ob dominus oder non dominus, war sie selbst auch für den letztern Fall passend. Denn hätte der Kläger eine res Mancipi auch von einem Nichteigenthümer gekauft und tradiert erhalten, so würde er in Gemäßheit der nachfolgenden Fiction doch auch durchgedrungen sein, wenn ihm nur nicht mala fides vom Gegner nachgewiesen wurde. Und in der That ist für gewöhnliche Fälle kein Grund abzusehen, weshalb der Prätor bei einer verkauften und tradierten res Mancipi beide Fälle hätte scheiden, d. h. den Kläger nöthigen sollen, sich schon vor ihm darüber zu erklären, ob er als b. f. emptor eine fremde oder eine nur zu bonitarischem Eigenthum erworbene Sache einklage. Nur wenn der Gegner wegen gleichen oder bessern Rechts eine exceptio forderte, konnte dieses von Interesse sein. Und so lag denn hierin, in der umfassenderen Bedeutung dieser Formel, die zugleich die wichtigeren res Mancipi betraf, der eigentliche Grund, weshalb sie als die Hauptformel der Publicianischen Klage zu betrachten ist, die als solche von Gaius angeführt wurde und gewiß auch im Edicte voranstand. Eine Zwillingsformel wird nur auch

unbewegliche res Mancipi berücksichtigt haben, für welche bloß in der Fiction biennio statt anno gesetzt ward. Eine besondere, auch in dem factischen Theil der intentio abweichende Formel war aber für den Fall erforderlich, daß der Kläger sich nur auf die Fiction der dem b. f. emptor zuständigen Usucapion, also den Erwerb von einem Nichteigenthümer stützen konnte, was normal und im Gegensatz zu jener Hauptformel eine res nec Mancipi voraussetzte. Ich sage: normal und in diesem Gegensatz; denn es leuchtet ein, daß doch auch der Erwerber einer res Mancipi, wenn er sich nur auf seine bona fides beim möglichen Erwerbe von einem Nichteigenthümer berufen wollte, sich doch auch dieser Formel mußte bedienen können.

Daß nun das Edict auch eine solche Formel enthielt, zeigt folgende Stelle aus demselben 16. Buche Ulpian's zum Edict L. 7. §. 11. h. t.

Praetor ait: 'qui bona fide emit'. non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit, me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim; licet ille callido consilio vendiderit; neque enim dolus venditoris mihi oberit.

Jene Worte qui bona fide emit können nicht in dem monitorischen Edict, welches Ulpian L. 1. cit. mitgetheilt hat, vorgekommen sein; sie würden darin nach dessen ganzer Fassung keinen Raum haben¹⁴). Daß sie aber in der Publiciana actio d. h. einer Formel derselben vorkommen, sagt Ulpian selbst, indem er in L. 7. §. 12. fortfährt: In hac actione non oberit mihi, si successor sum et dolo feci u. s. w., diese auch in §. 14. Publiciana nennt und in §. 16. abschließend hinzufügt:

Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita, womit offenbar noch ein weiterer Theil der Formel in Bezug genommen wird. Diese Formel mußte aber auch eine andere als die

¹⁴) Nach Gimmerthal (cit. S. 6. 76.) sollen sie erst von Julian als ein zweites Capitel in das Edict gebracht worden sein, wofür es eben so sehr an innerer Wahrscheinlichkeit als an äußeren Beweisgründen gebricht. Auch sieht man nicht, wie denn eigentlich dieser Julianische Zusatz vollständig, wenn auch nur seinem Sinne nach, gelautet und zu dem Hauptsatz sich verhalten haben soll.

von Gaius mitgetheilte sein, da diese letztere die obigen Worte nicht enthält. Daß aber auch die Formel mit *si bona fide emit* auf die allgemeinere des Gaius im Edict folgte — was wir bisher nur aus innern Gründen annahmen — zeigt die Stellenfolge in Ulpian's Commentar. In L. 1. 3. 5. 7. pr. bis §. 10. hat er zwar hauptsächlich von dem monitorischen Edict gehandelt, besonders von den Worten *si ex iusta causa . . . petet*, wenigstens hinter §. 7. aber auch von einer Formel, was nur Justinian's Juristen größtentheils weggelassen haben. Das auf das officium iudicis und die Condemnation Bezügliche in §. 8.

In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

deutet auch insofern auf die Klage des bonitarischen Eigenthümers als es der Hauptsache nach da allein ganz wahr ist, weil der Klage des b. f. emptor doch eigenthümliche Exceptionen entgegenstehen können. In §§. 9. und 10. folgt aber noch das, womit Ulpian regelmäßig seine Erörterungen über eine Klage abschließt: daß sie auch den Universalsuccessoren des eigentlich Berechtigten, so wie auch dem, in dessen Vertretung Andere gehandelt haben, zusteht.

Rudorff, der die Formel bei Gaius nur als dem bonitarischen Eigenthümer zuständig ansieht, hat der anderen folgende Fassung gegeben (l. c. p. 75):

Si quem hominem Aus Aus bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset (das Uebrige wie bei Gaius).

Wir ist es aus den schon angegebenen Gründen wahrscheinlicher, daß der Prätor hier keine *res mancipi* nannte. Doch auch hiervon abgesehen, entspricht den Quellen (L. 7. §§. 11. 14. cit.) besser eine zum Theil von Rudorff früher (R. = G. II. S. 103 Anm. 5) im Ganzen so vorgeschlagene Fassung:

Si quam rem Aus Aus bona fide emit eaque ei eo nomine¹⁵⁾ tradita est, anno possedisset u. s. w.

Hinter oder bei *bona fide emit* war *non a domino* wahrscheinlich nicht hinzugefügt; Ulpian würde diese Worte sonst auch mit aufgenommen haben: er sagt dagegen bloß in seiner Erläute-

¹⁵⁾ Die Worte *eo nomine*, welche dem Sinne nach auch L. 17. D. h. t. nicht vergißt, werden in der andern Formel bei Gai. 4, 36. von Gaius selbst um der Kürze willen weggelassen worden sein.

rung *proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem esse, quamvis non a domino emerim*, worin liegt, daß der Prätor dieses *non a domino* nicht als Erforderniß auch angeführt, aber das Erforderniß des *bona fide emit* darauf bezogen habe. So wie also im monitorischen Edict bei seiner objectiven Fassung der Erfordernisse mit der erwähnten Subdivision die Worte *ex iusta causa* für den einen Fall das *traditum non a domino* das subjective *bona fide emit* von selbst einschlossen, so umgekehrt in der Formel dafür dieses subjective *bona fide emit* das *non a domino*. Daß nicht auch der erforderliche Besizerwerb *bona fide* in der Klageformel ausgedrückt war, zeigt L. 7. §. 17. h. t., wo Julian die Ausschließung der Klage wegen dieses Mangels nur aus der alsdann nicht eintretenden *Usucapion* herleitet.

Beide Formeln erwähnen den Kauf mit Tradition als die gewöhnlichste *iusta causa*. Demnach decken sie nicht ganz das monitorische Edict, welches im Falle eines *traditum ex iusta causa* überhaupt ein *Judicium* versprach. So können sie also auch nur als Beispiele der zu gebenden Formel aufgefaßt werden, die nur, wenn die *iusta causa* Kauf war, durch ihre Fassung auch eine über die näheren Bedingungen in diesem Falle entscheidende Bedeutung hatten. Es erklärt sich daraus, warum die Römischen Juristen, indem sie den Namen der Klage nach dem monitorischen Edict bestimmten, in Fällen anderer *iustae causae* doch nicht, wie manche Neuere¹⁶⁾, von einer *utilis* oder *quasi Publiciana actio* sprechen, und wir werden sehen, daß und warum sie diesen Sprachgebrauch noch weiter ausdehnten.

¹⁶⁾ Jedoch auch schon Stephanus, der Basil. 15, 1, 63, vgl. 60, 5, 28. im Falle der L. 28. D. de noxal. act. (9, 4) eine *quasi Publiciana actio* annimmt.

III. Die Idee der Publicianischen Klage und ihr daraus folgendes Recht im Allgemeinen.

Ueber den juristischen Gedanken, der den Prätor bei Einführung dieser Klage leitete, haben wir mehrere allgemeine Quellaussprüche. Positiv wird gesagt, es würde hart, also unbillig gewesen sein, wenn der, welcher eine fremde Sache aus rechtem Grunde tradiert erhalten, aber noch nicht (durch Usucapion) Eigenthum daran, folglich auch nicht die civilrechtliche rei vindicatio erlangt und dann den Besitz derselben verloren habe, keine Klage zu ihrer Verfolgung hätte haben sollen.

§. 4. I. de act. (4, 6): Namque si cui ex iusta causa res aliena¹⁷⁾ tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persecuendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse et ita vindicat suam esse. quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

Negativ wird dann noch bemerkt, sie sei nicht dahin gemeint, dem Eigenthümer selbst die Sache wegzunehmen, sondern nur, daß der Kläger kraft eines bessern Rechts die Sache lieber habe als sein Gegner.

L. 17. D. h. t. Neratius lib. 3 membranarum. — Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumento est primo aequitas, deinde exceptio 'si ea res possessoris non sit': sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

¹⁷⁾ So habe ich nach Theophilus herausgegeben. Die Hschr. und übrigen Ausgaben haben aliqua, welches der Jurist, aus dem die Stelle genommen ist, oder doch die Commission d. h. Theophilus als bedeutungslos lieber ganz weggelassen haben würde, wie Gai. 4, 36.

Der Basilikenscholiast (Stephanus) legt die letzten Worte mit βελτίον ἐστὶ παντὸς ἑτέρου πλην τοῦ δεσπότου τὸ πρᾶγμα κατέχοντος aus und danach meint Mommsen, daß als am Schluß des Titels in der Flor. hinter habeat ausgefallen sei: quam quilibet alius praeter dominum, si is rem habeat. Am Schlusse eines Titels haben aber die Handschriften eher Zusätze als Weglassungen und der Ausdruck des Zusatzes ist auch nicht einmal richtig, da theils statt habeat wenigstens possideat stehen müßte, theils nicht bloß der Eigenthümer, sondern auch der, welcher nur gleiches Recht wie der Kläger hat, ihn ausschließt. Ich vermute daher, daß fast nur mittels einer Gemination zu schreiben sei: potiore iure (kraft stärkern Rechts als sein Gegner) rem habeat.

Ueber den nähern Grund jener Billigkeit belehrt uns aber das Recht und die Natur der Klage selbst.

Allerdings sollte eigentlich nur der, welchen das Civilrecht (vom ius gentium her stillschweigend oder iure proprio ausdrücklich) als Eigenthümer anerkennt, wie zu den übrigen Rechten des Eigenthums, so auch zur Verfolgung der Sache durch Klage berechtigt sein. Auf Grund der gewöhnlichen Erwerbarten im Verkehr würde diese Strenge aber höchst unbillig, ja undurchführbar sein. Theils kann der Erwerber, ungeachtet er seinerseits alles nach dem ius gentium oder civile Nöthige und Mögliche zum Erwerbe gethan, also aus einem gerechten Grunde die Sache erlangt hat, doch oft nicht wissen, ob sein Auctor Eigenthum hatte oder veräußerungsfähig war, wovon doch sein Eigenthumserwerb auch abhängt, und es könnten so endlich alle Sachen durch einmaliges Kommen in unberechtigte Hände außerhalb der Möglichkeit im Verkehr Eigenthum an ihnen zu haben und geltend zu machen gesetzt werden. Theils konnte später bei den vom alten Civilrecht ausgesonderten und im Verkehr unter den Bürgern nur durch civile Acquisitionen für erwerbbar erklärten res mancipi die Beobachtung der dafür neben der Tradition erforderlichen Förmlichkeit unmöglich sein, worauf, wie schon früher bemerkt, die erste nachher durch viele prätorische Erwerbe erweiterte Anerkennung selbst eines in bonis esse als materiellen Eigenthums neben dem meum ex iure Quiritium beruhte, das aber doch auch des civilen Klageschutzes entbehrte. Um nun jenem Nothstande zu begegnen, hatte schon das alte Civilrecht die Usucapion eingeführt. Es sah damit die bloße auf Grund eines äußerlich rechtmäßigen Vorganges

redlich begonnene, in ununterbrochen fortgesetzter äußerer Aneignung (capere) der Sache bestehende Ausübung des Eigenthums (usus) als einen nach einer gewissen Zeitdauer selbst den dritten Eigenthümer ausschließenden Erwerb an, unterwarf aber diese an sich bedenkliche Abweichung vom natürlichen Recht auch wieder gewissen Bedingungen und Ausnahmen, welche die Rücksicht auf den bisherigen Eigenthümer oder eine selbst über alles Privateigenthum hinausliegende rechtliche Eigenschaft der Sache gebieterisch forderte. Damit hatte das Civilrecht selbst dem äußerlich und nach seinem Bewußtsein gerechten Erwerber, der doch nicht Eigenthümer geworden war, im Unterschiede von dem, der einen solchen Erwerb nicht aufzuweisen vermochte, ein gewisses, zwar auch den vollen Umfang des in der Sache liegenden Nutzens ergreifendes, aber eben durch jene gesetzlichen Rücksichten bedingtes und beschränktes und einstweilen dem Eigenthümer selbst noch unpräjudicialerliches Recht an der Sache, gleichsam das Recht eines präsumtiven, werdenden Eigenthums¹⁸⁾

¹⁸⁾ Mit Recht nennen also die Basil. 50, 3, 9, 43. die laufende Usucapion *ἡ διὰ τοῦ χρόνου (χρονικῆς νομῆς) δεσποτεία* und sagen vom Usucapienten *δεσπόζει* z. B. 50, 3, 7. 8. 60, 5, 28. Das capere ist hier schon eine Art von habere, welche beiden Ausdrücke im Ambrischen auch noch nicht differenziert sind. Vgl. meine Igv. Tafeln S. 685. Auch zeigt der Sprachgebrauch der Römischen Juristen, welche die Ausdrücke usucapio, usucapere nicht auf den Erwerb durch die vollendete Besitzzeit beschränken, sondern damit auch die *condicio usucapiendi* vor demselben bezeichnen (z. B. L. 4. §. 18. L. 10 pr. L. 15 pr. L. 21. D. de usurp. 41, 3), daß sie in dieser selbst schon ein Recht (*ius adprehensum* L. 31. §. 2. D. de act. empti 19, 1) nur im Stande des Werdens aus dem im redlichen Erwerbe gelegten Keime (daher ein factisches — *possessio* L. 3. D. si usufr. 7, 6) erkennen, wie denn auch der natürliche Jahreswuchs das Vorbild des usus ist. Röm. Jahr S. 45. Aus diesem Gesichtspunkt wird das Veräußerungsverbot, sobald die Nutzungen in Frage stehen, auch auf *praedia* h. f. *possessa* bezogen, L. 5. §. 2. D. de reb. eor. (27, 9), eine Bestellung der *dos* auch mit solchen anerkannt (L. 12 pr. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de iure dot. 23, 3), würde auch in der Schenkung einer h. f. besessenen Sache zu Eigenthum (wohl zu unterscheiden von der des Besitzes, der bei darauf gerichtetem Willen auch von einem m. f. *possessor* stets wirklich geschenkt wird L. 46. D. de don. int. vir. 24, 1. L. 1. §. 4. D. de acquir. poss. 41, 2), eine eigentliche, den Schenker ärmer machende, daher unter Ehegatten ungültige Schenkung liegen, wonach sich L. 3. D. pro donato (41, 6) mit L. 25. D. de donat. int. vir. (24, 1) vereinigt, schadet ferner auch der Rechtsirrtum des h. f. *possessor* über wirklich erfolgten Erwerb des werdenden Eigenthums so wenig (L. 44. §. 4. D. de usurp. 41, 3. L. 2. §. 2. D. pro emp-

beigelegt, das sich jedoch als werdendes nur im usus, wenn der Erwerber selbst in erlangtem und ununterbrochenem Besitz das Eigenthum ausübte¹⁹⁾, und erst nach einer gewissen Zeit, dann aber auch als vollendeter Eigenthumserwerb wirksam erwies, mithin in diesem selbst auch erlosch. Dieses im Selbstbesitz gleichsam nur friedlich wirksame Recht nun auch zu einem activen, das heißt unabhängig vom eigenen und vielmehr bei, von einem Dritten vorenthaltenem Besitz klagbar zu machen, war der eigentliche Gedanke der Publicianischen Klage.

Die Klage hat hiernach sowohl geschichtlich als materiell einen nothwendigen Zusammenhang mit der Usucapion²⁰⁾, nicht daß sie

tore 41, 4) wie dem Eigenthümer der über seinen Erwerb (L. 7. D. de iur. ignor. 22, 6), hat der h. f. *possessor* die Delictsklagen des Eigenthümers als *utiles*, unterliegt er auch der *Rogalklage* u. s. w. (Windscheid Pand. §. 166) — überhaupt vgl. L. 49. D. de verb. signif. (50, 16). Den Ausdruck 'werdendes Eigenthum' haben übrigens schon Scheurl (Beiträge I. S. 220) und Runke (Cursus des R. R. I. S. 403), ersterer zur Erklärung der *blos* beim Erwerbe erforderlichen h. f. des Usucapienten gebraucht. Umgekehrt läugnen jetzt alles im Usucapionsbesitz liegende Recht Fitting Archiv f. civ. Pr. LI. S. 261. LII. S. 16., Gimmerthal cit. S. 80.

¹⁹⁾ In diesem Gedanken wurzelt auch der Früchterwerb des h. f. *possessor*. Das Recht des werdenden Eigenthums mußte für die Sache nach der Seite, wo sie selbst *blos* in Werdendem ohne dauerndes Sein sich äußert, und das geschieht in den ihrer Natur nach zum Verzehren bestimmten Früchten, zu sofortigem Eigenthumserwerbe (*per-ceptio*) genügen, jedoch auch dieses bedingt durch die Rücksicht auf den Eigenthümer, so daß, wenn dieser die Sache noch nicht usucapiert und die Früchte noch unverzehrt bei dem h. f. *possessor* findet, dessen Eigenthum an den Früchten seiner vindication gegenüber von selbst rückfällig wird. Daher sagt *Ulpian* vom h. f. *emptor* L. 48 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1) *quod ad fructus attinet, loco domini (nehmlich rei) paene est und fructus interim suos facit*. Die das Besitzrecht der Sache selbst betreffenden Beschränkungen der Usucapion haben aber natürlich auf dieses Recht des h. f. *possessor* an der werdenden Sache keinen Einfluß. — Bekanntlich ist aber diese Materie sehr bestritten (Göppert organ. S. 320 flg.) und würde eine überzeugende Begründung meiner Ansicht eine eigene Abhandlung erfordern.

²⁰⁾ *Diametral* entgegengesetzt ist die neueste Ansicht von Gimmerthal cit. S. 16. S. 79. Nach ihm ist der Grund der Klage weder fingiertes noch beginnendes Eigenthum, sondern 'lediglich der nothwendig auf einer *iusta causa* beruhende, also besonders titulirte und zugleich redliche Besitz' und beruhen die Quellenzeugnisse für ihren Zusammenhang mit der Usucapion auf Irrthum, Zurechtmachung des *Gaius* u. s. w. Es ist schwer, dergleichen Aufstellungen ausdrücklich zu widerlegen.

etwa eine wenigstens angefangene Usucapion erforderte und so auf dieser beruhte, sondern daß sie nur als eine andere active Wirkung dieselbe Erwerbart mit ihr voraussetzte, wonach die Römischen Juristen auch wohl geradezu von der Zulässigkeit der Usucapion auf die der Publiciana schlossen²¹⁾. Negativ drückt diesen Zusammenhang schon das monitorische Edict selbst mit dem Erforderniß *si . . . nondum usucaptum petet* aus, welches Gaius und §. 4. J. cit. wiederholen, Ulpian L. 1. §. 1. h. t. ausdrücklich in dem Sinne hervorhebt, daß wer schon usucapiert habe, dieser Klage nicht bedürfe, und worauf auch Paulus L. 12. §. 5. h. t. hindeutet:

Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.

Da man Sklavenkinder nicht zu kaufen, sondern nur durch Geburt zu haben pflegt, so wollte er auch sagen, daß wenn sie schon jährlich geworden und so im Besitz des Klägers gewesen seien, wegen vollendeter Usucapion die Publiciana ihrthalben nicht mehr Statt finde: wogegen der Ausdruck in Justinian's Sinne nur ein auch noch so junges und darum unnützes Sklavenkind bezeichnen soll. Positiv und direct bezeugt den Zusammenhang die Fassung der Normalformeln des Edicts. Hätte der Prätor den gerechten Erwerb eines dadurch vielleicht nicht Eigenthümer Gewordenen schlechthin klagbar machen wollen, so würde er bloß eine *in factum actio* gegeben haben, in deren Formel die Condemnation ohne Weiteres von dem Beweise des gerechten Erwerbs abhängig gemacht wäre, so wie die nicht eigenthumsartigen *in rem actiones*, namentlich die Serviana *actio* von dem Beweise des Pfandvertrages, die *Vectigalflage* von dem der vectigalischen (Gai. 3, 145), die *actio de superficie* von dem der beständigen Verleihung einer Superficie auf fremdem Boden²²⁾, wobei nur mittelbar rechtliche Momente z. B. des Pfand-

²¹⁾ Marcellus L. 7. §. 2. D. h. t. Julian L. 7. §. 17. D. eod.

²²⁾ Von der Serviana und quasi Serviana *actio* ist deren Eigenschaft als reiner *in factum actio* jetzt von den Meisten anerkannt und nach den Quellen unzweifelhaft. Von der *actio vectigalis* und *de superficie* behauptet mit Recht dasselbe Savigny System V. S. 81. Nur enthalten alle diese Klagen (was auch Savigny überfiehet) in der *facti intentio* selbst durch Erwähnung des Eigenthums oder sonstigen Rechts (in *bonis esse*) dessen, mit dem der Vertrag geschlossen sei, mittelbar auch eine rechtliche, wenn auch nicht civilrechtliche Voraussetzung. Rudorff

vertrages mit dem, der die Sache in *bonis* hatte, hinzugefügt werden. So ist aber die Publicianische Klage nicht angelegt. Sie ist nicht einmal eine *in factum*, sondern eine *ficticia actio*²³⁾, mit der als solcher der Kläger auch Eigenthum behauptet (et *ita rem vindicat suam esse* §. 4. J. de act.); denn auch der Prätor macht in ihrer Formel die Verurtheilung von vornherein von einem, fictionsweise durch vollendete Usucapion begründeten Eigenthum, genauer: von dem Eigenthum, welches dem Kläger, wenn er die Sache ein Jahr hindurch besessen hätte, zur Zeit der *litis contestatio* nach logisch nothwendiger Folgerung aus dem Civilrecht zustehen würde, abhängig, was von einer directen in *ius concepta formula* nur logisch, nicht objectiv verschieden ist, und wobei das factische Moment *quem hominem emit et is ei traditus est* nur mittelbar in jene logisch-rechtliche Voraussetzung eingeschoben und damit ihr untergeordnet, mithin ihrem Charakter assimilirt ist²⁴⁾, gleichwie auch jede directe in *ius concepta actio* mittelbar und nur unausgesprochen das Recht des Klägers begründende und von ihm zu beweisende Thatsachen in sich schließt.

Edict. de iurisd. §. 64. construirt für die Vectigalflage (anders bei der *de superficie* §. 249. Not. 4) eine *iuris intentio* mit einem Vagen, dem Römischen Rechte fremden *ex aequo eius esse*.

²³⁾ Mitten unter den Beispielen derselben führt sie Gai. 4, 34 . . . 38. in §. 36. an. Von den *in factum conceptae formulae* spricht er viel später 4, 45 seq. im Gegensatz zu den *in ius conceptae* und obwohl die *ficticiae formulae* streng genommen eine besondere Classe bilden, so gehören sie doch dem Sinne nach als solche, in quibus de iure quaeritur (nehmlich principaliter), zu den *in ius conceptae* (vgl. Krüger in der Zeitschr. f. R.-G. VII. S. 213), sofern nicht etwa die civile Klage, auf welche sie durch die Fiction zurückgebracht werden sollen, selbst *in factum* ist, wie theilweise die *actio furti* und andere Delictsklagen. Wir würden auf diese genaue Bestimmung ihres Charakters kein Gewicht legen, wenn nicht in der Schrift von F. Schulz über einige Anwendungsfälle der *Public. in rem actio* 1873 folgenreiche Irrthümer über die Natur dieser Klage sich an eine Auffassung der *ficticiae formulae* anknüpften, wonach sie auf die Seite der *in factum actiones* fallen.

²⁴⁾ Wenn Ulpian in L. 7. §. 11. D. h. t. als Formelworte *qui bona fide emit* angibt, anstatt *si quam rem A.us A.us bona fide emit* (vgl. Gai. 4, 36), so erklärt sich diese Ungenauigkeit theils aus dem natürlichen Bedürfniß eines Interpreten, der aus einer verwickelten Periode ein bestimmtes Erforderniß der Klage für sich auslegen will, dieses auch in einen abgeschlossenen, für sich bestehen-

Nach dieser Begründung auf fingierte Usucapion charakterisiert sich nun die Publiciana zunächst als eine Eigenthums-, nicht als Besitzesklage, von der eigentlichen rei vindicatio nur darin verschieden, daß der Prätor, diese erweiternd, ein anderes Rechtsverhältniß auf jenes ihr Vorbild zurückführt.

L. 35. D. de obl. et act. (44, 7) Paulus: Item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.

L. 7. §. 6. D. h. t. Ulpian: Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

Sie soll jenes als werdend angenommene Eigenthum wie ein gewordenes schützen und hat so wenig den Besitz zur Voraussetzung und dessen Schutz zum Zwecke, daß sie nicht nur auch ohne jemaligen Besitz des Klägers Platz greifen kann, wenn dieser nur nicht zur iusta causa gehört (L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. h. t.), sondern auch, wie die rei vindicatio, den jetzigen Nichtbesitz des Klägers bei körperlichen Sachen voraussetzt²⁵⁾. Und wenn Paulus in der zuerst angeführten Stelle sie zu den prätorischen Klagen rechnet, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, wie die Schuldklage gegen den honorum possessor des Schuldners, so erkennt er damit an, daß der Kläger mit dieser Klage die Sache selbst als in ihrem vollen Umfange ihm gehörig gegen den ohne Recht Besitzenden verfolgt (denn so gehört sie und zwar ohne Unterschied, ob der Kläger bonitarischer Eigenthümer oder nur h. f. possessor ist, auch dem besitzenden Usucapienten), weshalb auch hinsichtlich der Leistungen des Beklagten nach L. 7. §. 8. h. t. in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus. Wogegen in den in rem actiones in factum das klägerische Interesse durch das verfolgte beschränkte Recht (das Pfand-, vectigalische, Superficiarrecht), in den Klagen auf Erhaltung

den Satz zu bringen, theils daraus, daß die genaue Wiedergabe der bloßen Anfangsworte der Formel dem si eine falsche Beziehung auf emit gegeben hätte, während es doch zu possedisset gehört.

²⁵⁾ Gegen die Delbrück'sche Ansicht, daß sie den ältern gerechten Besitz schützen solle, vgl. Bruns in Bekkers Jahrb. IV. S. 8 flg. und die übrige Literatur bei Förster Preuß. Privatrecht §. 164. III. S. 105. Doch ist auch außerdem die Ansicht noch sehr verbreitet, daß die Klage zum Schutz 'des h. f. possessor' oder 'des bessern Besitzes' eingeführt sei. Nur als ungenauen Ausdruck könnte man sich das Erstere gefallen lassen. So ist es aber nicht gemeint.

des Besitzes durch den Werth des Besitzes (L. 3. §. 11. D. Uti possid. 43, 11) begrenzt wird.

Man würde jedoch auch irren, wenn man jene Fiction der vollendeten Usucapion nur als eine juristische Form ansehen wollte, um die Klage auf ein civilrechtliches Eigenthumsfundament zurückzuführen, wie in ähnlichen ficticiae actiones z. B. des honorum possessor oder emptor (Gai. 4, 34. 35), des Nichtbürgers wegen civiler Delictsobligationen eines Bürgers gegen ihn oder umgekehrt (Gai. 4, 37), des Gläubigers gegen einen capite deminuirten Vertragschuldner (Gai. 4, 38) u. s. w., wo überall nur eine fehlende persönliche Eigenschaft durch Fiction eingeführt wird: alsdann wäre die Ausschließung der Klage z. B. wegen einer gekauften res furtiva oder vi possessa u. s. w. gewisser Maßen nur zufällige Folge davon, daß gerade die Usucapion als Erwerbart wirklichen Eigenthums durch Fiction herbeigezogen wäre. Vielmehr wollte der Prätor selbst eben damit ein dem Erwerber ex iusta causa zuerkanntes klagbares Besitzrecht den materiellen Beschränkungen der Usucapion unterwerfen, damit es nicht über sein oben gedachtes civiles Fundament hinausreiche, weil er sonst mit dieser Klage das Civilrecht nicht bloß billiger Weise ergänzt, sondern gegen Gesetz und Billigkeit verletzt hätte. Dieses spricht Paulus wenigstens für die der Usucapion wegen Unveräußerlichkeit entzogenen Sachen aus in

L. 12. §. 4. D. h. t. Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

Natürlich gilt es aber auch von andern Gründen, aus denen schon das Zwölftafelgesetz und andere die auctoritas d. h. das Recht des Eigenthümers dem usus gegenüber, insofern er ihn beständigen oder entkräften kann, für aeterna erklärt oder, wie wir uns auszudrücken pflegen, Sachen unter gewissen Umständen der Usucapion entzogen hatten, wie als res furtivae, vi possessae, als forum bustumve eines Grabmals oder gar als alles Recht der Privaten ausschließende Sachen, wie freie Menschen, res divini iuris, communes iuris gentium und publicae.

Daß jener Gedanke der Publicianischen Klage auch die Einreden des iustum dominium oder eines dem klägerischen gleichen

gerechten Erwerbes einschloß, versteht sich von selbst. Wie die 12 Tafeln in demselben annus oder biennium des usus auch die auctoritas des jehigen Eigenthümers als das mächtigere jetzt schon seiende und zur usurpatio berechnigte Eigenthum anerkannt hatten ²⁶⁾, so mußte auch in der Klage das erst Werdenbe der größeren Macht des schon Seienden weichen und konnte jenes auch das nur gleiche Besitzrecht des Beklagten nicht überwinden.

Man muß sich aber auch hüten, jenen nothwendigen Zusammenhang der Klage mit der Usucapion nicht über seine natürlichen Gränzen hinaus zu erstrecken. Davor warnt uns der schon in anderer Beziehung von uns angeführte und in seinem Wortlaut verbesserte Ausspruch des Paulus:

L. 12. §. 2. D. h. t. In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte (L. possessio) bona fide mihi traditum (L. tradita) est. §. 3. Idem est si superficiariam insulam a non domino bona fide emero;

der mit dem des Ulpian:

L. 9. §. 5. D. eod. Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo locum non habet; nur in einem scheinbaren Widerspruch steht. Erinnern wir uns der Frage des Ulpian nach Anführung der monitorischen Edictsworte und der Bemerkung, daß die vollendete Usucapion die Klage ausschließe: Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sint iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? und daß er nach der uns nicht erhaltenen Erlebigung derselben fortfährt: Ait praetor — nicht etwa 'ex iusta causa traditum nondum usucaptum petet', sondern sogleich 'ex iusta causa petet'. Jene Frage wollte doch es auffallend und der Erklärung bedürftig finden, daß der Prätor bei Begründung dieser

²⁶⁾ Es ist wohl nicht überflüssig, an den richtigen Begriff der usurpatio zu erinnern, wonach sie — nach ursprünglichem Sprachgebrauch selbstverständlich vor Allem in den Vindicen des Eigenthümers gegen den Usucapienten — auch nach Abschaffung der legis actiones aber noch in einem von den Juristen der Decemviralzeit erfundenen, außergerichtlich gegen ihn vorgenommenen ähnlichen Formalacte bestand. Vgl. Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. N. F. II. S. 141 flg. (leider durch viele Druckfehler entstellt).

Klage auf eine Erlangung der Sache ex iusta causa die Erfordernisse der Tradition und Usucapion einmische, was voraussetzt — und die folgenden Worte 'ex iusta causa petet' bestätigen dieß — daß Ulpian als eigentliche Meinung des Prätors nur das Erfordern eines Erwerbes ex iusta causa ansah, so daß den weiteren Erfordernissen der Tradition und Usucapion nur ein secundäres und relatives Moment zukomme. Was er damit meinte, haben wir nun für die Tradition schon erklärt. Wie aber mit der Usucapion und dem Ausdruck iuris partes, der sehr auffallend wäre, wenn damit nur genera acquisitionum bezeichnet werden sollten, und der vielmehr auf ganze Rechtsgebiete des obrigkeitlichen Rechts zu gehen scheint. Wir dürfen annehmen, daß beides mit einander zusammenhängt. Was nun die Usucapion betrifft, so hatte diese ihre Bedeutung nur für das System der Erwerbe der Privaten in dem Verkehr innerhalb des Römischen Staats, hinsichtlich der körperlichen Sachen also zwar für alle beweglichen im ganzen Reiche, unter den unbeweglichen aber nur für die Römischen d. h. später alle Italischen oder welche in den Provinzen das ius Italicum hatten, als Gegenstand des Privat-Eigenthums. Nur auf diese, für welche ja eben das Edict und die Publicianische Klage ursprünglich aufgestellt waren, konnten sich die von der Usucapion hergenommenen civilrechtlichen Beschränkungen oder secundären Erfordernisse beziehen. Für andere — und diese mußte Ulpian in seinen libri ad edictum (tam urbicum quam provinciale) doch auch bedenken ²⁷⁾ — blieb bloß das Erforderniß des Erwerbes ex iusta causa und was etwa später von jenen Beschränkungen des Besitzrechts eines reblichen Erwerbers auch auf sie ausgedehnt war. Solche Sachen waren aber zunächst auch in Italien

²⁷⁾ Man möchte gegen die Berücksichtigung auch der Vectigal- und Provincialländer den Ausdruck quibus dominium quis nancisceretur anführen. Aber zu Ulpian's Zeit, in der auch nicht mehr wie zu der des Gaius zum städtischen und zum Provinzialedict in verschiedenen besondern Büchern geschrieben wurde, hatte sich das materielle oder fast materielle Privateigenthum auch an jenen Aekern schon so sehr geltend gemacht, daß in einer allgemeinen Betrachtung, die ohnehin zunächst die übrigen Erwerbarten außer Tradition an eigenthumsfähigen Sachen im Auge hatte, auch der Ausdruck dominium im Gegensatz zu der bloßen eigentlichen possessio als ein weiterer allgemeiner Begriff nicht auffallen kann. Schon Plin. ep. 7, 18. trägt kein Bedenken, selbst den Vectigalbauer auch dominus zu nennen.

die Vectigaläcker und Superficien — sofern daran den Privaten ein gewisses Besitzrecht zustand — und außer Italien alle Provincialgrundstücke (statt in aliis praediis hatte Paulus selbst ohne Zweifel in provincialibus praediis geschrieben). Davon wird nun auch Ulpian in den ihm vor L. 3. §. 1. h. t. gestrichenen Worten gehandelt haben. Tribonian genügte für die unbeweglichen Sachen die Stelle des Paulus, der nach dem Rechte seiner Zeit als von der Usucapion auf jene Grundstücke erstreckt nur auch die Veräußerungsverbote anführen konnte (L. 12. §. 3. cit.)²⁸⁾. Die Klagformel wird aber hier auf die Fiction einer longi temporis possessio mit daraus für den Kläger hergeleitetem Präscriptionsrecht (tum si me ex edicto meo praescriptione eum tueri oporteret) gerichtet worden sein²⁹⁾. Bedurfte aber der Kläger dieser Fiction nicht, weil er gewiß war, von einem Veräußerungsberechtigten erworben oder schon lange Zeit (mit Hinzurechnung des Besitzes seines Auctor) besessen zu haben, so lag es auch in der Idee des Publicianischen Edicts nach dessen zweiter Voraussetzung (Erwerb a domino), ihn durch eine entsprechend eingerichtete in factum actio ohne Fiction zu schützen, da die aequitas dieselbe war wie beim bonitarischen Eigenthümer unter der Herrschaft des ius civile, und darauf beziehe ich die in den vorjustinianischen Quellen bezeugte vindicatio ex aequo der Provincialäcker³⁰⁾, die im Justinianischen Rechte nach Gleichstellung derselben mit den Italischen und Einführung eines einzigen natürlichen Eigenthums auch bei ihnen wegfallen mußte.

²⁸⁾ Auch die Lex Julia et Plautia de vi bezogen sich ohne Zweifel nur auf Italische Grundstücke.

²⁹⁾ Vgl. L. 13. §. 1. D. de iureiur. (12, 2) L. 1. C. commun. de usuc. (7, 30), welche Stellen später in Anm. 105. zu erläutern sein werden. Rudorff Edict. perp. §. 63. hat im Zusammenhange mit seiner Ansicht über das meum esse ex aequo an solchen Grundstücken dieses als rechtliche Folge an die Fiction der longi temporis possessio geknüpft. Vgl. oben Anm. 22. Von einem meum esse oportere kann aber außerhalb des ius und der lex, also bei der longi temporis possessio, die nur kraft des Imperium der Obrigkeiten und ihres Edicts eine rechtliche Wirkung hatte, nicht die Rede sein. Die Ausdehnung des Ausdrucks vindicare auf solche Grundstücke (Frontin. de contr. agror. p. 35, 36. Fr. Vat. 315, 316) bezeugt wohl eine in rem actio, aber nicht eine iuris intentio.

³⁰⁾ Vgl. die in der vorhergehenden Anm. citierten Stellen, auch L. 3. C. de his q. vi (2, 20) in Anm. 37.

Das Usucapionsrecht oder werdende Eigenthum des h. f. possessor ist ein höchst persönliches unübertragbares, indem es alle seine Voraussetzungen nur in der Person des Besitzers selbst hat, jeder neue, wenn auch derivative, Erwerber doch wieder nur aus seiner eigenen Person — seiner bona fides, seiner iusta causa, seinem Besitze — usucapionsberechtigt ist³¹⁾. Auch diese Eigenschaft drückt sich wiederum in der Publiciana aus. Im direkten materiellen Gegensatz zu der rei vindicatio, die ihren Beweis bei allen derivativen Erwerben aus der Person des Auctor entnehmen muß, kommt das Recht des Auctor bei der Publiciana gar nicht in Betracht, weshalb dieser in ihrer Klagformel selbst bei der iusta causa gar nicht erwähnt wird³²⁾, indem auch diese nur, insofern sie für den Kläger eine solche ist, ein Erforderniß derselben bildet, der Usucapionsbesitz aber für ihn selbst vollständig fingiert wird. Es folgt daraus auch, daß die Abweisung des gutgläubigen Klägers mit der Publiciana keinen Evictionsleistungsanspruch gegen den Auctor begründet und diesem von ihm nicht Vis denunciirt werden kann.

Die Eigenschaft der Publicianischen Klage als einer auf das

³¹⁾ Es heißt in ihr nur quam rem emit oder bona fide emit et ei tradita est, ohne den Verkäufer und Tradenten zu erwähnen. Doch ist damit nicht gesagt, daß der Publicianische Kläger nicht auch speciali causa adiecta klagen könnte. L. 11. §. 2. D. de except. rei iudic. (44, 2). Dieses hat dann aber nur auf den Umfang der exceptio rei iudicatae Einfluß; eine Begründung seines Rechts in dem des in der Klage z. B. angeführten Verkäufers liegt darin nicht und dieser könnte zwar als Zeuge, aber nicht als Auctor von ihm zugezogen werden.

³²⁾ Der Erbe macht nicht etwa eine Ausnahme, denn er erwirbt nicht die Sache vom Erblasser, sondern überkommt nur mit dessen vermögensrechtlicher Persönlichkeit auch dessen Erwerb. — Auch verwechselt man mit der obigen Behauptung nicht, daß der veräußernde h. f. possessor allerdings aus seinem Vermögen weggibt (z. B. eine Dos bestellt L. 6. §. 1. D. de i. dot. 23, 3), mithin auch, wie den bona fide Empfangenden reicher, so sich selbst ärmer macht, woraus folgt, daß seine Schenkung an diesen eine eigentliche, die an seinen Ehegatten eine nichtige ist, der daher der Usucapionstitel fehlt (L. 3. D. pro donato 41, 6), wogegen, wenn der Schenkende kein Usucapionsrecht hatte, der andere Ehegatte, da dann keine eigentliche und daher keine hier verbotene Schenkung vorliegt, usucapieren könnte. L. 25. D. de donat. int. vir. (24, 1) nach Cuiacius Verbesserung. Wäre aber im ersten Falle die Ehe geschieden ohne Widerruf, so würde dadurch das anfängliche Vitium der eigentlichen Schenkung auch beseitigt und die Usucapion bekräftigt werden. L. 24. D. eod. Dieß zur Erläuterung des in Anm. 18. Gesagten.

Recht des Usucapienten gegründeten Eigenthumsklage gibt ihr aber ferner auch die Beschränkung, daß sie wegfallen muß, wenn der Kläger selbst sich jenes werdenden Eigenthums wieder gültig entäußert hat oder es sonstwie — wenn nur wahrhaft rechtlich d. h. auch nach der Billigkeit — wieder aufgehoben ist, da dieses ja auch von der rei vindicatio selbst gelten würde. Allerdings ist diese Aufhebung nicht in derselben formellen Weise, wie für die rei vindicatio selbst zu verstehen, weil die Möglichkeit der Fiction, auf der die Publiciana als Eigenthumsklage beruht, durch jene Veräußerung nicht ebenso wegfällt, wie die Wahrheit der directen intentio der rei vindicatio; wohl aber materiell, indem der Prätor, wenn jene Entäußerung Statt gefunden hat, auch die Fiction als Organ der von ihm eingeführten Eigenthumsklage für diesen Erwerber nicht mehr wollen kann. In einem solchen Falle würde also der Beklagte nicht etwa auf eine exceptio rei venditae et traditae beschränkt sein, die eine unmittelbar oder mittelbar vom Kläger an ihn geschehene Veräußerung voraussetzen würde, diesem muß vielmehr die Klage bei der postulatio und Frage über ihre Ertheilung von vorn herein und gleichviel, wen er belangt, wegen mangelnden Interesses verweigert werden. Dieses wollen auch argumento a contrario die unter den Bedingungen ihrer Zuständigkeit stehenden Worte der Institutionenstelle besagen:

si eius rei casu amiserit possessionem
so wie die des Gaius L. 13. pr. D. h. t.

si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum
persequendarum gratia haec actio:

insofern nehmlich dieses casu oder bloße amittere als Gegensatz einer Veräußerung gedacht ist (vgl. L. 119. D. de reg. iur.). Aber auch ausdrücklich sagt Ulpian (L. 1. pr. D. quib. mod. usufr. 7, 4. = Fr. Vat. 67), daß durch die capitis deminutio des Usufructuars auch die prätorische Klage wegen des Nießbrauchs, namentlich die de usufructu tradito, also die Publicianische untergehe, was, wenn in ihr der Nießbrauch die Natur eines bloß factischen Rechts annähme, wie die habitatio, nicht der Fall sein würde. Den juristischen Grund des Unterganges, der ganz mit dem unserer Gleichstellung des werdenden Eigenthums mit dem wirklichen hinsichtlich der Aufhebung übereinstimmt, gibt aber Ulpian für die Aufhebung auch der Publiciana wegen eines ususfructus ex causa fidei-

commissi traditus durch Nichtgebrauch in L. 3. D. si ususfr. pet. (7, 6) an: est enim absurdum, plus iuris habere eos, qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sunt.

Aus diesem Recht der Publiciana folgt, daß wenn der zu ihr Berechtigte die Sache veräußert und durch einen neuen Erwerb ex iusta causa z. B. vermöge eines Kaufs oder durch Redhibition vom Erwerber wiedererlangt hat, die Klage ihm nicht aus dem ursprünglichen, sondern aus diesem neuen Erwerbgrunde zusteht. In diesem Sinne wird also auch L. 12. pr. D. h. t. von Paulus zu verstehen sein.

Quum sponsus sponsae servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est a divo Pio, divortio facto restituendum esse servum; nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam. Dabitur ergo et possidenti exceptio et amissa possessione Publiciana, sive extraneus sive donator possideat.

Schenkungen unter Brautleuten sind nicht bloß überhaupt, sondern nach älterm Recht als zwischen personae exceptae auch in jedem Betrag und wenn auch durch bloße Tradition einer res Mancipi vollzogen, vollkommen gültig (Fr. Vat. 301. 283, 1), mochte hier der Schenkende Eigenthümer, oder, wie man im Sinne des Justinianischen Rechtes annehmen muß, nur b. f. possessor sein. (L. 24. D. de don. int. vir. 24, 1). Die Braut, welche hier den ihr vom Bräutigam wirklich geschenkt und nicht etwa in Schenkungsabsicht bloß als Vergrößerung der von ihr zu erhaltenden Dos gleich zurückbehaltenen³⁴⁾ Slaven, obgleich vor vollendeter Usucapion zur Dos gab, bestellte ihm also auch damit eine Dos aus ihrem Vermögen (vgl. Ann. 32) und machte den Slaven dotal, der ihr deshalb, wie der Kaiser entscheidet, nach der Ehescheidung auch zurückgegeben werden mußte. Es wird nicht gesagt und darf also auch nicht willkürlich angenommen werden, daß der Slav inzwischen

³⁴⁾ L. 1. C. de don. ante nupt. (5, 3) erörtert diesen Gegensatz, im Hinblick auf welchen ohne Zweifel auch Pius so entschied. Bei jenem scheinbar nur abgekürzten Schenkungsverfahren wäre weder eine Schenkung noch eine datio in dotem zu Stande gekommen und daher auch weder eine Restitutionsverbindlichkeit vorhanden, noch auch die Restitution durch eine iusta causa begründet gewesen.

vom Ehemann usucapiert worden sei; jedenfalls erhielt also auch die Frau durch die Restitution nur wieder bonitarisches Eigenthum oder h. f. possessio. Wenn nun Paulus aus der kaiserlichen Entscheidung folgert, daß der besitzenden Frau eine exceptio und nach verlorenem Besitz die Publiciana zustehet, denkt er sich dann diese Rechtsmittel unmittelbar begründet durch die ursprüngliche Schenkung und betrachtet sie auch als die Mittel, die Restitution zu erlangen oder stützt er sie (wie unsere Ansicht es mit sich bringen würde), indem er zunächst die Restitution sich als geschehen denkt, eben auf diese als iusta causa, ohne jedoch damit (weil dieses selbstverständlich) auszuschließen, daß auch schon vor der Hingabe zur Dos und der Restitution an die geschiedene Frau auf Grund der Schenkung für die damalige Braut dasselbe gelten würde? Das erstere hat jüngst Schulin³⁵⁾ angenommen, indem er die in der Stelle erwähnte exceptio gegen die rei vindicatio des Mannes, der nach ihm inzwischen usucapiert hatte, Statt finden und eine etwaige replicatio des Mannes, daß sie ihr bonitarisches Eigenthum auf ihn zurückübertragen, durch eine doli duplicatio, entlehnt von der Verbindlichkeit des Mannes ihr den Dotalsclaven zu restituieren, entkräftet werden läßt, während im Falle ihres Nichtbesitzes (? vielmehr: verlorenen Besitzes) ihre Rückforderung durch die Publiciana eben so auf die nicht ungeschehen zu machende Thatsache der Schenkung und Tradition begründet und, wenn der Mann besitzt, gegen dessen exceptio iusti domini aus der Dotalbestellung durch eine doli replicatio bei Kraft erhalten werden soll. Er gewinnt so einen Quellausspruch für seine Ansicht, daß die Publiciana als eine auf Thatsachen gegründete Klage ungeachtet einer spätern Veräußerung des Klägers begründet und, wenn er nur gegen die Einrede des Beklagten eine Replicatio habe, auch wirksam bleibe und unsere obige Aufstellung wäre damit widerlegt oder wenigstens, da wir sie auch auf Quellenzeugnisse gestützt haben, eine Antinomie nachgewiesen. Diese neue Auslegung ist aber nichts weniger als überzeugend. Abgesehen davon, daß wohl kein Römischer Jurist vor Justinians L. 12. C. de iure dot. (5, 12) an eine dingliche Rückforderungsklage der Dos gedacht hat (vgl. für unsern Fall L. 1. C. cit.) und Paulus gerade die Hauptsache, jene Replicatio und

³⁵⁾ In der Ann. 23 cit. Schrift S. 48—53.

Duplicatio, weggelassen hätte, wäre es eben so unnatürlich, daß Paulus zuerst von der exceptio der Frau gesprochen, also zunächst diese als nach der Scheidung zufällig schon im Besitz des zu restituierenden Slaven gedacht, als daß er auf den Fall des von ihr verlorenen Besitzes übergehend, die Publiciana so erwähnt haben sollte, daß er dabei wieder zunächst einen extraneus und dann auch den Mann als Besitzer vorausgesetzt, den regelmäßigen Fall aber, daß die geschiedene Frau den Slaven nicht besaß, überhaupt unerwähnt gelassen haben sollte. Diesen Schwierigkeiten unterliegt unsere Erklärung nicht, nach der das Interesse des Paulus an dem Falle einfach darin bestand, nach der Entscheidung des Kaisers über die Dotalschuld des Mannes (restituendum esse) folgeweise auch das absolute Recht der Frau an dem ihr restituierten Slaven zu bestimmen, und es dabei bleibt, daß eine von dem Publicianisch Berechtigten geschehene, nach Recht und Billigkeit wohlbeständige Veräußerung der Sache, wie im vorliegenden Falle die Hingabe zur Dos es war, die Publiciana aufhebt. Dagegen hat der bloße, wenn auch verschuldete Besitzverlust des Klägers keinen nachtheiligen Einfluß auf die Zuständigkeit der Klage, da für sie der Besitz des Klägers überhaupt keine Bedingung ist³⁶⁾.

Auch schrieben wir einen solchen Einfluß wohlgerwogen nur einer gültigen Rechtsveräußerung zu, d. h. wenn diese auch materiell vor dem Prätor rechtsbeständig ist. War das Veräußerungsgeschäft ein solches, wodurch bloßes Quiritarisches Recht übertragen wurde, wovon später zu handeln sein wird, so entzog es die Publiciana nicht. War es ein erzwungenes, so gab der Prätor, dem dieses gegen den

³⁶⁾ Daß der Prätor dem gewesenen Besitzer, welcher durch sein Verschulden den Besitz verloren hat, auch gegen einen dritten Besitzer helfen würde, sagt Papi- nian in L. 63. D. de rei vind. (6, 1) offenbar mit Rücksicht auf unsere Klage (vgl. L. 7. §. 1. D. h. t.), wie schon Glück cit. VIII. S. 536 flg. erkannt hat. Doch paßt die Stelle insofern nicht hieher, als sie von irgend einem mit der rei vindicatio belangten Besitzer, der, weil er den Besitz nicht herausgeben konnte, zur litis aestimatio verurtheilt wurde und diese bezahlt hat, spricht. Ihm steht dann allerdings die Publiciana zu, aber nicht auf Grund seiner ursprünglichen rechtmäßigen Erlangung der Sache, sondern weil er jetzt als Käufer der Sache durch die gezahlte Condemnationssumme zu betrachten ist, mithin auch dann, wenn seine erste Erlangung eine unrechtmäßige war. L. 22. D. rer. amot. (25, 2), über welche Stelle Guiaec. obs. 10, 6. zu vergleichen ist.

Einwand des Beklagten bei der *postulatio actionis* bewiesen wurde, nach der späteren Auslegung seines monitorischen Edicts *quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*, die darin nicht mehr bloß das Versprechen einer persönlichen revocatorischen Klage (*quod metus causa*) erblickte, sondern nach diesen Worten auch das so abgeschlossene Geschäft selbst für materiell und prätorisch nichtig ansah³⁷⁾, die dem Gezwungenen früher zuständig gewesen in *rem actio* dennoch, d. h. wenn er Eigenthümer gewesen war und darauf sich stützen wollte, die *rei vindicatio* als rescissorische (*si fundus ab eo vi metusve causa illi mancipatus non esset, tum si etc.*)³⁸⁾, wenn er aber bloß den gerechten Erwerb behaupten konnte oder doch wollte, die *Publiciana* nicht etwa mit doppelter Fiction, sondern schlechthin, da bei ihr es einer Abänderung der Formel, deren Fiction durch die geschehene Veräußerung ja *ipso iure* nicht aufgehoben wurde, nicht bedurfte, sondern es bloß bei der *causae cognitio* sich fragte, ob sie nicht unter diesen Umständen ungeachtet der geschehenen Veräußerung doch billiger Weise fortzuauern, indem hier vielmehr

³⁷⁾ Vgl. L. 3. C. de his quae vi (2, 20) von Gordian (239). Sie spricht von einem Provincialgrundstück, welches der Erblaffer des Klägers zu veräußern gezwungen worden war, und sagt, der Statthalter werde selbst dem dritten Käufer die Rückgabe an ihn anbefehlen, *postquam placuit, in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti*. Schwerlich aber enthielt dieses Edict (also seit Julian) auch schon feste rescissorische Formeln für diesen Fall (deren Construction bei Rudorff ed. perp. p. 56. offenbar verfehlt ist); Ulpian konnte dann in L. 9. §. 6. D. quod metus (4, 2) nicht bloß von seinem existimare dandam esse in *rem actionem* reden. Und so halte ich auch immer noch meine Lesart bei Paul. 1, 7, 4., die in diesem Falle eine *datio rescissoriae actionis* kraft prätorischer Restitution annimmt (gegen Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 131 flg.), aufrecht. Bei der *causae cognitio* begnügte sich aber der Prätor mit Verschonung des Zwanges, der Beweis gehörte vor den Iudex.

³⁸⁾ Ulpian in L. 9. §. 4. D. quod metus causa (4, 2). *Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione*. Man darf daraus, daß Ulpian die Rescission bei der in *rem actio* nicht erwähnt, nicht (mit Schulin cit. S. 131) schließen, er habe sie hier da, wo sie nothwendig war — für die *rei vindicatio* z. B. *rescissa mancipatione* — nicht erfordert. Denn er fügt das *rescissa acceptilatione v. a. l.* zur in *personam actio* nur hinzu, um diese von der *actio quod metus causa* auf das Vierfache, die hier sonst gewöhnlich unter der in *personam actio* verstanden wurde, zu unterscheiden. Vgl. L. 9. §. 6. eod. und Paul. 1, 7, 4.

dem Beklagten die *exceptio dominii* zu versagen sei³⁹⁾, die dieser, auf das ihm übertragene Eigenthum sich stützend, etwa verlangte, und auf beides zusammen⁴⁰⁾ geht der Grund, den Ulpian für diese Fortdauer der in *rem actio* anführt, *quia res in bonis est eius, qui vim passus est, d. h.* weil sie materiell noch ihm gehört (zu bonitarischem Eigenthum, wenn er bisher wirklicher Eigenthümer war, zu *Publicianischem*, wenn er nach der Art seines ursprünglichen Erwerbes wegen b. f. nur die *Publiciana* hatte), gleich wie aus demselben Grunde Paulus dem Eigenthümer, der seinen Sklaven gezwungen mancipiert hat, doch dessen Erwerbe und was er stipuliert hat, zuschreibt⁴¹⁾. Eine durch Dolus bewirkte Veräußerung ist auch nach dem Edict des Prätors nicht nichtig, der deshalb nur eine arbiträre persönliche Entschädigungsklage gibt. In diesem Falle würde also auch die *Publiciana* des Veräußerers aufgehoben bleiben.

Unsere Quellen sprechen in dem eben gedachten Falle des Zwangs nicht von einer *utilis*, aber doch von einer *danda in rem actio*, was auf dasselbe herauskommt und nur außer der rescissorischen *rei vindicatio* auch die *Publicianische* Klage mit umfaßt. Bekanntlich ist aber in unsern Quellen vielfach auch von einer *utilis vindicatio* oder in *rem actio* oder bloß in *rem* oder bloß *utilis actio* (namentlich neben einer alternativ zuständigen *condictio*) die Rede, die in gewissen Fällen aus Gründen der Billigkeit oder civilrechtlicher Begünstigung Jemanden gegeben werden soll, der wirklich weder Eigenthümer noch Erwerber *bona fide* ist. Die Fälle sind sehr verschiedener Art. So hat eine solche der bisherige Eigenthümer in folgenden Fällen: der einer Leinwand oder Tafel gegen den Maler, der diese zu einem Ge-

³⁹⁾ So wie in der später unter VIII. zu erklärenden L. 57. D. *mand.* (17, 1). Schloßmann cit. S. 104 flg. bestimmt die rescissorische *Vindicatio* richtig, verkennt aber die Natur und das Recht der *Publiciana* in Verbindung mit der *exc. iusti dominii*, wovon später.

⁴⁰⁾ Schulin cit. S. 19—47 behauptet in diesem Falle nach seiner gleich näher zu erörternden Ansicht, daß bloß von der Fortdauer der *Publiciana* die Rede sei.

⁴¹⁾ Paul. 1, 7, 6. Diese Entscheidung gehört nur gleichsam dem friedlichen Recht der Jurisprudenz, wie die andere wegen der Klage dem Proceßrecht an. Man vergleiche damit, daß im Falle einer f. g. *obligatio civilis inefficax* der Prätor gegen die Klage daraus eine *exceptio* gab, die Jurisprudenz die Erfüllung einer solchen Schuld oder die *Fidejussio* oder Pfandbestellung für sie u. s. w. als ungültig ansah.

Suchte, das Recht der *Publicianischen* Klage.

mälde benutzt hat ⁴²⁾, der eines auf fremden Boden verpflanzten Baumes ⁴³⁾, der donator mortis causa, den es reuet geschenkt zu haben (daneben eine *condictio*) ⁴⁴⁾, gewesene Brautleute wegen der einander gemachten Geschenke ⁴⁵⁾, der Patron wegen der seinem Freigelassenen geschenkten Sache ⁴⁶⁾, jeder Schenker *sub modo alimentorum dandorum*, wenn diese verweigert werden, neben einer *condictio* ⁴⁷⁾, in allen Fällen gegen den Beschenkten. Ferner in Fällen, wo von einer erst zu erwerbenden Sache die Rede ist, der Soldat gegen den Stellvertreter wegen der von diesem mit des ersteren Gelde für sich gekauften Sache ⁴⁸⁾, der Ehegatte wegen der aus seinem Geschenke vom andern specificierten oder mit dem geschenkten Gelde gekauften Sache ⁴⁹⁾, der Mündel wegen der mit dessen Gelde von seinem Vormund für sich gekauften Sache ⁵⁰⁾, endlich nach Justinians Verordnung die Ehefrau nach aufgelöster Ehe wegen der *Dos* ⁵¹⁾, wo auch wieder dem gewesenen Eigenthümer die *utilis vindicatio* zustehen kann, wenn nemlich die Ehefrau selbst die *Dos* gegeben hatte. In so verschiedener Weise auch das Recht aller dieser *utiles actiones* aufgefaßt worden ist ⁵²⁾, so war man doch darüber wohl ziemlich allgemein einverstanden, daß das in deren Klagformeln durch irgend welche eigenthümliche und nach Verschiedenheit der Fälle verschiedene Fiction ihnen zu Grunde gelegte Recht des Klägers als gewöhnliches volles Eigenthum zu denken sei und diese Klagen also mit der *Publicianischen* nichts zu schaffen haben. Neuerlich hat aber Schulin ⁵³⁾ in dem Bestreben, jene Klagen an

⁴²⁾ Gai. 2, 78. §. 34. J. de rer. divis. (2, 1). L. 9. §. 2. D. de acq. rer. dom. (41, 1).

⁴³⁾ L. 5. §. 3. D. de rei vind. (6, 1).

⁴⁴⁾ L. 30. D. de mort. c. don. (39, 6).

⁴⁵⁾ L. 15. C. de don. ante nupt. (5, 3).

⁴⁶⁾ Fr. Vat. 272.

⁴⁷⁾ L. 1. C. de don. q. sub modo (8, 55).

⁴⁸⁾ L. 8. C. de rei vind. (3, 32).

⁴⁹⁾ L. 29. §. 1. L. 30. L. 55. D. de don. int. vir. (24, 1).

⁵⁰⁾ L. 2. D. quando ex facto (26, 9).

⁵¹⁾ L. 30. C. de iure dot. (5, 12).

⁵²⁾ Vgl. darüber die Abhandlung von Zhering Jahrb. für Dogm. I. S. 101 flg. und deren Kritik von Kindervater in Bekkers Jahrbuch VI. S. 337 flg.

⁵³⁾ In der oben Anm. 23. citierten Schrift, die sich fast ganz mit diesen Klagen beschäftigt.

bekanntes Recht anzuschließen, die Ansicht zu begründen und durchzuführen gesucht, daß in jenen *utiles vindicationes* oder in *rem actiones* ⁵⁴⁾ nur Anwendungen der *Publiciana actio* zu erkennen seien, deren gewöhnliche Formel in den meisten Fällen (denen des klagenden gewesenen Eigenthümers) gegen dritte unberechtigte Besitzer ohne Weiteres, gegen den neuen Eigenthümer selbst durch eine *doli replicatio* gegen dessen *exceptio dominii*, in den übrigen Fällen aber noch durch eine hinzugefügte, das Stellvertretungsverhältniß betreffende Fiction, übrigens in gleicher Weise, sich wirksam zeigt. Es leuchtet ein, daß diese Auffassung jener Klagen nicht bloß in den Fällen, wo sie dem gewesenen Eigenthümer zustehen, mit unserm Grundsatz, daß die *Publiciana* mit einer gültigen Veräußerung wegfallt, in Widerspruch steht, sondern daß mit ihr auch der ganze juristische Gedanke, auf den wir die *Publicianische* Klage zurückgeführt haben, unverträglich sein würde. Sie ist aber auch unrichtig, wie sich, auch ohne daß wir auf den Beweis für unsere mit ihr im Widerspruch stehende Ansicht zurückzugehen brauchen, zeigen läßt.

Es mag kein Gewicht darauf gelegt werden, daß nach ihr, wenn eine Sache durch die Hände von zehn Erwerbern gegangen wäre, jeder derselben — außer dem letzten auch jeder ohne alles eigene Interesse — gegen den dritten rechtlosen Besitzer zur *Publiciana* gleich berechtigt sein würde. Es wäre dieses wohl sonderbar genug, auch höchst auffällig, daß kein Römischer Jurist diesen verwickelten, aber bei dem lockenden, wenigstens möglichen, Gewinn schwerlich seltenen Fall berührt haben sollte. Doch würde die Sache sich am Ende dadurch zurechtziehen, daß dem ersten Erwerber, der dem Besitzer auf gut Glück die Sache abgestritten, seine Nachmänner mittels der *replicatio rei venditae et traditae* die Sache wieder abnehmen könnten. Aber entscheidend ist schon äußerlich, daß in

⁵⁴⁾ Er rechnet dazu auch noch im ersten Abschnitt ('Die *Publiciana* in rem actio des gewesenen Eigenthümers') den Fall der L. 12. pr. D. h. t. (oben S. 29) und des Eigenthümers, der gezwungen veräußert hat (oben S. 32). Ich scheidet sie hier aus, weil die Widerlegung der neuen Ansicht hinsichtlich ihrer eben so, wie jene selbst, auf eigenthümlichen Gründen beruht und im frühern Theile dieses Abschnitts schon enthalten ist. Auch wird von der *Publiciana actio rescissoria*, welche nach Schulin ebenfalls im Grunde nur eine Anwendung der gewöhnlichen *Publiciana* ist, besonders gesprochen werden müssen.

keiner jener angeblichen Anwendungen der Publiciana die Klage mit diesem ihrem Namen genannt wird, während umgekehrt die Publiciana selbst niemals utilis in rem actio oder utilis rei vindicatio heißt⁵⁵⁾. Eben so aber auch das, daß die utiles rei vindicationes nach jener Auffassung als Publicianae immer nur dann zustehen würden, wenn z. B. der gewesene Eigenthümer, um nur diesen zu nennen, noch nicht die Usucapionszeit vollendet und die Sache eine erstzungsfähige war, dieses aber doch sicher nicht die Meinung aller der Verordnungen und Aussprüche der Juristen ist, nach denen eine utilis in rem actio Statt finden soll. Oder sollte es wirklich die Meinung gewesen sein, daß z. B. der frühere Eigenthümer die nachher von einem Andern h. f. bemalte Tafel oder der Bräutigam die von ihm (etwa durch Mancipation) geschenkte, ihm zu vollem Recht gehörige Sache dann nicht utili in rem actione einklagen können, wenn sie noch mit der Eigenschaft einer res furtiva oder vi possessa (vgl. L. 4. §. 23. D. de usurp. 41, 3) behaftet war?⁵⁶⁾ Es würde doch wohl wenigstens eine der vielen Stellen, welche von solchen utiles actiones sprechen, diese nothwendige Bedingung angeführt haben, um so mehr, da jeder von selbst nur bei der Publiciana genannten Klage an sie denkt. Eine vorurtheilsfreie Auffassung jener utiles vindicationes führt vielmehr darauf, daß sie im Allgemeinen auf fingiertem Eigenthum beruhen und nur der mittelbare Zusammenhang mit unserer Klage zugegeben werden kann, daß sie, wenn der Kläger früher Eigenthümer war, auch dem Recht der rei vindicatio, wenn er nur Publicianisches Recht hatte, dem Recht der Publicianischen Klage folgten und deshalb auch der allgemeine Name der in rem actio für sie gebraucht wird.

Die neue Ansicht scheint überhaupt auf dem Irrthum zu beruhen⁵⁷⁾, aus der — aber auch nur angeblich — factischen Natur der Publicianischen Klage, welche deren Formel, weil facta infecta

⁵⁵⁾ Nur die Publiciana actio rescissoria, von der wir hier nicht sprechen, heißt einmal so L. 5. C. quib. ex caus. mai. (2, 54) aus Gründen, die später zu entwickeln sein werden.

⁵⁶⁾ Ich richte die Frage nicht auch auf eine schon usucapierte Sache, weil Manche meinen, daß auch wegen einer solchen die Publiciana noch angestellt werden könne.

⁵⁷⁾ Vgl. Schulin cit. S. 1—3.

fieri nequeunt, für den, bei welchem das zu Grunde liegende Factum einmal eingetreten ist, für immer wirksam erscheinen lasse, das prätorische Recht dieser Klage so herzuleiten, als wäre sie das einzige Erforderniß der Klage selbst. Aber jede actio, auch die wirkliche actio in factum, ist als solche ein selbständiges Recht, dem die formula nur dient und welches als solches von anderweitigen Rechtsmomenten, die nicht der Jurex nach der Formula, sondern schon der Prätor bei der postulatio actionis zu berücksichtigen hat, bedingt wird. So gibt z. B. der Prätor einem filiusfamilias, weil ihm überhaupt keine Privatrechte, mithin auch das ius agendi oder interdicendi, nicht zustehen können, selbst actiones in factum und Interdicte regelmäßig nicht (L. 9. D. de oblig. et act. 44, 7) und gestaltet nur in Billigkeitsfällen, wo er sie ihm ausnahmsweise gibt, die sonstige in ius concepta formula zu einer in factum concepta, damit jene Fassung nicht für den Jurex ein Hinderniß sei, den Beklagten ihm zu condemnieren⁵⁸⁾. Ebenso verweigert er die ficticiae actiones wegen Erbschaftsschulden dem Carbonianischen b. possessor, wenn im Erbschaftsproceß gegen ihn erkannt ist, L. 4. D. de Carb. ed. (37, 10), und selbst auch wirkliche in factum actiones in solchen Fällen, wo das rechtliche Interesse des Klägers aufgehört hat, z. B. die hypothekarische Klage, wenn er selbst — und zwar nicht bloß formell, wie ein zur Antretung gezwungener Fiduciärerbe (L. 59. pr. D. ad SC. Trebell. 36, 1) — Eigenthümer der Sache geworden oder ein anderer Billigkeitsgrund seinem Pfandrecht entgegen getreten ist, L. 30. §. 1. D. de exc. rei iudic. (44, 2). L. 29. D. de pign. act. (13, 7). L. 27. pr. D. de noxal. act. (9, 4), die Klage aus dem Edict de alienatione iud. mut. c. facta, wenn das Interesse daran für den Kläger weggefallen ist, L. 3. §. 5. D. de alienat. iud. mut. (4, 7) u. s. w. Endlich ist es eine allgemeine, z. B. aus der Besitzlehre bekannte Regel, daß Facta, so weit sie

⁵⁸⁾ Bedenklich ist es mir, mit Schloßmann S. 105, der übrigens auch die Schulin'sche Ansicht verwirft, zu behaupten, daß der Jurex die einmal gegebene Publiciana abweisen müsse, wenn ihm die Wiederaufhebung des Klägerischen Rechts z. B. durch Mancipation bewiesen würde. Er ist an die Formel gebunden und damit an die bloße logische Folgerung derselben, zu der er nicht andere Momente von außen her hinzubringen darf. Vgl. dagegen auch L. 57. D. mand. (17, 1).

etwas vom Recht entlehnen, auch nach Rechtsregeln beurtheilt werden müssen.

Im Uebrigen liegt es außerhalb unserer Aufgabe, das Recht der gedachten *utilis in rem actiones*, die bloß als solche eben keine *Publicianischen* sind, hier näher zu untersuchen.

IV. Das Recht der *Publicianischen* Klage im Einzelnen. Ihr Gegenstand.

Der Prätor sagt möglichst allgemein: *si quis id quod . . . ex iusta causa . . . petet*, wobei jedoch das hinzugefügte *traditum* eine Beschränkung auf das Gebiet des Sachenrechts anzeigt. Auf absolute Personenstandsrechte, wie Freiheit oder Unfreiheit, die Rechte der *patria potestas* (des *Mancipium*) und selbst der *manus*, obgleich diese schon nach ältestem Recht regelmäßig durch *Usucapion* entstand, bezog sich aber die Klage auch nach ihrer Idee nicht, weil sie nur zum Schutz einer Erlangung *ex iusta causa* bei den von Hand zu Hand gehenden Sachen berechnet war und das an ihnen durch die *Usucapion* anerkannte werdende Eigenthum des Besitzers zu einem klagbaren Besitzrecht erheben wollte. Dasselbe gilt aber auch auf sächlichem Gebiete von dem — im Subject und Rechte selbst allerdings auch noch persönlichen — Erbschaftsrecht, obgleich es auch da eine *usucapio pro herede* gibt. Diese sowohl als der *usus*, wodurch *manus* entstand, hatte eine andere Bedeutung als die *Usucapion* von Sachen: sie waren die ursprünglich selbst regelmäßigen, ja alleinigen für diese Verhältnisse bestimmte civile Erwerbarten, bei denen eine Rücksicht auf nothwendig zu entschuldigenden Irrthum über mangelndes Recht der *Auctor* weder eintrat noch auch möglich war⁵⁹⁾ und die nur nicht aufhörten, als

⁵⁹⁾ Die *pro herede usucapio* setzt nur Tod eines Mitbürgers, der das mit Erbesabsicht in Besitz genommene Vermögen hinterlassen hat, der *usus Ehe* mit einer Mitbürgerin und damit auch Consens des paterfam. und ihrer selbst voraus.

für die *Manus* auch *confarreatio* und *coemptio*, für die Beerbung auch testamentarische und gesetzliche Erbfolge aufkamen (mein Römisches Jahr S. 45), während die später ausgebildete *Sachenusucapion* eine Ergänzung der sonstigen regelmäßigen *Sachenerwerbe* im Falle unvermeidlicher Mängel derselben im *Auctor* sein wollte. Beschränkte sich nun auch die *usucapio pro herede* später nur noch auf einzelne Sachen, so blieb sie doch auch dafür im Princip von den übrigen *Usucapionen* unterschieden und die Römischen Juristen werden die Unstatthaftigkeit der *Publicianischen* Klage für den *pro herede Usucapienten* nicht erst daraus abgeleitet haben, daß diese *Usucapion* eine *improba* sei und nicht auf *Tradition* beruhe, während der Prätor ein *ex iusta causa traditum* erfordere. Die vom Prätor seinem *b. possessor* verliehenen Klagen *ficto se herede* (Gai. 4, 34) wegen aller Sachenrechte des Verstorbenen machten aber auch für einen berechtigten nicht civilen Nachfolger im Nachlasse die *Publiciana* überflüssig. Ein für den Erben der *Publiciana* jedoch nur verwandtes Institut war die erst von Hadrian dem Erben, der sich auf Einsetzung in einem äußerlich fehlerlosen Testament berief, verliehene außerordentliche *Immissio* in die Erbschaftsachen. Der *usucapio pro herede* war aber im Princip auch wieder die *usureceptio fiducia* und zum Theil die *ex praediatura* ähnlich, von denen anderwärts^{59*)} gehandelt worden ist.

Unter den körperlichen Sachen findet die Klage sowohl auf unbewegliche⁶⁰⁾, wie auf bewegliche Anwendung⁶¹⁾. Bei den letzteren kann man fragen, ob auch auf eine Heerde, die als solche zwar vindicirt, aber nicht tradiert, besessen und *usucapirt* werden

Auch diese das materielle Recht noch in keiner Weise um der *utilitas publica* willen verletzende Natur dieser Anwendungen des *usus* charakterisirt sie innerlich als die ältesten. Die sach- und quellentwidrige Ansicht, daß namentlich für die *Manus* der *Usus* erst die dritte, nur ergänzende Entstehungsart gewesen sei, hat sich aber in unseren Rechtsgeschichten so festgesetzt, daß sie auch in der neuesten Schrift 'über die Römische Ehe' von Hölder (1874) S. 23. ohne Weiteres und namentlich ohne Beachtung des im Röm. Jahr cit. dagegen Gesagten zu Grunde gelegt wird.

^{59*)} Zeitschr. f. gesch. R. W. XIV. S. 229 flg.

⁶⁰⁾ L. 11. §§. 7. 9. 10. L. 12. §. 2. D. h. t.

⁶¹⁾ Allerdings nicht nach der neuesten Schrift über diese Materie von Gimmerthal, die auch hier viel Neues bringt, was man in §. 19 derselben selbst nachlesen kann.

kann⁶²⁾. Eben weil aber die Erwerbfrage ungeachtet des Ausdrucks *grex stets* auf die einzelnen Stücke, aus denen und insofern er aus ihnen besteht — auch bei der *rei vindicatio* — bezogen werden muß, ist kein Grund vorhanden, die *Publiciana* selbst nach ihrer gewöhnlichen Formel von der Heerde auszuschließen. Von Theilen und zwar realen eines Grundstücks spricht L. 11. §. 7. D. h. t., die wir bloß anführen, weil ihr Text offenbar verderbt ist.

Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei, cui accedit: et ideo si ipse fundus *Publiciana* peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, et ad partem, quae per alluvionem accessit: et ita Pomponius scribit.

Mit Recht schlägt Mommsen *nec* für das zweite *non* vor. Nachher ist aber hinter *si autem potest* nicht mit ihm *Publiciana* *pertinet* einzusetzen (das Ausfallen dieser Worte ist mit nichts motiviert und sie gäben auch einen nicht gewollten Sinn, da dem Juristen es darauf ankommt, auch die selbständige Einflagbarkeit der *pars quae accessit*, wenn etwa das Uebrige veräußert wäre, zu entscheiden), sondern nur mit geringer Aenderung *etiam pars ea* statt *et ad partem* zu lesen. Daß eine Veränderung der körperlichen Sache durch Verminderung oder Verstärkung ihrer Bestandtheile auf das Recht an ihr auch bei dieser Klage ohne Einfluß ist, versteht sich von selbst⁶³⁾. Ebenso selbstverständlich würde auch ein ideeller Theil eingeklagt werden können, ich meine aber, selbst auch dann, wenn er ein ungewisser wäre, in den Fällen, wo auch eine *rei vindicatio incertae partis* zulässig ist, obgleich bekanntlich ein solcher Theil eigentlich nicht besessen werden kann. Denn auf den Besitz des Klägers kommt es eben bei dieser Klage nicht an und so muß hier in dem Fictionstheil der Formel *si anno possedisset tunc si u. f. w.* auch das als fingiert angesehen werden, daß irgend ein Theil vom Kläger besessen worden wäre.

In dem *id quod ex iusta causa . . . petet* des Edicts liegen endlich auch eigenthumsartige Beschränkungsrechte fremden Eigen-

⁶²⁾ L. 1. §. 3. L. 2. 3. pr. D. de rei vind. (6, 1). — L. 30. §. 2. D. de usurp. (41, 3). Vgl. Gyner Rechtsverwerb durch Tradition S. 217 ffg.

⁶³⁾ L. 11. §. 9. 10. D. h. t. Ebenso bleibt dasselbe Recht bei Sonderung einer Sache in mehrere Bestandtheile ihrer Substanz, die damit besondere Sachen werden. L. 11. §. 8. D. eod.

thums, theils die Servituten, deren Gegenstand zeitlich oder artilich beschränkte nützliche Aeußerungen (Dienste) der fremden Sache unbeschadet ihrer Substanz sind, theils die Rechte an vectigalischen, superficiaren und Provincialgrundstücken, bei denen die objective Unbeschränktheit des Fruchtnutzungs- oder Gebrauchsrechts des Berechtigten gewisser Maßen die Substanz selbst ergreift. Von den letzteren ist schon die Rede gewesen. Die ersteren gehören, wie das Eigenthum selbst, dem civilen Privatrechtsgebiet an: wie sie bei wirklich erworbenem Rechte auch durch civile in rem actiones confessorisch und negatorisch geschützt wurden und bei nur gerechter Ausübung ohne wirklichen Rechtserwerb auch das werdende Recht (durch *usus* oder *non usus*) bei ihnen anerkannt war, so mußte im letztern Fall auch schon ursprünglich der, welcher sie *ex iusta causa* erlangt hatte, mit der *Publicianischen* Klage geschützt werden. Die Römischen Juristen, wenigstens manche, wandten auf sie auch selbst die Worte des Edicts *ex iusta causa traditum* unmittelbar an, indem sie das vom Besteller gestattete oder gelittene Ausüben, von dem man genau genommen nur sagen konnte *usus pro traditione est* (L. 20. D. de servit. 8, 1), selbst über den Nießbrauch hinaus, wo das Ausübenlassen in der That in einer Tradition des körperlichen Besitzes besteht, geradezu als Tradition auffaßten⁶⁴⁾. So Ulpian in

L. 11. §. 1. D. h. t. Si de usufructu agatur tradito, *Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam* (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): *item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat: welches* letztere derselbe Jurist auch in L. 1. §. 3. D. de serv. pr. rust. (8, 3) ausspricht.

⁶⁴⁾ Strenger war noch die Auffassung des Sabo und selbst des Javolenus in L. 20. cit. und Gai. 2, 28. Weniger gehört hierher Paulus Fr. Vat. 41, der, wenn er läugnet, daß der Nießbrauch durch Tradition bestellt werden könne, nach dem Zusammenhange nur die Tradition der körperlichen Sache zum Eigenthum und deren Kraft im Auge hat, eben so wie die Mancipation einem dabei gemachten Vorbehalt des Nießbrauchs Rechtsgültigkeit zu verleihen. Dagegen spricht Ulpian vom traditus usufructus und seiner *tuitio praetoria* auch L. 1. pr. D. quib. mod. usufr. amitt. (7, 4) = Fr. Vat. 67. und, was doch verwandt, von einem tradi posse superficem, was man annehmen müsse, in L. 1. §. 7. D. de superfic. (43, 18).

Nach der offenbaren Absicht des Prätors legten diese Juristen hiernach auch kein Gewicht darauf, daß er die hier eintretende Formel wörtlich nur bei der Tradition von *res mancipi ex iusta causa* Seitens des Eigenthümers versprochen hatte, was die meisten Servituten nicht waren; denn von einer Bestellung Seitens des Eigenthümers handelt Ulpian (nach den Worten *per domum suam*). Und in der That mußte es ja auch gleich viel sein, ob die Tradition *ex iusta causa* bei einer Sache vorkam, die als *mancipi* eigentlich Mancipation oder in *iure cessio*, oder als Servitut (Mancipation oder) in *iure cessio* oder vorbehaltende *nuncupatio* (bei Mancipation der *res mancipi*) erfordert hätte. Auch werden sie bei Servituten die gewöhnlichen Formeln der Klage gegeben haben, nur daß statt *possidisset usus esset* gesetzt und seit der *Lex Scribonia*, so weit diese die Usucapion der Servituten abgeschafft hatte, auch noch die Fiction, daß dieses nicht geschehen sei (*si lex Scribonia lata non esset*⁶⁵⁾ oder gleich *si ante legem Scriboniam latam usus esset*) hinzugefügt wurde; denn *contra legem* handelte der Prätor mit dieser Fiction nicht, weil sie ja nicht in der Absicht und mit der Wirkung, diese Entstehungsart der Servituten wieder einzuführen, sondern aus formellen Gründen und materiell nur um den Kläger, wenn ihm an einer der Usucapion entzogenen Sache eine Servitut bestellt war, auszuschließen, geschah. War die Bestellung der Servitut in Geschäften unter Lebendigen nicht durch Tradition, sondern *per pactum et stipulationem*⁶⁶⁾ geschehen, so konnte nach der Idee der Publicianischen Klage nichts im Wege stehen, sie auch hier zu geben, obgleich sich eine ausdrückliche Stelle darüber nicht erhalten hat. Es mußte nur in der Formel nach Angabe der *iusta causa* diese andere Art der Bestellung erwähnt werden. Wahrscheinlich war dieses selbst die ältere Praxis⁶⁷⁾.

⁶⁵⁾ Eine andere Fiction *si iure constituta servitus esset* denkt sich Keller Pandekten §. 185. Diese greift aber zu weit. Eine der unsrigen wenigstens materiell ähnliche Fiction mußten die *actiones*, quae ad legis actionem exprimuntur, enthalten. Gai. 4, 10, 32, 33.

⁶⁶⁾ Die richtige Ansicht über diese oft mißverständene Erwerbart s. bei Windscheid Pandekten I. §. 212. Anm. 1.

⁶⁷⁾ Wie daraus zu schließen ist, daß *Labeo* für den Käufer einer Servitut die *Stipulation per te non fieri, quo minus eo iure uti possim* noch für noth-

Wenn umgekehrt die Aufhebung einer Servitut, aber nicht auf civilrechtliche Weise, z. B. durch bloßes *Pactum* für Geld behauptet wurde, so erwähnen unsere Quellen für den, der sie geltend machen wollte, keine Publicianische Klage in der Art, wie wegen der Servitut selbst, und gewiß nicht bloß zufällig; denn ein Kauf mit Tradition oder sonstiger Erwerb der bisherigen Servitut an der eigenen Sache war unmöglich, sie war bloß aufgehoben und eine *exceptio* schützte den Eigenthümer bei einem *pactum in rem* auch gegen den Nachfolger im herrschenden Grundstück. Doch aber konnte er auch das Interesse einer negatorischen Klage haben und hatte diese ohne Zweifel auch nach dem Edict über die *Publiciana* nur in anderer Weise, nehmlich mit der Fiction *si N. us N. us anno* oder *biennio usus non esset*⁶⁸⁾. Im Uebrigen muß man nach der Natur der Servituten, die in ihrer Negation kein selbstständiges Recht, sondern im freien Eigenthum begriffen sind, auch für die Publicianische Klage auf dieses zurückgehen, wenn der Grund der nach Civilrecht nicht zuständigen negatorischen Klage auf dem mangelhaften Erwerbe der angeblich dienenden Sache selbst (zu *bonitatis* Eigenthum oder durch *b. f. emptio*) beruhte⁶⁹⁾, und es bedurfte dann bloß zu der gewöhnlichen Fiction *tum si eum fundum ex iure Qu. eius esse (oporteret) des* Zusatzes *et ob id N. o N. o ius eundi agendi per eum fundum invito A. o A. o ex iure Quiritium non esse oporteret*.

Nicht aber litt die Publicianische Klage auch Anwendung auf das Pfandrecht, obgleich dieses Viele annehmen. Gaius sagt

L. 13. §. 1. D. h. t. *Interdum quibusdam nec ex iustis*

wendig hielt, *quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset* (L. 20 cit.) und auch Gaius jene Bestellung bei Provincialgrundstücken 2, 31. schlechtthin anführt.

⁶⁸⁾ Man denke sich die Formel so: *Si quo de iure eundi agendi per fundum A. i A. i A. us A. us cum N. o N. o pecunia data pactus est, ne is eo iure invito A. o A. o uteretur, N. us N. us eo iure biennio usus non esset, tum si id ius N. i N. i ex iure Qu. non esse oporteret u. s. w.*

⁶⁹⁾ Dieses ist auch jetzt die herrschende Lehre, s. die Literatur bei v. Bangerow Pandekten I. §. 354 Anm. Windscheid Pandekten I. §. 199. Anm. 3. Man war sich nur hinsichtlich der Begründung und der Unterscheidung der verschiedenen Fälle — der durch *pactum* aufgehobenen Servitut und der civilrechtlich überhaupt nicht zuständigen *negatoria actio* — nicht ganz klar, weshalb es auch an einer Nachweisung der Conception der Formel fehlte.

possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae 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:

wo man quibusdam auf die Personen der Kläger beziehen muß. Allerdings ist nun die Meinung der Stelle zunächst, daß die auf die körperliche Sache gerichtete Publiciana nicht auf Grund eines erteilten Pfandrechts oder eingeräumten precarischen Besitzes Statt finde, weil es dafür an dem Erwerbe ex iusta causa fehle, dem hier Gaius mit ungenauem Sprachgebrauch die iusta possessio gleichstellt. Er hätte aber in Ansehung des Pfandrechts nicht unerwähnt lassen können, daß sie doch wie vom Erwerber eines Nießbrauchs hinsichtlich dieses, so von dem eines Pfandes in Beziehung auf das vom Kläger bona fide z. B. von einem Nichteigentümer erlangte Pfandrecht angestellt werden könne, wenn dieses möglich gewesen wäre. In der That stehen auch Pfandrecht und Nießbrauch oder eine sonstige Servitut, obgleich wir beide dingliche Rechte zu nennen pflegen, einander innerlich durchaus nicht gleich. Das Pfandrecht ist nicht wie die Servitut ein ausgesonderter und daher selbst eigentumsartiger Bestandtheil des Eigenthums oder Besitzrechts (des rem z. B. ovem meam esse) und so eine unkörperliche Sache, sondern das über allen das Vermögen bildenden körperlichen oder unkörperlichen Sachen stehende Vermögens- oder Dispositions- (Veräußerungs-)Recht, in wiefern dieses einem Gläubiger in Vertretung der Person des Berechtigten als von dessen Willen unabhängiges Recht an einem Vermögensbestandtheil desselben zur Sicherheit für seine Forderung eingeräumt wird. Es gehört also auch nicht zu den Sachen, an denen eine Usucapion (vgl. auch Windscheid Pand. §. 229) und durch Ausübung auf Grund gerechten Erwerbes werdendes meum esse, mithin auch ein Publicianisches Klagerecht denkbar wäre. Eine in rem actio des Gläubigers ist vielmehr bei der Unveräußerlichkeit des Vermögens selbst nur in Vertretung des Pfandbestellers, also gestützt auf den Vertrag mit dem, in dessen honis die Sache zur Zeit des Vertrages war, möglich und vermöge dieses bloßen Vertretungsverhältnisses kann nicht von einem eigenen bessern Besitzrecht des Einen an der Pfandsache gegen einen Andern die Rede sein, also auch die gutgläubige Erlangung der

Pfandbestellung gegen ihn keine Bedeutung haben. Man muß auch behaupten, daß dieses selbst für den Gläubiger galt, dem die Sache zur Fiducia gegeben wurde, was bekanntlich, nach den Quellen (Gai. 2, 59) und richtiger Meinung, weil nur das Vermögensrecht in der Sache — und dieses ist wie die Person Mancipi (Gai. 2, 102) — nicht die Sache als einzelne aus ihm Gegenstand der fiducia datio war, bei allen körperlichen Sachen nur durch Mancipation oder in iure cessio möglich war. Denn obgleich dann Eigenthum auf ihn überging, so war dieses doch nur civiles Vertretungseigenthum, wie beim Erben (bei dem nur die fiducia Vertretung eines noch vorhandenen Berechtigten durch dessen Tod wegfällt) und ohne andere materielle Wirkungen, als welche das Pfandrecht mit sich brachte. Demnach, also auf Grund eines Universalitets, durch welchen die Sache nicht aufhörte, materiell im Vermögen des Hingegers zu sein (Paul. 3, 6, 69. Gai. 2, 220), konnte dann zwar der Hingeger zur fiducia, welcher den Besitz behielt oder wiederbekam, nach der ursprünglichen Anwendung der Usucapion auf persönliche Verhältnisse (hier Vermögen) pro suo usu recipieren, aber nicht auch nach der spätern Anwendung derselben auf einzelne Sachen aus einem fremden Vermögen z. B. der, dem von einem Nichteigentümer zur fiducia gegeben war, ungeachtet seines guten Glaubens sie usucapieren, mithin auch nicht mit der Publiciana einklagen, so wenig wie eine nicht zur Erbschaft gehörige Sache vom Erben pro herede usucapirt werden kann⁷⁰⁾.

V. Das Recht der Publiciana. Die iusta causa.

Die Klage erfordert ferner eine Erlangung der Sache ex iusta causa d. h. aus einem Vorgange, der an sich zum Erwerbe des Eigenthums (bei unkörperlichen Sachen des dominium = ius) an der

⁷⁰⁾ Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 182.

Sache geeignet ist ⁷¹⁾, und wenn dazu, wie bei den gewöhnlichsten Verkehrsgeschäften, die Uebergabe dient, eben diese, aber auch ex iusta causa ⁷²⁾, so daß z. B. die Uebergabe einer precaria possessio oder zum Pfande, die wohl eine iusta possessio, aber nicht eine possessio ex iusta causa verschafft, wie schon gezeigt, die Klage nicht begründet (L. 13. §. 1. D. h. t. f. unter IV.). So beim Kauf, auf den die Normalformeln gehen, der Schenkung von Todeswegen oder unter Lebendigen ⁷³⁾, der Hingabe zur Dos ⁷⁴⁾, zur Erfüllung einer Obligation ⁷⁵⁾, beim Legat ⁷⁶⁾, wo im Falle des per damnationem auch eine Erfüllung Statt findet ⁷⁷⁾, der Hingabe eines Sklaven noxae causa ⁷⁸⁾, der Herausgabe einer Sache zur Erfüllung eines richterlichen Urtheils ⁷⁹⁾. Auch ist es bei der Tradition nach deren allgemeinem Rechte gleichgültig, ob sie im eigentlichen Sinne

⁷¹⁾ Gaius in L. 13. pr. D. h. t. Quaecunque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. Bemerkenswerth ist der unbestimmte gleichmäßig vom Eigenthum und Pfandbesitz (Fest. v. Nancitor p. 166) gebrauchte Ausdruck res nancisci (verwandt mit ἐνεργεῖν ferre, eigentlich in seine unmittelbare Nähe — ἐγγύς, ἀγγι — also an sich bringen), im Gegensatz zu acquirere res, der stets auf wirkliches Eigenthum geht. Habe ich in unserer nicht so scharf unterscheidenden Sprache öfter auch Erwerb für den der Publiciana zu Grunde liegenden Vorgang ex iusta causa gebraucht, so bitte ich diesen Ausdruck doch in dem Sinne jenes nancisci zu nehmen.

⁷²⁾ L. 2. §. 1. D. h. t. Auf den Begriff der iusta causa gehen wir hier absichtlich nicht genauer ein, da er, wie allgemein zugestanden wird, derselbe ist, wie bei der Tradition und Usucapion, also hier nichts Eigenthümliches hat. Sonst würde gegen die neuen Aufstellungen von Gimmerthal cit. S. 89 flg. sehr viel zu sagen sein.

⁷³⁾ L. 2. L. 7. §. 3. D. h. t. §. 4. J. de act. (4, 6).

⁷⁴⁾ L. 3. §. 1. L. 12 pr. D. h. t. §. 4. J. cit.

⁷⁵⁾ L. 4. D. h. t.

⁷⁶⁾ L. 1. §. 2. D. h. t. §. 4. J. cit. Bei dem per vindicationem würde die Tradition oder was dieser hier gleich steht (L. 8. D. pro legato 41, 8) doch stets nothwendig sein (L. 5. 6. D. eod. L. 4. §. 2. D. pro suo 41, 10), weil es als bloße acquisitio lege nur bei Sachen wirksam ist, die dem Erblasser ex i. Qu. gehörten, was vorausgesetzt aber der Legatar immer gleich die rei vindicatio hätte. Daher die völlige Gleichstellung der Legate mit der mortis causa donatio in L. 1. §. 2. L. 2. D. h. t.

⁷⁷⁾ L. 15. §. 3. D. de usurp. (41, 3).

⁷⁸⁾ L. 5. D. h. t. L. 28. D. de noxal. act. (9, 4).

⁷⁹⁾ L. 3. §. 1. D. h. t.

geschieht oder der Kläger, der die Sache vorher aus einem andern Grunde vom Auctor inne hatte, sie nach hinzugekommener iusta causa mit dessen Zustimmung behält oder das Geschäft der iusta causa erst nach schon empfangener Sache abschließt ⁸⁰⁾, oder ob die Uebergabe erst an den Erben dessen, der das Erwerbgeschäft geschlossen ⁸¹⁾, oder mit dessen Zustimmung an einen Dritten geschieht, in welchem Falle, wenn die Absicht der Parteien war, diesem Eigenthum zuzuwenden, derselbe auf Grund des zwischen ihm und dem, der an ihn tradieren läßt, geschlossenen Geschäfts die Publiciana hat ⁸²⁾. Derselbe, ob das Erwerbgeschäft vom Kläger selbst eingegangen ist oder von einem Andern, der für ihn erwirbt, wie ein Slav, Vormund oder Procurator ⁸³⁾. Es wäre überflüssig, diese in dem Titel über die Publiciana vorkommenden Fälle durch andere zu erweitern, weil die Klage in allem dem nichts Eigenthümliches hat, sondern auf das gewöhnliche Recht der Tradition beziehungsweise der Usucapion zurückgeht. Angeführt werden mag nur noch nach eben diesem Recht als auch in unserem Titel erwähnt, daß es hinreicht, wenn der Kläger den Besitz durch die Tradition auch nur einen Moment gehabt hat ⁸⁴⁾, und daß es auch nur auf den Usucapionsbesitz ankommt. Hinsichtlich dieses nehmen die in den Pandekten excerpierten Juristen nach richtiger Meinung sämmtlich an, daß, obgleich die Erbschaft eigentlich nichts besitzen kann (L. 1. §. 15. D. si is qui testam. 47, 4), er doch derselben für die von einem Erbschaftssklaven gekauften und ihm übergebenen Sachen zuzuschreiben sei, jedoch nur wenn derselbe für ein Peculium gekauft und Besitz erworben habe, weil er dafür auch hinsichtlich des Animus den Herrn vertritt ⁸⁵⁾.

⁸⁰⁾ L. 9. §§. 1. 2. D. h. t. Einem Fall der ersteren Art ist auch der verwandt, daß der wegen einer Sache auf Herausgabe belangte Besitzer die litis aestimatio für sie dem Kläger entrichtet, womit er sie gleichsam kauft. L. 7. §. 1. D. h. t.

⁸¹⁾ L. 9 pr. D. h. t.

⁸²⁾ Dafür beruft sich Ulpian auf ein Rescript des Severus L. 11 pr. D. h. t. Vgl. übrigens auch L. 4. §. 14. D. de usurp. (41, 3).

⁸³⁾ L. 7. §. 10. L. 9. §. 6. L. 10. D. h. t.

⁸⁴⁾ L. 12. §. 7. D. h. t.

⁸⁵⁾ Julian in L. 16. D. de obl. et act. (44, 7). Vgl. L. 22. §. 3. und L. 12. §. 2. D. de captiv. (49, 14), wo Tryphonin ihm beitrifft. Ebenso Paulus mit Angabe des obigen Grundes L. 29. D. de captiv. (49, 15). L. 1. §. 5.

Scheinbar im Widerspruch hiermit gibt aber Ulpian in unserem Titel dem Erben die Publicianische Klage allgemein wegen aller von einem Erbschaftsclaven vor dem Erbschaftsantritt gekauften und ihm übergebenen Sachen, eben so wie wenn dem Claven einer Stadt eine Sache verkauft und tradiert worden sei, die Klage jener zustehet⁸⁶). Man möchte sagen, es sei dieses doch im ersten Falle nur für Peculiarerwerbe zu verstehen, und habe der aus Paulus gemachte Zusatz 'gleichviel ob er für das Peculium gekauft habe

D. de acquir. poss. (41, 2). Ulpian L. 23. §. 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). — Papinian scheint zu schwanken; in seinen Quaestionen L. 44. §. 3. D. de usurp. (41, 3) rechnet er die Zeit vor Antretung der Erbschaft schlechthin (jedoch als iure singulari receptum) in die Usucapion ein, sowohl für das, was ein Erbschaftsclav erworben, als was der Erblasser schon angefangen hatte zu usucapieren. In den Responen L. 45. §. 1. D. eod. sagt er: Post mortem domini servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae, quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat? Allein mit Recht nimmt Mommsen den Ausfall von nisi nach domi-ni und vor se-rvus an, so daß dann Papinian nur seine in den Quaestionen ausgesprochene Ansicht näher und zwar in völliger Uebereinstimmung mit Julian und Paulus bestimmt. Dieses um so mehr, als er diese Ansicht auch in Anwendung auf einen gefangenen Herrn in den Quaestionen selbst kurz nachher L. 44. §. 7. eod. ausspricht, wo nur zu Anfang statt si cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat an et tenere incipiat? nach emat zu lesen ist: et tenere incipiat, an et usucapiat? Die schwierige L. 15. pr. D. de usurp. (41, 3) hat Mommsen zur Stelle nur in ihrem ersten Theile von ihrer Duration glücklich geheilt. Im zweiten (von Quod si servus an), dem auch Sinteris (Uebersetzung des corp. iur.) und Amann krit. Versuche S. 61. nicht genug thun, muß man die mit quemadmodum beginnende Periode nicht mit pervenit, wo statt eines Fragezeichens oder Punctum bloß ein Komma zu setzen und dann etiam (oder wegen des vorangehenden pervenit ita etiam) statt nam zu lesen ist, erst mit receptum est abschließen, im folgenden Schlusssatz aber non streichen. Es ist also zu lesen: Quemadmodum enim postliminio reversus plus iuris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit, ita etiam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est, ideoque in successoribus locum habere usucapionem. Marcellus dachte dann stillschweigend an eine Usucapion der Erbschaft auch nur für Peculiarerwerbe ihrer Claven.

⁸⁶) L. 9. §. 6. D. h. t. Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset. Municipales quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione. L. 10. Paulus lib. 19 ad edictum. — sive peculiari nomine servus emerit, sive non,

oder nicht' im Sinne der Compileren durch den Gegensatz nur andeuten sollen, daß diese Irrelevanz für den Erbschaftsclaven nicht gelte, sondern bei ihm der gewöhnliche Unterschied zu machen sei. Denn in der That unterscheidet sich doch eine universitas von einer Erbschaft noch dadurch, daß wenn die zu jener Vereinten auch nicht uni (wie Ein Mensch) consentire können, ihnen doch eine corporative Beschlußfassung möglich ist (Gai. 2, 195), weshalb ihnen gegen frühere Zweifel Ulpian die Fähigkeit des Besitzerwerbs durch Claven oder freie Menschen schlechthin zuschreibt⁸⁷). Doch scheint diese Auffassung der Stelle mißlich. Nach ungezwungener Auslegung wird man sowohl Ulpian's vorbehaltlose Gleichstellung des Erwerbs des Erbschafts- und Stadtclaven, als auch den Zusatz der Compileren aus Paulus so verstehen müssen, daß im Sinne beider auch aus jedem Erwerbe des Erbschaftsclaven dem Erben die Publiciana zustehen soll. Dazu kommt noch eine andere Stelle in Betracht⁸⁸). Wenn in dieser dem, dessen flüchtiger Slave etwas gekauft und tradiert erhalten hat, die Publiciana ausdrücklich, obgleich er nicht Besitz erworben habe, zugesprochen wird, so beruht dieser Zusatz allerdings nur auf einer ältern Ansicht⁸⁹). Es wird dann aber damit angedeutet, daß sofern die Tradition als Apprehensionshandlung dem Eigenthums- und Besitzerwerbe gleichmäßig eignet und es hier nur auf den ersteren ankommt, die Tradition auch in einem solchen Falle genügt, wo kein Besitz als ein der Dauer fähiger Zustand durch sie erworben werden kann⁹⁰). In diesem Sinne verstehen wir nun auch die Stelle des Ulpian. Us-

⁸⁷) Paulus L. 1. §. 22. Ulpian L. 2. D. de acquir. poss. (41, 2).

⁸⁸) Pomponius L. 15. D. h. t. Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emit, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

⁸⁹) Pomponius folgte damit doch wohl der Meinung des jüngern Nerba L. 1. §. 14. D. de acquir. poss. 41, 2. (Savigny meint, es sei unter possessio nur die Detention zu verstehen, Besitz §. 26. S. 309. 7. Ausg.). Die praktische später herrschende Meinung war, daß der flüchtige Slave vom Herrn durch ihn selbst besessen werde und ihm auch den Besitz erwerbe, so lange er nicht von einem Andern besessen werde oder selbst frei sein wolle. L. 1. cit. L. 50. §. 1. D. eod.

⁹⁰) Vgl. über Fälle dieser Art Savigny Besitz §. 3. No. 1. §. 9. S. 127. Anm. 4. Wahrscheinlich meinte auch Ulpian in L. 12. §. 7. D. h. t. (oben Anm. 84) solche Fälle des possidere ohne possidere.

Guchte, das Recht der Publicianischen Klage.

capiere, was ohne Besitz nicht denkbar (L. 44. §. 7. D. de usurp.), kann die Erbschaft nur die Peculiarerwerbe des Slaven; die Publiciana, für die der ganze Usucapionsbesitz durch Fiction ergänzt wird, hat sie wegen jeder Tradition ex iusta causa an ihn.

Der Tradition am nächsten stehen die auch noch häufigen Fälle, in denen man durch prätorische Einsetzung in den Besitz von einem Eigenthümer (bonitarisches) Eigenthum erwirbt, wie durch die Abführung eines Slaven, der wegen einer Noxa vom Herrn nicht vertheidigt wird⁹¹⁾, oder durch die zweite Immissio wegen nicht geleisteter cautio damni infecti⁹²⁾.

Weil nun in den bei weitem meisten Fällen die Berechtigung zur Publiciana mit Besitzerwerb verbunden ist, so erklärt sich daraus, weshalb unsere Quellen so oft den Besitzverlust des Klägers als den Fall bezeichnen, in dem diese Klage zusteht⁹³⁾. Eine stets nothwendige Bedingung ist der gehabte Besitz für die Zuständigkeit der Klage nicht.

Ohne allen Besitzerwerb hat die Klage auch der, welcher sich auf einen Erwerbgrund stützt, zu dem kein Besitz erforderlich ist. Nur muß dieser doch ein Erwerbgrund des wirklichen Eigenthums und nicht etwa des nudum ius Quiritium sein, wie z. B. wenn eine körperliche res mancipi vom besitzenden Verkäufer nur mancipiert oder in iure cedit, nicht auch tradiert wird, in welchem Falle das bonitarische Eigenthum beim veräußernden Eigenthümer zurückbleiben und, wie ich glaube, diesem vielmehr noch die Publiciana zustehen würde⁹⁴⁾. Denn der Prätor versteht die iusta causa im

⁹¹⁾ L. 6. D. h. t. Vgl. L. 2. §. 1. D. si ex noxali (2, 9).

⁹²⁾ L. 18. §. 15. L. 15. §. 27. D. de damno inf. (39, 2).

⁹³⁾ §. 4. J. de act. (4, 6). L. 6. L. 9. §. 6. L. 12 pr. L. 13 pr. D. h. t.

⁹⁴⁾ In unsern Quellen wird als Grund der Trennung des nudum ius Quiritium und des in bonis esse nur das bloße Tradieren einer res mancipi ex iusta causa erwähnt. Aber davon enthält das praktisch weit seltenere bloße Mancipieren derselben nur den umgekehrten Fall, so daß seitdem im erstern Fall ein Uebertragen, im letztern Fall auch ein Behalten des bonitarischen Eigenthums angenommen werden mußte, wie dieses auch eine hier nicht mögliche genaue Erklärung der L. 16. §. 2. D. de evict. (21, 2) zeigt: wogegen wieder von einem solchen Behalten bei dem, der ohne zu besitzen mancipierte, nicht die Rede sein kann und dann vielmehr mit der Mancipation der Sache auch die bei ihm vollwirksame Vindication gegen den dritten Besitzer übertragen wird (L. 16. D. de fundo dot. (23, 5). Gai. 4, 117 fin.) nicht aber auch eine Publiciana, wenn er nicht Eigenthümer war.

materiellen Sinne und muß dieses nach der Idee der Klage, weil auch die Usucapion eine materielle iusta causa voraussetzt. In dieser Hinsicht steht aber auch die Mancipation (oder in iure cessio) nicht etwa dem Vindicationslegat, der Abjudication und ähnlichen einseitigen civilen Uebertragungsacten durch eine höhere Gewalt gleich. Sie steht in einem bestimmten Verhältnisse zu der natürlichen Tradition, indem sie ursprünglich nur für civilrechtliche Sachen eine civilrechtlich solennifizierte Tradition sein will (daher auch nexu traditio) und zwar in demselben Verhältnisse, in dem die res mancipi, die als solche doch nicht aufhören auch natürliche besitzbare Sachen zu sein (gleichwie die Agnaten doch auch Cognaten sind) zu den körperlichen nec mancipi selbst stehen. Zur Zeit der ausschließlichen Herrschaft des formalen Civilrechts übertrug nun freilich die Mancipation der res mancipi, die ursprünglich wohl nie ohne Tradition vorkam, auch wenn diese einmal fehlte, als sie gleichsam noch in sich enthaltend, doch das damals allein bekannte volle ius Quiritium. Seitdem man aber, veranlaßt durch den Verkehr mit Peregrinen, in dem die res mancipi nur als nec mancipi gelten konnten und also auch durch bloße Tradition dem Römischen Bürger zu vollem Eigenthum erworben wurden, in der res mancipi selbst das natürliche Element der Sache überhaupt besonders hervorhob, schoben sich auch Mancipation und Tradition derselben mit den besondern Rechtswirkungen des inhaltslosen nudum ius Quiritium und in bonis esse auseinander und so konnte nun noch in der ex iusta causa erfolgten Tradition einer res mancipi ein gerechter Grund, wie der Usucapion, so auch der Publicianischen Klage gefunden werden⁹⁵⁾. Dagegen gehört hieher die Alluvion (Alluvus

Dasselbe folgt aber auch daraus, daß der, welcher einem Andern das volle Eigenthum der Sache (dare) zu leisten hat, eine res mancipi nicht bloß mancipieren, sondern auch tradieren muß (Gai. 2, 204) und wer nur durch Mancipation sie schenkt, noch nicht perfect geschenkt hat (Fr. Vat. 311. 293, 1.), was freilich noch auf besonderen Gründen beruht.

⁹⁵⁾ Hiernach kann ich also auch den besondern Traditions- und Usucapionstitel pro mancipato (et in iure cesso), den kürzlich Abbelohde (über die usuc. pro mancipato. Gratulationschrift an Röstel. Marb. 1873) aufgestellt und darzuthun versucht hat, nicht annehmen. Dem Käufer, Damnationslegatar u. s. w. wird die res mancipi nach der Mancipation nicht ex causa mancipati tradiert und er usucapiert nicht pro mancipato, sondern Mancipation und Tradition ge-

derelictus u. f. w.), Abtrennung der Baumaterialien eines eingestürzten Gebäudes, der Erzeugnisse aus einer Sache, welcher Erzeugnisse Eigenthümer man nicht wird, wie des Kindes einer Sclavin⁹⁶), das Finden eines Schatzes Seitens eines Dritten, so weit er dem erworben wird, dem das Grundstück gehört: es ist dann überall nur erforderlich, daß der Kläger für die Hauptsache eine iusta causa hatte. Außerdem gilt dasselbe für die Abjudication⁹⁷), die adictio honorum durch den Magister im alten Concurs⁹⁸) — während der Erbschafts Kauf nur einen Erwerb durch Tradition der einzelnen Erbschafts sachen gewährt⁹⁹) — und jede Universalsuccession von Todeswegen für die Sachen, wegen welcher der, dem man so succediert, die Klage hatte¹⁰⁰). In den Quellen nur nicht erwähnt, auch für jeden Erwerb durch Gesetz (z. B. das ius caduci, die Ehescheidungsstrafen, poena commissi u. f. w.), wohin nach Justinianischem Recht auch das Vermächtniß einer nur vermeintlichen Erbschafts sache zu rechnen ist. Die Meinung aber, daß in allen solchen Fällen, wo ein Erwerb ohne Besitzübertragung Statt findet, wenigstens der Auctor im Besitz gewesen sein müsse¹⁰¹), hat weder in den Quellen noch einen innern Grund.

sehen (erstere, die formell schon aus sich selbst wirksam ist, nur materiell) ex causa empti, legati und die Usucapion pro emptore, pro legato. Die von U. zur Begründung seiner Ansicht angenommene Interpolation der L. 48. D. de usurp. (41, 3). L. 2 pr. D. pro empt. (41, 4). L. 7. §§. 16. 17. D. h. t. wird sich, auch rein äußerlich genommen, schwer nachweisen lassen.

⁹⁶) L. 11. §§. 2—8. L. 12. §. 5. D. h. t. Bei den Neuern, die theilweise immer noch einen Besitz oder etwas Ähnliches für die Publiciana erfordern (z. B. Keller Pand. §. 156. Gimmertal cit. S. 82), haben diese Stellen, besonders die vom Kinde der Sclavin sehr verschiedene Erklärungen erfahren. Vgl. Göppert organ. Erzeugn. S. 349 flg., der selbst das Richtige lehrt. Schulin cit. S. 122. Früchte erwähnt der Jurist offenbar deshalb hier nicht, weil an diesen der Kläger selbst, so lange er b. f. besaß, oder ein solcher dritter Besitzer volles Eigenthum erwirbt und in beiden Fällen jenem die Klage nicht zustehen würde. Die von einem m. f. possessor gezogenen könnte er aber, wenn sie bei jenem noch vorhanden, auch mit der Publiciana einbringen.

⁹⁷) L. 7 pr. D. h. t. Vgl. L. 17. D. de usurp. (41, 3).

⁹⁸) L. 1. §. 1. D. pro empt. (41, 4) — im Justinianischen Recht eigentlich weggefallen, wogegen gemeinrechtlich nun andere Abjudicationen hieher gehören.

⁹⁹) L. 9. §. 3. D. h. t. Er enthält bekanntlich keine Universalsuccession.

¹⁰⁰) L. 7. §. 9. L. 12. §. 1. D. h. t. Vgl. L. 1. §. 1. D. pro empt. (41, 4).

¹⁰¹) v. Bangerow cit. §. 335. II. 1. a.

Von einem bei Einbringung einer Sache über das Eigenthum zugeschobenen und abgeleiteten Eide sagt Ulpian:

L. 7. §. 7. D. h. t. Si petenti mihi rem iusiurandum detuleris egoque iuravero rem meam esse, competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat: ei enim soli nocere debet iusiurandum, qui detulit. sed si possessori delatum erit iusiurandum et iuraverit rem petitoris non esse, adversus eum solum potentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem.

Man beachte hier vor Allem den nur allgemeinen Inhalt des so zugeschobenen Eides rem meam esse — ohne den Zusatz ex iure Quiritium, der also dem Juristen hier nicht erst, wie wahrscheinlich in L. 11. pr. §§. 1. 2. 3. D. de iureiur. (12, 2) von den Compilatoren gestrichen ist. Hätte nehmlich der Eid des Klägers gelautet rem meam esse ex iure Qu., so würde Ulpian davon schwerlich in unserem Titel gesprochen haben, da dem Kläger dann die weit vortheilhaftere actio in factum de iureiurando mit der Kraft der bewiesenen rei vindicatio zugestanden hätte. Im Uebrigen hat dieser Eid, wie das rechtskräftige Urtheil, dem er nachahmt und von dem also dasselbe behauptet werden muß¹⁰²), die Eigenschaft einer iusta causa nicht in der Art eines selbständigen Erwerbes, da dadurch nur schon vorhandenes — hier bonitarisches — aber bestrittenes Eigenthum festgestellt werden soll. Indem er aber dieses für den Kläger feststellt, der es doch nur aus einer iusta causa haben konnte, stellt er zugleich diese fest, jedoch nur dem Beklagten gegenüber, wie auch res iudicata ius facit inter partes. Dieses genügt aber für die Publiciana, weil diese als

¹⁰²) Jedoch nur im Justinianischen und heutigen Recht. Zu Ulpian's Zeit gab es in Rom kein Urtheil bloß auf rem actoris esse, da nach richtiger Meinung sowohl die petitoria formula als die in rem actio per sponsionem Quiritarisches Eigenthum voraussetzte. Eben deshalb spricht auch Ulpian in unserer Stelle nicht, wie sonst natürlich gewesen wäre, auch vom iudicat. Beim zugeschobenen Eide hing dagegen die Fassung des Inhalts von der Parteilwillkür ab und hier mag das bloße rem meam esse selbst gewöhnlicher gewesen sein, weil ein Gewissenhafter sein Quiritarisches Eigenthum zu beschwören leicht Bedenken tragen könnte, selbst nach Ablauf der Usucapionszeit, da die Sache doch vielleicht ohne sein Wissen z. B. eine furtive war. Uebrigens deuteten die Juristen das bei den Laien gewöhnliche rem meam esse statt des schulgerechten in bonis meis esse offenbar mit Recht in dem Sinne des letzteren.

Klage zur Erlangung der Sache von einem Nichtberechtigten nur ein Parteiverhältniß, sei es auch nur zu einer bestimmten Partei, erfordert, während eine solche nur gegen eine bestimmte Person angenommene *iusta causa* zur wirklichen *Usucapion*, die *objectiv* gegen alle wirkt, nicht geeignet ist¹⁰³). Für die Parteien in ihrem Verhältniß zu einander enthält jedoch die in der Klage hinzugefügte und hier bloß auch *ex iusta causa* fingierte *Usucapion* auch den genügenden Titel (*si quam rem A.us A.us delato a N.o N.o iureiurando suam esse iuravit, ex iusta causa anno possedisset*), so daß man hier keine Abweichung von der gewöhnlichen Fassung der Formel in deren logisch folgerndem zweiten Satze (*tum si . . . esse oporteret*) anzunehmen hat¹⁰⁴). Ganz anders liegt die Sache, wenn dem Kläger in Folge des Eides oder Urtheils oder auch weil er nur mit der Klage drohte, deren Gegenstand herausgegeben worden ist, indem dann die *Publiciana* und die wirkliche *Usucapion* auf Grund der Tradition mit dem Titel *pro suo* begründet ist¹⁰⁵).

¹⁰³) Freilich ist dieses bestritten; die richtige Meinung mit der Literatur s. bei Windscheid Pandekten I. §. 179. Anm. 7.

¹⁰⁴) Wollte man mit Keller Civilpr. S. 124. Not. 346 und Rudorff R. G. II. §. 30. S. 103. Anm. 5. hier eine in *factum* concepta *Publiciana actio* annehmen, so würde der Kläger darin besser gestellt sein, als in der gewöhnlichen aus einer wirklichen *iusta causa*, indem er mit ersterer auch eine nicht *usucapierbare* (z. B. eine *furtive*) Sache einlagen könnte. Und in Wahrheit wäre sie nach der Fassung, welche man dieser vermeintlichen *Publiciana* gibt, gar nicht diese, sondern die gewöhnliche *actio in factum de iureiurando*, wie man früher auch richtiger zugeb. Glück VIII. S. 374.

¹⁰⁵) Dieses ist der Fall der L. 3. §. 1. fin. D. h. t. oben in Anm. 79 und, für die *Usucapion*, der L. 33. §. 3. D. de usurp. (41, 3). Auch gehört wesentlich hieher die gewöhnlich (Glück VIII. S. 375) anders erklärte L. 13. §. 1. D. de iureiur. (12, 2) *Julianus ait, eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere*. Sie sprach nur in ihrer ursprünglichen Fassung von einem *Provincialgrundstück*. Die l. t. *praescriptio* setzt ja voraus, daß dem, welcher geschworen hatte, das Grundstück herausgegeben war, so daß er *Beklagter* werden konnte. Die *utilis in rem actio* ist die, auf welche *Justinian* in L. 8. pr. C. de praescr. XXX. ann. (7, 39) hindeutet. *Julian* wollte nun sagen, daß wer *fundum provinciale suum esse* geschworen habe, obgleich dieses streng genommen kein richtiger Ausdruck war (*Gai.* 2, 7), doch nicht bloß die *exceptio iurisiurandi* (nach ihm herausgegebenem Besitz) wider seinen Gegner, sondern auch nach vollendeter l. t. *praescriptio* (da hier eine *Usucapion* nicht möglich war) eine *utilis in rem actio* statt der sonstigen *rei vindicatio*

hat der Besitzer den ihm vom Kläger zurückgehobenen Eid dahin abgeleistet, daß letzterer nicht *Eigenthümer* sei, oder wäre Kläger wegen nicht bewiesenen *Eigenthums* durch Urtheil abgewiesen worden, so läge darin überhaupt keine *iusta causa*, da aus dem *Nichteigenthum* des Klägers nicht das *Eigenthum* des Beklagten folgt, über welches weder geschworen noch erkannt ist (*L. 11. pr. D. de iureiur. (12, 2) L. 30. §. 1. D. de exc. rei iudic. 44, 2*), und so hätte hier der Beklagte nur gegen den Kläger eine *exceptio iurisiurandi*, nicht aber auch nach verlorenem Besitz eine *Publicianische Klage*. Daß die *Universalitel* *pro herede* und bei der *usureceptio* keine *iustae causae* im Sinne unserer Klage sind, ist schon unter IV. gezeigt worden.

Die *iusta causa* muß natürlich, wie bei der *Usucapion*, eine wirklich vorhandene, sie darf nicht eine bloß eingebildete sein¹⁰⁶). Ob aber im Falle eines s. g. *putativen* Titels, der in der That nicht sowohl in die Lehre vom Titel als von der *bona fides* gehört, die *Publiciana* Statt finde oder nicht, darüber finden sich für den Fall eines bloß vermeintlichen Kaufs verschiedene Aussprüche. In L. 7. §. 2. D. h. t. sagt *Ulpian*:

Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. ergo et Publicianam habebit.

Paulus in L. 2. §. 16. D. pro emptore (41, 4) dagegen:

*Si a furioso, quem putem sanae mentis, emerо, constitit usucapere utilitatis causa me posse*¹⁰⁷), *quamvis nulla esset*

catio gegen jeden Besitzer erlange. In diesem Sinne heißt es auch in L. 1. C. commun. de usuc. (7, 30), daß *praediorum longae possessionis praescriptio* *acquiritur*, und in L. 3. C. de restit. mil. (2, 51) *amota praescriptione temporis medii* (statt der sonstigen *usucapio*). Die erlangte Lage des Schutzes durch die l. t. *praescriptio* ist bei *Provincialäckern* gleichsam *Eigenthum*. Vgl. auch L. 3. C. de his quae vi (2, 20). Der Ausdruck *utilis in rem actio* in obigen Stellen widerspricht übrigens nicht der Zuständigkeit der *Publiciana actio*, die niemals auch *utilis in rem actio* heißt (Anm. 55), auch wegen *Provincialäckern* (oben S. 26), sondern bestätigt nur, was später noch zu zeigen sein wird, daß nach vollendeter *Usucapion* die *Publiciana* nicht Statt findet.

¹⁰⁶) L. 27. D. de usurp. (41, 3). L. 11. L. 2. §. 2. D. pro empt. (41, 4) §. 11. J. de usucap. (2, 6) L. 4. C. de usuc. pro her. (7, 29). L. 2. 3. D. pro leg. (41, 8).

¹⁰⁷) Dasselbe sagt er L. 13. §. 1. D. de usurp. (41, 3).

emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.

Alle Vereinigungsversuche dieser Stellen sind, wie schon Glück urtheilte (VIII. S. 350)¹⁰⁸⁾, eben so fruchtlos wie willkürlich, und man wird auch von einer wiewohl sehr leichten Emendation absehen¹⁰⁹⁾, wenn man erkennt, daß beide Juristen ansprechende Gründe für ihre Meinung hatten. Ulpian stützte sich nehmlich auf die allgemeine Idee der Klage, welche nur das Usucapionsrecht des Besitzers in Form einer Klage des Nichtbesitzers enthalte und darum auch so weit reichen müsse, wie jenes Usucapionsrecht, für welches auch der putative Titel genüge. Paulus gab letzteres zu, berief sich aber auf den speciellen Inhalt der Klagformel: si quam rem emit, eine Voraussetzung, welche doch bei einem nchtigen Kaufe nicht eintrete. Man wird aber, zumal da diese factische Voraussetzung in der Klagformel doch nur in einem Nebensatze der allgemeinen Usucapionsfiction untergeordnet ist, die Auffassung des Ulpian für die richtigere halten müssen, wie ihr auch die Praxis stets gefolgt ist. Als putativen Titel muß man auch den pro noxae dedito ansehen, wenn Jemanden ein Sclav oder Thier aus diesem Grunde übergeben wurde, obgleich sie nicht, wie er glaubte, mit einer noxa behaftet waren¹¹⁰⁾. Hier konnte von dem besonderen Grunde der Abstimmigkeit des Paulus nicht die Rede sein. Dagegen ist nicht ein putativer, sondern überhaupt kein Titel vorhanden, wenn statt der gekauften eine andere Sache tradiert wurde, weil man dann nicht im Titel, sondern in der Sache irrte¹¹¹⁾.

¹⁰⁸⁾ Auch der neueste Schriftsteller über den titulus pro emptore Fitting im Archiv f. civ. Pr. LI. S. 276. nimmt einen wirklichen Widerspruch an.

¹⁰⁹⁾ Man könnte nehmlich statt des ersten nec fast nur mit Zusatz eines t licet lesen: Paulus hätte dann nach Erwähnung einer nicht zuständigen Klage gelegentlich eine andere, die doch, weil auf Usucapion beruhend, zustehende, beschränkend angeführt. Doch paßt nascitur nicht gut zu accessio possessionis, wozu man es hiernach ziehen müßte.

¹¹⁰⁾ L. 5. D. h. t. Ulpian: Vel ex causa noxae deditiois, sive vera causa sit sive falsa. Es ist derselbe Fall, wie bei der causa pro soluto, wenn der Empfänger irrig glaubt, daß ihm geschuldet werde. L. 48. D. de usurp. (41, 3). L. 3. D. pro suo (41, 10).

¹¹¹⁾ L. 2. §. 6. D. pro empt. (41, 4) von Paulus. Vgl. Fitting im Archiv f. civ. Pr. LI. S. 13.

Die iusta causa muß bekanntlich auch für andere Rechtswir- kungen eine unbedingte oder die Bedingung eingetreten sein; widri- genfalls kann namentlich durch die Tradition kein Eigenthumsüber- gang, für eine übergebene fremde Sache keine Usucapion Statt finden und der b. f. possessor auch die Früchte nicht erwerben¹¹²⁾. Man möchte daher glauben, daß beim Kauf die Zahlung oder Creditierung des Kaufgeldes als eine stillschweigende Bedingung des Eigenthums- überganges aus diesem Grunde auch Erforderniß der Publiciana sein müsse. Doch sagt Gaius L. 8. D. h. t.:

De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest con- iectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requi- ratur, an solutum sit pretium¹¹³⁾.

Entnahm man diese Conjectur von dem Recht der Usucapion (denn es findet sich auch kein Quellausspruch, der für sie die Zahlung des Kaufgeldes als Bedingung derselben erforderte) oder im Gegen- satz zu demselben aus dem bloßen Schweigen des Prätors? Das letztere Argument, wie jedes de taciturnitate wäre doch ein sehr bedenkliches, wenn es keine objective Gründe für sich hätte. Bei den hierüber entstandenen Streitigkeiten¹¹⁴⁾ wird nicht genügend auf die Frage Gewicht gelegt, ob der Eintritt jener ausdrücklichen oder unserer stillschweigenden Bedingung für die Usucapion auch die gewöhnliche rückwirkende Kraft habe oder nicht. Der Eigenthumsübergang der übergebenen Sache erfolgt mit Zahlung oder Creditierung des Kauf- geldes rückwärts von der Tradition an¹¹⁵⁾ und es ist kein Grund

¹¹²⁾ L. 2. §§. 2—4. D. pro empt. (41, 4). L. 4. pr. D. de in diem add. (18, 2). L. 8. pr. D. de peric. et comm. (18, 6).

¹¹³⁾ Unter einen falschen, hiernach auch quellenwidrigen Gesichtspunct stellt die Zulässigkeit der Publiciana ungeachtet des nicht gezahlten Kaufpreises — als wäre dieses nehmlich eine exceptio de iure tertii — Stimmerthal cit. S. 121.

¹¹⁴⁾ Vgl. die Literatur bei Schirmer zu Unterholzners Verjährungslehre I. S. 379. Leif Mancipation und Trad. §. 26. S. 119 flg. Windscheid Pan- decken I. §. 179. Anm. 1. und besonders Fitting im Archiv f. civ. Pr. LI. S. 18—30.

¹¹⁵⁾ L. 43. §. 2. D. de acq. rer. dom. (41, 1). L. 25. §. 1. D. de usufr. (7, 1). L. 43. §. 10. D. de aedil. ed. (21, 1). Besonders zeigt das gebrauchte Fut. 2. (acquisierit u. s. w.), daß die Zahlung oder Creditierung nur als Erfüllung des Nehmens (emere) um Geld in der Tradition gefaßt wird. Bei den Neuern ist auch diese Frage streitig. Regelsberger Altersvortrag der Pfandrechte S. 99. Stempel iusta causa S. 106 u. s. w.

abzusehen, warum nicht — so verschieden auch für den Kauf als Contract eine ausdrückliche und jene stillschweigende Bedingung der Zahlung des Kaufgeldes sind — dasselbe auch bei ausdrücklichen Bedingungen des Erwerbsgeschäfts als Regel gelten sollte, so daß z. B. auch der b. f. possessor der bedingt gekauften Sache nach Eintritt der Bedingung die Früchte rückwärts von ihrer Abtrennung an erworben haben muß. Wenn nun auch die laufende Usucapion als werdendes Eigenthum, mithin schon als ein gewisses Recht zu betrachten ist, so muß man auch behaupten, daß sie aus einem bedingten Geschäft bedingt zu laufen angefangen hat und es mit Eintritt der Bedingung nicht erst des Ablaufs einer von da an beginnenden Usucapionszeit bedarf, wie man gewöhnlich annimmt ¹¹⁶). Denkt man sich nun dieses werdende Eigenthum in ein Klagrecht umgesetzt, welches die Publiciana ist, dann würde freilich nach den bekannten gewöhnlichen Grundsätzen auch diese Klage noch den Eintritt der Bedingung erfordern. Gibt sie also der Prätor dennoch sogleich, so liegt darin, daß nach seiner Absicht der Mangel der schon eingetretenen Bedingung kein Hinderniß gerade für diese Klage, also auch für die Wirksamkeit der Usucapionsfiction sein soll. Hinsichtlich der Gründe, die den Prätor hierzu bewegen konnten, ist aber zu bedenken, daß der Prätor auch sonst solche Rechtsmittel, bei denen es nur darauf ankommt, einstweilen gegen entschieden minder Berechtigte ohne Präjudiz für den besser oder wirklich Berechtigten zu schützen — und dazu gehört doch auch die Publiciana — schon vor eingetretener Bedingung erteilt, z. B. eine honorum possessio schon dem bedingt eingesetzten Erben, die missio in bona wegen eines nur bedingten Anspruchs: und hierin lag, wie ich glaube, der materielle Grund, weshalb Gaius die Nichterwähnung des gezahlten oder creditierten Kaufgeldes in der Formel unserer Klage als absichtlich ansah. Hieraus würde dann folgen, daß wenn während des Processes die Bedingung des Kaufes, auf den sich der Kläger stützte, fehlge-

¹¹⁶) Auf die Ausdrucksweise der Quellen L. 8. pr. D. de peric. et comm. (18, 6) L. 2. §§. 2—4. D. pro empt. (41, 4), wonach der Käufer während schwebender Bedingung nicht usucapiert, kann man sich hiergegen nicht berufen. Sie behält ihre Richtigkeit, auch wenn nach eingetretener Bedingung die Zurückbeziehung für die Usucapion erfolgt. Daß aber erst ex post facto usucapionem processisse manifestatur, kommt auch sonst vor. L. 17. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

schlagen wäre, die Klage materiell doch ihre Kraft verlöre und der Beklagte nach dem Arbitrium des Richters nicht verurtheilt werden könnte. Auch würde dem Verkäufer selbst gegenüber es keineswegs gleichgültig sein, ob auch bei einem unbedingten Kaufe das Kaufgeld gezahlt ist oder nicht; denn im letzteren Falle würde der Verkäufer, der wieder in den Besitz gelangt wäre, die Publiciana durch die exceptio dominii ausschließen und der Käufer diese nur dann durch eine doli replicatio entkräften können, wenn er das Kaufgeld noch anböte ¹¹⁷).

VI. Recht der Publiciana. Traditum non a domino mit bona fides und nondum usucaptum.

Dem Erforderniß der iusta causa, wodurch der Kläger, regelmäßig mittels Tradition, die Sache vom Nichteigenthümer, bei einer res mancipi auch vom Eigenthümer, erlangt haben muß, gibt der Prätor in der Normalformel seines Edicts für den erstern Fall die nähere Bestimmung, daß der Kläger bona fide gekauft haben müsse. Sie ist in dem monitorischen Edicte selbst schon durch das nondum usucaptum angedeutet, da die Usucapion selbst einen in gutem Glauben erlangten Besitz voraussetzt. Sie erfordert ihn aber zu dieser Zeit, weil mit der Besitzerlangung die thatsächliche Aneignung ex iusta causa eintritt, die nur als gerechte und mithin auch redliche d. h. gegen einen Dritten nicht bewußt unbefugte und

¹¹⁷) Diese Ansicht liegt zum Grunde, wenn Ulpian auch in dem Falle, daß der Verkäufer den Eigenthümer beerbt hat und besitzt, den Käufer mit der Publiciana doch nur dann gegen ihn oder den, an welchen er weiter veräußert hat, durchbringen läßt, wenn er das Kaufgeld bezahlt hatte. L. 72. D. de rei vind. (6, 1). Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summo veres. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.

dessen Rechte widersprechende das werdende Eigenthum zu begründen vermag. Ein vor dem Käufererbe oder nach ihm liegender Dolus des Erwerbers ist also unerheblich¹¹⁸⁾. Mit Recht bemerkt auch Ulpian, daß es dabei nicht auf die Fides des Verkäufers ankomme¹¹⁹⁾ (abgesehen davon, daß durch dessen Verkauf mala fide eine Sache, nehmlich eine bewegliche, furtiv werden kann), und daß, wenn ein Erbe klagt, nicht seine, sondern seines Erblassers Fides entscheidend ist¹²⁰⁾. Unvorsichtig setzt er aber dem Erben den gleich, der durch seinen Sklaven und also auch durch irgend eine andere stellvertretende Person erwirbt¹²¹⁾. Hier kommt es nach der Usucapionslehre auf Unterschiede an. Der gute Glaube des Sklaven beim Kaufe ist erforderlich und genügt bei einem Peculiarererbe, wenn nur auch der Herr nicht in bösem Glauben war, der aber als ein erst später eintretender eben so nicht schaden, wie umgekehrt ein später z. B. bei der *ademptio peculii* vorhandener guter Glaube desselben ihm nicht nützen würde. Hat aber der Sklav für den Herrn gekauft, so kommt es auf des letztern guten oder bösen Glauben an, nur daß auch der vom Sklaven *vitiös* z. B. durch Gewalt erworbene Besitz dem Herrn schaden würde¹²²⁾.

Hinsichtlich des Zeitpuncts, in welchem die *bona fides* für die Usucapion und für die *Publiciana* vorhanden sein muß, hatte der Prätor zwar sie in der Formel ausdrücklich nur bei der *emptio* erwähnt. Man interpretierte aber nach dem Recht der Usucapion, daß sie auch zur Zeit der Tradition beim Käufer erforderlich sei¹²³⁾.

¹¹⁸⁾ L. 7. §. 14. D. h. t. *Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio videtur.*

¹¹⁹⁾ L. 7. §. 11. D. h. t.

¹²⁰⁾ L. 7. §§. 12. 15. D. h. t.

¹²¹⁾ L. 7. §. 13. D. h. t. *Sed enim, si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus.*

¹²²⁾ Diese näheren Bestimmungen gibt Paulus zum Theil nach Celsus und Pomponius in Uebereinstimmung mit der Natur des Eigenthumsbesitzes für die Usucapion in diesen Fällen. L. 2. §§. 10—13. D. pro empt. (41, 4). Vgl. Papinian in L. 43. §. 1. L. 47. D. de usurp. (41, 3). Dem Peculiarererbe ähnlich würden die der Vormünder zu beurtheilen sein; beim Ererbe durch einen Procurator Namens des Herrn kommt es bekanntlich auf des letztern Wissenschaft und folglich auch auf sein Gewissen an.

¹²³⁾ Ulpian L. 7. §. 16. D. h. t. *Ut igitur Publiciana competat, haec*

Auffällig ist nun dabei stets nicht dieses letztere erschienen, welches ja mit dem vorhin erwähnten allgemeinen Recht der Usucapion übereinstimmt, sondern das erstere, zumal man doch nicht sagen kann, der Prätor habe in der Formel unter *emit* selbst nur die Ansichtnahme bei der Tradition verstanden; denn dann hätte er nicht die Tradition hinterdrein noch besonders erwähnen können. Das erstere hängt aber offenbar, wie man auch längst anerkannt, da Paulus es ausdrücklich sagt¹²⁴⁾, damit zusammen, daß die Römer für die Tradition an den Käufer nicht den Titel *pro soluto*, wie bei andern Erfüllungen von Obligationen auf ein Geben, sondern nur den Titel *pro emptore* annehmen, also auch vor Allem einen wirklichen Abschluß des Kaufgeschäfts fordern, indem sie darauf bei Benennung des Titels und in der *Publiciana* das Hauptgewicht legen, während beim Titel *pro soluto* es genügt, daß, wenn auch keine Schuld contrahiert war, der Empfänger nur das Bestehen einer solchen zur Zeit der Aneignung in der Tradition annimmt, da es ihm sonst am

*mal beal -
umtreuen*

*debet concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit. §. 17. Julianus libro septimo digestorum scripsit, traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit, nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse. Die Worte et tunc kann man in diesem Zusammenhange nur auf die Zeit der Tradition ('auch dann') beziehen, so daß sie heißen, wie die Basiliken 15, 2, 6. die Stelle wiedergeben: *δει δὲ καὶ ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀγορασίας καὶ τῷ τῆς παραδόσεως εἶναι τὸν λαβόντα καλῆ πίστει.* (Ueber die spätere Auslegungen vgl. Glück VIII. S. 337). Dasselbe sagt denn auch Paulus in L. 2. pr. D. pro emptore (41, 4) für die Usucapion.*

¹²⁴⁾ L. 48. D. de usurp. (41, 3). *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse, aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet, diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur, neque interest, quum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse, quum solvis, in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur, nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus. Ziemlich dasselbe in L. 2. pr. D. pro emptore (41, 4). Vgl. auch L. 15. §. 3. L. 44. §. 2. D. de usurp. (41, 3).*

Titel pro suo fehlen würde ¹²⁵⁾, im Uebrigen aber die Fides des Empfängers für die Zeit der Entstehung der Schuld gleichgültig ist, weil das dafür abgeschlossene Geschäft eben nicht den Erwerb einer Sache, sondern den einer Obligation zum Inhalt hatte, welche auch wenn die zu gebende Sache fremd war, galt. Der sehr verschieden ge deutete Grund hiervon ist nun aber in Wahrheit der, daß der Kauf ursprünglich, wie das Wort emere selbst aus sagt und die Mancipation es noch darstellt, ein Erwerb, eine Aneignung der Sache um hingegebenes Geld, nicht, wie die Stipulation, Damnation im Testament u. s. w., Begründung einer Obligation auf Hingabe der Sache (aber auch nicht, wie Andere sagen, Realcontract) ist und die Eigenschaft eines zu jenem Umsatz auch verpflichtenden Contracts erst später und nur mit Festhaltung jener ursprünglichen Natur für den Erwerb angenommen hat, so daß bei ihm, wenn nicht Zug um Zug gekauft ist, die beiden nur als subjectiv und objectiv verschiedenen Momente des den gerechten Erwerb begründenden Geschäfts, das subjective des Consenses über die iusta causa (im Abschluß) und das objective dessen über die wirkliche Hingabe (Tradition) nur zufällig aus einander liegen, in Wahrheit aber für den Erwerb als Einheit zusammengehören, und die Ansichtnahme in der Tradition auch als emptio zu betrachten ist, wenn auch Seitens des Verkäufers die Hingabe dazu als Erfüllung der Verkaufsschuld geschieht ¹²⁶⁾. Dieses bestätigt auch die subjective Benennung des Titels (pro emptore nicht pro empto) und die Fassung der Publiciana (subjectiv si quam rem A. A. emit, objectiv et ei tradita est) und nach dieser Auffassung liegt auch schon im Kauf selbst die principale, wenn auch nur inchoative Aneignung ¹²⁷⁾, die ja auch den Zwang

¹²⁵⁾ L. 44. pr. D. de furt. (47, 2). L. 7. §. 2. D. pro empt. (41, 4). L. 3. D. pro suo (41, 10).

¹²⁶⁾ Die Römischen Juristen verstehen daher an unzähligen Stellen unter rei emptio den Kauf und die Tradition ununterschieden zusammen, z. B. L. 7. §. 14. L. 12. §§. 2. 3. D. h. t. L. 27. D. de usurp. (41, 3). L. 2. §§. 10. 13. 19. D. pro empt. (41, 4). Auch sagte man in dem alten Formular der in diem addictio von der Auflösung des Kaufs durch das Mehrgebot res (nicht bloß contractus) abit a domino (dem Verkäufer) L. 1. pr. D. de in diem add. (18, 2).

¹²⁷⁾ Am passendsten zu vergleichen mit dem dies cedens im Verhältnis zum veniens beim Legatserwerb.

zur Gestattung der objectiven (des habere licere) mit sich führt, weshalb sie auch schon mit bona fides verbunden sein muß. Bei allen andern Titeln aus Consensgeschäften ist dagegen der Consens über die iusta causa und über die Hingabe auch zeitlich untrennbar verbunden, z. B. bei der in dotem datio, der donatio, besonders auch der solutio (welche mit dem Titel pro soluto auch bei jenen beiden eintritt, wenn dotis oder donationis causa nur promittiert war), so daß hier nur der objective Zeitpunkt der Hingabe auch für die erforderliche bona fides in Betracht kommen kann, wie auch die Titel selbst objectiv bezeichnet sind ¹²⁸⁾.

Ulpian sagt in demselben 16. Buche zum Edict, woraus die L. 1. §§. 16. 17. D. h. t. (Ann. 123) genommen ist,

L. 10. pr. D. de usurp. (41, 3). Si aliena res bona fide empti sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectandum.

Man hat diese Stelle fast allgemein auf unsere Frage bezogen ¹²⁹⁾ und entweder, damit sie den übrigen Stellen nicht widerspreche, gewaltsam so ge deudet, als stände da etiam traditionis initium spectandum, oder einen wirklichen Widerspruch in ihr gefunden in dem Sinne, daß Sabinus und Cassius gemeint hätten, die bona fides sei nicht zur Zeit des Kaufs, sondern nur zur Zeit der Uebergabe erforderlich, Andere also wohl: es komme auf dieses Erforderniß (blos 'auch' wäre kein rechter Gegensatz) auf die Zeit des

¹²⁸⁾ Andere Begründungen sind unklar oder selbst falsch oder machen andere Folgerungen aus der eigenthümlichen Natur des Kaufs zu Gründen der hier vorliegenden. So nach Windscheid Pand. §. 177. Not. 1, weil 'im Kauf nicht die Verpflichtung zur Abtretung der Sache übernommen (?), sondern die Sache abgetreten wird' u. s. w., wonach denn für Schenkung, Tausch in dotem datio u. s. w. dasselbe gelten soll, eine offenbar irrige Zusammenstellung. Zitting im Archiv f. civ. Pr. LII. S. 1 flg. begnügt sich mit Hinstellung der Thatsache, daß im Kaufe die Tradition als Ein Geschäft mit der Abschließung selbst aufgefaßt werde. Stinzing, Wesen der bona fides S. 113 flg. nimmt die Verpflichtung des Verkäufers zur Prästation des habere licere und die h. f. des Contracts zu Hülfe. Wieder anders Schirmer in Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. XV. S. 294 u. s. w.

¹²⁹⁾ So auch noch der neueste Ausleger A. Pernice M. Antist. Sabo I. S. 464; über frühere vgl. Abbelohde in der Ann. 95. cit. Abh. S. 13.

Kauf an. Ein solcher Widerspruch (auch Ulpian's mit sich selbst, da er die Ansicht des Sabinus als die nun allgemeine — obtinuit — anführt!) ist nun eben so unglaublich, wie jene angebliche Meinung des Sabinus und Cassius selbst, die der Fassung der Publiciana (bona fide emit) geradezu widersprechen¹³⁰⁾ und eine Verkennung der von Paulus entwickelten Natur des Kaufs und Titels pro emptore, die zu den Grundvorstellungen des Römischen Verkehrsrechts gehört, voraussetzen würde. In der That hat die obige Stelle einen ganz andern Sinn, nach welchem in ihr von dem Erforderniß der bona fides nur ganz beiläufig und so, daß dieses mit allen übrigen Stellen übereinstimmt, die Rede ist. Liest man sie nehmlich ganz unbefangen, so ist die Frage (quaeritur) davon, ob, wenn eine Sache bona fide gekauft worden, für den Lauf der Usucapion (ut usucapio currat) der Kauf oder die Tradition den Anfangspunct bilde (utrum emptionis initium . . . exigimus, an traditionis) und es wird nur für den ersteren Anfangspunct die natürliche Voraussetzung der dann vorhandenen bona fides (ut, wie so häufig = posito ut oder ut tamen, bonam fidem habeat, vergl. quae in L. 44. §. 2. D. de usurp. 41, 3) hinzugefügt oder nur ausdrücklich wiederholt. Auf diese Weise, die Ulpian nicht dem Gedankenfehler Schuld gibt, den Zweck der quaestio gleichsam in einem Athem nach zwei Seiten hin schillernd verschieden angegeben zu haben, ist die Stelle schon in den Basiliken verstanden worden¹³¹⁾ und Ulpian stellt mit ihr nur für die Usucapion fest,

¹³⁰⁾ Freilich meint Abbelohde in der cit. Abh. S. 14, das Edict über die Publiciana habe unter emere überhaupt nicht Kauf, sondern allgemeiner 'mindestens jedes entgeltliche Veräußerungsgeschäft unter Lebenden verstanden — ohne Unterschied, ob das concrete Geschäft als solches rechtliche Wirkung (obligatorische oder dingliche) habe oder nicht' mit Berufung auf Voigt ius naturale IV. S. 522. 527. 488. Angesichts der Interpretationen der Römischen Juristen wird das aber Niemand überzeugen. Schließlich wird der von ihm angenommene Streit der beiden Juristenschulen über die Zeit, wann bei der Publiciana die bona fides vorhanden sein müsse, auch nur dazu verworfen, die von ihm angenommene Interpolation des Titels pro mancipato in den pro emptore plausibeler zu machen.

¹³¹⁾ 50, 3, 9. *Εἰ ἀγοῶν ἀλλότριον ἀγοράσω, τὸν καιρὸν τῆς παραδόσεως πρὸς τῆς χρονίας νομῆς δεσποτεῖαν σκοποῦμεν.* Sie erwähnen also für den Zweck der Frage die bona fides (bei ihnen in dem ἀγοῶν liegend) gar nicht wieder, deren wiederholte Erwähnung bei Ulpian sich auch nur

was er folgerungsweise in L. 7. §. 16. D. h. t. von der Publiciana sagt, so daß unsre Stelle der letztern wahrscheinlich unmittelbar voranging¹³²⁾. Die Streitfrage selbst aber, auf die nun die Stelle hindeutet, ist eine der entwickelten Natur des titulus pro emptore ganz entsprechende, indem man, wenn schon der Abschluß des Kaufs als eine den Eigenthümer beeinträchtigende Stellung des Käufers galt, weshalb er dann schon in gutem Glauben stehen mußte, leicht zu der weitern Consequenz sich getrieben fühlen konnte: seine Usucapion beginne nun auch schon vom Kaufabschluß an. Darauf antworteten aber Sabinus und Cassius siegreich: 'Keine Usucapion ohne Besitz!' so wie Papinian bei einer ähnlichen Frage über den Anfang der Usucapion des von einem Erbschaftsclaven (nicht für sein Peculium) in Besitz Genommenen (L. 45. §. 1. D. de usurp. 41, 3 oben in Anm. 85): Usucapionis primordium erit tempus aditae hereditatis (wo der Erbe Besitzer wird). quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?

Uebrigens folgt aus dem Erforderniß der bona fides in beiden Zeitpunkten, daß wenn für den Käufer noch vor der Tradition der Grund seiner mala fides dadurch, daß der Dritte, welchen er beim Kauf für den Eigenthümer hielt, durch dessen Genehmigung weggefallen ist, er nicht usucapieren und die Publiciana anstellen kann, niewohl dann, wenn jener Dritte wirklich Eigenthümer war, Eigenthum auf ihn übergeht¹³³⁾. Umgekehrt kann von dem Erforderniß der bona fides zur Zeit des Kaufs überhaupt nicht die Rede sein, wenn eine unbestimmte Sache gekauft wurde, bis eine bestimmte, wenn auch noch vor der Tradition, dem Käufer zugewogen, ge-

aus dessen bekanntem Style erklärt, und nur gezwungen könnte man jenen Zweck (initium traditionis ad per tempus currentem usucapionem) statt vom Anfange des Kaufs, von dem Vorhandensein des ἀγοῶν verstehen. Uebrigens gebraucht Ulpian exigere synonym mit requirere, wie hier mit spectare, auch z. B. L. 1. §. 2. D. de superfic. (43, 18).

¹³²⁾ So wie in den Pandekten der §. 16. auf den dortigen §. 15. folgt, hat das Ut igitur, womit jener beginnt, keinen rechten Sinn.

¹³³⁾ Nur dieses letztere sagt Papinian in L. 44. §. 1. D. de usurp. (41, 3). Wenn dagegen Jemand eine seinem Verkäufer erst geschuldete oder von ihm zu kaufende fremde Sache, die er als solche kannte, gekauft hätte, so würde der Kauf selbst gleichsam unter der Bedingung ihres Erwerbs Seitens des Verkäufers geschlossen und dadurch auch die mala fides zur Zeit des Kaufs abgewehrt sein.

Suchte, das Recht der Publicianischen Klage.

messen oder gezählt ist¹³⁴). Eben weil der Kauf dann bis dahin noch bloß Contract und nicht nach seiner ursprünglichen Bedeutung möglicher inchoativer Erwerb war, nannten die Römer ihn *emptio imperfecta*. Das Vorhandensein der *bona fides* zur Zeit des Kaufs und der Tradition genügte aber nach richtiger Meinung auch bei einer verkauften *res Mancipi*, ohne daß es auch auf den Zeitpunkt der Mancipation ankam, weil diese, wie oben gezeigt, nur das *nudum ius Quiritium* übertragen konnte, in dem für den wirklich Berechtigten keine Gefährdung seines Rechts lag.

Bei andern Erwerben des vollen Eigenthums, welche keine Tradition oder sonstigen Besitzwerb erfordern und doch auch nicht erbrechtliche sind, bei denen es ja nur auf die *iusta causa* und *fides* des Erblassers ankommt, muß der gute Glaube, ohne den der Kläger durch die ihm fingierte Besitzzeit nicht *usucapieren* würde, nach der Begriffsconsequenz dann vorhanden sein, wenn der Erwerb eintritt und er ihn bei gesetzlichen Erwerben z. B. dem Legat annimmt, bei andern, wenn er ihn nur erfährt, weil er damit gleichsam die Sache sich aneignet. So z. B. bei der Abjudication mit dem ihm eröffneten rechtskräftigen Urtheil. Im Falle der Accession z. B. beim *partus ancillae* würde es also auch auf den Zeitpunkt der erfahrenen Geburt ankommen, mit dem der Titel *pro suo* an dem Kinde als einer selbständigen Sache erst möglich wird, und dieses war auch für die *Usucapion* die Ansicht des Paulus¹³⁵). Eine andere

¹³⁴) Eine Stelle darüber hat sich nicht erhalten. Der bezugte Uebergang von Vortheil und Gefahr der Sache auf den Käufer erst mit Perfection des Kaufs ist aber, da er auf derselben Auffassung des Kaufs als Erwerb beruht, auch dafür beweisend. Auch ist das Verhältniß ähnlich wie beim Erforderniß des Quiritarischen Eigenthums für das *do lego legatum* zur Zeit des Testaments und des Todes, bei einer unbestimmten Sache aber nur zur Zeit des möglichen wirklichen Erwerbs d. h. des Todes. Gai. 2, 196.

¹³⁵) L. 4. §. 18. D. de usurp. (41, 3). Si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus, non posse eum usucapere (nehmlich partum); quodsi nescierit, posse; quodsi quum iam usucaperet (nehmlich partum), cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit. Nur über das letztere spricht sich Trebatius ebenso aus nach der Relation des Pomponius in L. 4. pr. D. pro suo (41, 10), der selbst im Uebrigen der Sache nach mit Paulus übereinstimmt. Es scheint übrigens noch nicht bemerkt zu sein, daß Paulus in der Consequenz seiner Ansicht auch mit Pomponius annahm, der h. f. emptor erwerbe die Früchte nicht, wenn er vor deren Ab-

Ansicht ließ aber lediglich den guten Glauben zur Zeit des Erwerbs der Mutter Sache entscheiden¹³⁶) und dieses scheint richtiger, weil die Abtrennung von ihr ein rein sächliches Moment für die Möglichkeit irgend eines besonderen Eigenthums an dem Abgetrennten ist, während der factische Grund des erlangten Eigenthums dieser Person, den jeder Titel, auch der *pro suo*, ausdrückt und für den allein doch die persönliche Eigenschaft der Redlichkeit oder Unredlichkeit in Frage kommen kann, auch hier nur in dem Erwerbe der Mutter Sache liegt. Es ist daher auch nicht überzeugend, wenn Pomponius (L. 4. pr. cit. in Anm. 135) die entgegengesetzte Ansicht von der Seite her zu rechtfertigen suchte, daß wenn der h. f. emptor der *Scavin*,

trennung erfahren, daß die Sache fremd sei, weil es bei jenen auf das *factum possessionis* (der Früchte als besonderer Sachen) ankomme. L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41, 1). Ob ihm Albian hierin beigestimmt habe, ist aus L. 24. §. 1. vgl. L. 40. eod. doch nicht schlechthin zu schließen, wo er bei einem *homo h. f. possessus* auf die *fides* zur Zeit der einzelnen Erwerbe durch ihn gesehen wissen will, da Fruchtwerb des h. f. possessor und dessen Erwerb durch den h. f. possessus *ex re sua* oder *ex operis eius* wohl ähnlich, aber doch nicht schlechthin gleich sind.

¹³⁶) Papinian L. 44. §. 2. D. de usurp. (41, 3). Etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspicere placeat, nunquam tamen evenit, ut non initium praesentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quae bonam fidem habuit, inspiciamus, veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide coepit possidere; non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit. Idem in servo postliminio reverso dictum est (den man vor seiner Gefangennehmung h. f. zu besitzen angefangen hatte und von dem man vor seiner Rückkehr erfuhr, daß er fremd sei). Eben dieses meinte ohne Zweifel auch Julian in L. 33. pr. D. de usurp. (41, 3), welche Stelle Albian beistimmend anführt in L. 11. §. 4. D. h. t. Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa (also der anfänglichen mit h. f. verbundenen, ohne daß es auf eine besondere causa *pro suo* zur Zeit der Abtrennung ankommt) partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam; ex omnibus igitur causis Publicianam habeo: wenn auch beide Stellen vornehmlich das im Auge haben, daß durch das Nichtwissen des Käufers um den Diebstahl bis zur Geburt des Kindes die Furtivität desselben und damit ein objectives Hinderniß der *Usucapion* ausgeschlossen sei. Zweifellos erhebt daher Julian's Ansicht von der alleinigen Entscheidung des ursprünglichen Erwerbgrundes für die *Fides* daraus, daß er auch dem h. f. emptor den Erwerb der Früchte zusprach, obgleich er vor der Abtrennung derselben erfahren, daß die Sache fremd sei. L. 25. §. 2. D. de usur. (22, 1).

welcher später erfahren, daß sie furtiv und also auch ihr Kind fremd sei, den Eigenthümer, obgleich er konnte, nicht benachrichtigt hätte, er anfangs clam zu besitzen, was den Titel pro suo ausschliesse; denn es kann eben hier von keinem besondern Titel, sei es pro suo oder pro possessore (clam) die Rede sein. Auch zeigt sich die Fehlsamkeit seiner Auffassung darin, daß er sich genöthigt sieht, die Gleichgültigkeit des Moments der Abtrennung damit stillschweigend zuzugestehen, daß er jene clandestina possessio annimmt, wenn der Besitzer nur irgend einmal vor Vollendung der Usucapion des Kindes (intra statutum tempus) erfahren, daß Mutter und Kind fremd seien und nun den Eigenthümer nicht benachrichtige, da er doch selbst sonst anerkennt (L. 6. pr. D. de acq. poss. 41, 2), daß für das clam possidere non ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est. Scheinbar stimmt auch Ulpian der irrigen Ansicht des Paulus und Pomponius bei, was freilich um so merkwürdiger wäre, als jener anderwärts eine Aeußerung des Julian offenbar beistimmend referiert, von dem wir eben (Ann. 136) gesehen haben, daß er die richtige Ansicht hegte, und in der scheinbar widersprechenden Stelle sich auch wieder auf Julian beruft. Er sagt nehmlich in L. 11. §. 3. D. h. t.:

Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignorantibus mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.

Emendiert man hier — auch gegen die Auctorität der Basiliken — statt experiar mit Cujacius et pariat oder mit Mommsen ea pariat, so würde damit die Stelle nur auf den Zeitpunkt der Geburt Gewicht legen, also bestimmter der Ansicht des Paulus zu entsprechen scheinen. Diese Lesart hat aber schon nach dem Inhalt der Stelle selbst das gegen sich, daß Julian offenbar das Nichtwissen des Besitzers um den Diebstahl als von dem Erwerbe her auch für die Zeit von der Conception bis zur Geburt fortdauernd annimmt und mit si modo noch ein weiteres nothwendiges Nichtwissen aus der spätern Zeit als Voraussetzung hinzufügen will, welche Zeit mit dem experiri als der entscheidenden abschließt, weil das richterliche Urtheil in in rem actiones sich danach d. h. nach dem Zeitpunkt der litis contestatio richtet. Ueberhaupt handelt die Stelle zunächst von der Furtivität des Kindes: sie kommt aber allerdings auch für

das Erforderniß der b. f. mittelbar in Betracht. Ulpian hat nehmlich vorher in §. 2. gesagt: wohl der b. f. emptor, bei dem die gestohlene Clavin empfangen habe, könne wegen des gar nicht in seinen Besitz gekommenen Kindes die Publiciana anstellen, nicht aber auch der b. f. heres (bei dem dasselbe geschehen), weil er vitiorum defuncti (nehmlich furis) successor sei. Wie nun, fährt er fort, im Falle der Schenkung der Mutter? Hier, sagt er, würde mitunter die Publiciana wegen des zur Zeit des Nichtwissens des Beschenkten empfangenen und geborenen Kindes ihm auch zustehen, nehmlich wenn er auch zur Zeit der Klageanstellung um den Diebstahl nicht wußte. Bei dieser Entscheidung kann nun, da der Beschenkte weder persönlicher Nachfolger des Diebes und so vitiorum successor, noch auch bei ihm selbst das Kind auf vitiöse Weise entstanden ist, nicht die Frage der Furtivität, sondern blos die der mangelnden b. f. das Motiv gewesen sein. Was nun diese betrifft, so hat man wohl gemeint, daß sie sich anders bestimme, wenn der Besitzer später erfahre, die Sache sei gestohlen, als wenn sie ihm nur als fremde bekannt werde, dort die Usucapion des Kindes wegen mala fides superveniens gehindert werde, hier nicht¹³⁷⁾. Dieses scheint jedoch ohne innere Begründung¹³⁸⁾, da die Furtivität vom gewöhnlichen Fremdsin der Sache nur dadurch sich unterscheidet, daß sie zugleich ein objectives Hinderniß der Usucapion bildet, und der gute Glaube hinsichtlich des Kindes, welches eben nicht gestohlen ist, sondern in Conception und Geburt aus der Zeit der b. f. possessio herrührt, durch die Furtivität der Mutter nicht alteriert werden kann. Auch würden Julian und Ulpian dann mit sich selbst in L. 33. pr. D. de usurp. (41, 3) und L. 11. §. 4. h. t. (Ann. 136) in Widerspruch stehen, welche ebenfalls von einer gestohlenen Mutter sprechen. Endlich sieht man nicht ein, warum denn unsere Stelle gerade von einer

¹³⁷⁾ Auf diese Weise — die einzige mir überhaupt noch plausible erscheinende gegen alle übrigen — will Schirmer Usucapion S. 136. Ann. 84. und Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. XV. S. 303—308, wo zugleich die übrigen Ansichten über unsere L. 11. §. 3. und die ganze Materie mitgetheilt werden, diese Stelle mit den übrigen vereinigen.

¹³⁸⁾ Auch beim Fruchterwerbe des b. f. possessor wird dieser Unterschied nicht erwähnt, obgleich es doch z. B. in L. 48. §. 2. D. de acq. rer. dom. (41, 1) nahe genug gelegen hätte.

geschenkten Sclavin im deutlichen Gegensatz gegen eine verkaufte spricht. Meines Erachtens steht *furtivam* (statt *alienam*) *matrem ignorem* nur zufällig, weil eben vorher eine *furtive* Sclavin vorausgesetzt war, die ganze Stelle erklärt sich aber einfach daraus, daß vor Justinian die Usucapion aus einem lucrativen Titel durch *mala fides superveniens* aufgehoben wurde¹³⁹). Gerade weil Julian beim Sclavenfinde nur auf den ursprünglichen Titel sah, mußte er bei ihm auch das Recht des Schenkungstitels zur Anwendung bringen. Die Aufnahme der Stelle in die Pandekten wird man aber auch auf ein bloßes Versehen der Compileren zu schieben haben, da für ein von ihnen beabsichtigtes abweichendes Recht der *Publiciana* in diesem Punkte von dem der Usucapion gerade die übereilte Art, wie die Pandekten zu Stande kamen, nicht spricht. Man wird sich aber auch auf diese Stelle in der Streitfrage nicht berufen dürfen, ob, nachdem das kanonische Recht für die Usucapion allgemein die Fortdauer der *b. f.* bis zu deren Vollendung gefordert hat, dasselbe Erforderniß für die *Publiciana* bis zu deren Anstellung gelten müsse. Dieses ist mit der auch gemeinen und praktischen Ansicht zu läugnen, zwar nicht deshalb, weil, wie man gesagt hat¹⁴⁰), die *Publiciana* nicht voraussetze, daß der Usucapionsbesitz nicht unterbrochen sei; denn wenn sie auch den Besitz für die ganze Zeit fingiert, so doch nicht auch die *b. fides* da, wo die Usucapion sie erfordert: auch würde dann Julian die Zuständigkeit der Klage für den, der aus dem Titel *pro donato mala fide superveniente* klagte, zu Unrecht geläugnet haben. Wohl aber deshalb, weil der Grund des kanonischen Rechts, daß man nicht *mala fide* aus fremdem Vermögen erwerben soll, doch nicht in gleicher Stärke für die *Publiciana* eintritt, welche weder gegen den Eigenthümer noch zu dessen Nachtheil, sondern nur gegen einen Besitzer mit schlechterem Recht d. h. der nicht auch redlich *ex iusta causa* zum Besitz gelangt ist, mit Erfolg angestellt wird, und die bloße Begriffsconsequenz aus der Römischen Zurückführung dieser Klage, welche schon im Justinianischen Recht als ein

¹³⁹) L. un. fin. C. de usuc. transform. (7, 31) vom J. 531 . . . ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est.

¹⁴⁰) v. Bangerow I. S. 335. II. 1. d.

auf Grund des alten Usucapionsrechts abgeschlossenes selbständiges Institut erscheint, auf das Recht der Usucapion dem kanonischen Recht für seine Usucapion nicht beigegeben werden kann.

Die vom Prätor erforderte *bona fides* ist, wie bei der Usucapion überhaupt, eine subjective — die Worte *bona fide* stehen bei *emit*¹⁴¹) — ein vom Erwerber auf den Auctor bei der *iusta causa*, bei nicht derivativen Erwerben auf diese selbst gesetztes Vertrauen, durch diese *causa*, wie sie an sich dazu bestimmt und geeignet ist, auch Eigenthum an der Sache zu erwerben und folglich Niemanden als Eigenthümer durch deren Aneignung Unrecht zu thun; als subjective im engern Sinn aber auch eine irrige: wer wirklich Eigenthum, wenn auch nur bonitarisches erworben hat, ist mehr als *bonae fidei emptor*, ihm schadet sein Wissen um das *nudum ius Quiritium* des Dritten nicht¹⁴²). Der gewöhnlichste Fall des in dieser *bona fides* liegenden Irrthums ist nun der im monitorischen Edict ausgedrückte, daß man von einem Nichteigenthümer, den man für den Eigenthümer zu halten guten Grund hatte, erworben hat. Da aber auch Stellvertreter Veräußerungsrecht haben, steht ihm gleich, daß man in einem solchen Falle dem, der als anscheinend wirklicher Stellvertreter des Eigenthümers auftrat, Stellvertretungsrecht beimah, welches er in der That nicht hatte¹⁴³), und da auch umgekehrt manche Eigenthümer nicht veräußern können, daß man von einem nicht Veräußerungsfähigen z. B. einem Minderjährigen, den man für großjährig halten durfte, oder von einem Pupillen mit *auctoritas* eines nur vermeintlichen Tutor erwarb¹⁴⁴). Diesem Falle mußte man aber bei der Usucapion auch wieder den des Erwerbs durch ein Consensgeschäft mit einem Wahnsinnigen, den man mit gutem Grunde für vernünftig hielt, gleichstellen, obgleich hier die *iusta causa* selbst wegfiel, da man ihm dieses Hinderniß

¹⁴¹) Hierdurch also unterschieden von der contractlichen *bona fides*, welche in der *intentio* der *b. f. actiones* absolut und als objective Quelle von Verpflichtungen steht (*oportet ex fide bona*).

¹⁴²) Vgl. Gai. 2, 41—43. Daß dann auch in der Formel die Erwähnung der *bona fides* wegbleibt, haben wir schon gesehen.

¹⁴³) L. 27. D. de contrah. empt. (18, 1). L. 109. D. de verb. sign. (50, 16) u. f. w.

¹⁴⁴) L. 7. §. 4. L. 13. §. 2. D. h. t. Vgl. L. 2. §. 15. D. pro empt. (41, 4).

der Veräußerungsfähigkeit unter Umständen noch weniger ansehen kann, als das des mindern Alters und es ist schon erklärt worden, weshalb hier Paulus für die Publiciana doch ein anderes Recht annahm (S. 56). Diesen putativen Titel für die Usucapion einmal zugegeben, folgte dann weiter, daß, da man nach der Rechts- und Verkehrsordnung auch umgekehrt durch Andere, wie einen Sklaven, Vormund, Procurator, Erblasser erwirbt, die Ergänzung des Titels durch die bona fides auch in solchen Fällen zuzugeben sei, wo man aus ihrer Stellvertretung herzuleitende gute Gründe hatte, ein bestimmtes von ihnen geschlossenes Erwerbgeschäft anzunehmen¹⁴⁵). Ueberall aber verlangt die bona fides eben auch billigenwerthe Gründe für die irrige Annahme eines wirklichen Erwerbs und so fällt mit der Usucapion auch die Publiciana für den weg, der im Rechts- oder in einem sonst nicht entschuldbaren Irrthum stand¹⁴⁶). Dagegen hindert auch weder die Usucapion noch die Publiciana ein Irrthum, der sich nicht auf die gültige Uebertragung des Rechts Seitens des Veräußernden bezieht, obgleich man danach nicht Eigenthum erworben zu haben glaubt¹⁴⁷), sowie auch umgekehrt die bona fides hinsichtlich anderer Mängel des gültigen Erwerbs bedeutungslos ist¹⁴⁸).

Es lassen sich aber auch Fälle denken, wo die iusta causa selbst einen dem Kläger bekannten Mangel hatte, demzufolge er wußte, daß kein Eigenthum auf ihn übergehe, und er doch, obschon keiner der gewöhnlichen Fälle des Erwerbes des bloßen in bonis esse

¹⁴⁵) L. 11. D. pro empt. (41, 4) L. 44. §. 4. fin. D. de usurp. (41, 3). L. 5. §. 1. D. pro suo (41, 10). Dem putativen Titel vom Erblasser her setzte man endlich auch den Fall gleich, daß der Erbe eine nur vermeintlich legierte Sache dem vermeintlichen Legatar zustellt. L. 9. pr. pro leg. (41, 8) L. 4. §. 2. D. pro suo (41, 10). — Selbstverständlich mußte Paulus in allen Fällen eines bloß putativen Titels die Publiciana versagen.

¹⁴⁶) L. 4. 7. D. de iur. et f. ign. (22, 6) L. 31. pr. D. de usurp. (41, 3) L. 3. §. 15. D. pro empt. (41, 4).

¹⁴⁷) Z. B. daß der Erwerber irrig in seiner Person einen den Erwerb hindernden Umstand oder den Nichteintritt einer wirklich eingetretenen Bedingung des Erwerbs annimmt, indem dafür auch der Grundsatz gelten würde plus in re est quam in falsa existimatione. Vgl. oben Anm. 18.

¹⁴⁸) Z. B. daß man irrig die Ehe für gültig hält, für welche eine Dos gegeben wird, oder sich irrig die testamenti factio für ein Legat zuschreibt. L. 1. §. 4. D. pro dote (41, 9) L. 7. D. pro leg. (41, 8).

vorliegt, ihm Usucapion und Publiciana zugesprochen werden müssen, weil der Eigenthümer nach den gegebenen Umständen seinen Erwerb nach der Billigkeit anerkennen muß. Einen solchen erwähnt auch in Justinian's Rechtsbuche und in unserem Titel selbst Ulpian in

L. 14. D. h. t. — Papinianus libro sexto quaestionum scribit: Si quis prohibuit vel denunciavit, ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitor praetor, sive possideat sive petat rem. sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur. potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti 'si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.

Hat Jemand in Folge Auftrags des Eigenthümers eine Sache verkauft und der Eigenthümer hindert dann diesen Procurator, indem er das Mandat zurückzieht, die Sache auch zu tradieren, oder warnt auch noch den Käufer vor dem wirklichen Erwerbe durch die Tradition, so macht die dennoch geschehene Uebergabe diesen ohne Zweifel nicht zum Eigenthümer, weil sie von einem unberechtigten Procurator gegen den Willen des Eigenthümers geschieht, und der Käufer weiß, daß er mit der Tradition eine fremde Sache in Besitz nimmt. Aber der Prätor schützt selbst im letzteren Fall den Käufer gegen den Eigenthümer, sowohl durch die am Schluß der Stelle erwähnte exceptio, wenn letzterer vindiciert, als durch Klage d. h. die Publiciana gegen den zufällig wieder in Besitz gekommenen Eigenthümer, dem dann die exceptio dominii versagt werden würde. Nach der Natur des Kaufs als eines schon inchoativen Erwerbs hat nehmlich der Eigenthümer durch den in seinem Auftrage eben so rechtskräftig, wie von ihm selbst geschehenen Verkauf den Käufer auch gegen sich schon als materiell berechtigten Erwerber, der nun auch die Tradition erzwingen kann, anerkannt; sein der Tradition als einer bloßen Rechtsfolge mangelnder Wille kann also, wie ein erzwingbarer, nur eine leer formelle Bedeutung haben¹⁴⁹). Was

¹⁴⁹) Ganz anders liegt der Fall, wenn Jemand gleich den Verkauf mit der Bedingung auftrug, daß nur nach gezahltem Kaufgelde die Sache dem Käufer tradiert werden solle (Gai. 4, 126^a), oder auch nur die Tradition gegen den Procurator von dieser Bedingung abhängig machte, und nun der Procurator ohne

Papinian noch hinzufügt, daß aber auch (sed = sed et) der Procurator ungeachtet des nachher gekündigten Mandats das, worauf er dem Käufer in Folge der unkräftigen Tradition verurtheilt sei, mit der Mandatsklage vom Auftraggeber zurückfordern könne, bezieht sich, wie er selbst erklärt (potest enim fieri etc.), auf den Fall, daß der Käufer (dem der Eigenthümer nicht denunciirt hatte) von der ihm zuständigen Einrede nichts wußte und deshalb die Eviction der Sache Seitens des Eigenthümers sich hatte gefallen lassen müssen.

Ein anderer Fall ist der, daß ein von einem fremden Sklaven z. B. Bestohler von dem b. f. possessor dieses Sklaven, den er mit einer Noxalklage belangt hatte, den Sklaven noxae causa tradiert erhalten oder, weil er von jenem nicht vertheidigt wurde, dessen ductio vom Prätor erlangt hat und nachdem es sich nun gezeigt, daß ein Anderer Eigenthümer des Sklaven sei, dieser ihm den Strafbetrag der Noxalklage nicht ersetzen will und so entweder den Sklaven von ihm vindiciert oder, selbst wieder in Besitz gekommen, mit der Publiciana von ihm belangt wird¹⁵⁰). Da nehmlich der b. f. possessor vermöge seines äußerlich eigenthumsartigen Rechts

Empfang des Geldes tradierte. In diesem Falle der L. 1. §. 3. D. de exc. rei vend. (21, 3) hatte der Eigenthümer die ganze Veräußerung von einer nicht eingetretenen Bedingung abhängig gemacht.

¹⁵⁰) L. 28. D. de noxal. act. (9, 4) Africanus: Et generaliter si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutum serviret, noxali tecum egerim tuque eum mihi noxae dederis: sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum, sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem 'si dominus eius sit', utilem mihi replicationem doli mali profuturam et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam: alioquin si aliter constituatur, futurum, ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur, si, cum ipso iure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat, eademque dicenda sunt et si cum ab eo non defenderetur, iussu praetoris eum duxerim, quoniam isto quoque casu iustam causam possidendi habeo. Vgl. L. 11. D. eod. Cujacius beschäftigt sich in seiner Auslegung der L. 28. cit. viel mit dem angeblichen Widerspruch der L. 27. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9, 2), nach welcher der b. f. possessor des tödtenden Sklaven mit der Noxalklage nicht haftet. Es ist aber da in dem Satze is vero, cui bona fide servit, non tenetur zu lesen qui bona fide servit (dieser haftet nur seinem vermeintlichen Herrn mit der directen Klage L. 13. §. 1. D. eod.).

am Sklaven (quem respondit suum esse L. 27. §. 1. eod.) sich auch mit der Noxalklage belangen lassen muß, die ihm aber doch auch über das Entbehren jenes Rechts hinaus nicht nachtheilig sein darf, so muß ihm auch das Recht einer dem Eigenthümer gegenüber wirksamen und geschützten und damit materiell ihn vom Kläger befreienden noxae datio zustehen, ohne welchen Schutz die Noxalklage in jener dem Kläger keine der Condemnationsforderung gleichwerthige Befriedigung gewähren, in Wahrheit also wieder nicht gegen den b. f. possessor zugestanden haben würde. Zwar überträgt er nun mit dieser noxae datio nicht Eigenthum, das er ja selbst nicht hat, und wird daher auch durch sie ipso iure von der Judicatsobligation nicht befreit (L. 27. §. 1. cit.). Beides muß aber materiell, eben deshalb aber auch nur so weit die Billigkeit es verlangt, angenommen werden, d. h. Kläger besitzt ex iusta causa, ist in bona fide, ohgleich er um das fremde Eigenthum weiß, hat die Publiciana und kann usucapieren — jedoch so, daß er auch dem Eigenthümer sein Recht nicht nehmen darf, wenn dieser sein, des Noxalklägers, materielles Interesse anerkennt, d. h. ihm die Condemnationssumme ersetzen will¹⁵¹). Der Fall ist daher im Wesentlichen auch ein ganz ähnlicher, wie wenn der bonitarische Eigenthümer die Publicianische Klage anstellt.

Endlich gehört hieher auch der Fall, daß der Verkäufer einer fremden Sache, nachdem er den Eigenthümer beerbt und den Besitz der Sache wiedererlangt hat, sie einem Dritten verkauft. Auch hier sprechen Julian, Pomponius und Ulpian dem ersten Käufer gegen den zweiten eine wirksame Publiciana zu, ohne seiner bona

A
B
C

¹⁵¹) Bietet ihm also der vor vollendeter Usucapion vindicirende Eigenthümer den Betrag der Noxalschuld an, worin gleichsam eine ihm gegen den Usucapienten nie zu versagende usurpatio liegt, so würde damit die Usucapion unterbrochen werden und die Publiciana des vom Sklaven Verletzten gegen den zufällig wiederbesitzenden Eigenthümer zwar nicht ipso iure wegfallen, aber doch aufhören eine billige zu sein — nicht ex mala fide superveniente, sondern weil damit sein gerechter Titel, der mit dieser stillschweigenden Resolutivbedingung behaftet war, rückwärts aufhörte ein gerechter zu sein, ähnlich wie bei einer unter einer Resolutivbedingung verkauften Sache, wenn diese Bedingung eintritt (L. 41. pr. D. de rei vind. 6, 1), oder nach der Rutiliana constitutio, wenn die Frau, welche eine res mancipi ohne tutoris auctoritas verkauft hat, dem Käufer das empfangene Kaufgeld vor vollendeter Usucapion zurückgibt. Fr. Vat. 1.

fides zu erwähnen, weil der Verkäufer zum zweiten Male verkauft habe, was er dem ersten gegenüber nicht mehr in bonis hatte¹⁵²⁾, obgleich hier auch von einem gewöhnlichen bonitarischen Eigenthum des letzteren nicht die Rede sein kann.

Kann nun nicht aber auch der wirkliche Eigenthümer Publicianisch klagen, was ja wegen des viel leichteren Beweises für ihn so vortheilhaft sein würde? Man hat für die bejahende Antwort wohl die L. 7. §. 7. D. h. t. angeführt, da, wenn das auf Eidesantrag beschworene Eigenthum zur Publiciana berechtigt, es auch das Eigenthum selbst müsse¹⁵³⁾. Der ganz andere Sinn dieser Stelle ist aber oben dargelegt worden (S. 53 flg.). Man möchte sich ferner dafür im Justinianischen Recht auf die früher (S. 11) angeführten Stellen berufen, deren Verfasser bonitarisches Eigenthum als Voraussetzung der Klage dachten, welches ja aber im Justinianischen Recht dem vollen gleichsteht. Doch kann dieses nicht der Sinn des Justinianischen Rechts sein. Die Publicianische Klage bleibt in diesem eine auf die Fiction der Usucapion gegründete Klage, welche Fiction für den, der schon Eigenthümer ist, keinen Sinn hat oder doch nur einen solchen, der die Klage selbst zerstören würde, weil es unmöglich ist, daß der, welcher schon Eigenthümer ist, durch den Besitz in der erforderlichen Zeit es noch werde. Die vorgedachten Stellen müssen also für das Justinianische Recht doch auf Fälle bezogen werden, in denen der Kläger nur gerechter Weise Eigenthümer geworden zu sein glaubte. Eine andere Frage ist aber, ob nicht der, welcher zwar vielleicht wirklich Eigenthümer geworden ist, doch nach den bloßen Voraussetzungen der Publicianischen Klage, die bei ihm vorhanden sind, auch diese anstellen, mithin auch, was die Formen unseres Processes gestatten, sie für den Fall, daß ihm sein Eigenthumbeweis nicht gelinge, mit der rei vindicatio cummulieren könne. Dieses ist von der herrschenden Ansicht stets bejaht

¹⁵²⁾ L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. (44, 4). L. 72. D. de rei vind. (6, 1) L. 2. D. de exc. rei vend. (21, 3).

¹⁵³⁾ Glück VIII. S. 373. Ich berücksichtige nicht erst die ältere ganz unjuristische Ansicht, die Publiciana sei zunächst für den Eigenthümer wegen der Schwierigkeit des Eigenthumbeweises eingeführt, dann aber auch dem gutgläubigen Nichteigenthümer gegeben worden.

worden¹⁵⁴⁾ und es liegt das auch in der Idee der Publiciana, wonach sie eben wegen der Ungewißheit, ob man durch die iusta causa auch Eigenthum erworben habe, eingeführt worden ist. Somit steht sie dem Eigenthümer nicht weil, sondern obgleich er vielleicht auch Eigenthümer ist, zu und theoretisch müßte man in einem solchen Falle, wenn der Beklagte den 'diabolischen' Beweis des Eigenthums des Klägers übernehme und führe — eine praktische Absurdität — die angestellte Publicianische Klage zurückweisen. Doch ist dieser Beweis nicht immer 'diabolisch' und in manchen Fällen wird man in der That, weil die Publicianische Klage Ungewißheit des Eigenthums im Verkehr mit den Sachen zur Voraussetzung hat, stets nur die rei vindicatio anstellen können. So namentlich, wenn man sich auf einen Erwerb vom Fiscus stützt, der ja stets Eigenthum übertragen soll, oder auf einen s. g. originären Erwerb, wie Occupation aus der freien Natur oder vom Feinde — wo nur selten eine Ungewißheit des wirklichen Erwerbs z. B. wegen des ius postliminii gewisser Sachen oder nicht gekannter consuetudo revertendi schon occupirter wilder Thiere eintreten wird — oder auf Specification oder auf Verbrauch von Geldstücken oder Erwerb von Früchten von einer Hauptsache in den bekannten Fällen.

Endlich wäre es aber auch widersprechend, daß der, welcher durch Usucapion Eigenthümer geworden zu sein behauptet, Publicianisch klagen wollte; denn wenn auch die s. g. factischen Voraussetzungen der Klage ungeachtet der Usucapion bleiben, so kann doch nach der Idee der Klage das, was wirklich ist, nicht aushülfsweise fingiert werden, und dieses spricht auch das monitorische Edict über die Publiciana mit dem Erforderniß nondum usucaptum aus. Eben so, also als Ausspruch über die Absicht des Prätors bei Einführung dieser Klage,

¹⁵⁴⁾ Glück VIII. S. 372 flg. Als Quellenbeweis dafür kann man anführen theils die L. 57. D. mand. (17, 1), insofern da die Publiciana einem Sklavenhändler ohne Rücksicht darauf, ob er die Sklaven zu Eigenthum wirklich erworben hatte oder nur erworben zu haben glaubte, zugesprochen wird, theils L. 66. pr. D. de evict. (21, 2), nach welcher ein verschuldeter, die Klage wegen Evictionsleistung nicht begründender Verlust des Eigenthumsprocesses darin liegt, daß der Käufer ungeachtet der Erinnerung des Verkäufers nicht lieber die Publiciana (statt der civilen Klage) anstellte. Sie beruht wenigstens auf der Voraussetzung, daß unter denselben factischen Verhältnissen nach deren subjectiv verschiedenen Beurtheilung die eine und die andere Klage angestellt werden könne.

sie bei mangelndem Bedürfnis auch nicht zu geben, ist denn auch Ulpian's Erklärung jenes Erfordernisses (vgl. oben S. 19) nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam zu verstehen, welche Worte man gewöhnlich gegen den Zusammenhang so deutet, als sollten sie sagen: wer die civile Klage habe, bedürfe zwar der prätorischen nicht, könne sie aber doch, wenn er wolle, anstellen ¹⁵⁵). Nicht aber kann man auch behaupten, daß wenn nur die Usucapionszeit abgelaufen ist, der Kläger auf die rei vindicatio beschränkt sei. Dieses ließe sich hören, wenn die Publiciana nach manchen älteren Vorstellungen gleichsam alternativ als in rem actio neben der persönlichen Klage auf Evictionsleistung eingeführt wäre, die bekanntlich wegfällt, wenn der Kläger durch Verwahrlosung des Besitzes zu usucapieren versäumt hat ¹⁵⁶). Wir haben aber schon früher (S. 31) gezeigt, daß die Publiciana als reine in rem actio durch keine persönliche Rücksicht auf Abwesenheit des Verschuldens beim Besitzverluste bedingt sei. Der Kläger kann nun aber auch nach Ablauf der Usucapionszeit seit seiner Besitzerlangung ex iusta causa doch darüber ungewiß sein, ob er usucapiert habe, oder das Gegenteil gewiß wissen, weil nemlich inzwischen sein Besitz einmal unterbrochen wurde, und so erstreckt sich sein Bedürfnis der Klage auch über jene Zeit hinaus. Eben so steht nichts im Wege, daß der, welcher zuerst mit der civilen Klage vindiciert hat — sei es auch aus dem speciellen Grunde der Usucapion — nach seiner Abweisung noch Publicianisch klage oder auch umgekehrt, da die Voraussetzungen beider Klagen verschieden sind ¹⁵⁷), und so würde auch bei uns mit einer auf Verjährung gestützten Vindication die Publiciana alternativ cumuliert werden können.

usucapion

¹⁵⁵) Die richtige Ansicht findet sich dagegen schon bei Stephanus in den Basil. 60, 5, 28 (schol. 3).

¹⁵⁶) L. 56. §. 3. L. 54 pr. D. de evict. (21, 2).

¹⁵⁷) Nur würde der, welcher mit der Publiciana unterlegen wäre, ohne neue Gründe nicht mehr auf Grund der Usucapion vindicieren können, da ihm deren Erfordernisse schon in der frühern Klage aberkannt sind.

VII. Das Recht der Publicianischen Klage. Die Wirk- samkeit der Fiction.

Die Fiction des Eigenthums durch Usucapion, wenn der Kläger die Usucapionszeit hindurch besessen hätte, macht seine Klage doch unnütz, wenn die Sache nicht usucapiert werden konnte. Die Klage wird damit freilich für alle Sachen ausgeschlossen, an denen überhaupt kein Privateigenthum möglich und die so vom Verkehr ausgeschlossen sind. Die eigentliche Meinung geht aber bei diesem Erfordernis auf die Sachen, die im Eigenthum stehen, aber nach Gesetzen mit Rücksicht auf den Eigenthümer oder Rechte Dritter nicht usucapiert werden können, weshalb auch die bona fides nach dieser Seite hin verlangt wird ¹⁵⁸). Im Uebrigen sind objective s. g. Usucapionsverbote und solche zu unterscheiden, die nur aus einem s. g. Veräußerungsverbot folgen.

Zu den erstern gehört nach den zwölf Tafeln nicht sowohl das Verbot ¹⁵⁹) als die Ausschließung oder Nichtzulassung der Usucapion gestohlener Sachen, denen später auch die mit Gewalt in Besitz genommenen Grundstücke gleichgestellt wurden, beide bis zur Rückkehr in die Gewalt des um sie Gebrachten. Indem nemlich ohne Zweifel schon die zwölf Tafeln, wie nachher die Lex Atinia, für das subreptum die aeterna auctoritas vorschrieben (Gell. 17, 7), d. h. daß ungeachtet noch so langen und gerecht erlangten fremden Besitzes desselben das Recht des Eigenthümers daran fortdauern sollte, entbanden sie diesen der Nothwendigkeit der Vindicien oder usurpatio,

¹⁵⁸) Pomponius L. 32. §. 1. D. de usurp. (41, 3). Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiam si erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio. Anders beurtheilt diese Stelle Wächter über die bona fides S. 98.

¹⁵⁹) Ein solches würde nach der Natur aller vorläufigen Verbotsgesetze eben so wie das Verbot der mortis causa capio über 1000 Asse nach der Lex Furia nur lex imperfecta haben sein können. S. meine Schr. Die multa und das sacramentum S. 86. Unsere Quellen sagen auch hier nicht lex vetat, sondern prohibet, inhibet und bezeichnen damit richtig den Ausdruck der Gesetze selbst, welcher objectiv die Usucapion ausschloß.

um sich dasselbe gegen die sonstige Usucapion in einem Jahre zu erhalten, und hinderten so die letztere am Eintritt vollkommen ge- rechter Weise, da die gleiche Rücksicht im Jahre auf den Erwerb und die Erhaltung des Eigenthums (auf den usus und die auctori- tas, bei der letztern in der angesonnenen usurpatio), für den Fall des rechtmäßigen Verkehrs gilt und zu Gunsten des Eigenthümers aufhören muß, wenn ihm durch diebische Wegschaffung und Hehlung der Sache die usurpatio von vornherein unmöglich gemacht werden sollte¹⁶⁰). So lag in diesem Gesetz für solche Sachen, die einmal durch eine dem rechtmäßigen Verkehr durch Ueberlassung gerade ent- gegengesetzte verbrecherische Handlung in fremde Hände gekommen war, eine Entkräftung aller iustae causae für werdendes Eigenthum und gewissermaßen eine Gleichstellung mit res extra commercium. Ähnlich muß das Gesetz gelautet haben, welches an res mancipi einer Frau in Agnatentutel, die von ihr ohne Auctorität dieser ihrer Tutoren in fremden Besitz übergeben waren, die Usucapion unmöglich machte¹⁶¹); das Gesetz betrachtete in dem hohen Interesse,

¹⁶⁰) Es wird hier also eine beständige usurpatio des Eigenthümers (inter- pellatio L. 84. D. de furt. 47, 2) als gleichsam schon in der res furtiva von selbst liegend angesehen, gleichwie auch der Dieb aus demselben Grunde schon von selbst in Mora ist und es deshalb keiner Mahnung gegen ihn bedarf. Die Neuern streiten über den Grund dieses Rechtsatzes. Vgl. Schirmer Usucapion S. 121.

¹⁶¹) Gai. 2, 47: welche Stelle man allerdings wörtlich, aber schwerlich im Sinne der Decemvirn, auch so deuten kann, daß die Usucapion solcher Sachen der Frau schlechtthin ausgeschlossen sein soll, außer in dem einen Falle, daß sie dieselben mit Auctorität ihres Tutors tradiert hat. Der obigen (wohl auch von Böcking Pand. II. §. 145. S. 81 und Schirmer cit. S. 206 getheilten) Auffassung widerspricht nicht, sondern bestätigt sie eher, daß Gai. 2, 46 die Anstatthastigkeit der Usucapion an Provincialgrundstücken, anknüpfend an die der res vi possessae in Italien (2, 45), zwischen einschleibt: an ihnen hatte das Römische Volk sich gleichsam ein ewiges Eigenthum gegen die Veräußerungen der Besitzer vorbehalten. Eben so nicht Cic. pro Flacco 34: eine Frau in Agnaten- oder Gentilentutel (welche letztere doch das Gesetz oder die Auslegung der ersteren wahrscheinlich gleich setzte) mußte, da sie selbst ja auch mancipi ist, natürlich auch dem Zwölftafelgesetz unterliegen, wenn sie sich Jemanden in die Ehe übergeben hatte. Bedenklicher könnte Cic. ad Attic. 1, 5, 6. sein: De Tadiana re mecum Tadius locutus est, te ita scripsisse, nihil esse iam, quod laboraretur, quoniam hereditas usu- capta esset. Id mirabamur te ignorare, de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usucapi posse. Das sieht so aus, als wenn die Tradition Seitens des Weibes, die ja bei einer Erbschaft nicht einmal möglich war, keine

res mancipi (nur diese, weil die ganze Weibertutel auf der civilis ratio beruhte) der männlichen Familie zu erhalten (Gai. 1, 192), die daran gegen diese von der Frau begangene Entfremdung als einem furtum gleichstehend: daher auch nicht dasselbe bei der Pu- pillartutel vorgeschrieben war (L. 2. D. de eo qui pro tut. 27, 5. L. 2. §. 15. D. pro empt. 41, 4), wo doch der Pupill selbst sonst einen noch größern Schutz verdient hätte, als das Weib. Eben so endlich auch mit der von dem Julischen Repetundengesetz gehinderten Usucapion von Sachen, welche ein Proconsul oder Prätor gegen dasselbe sich geradezu oder durch Einkleidung in Verkäufe hatte schenken lassen, da man solche Geschenke bekanntlich auch materiell als einem Raube fast gleichstehend betrachtete¹⁶²). — Unser Titel enthält über die Verfassung der Publiciana aus dem Grunde einer solchen Unstatthastigkeit der Usucapion nur Beispiele von res fur- tivae, die dem Usucapionsrecht entsprechen und auch schon früher erklärt worden sind¹⁶³).

Von ganz anderer Art sind die Usucapionshindernisse aus ge- setzlichen Veräußerungsverboten, die, weil sie aus der Kaiserzeit stammten, leges perfectae sind und als solche die iusta causa der Veräußerungshandlung selbst und für eine darauf zu begründende Usucapion nichtig machen, z. B. — der älteste Fall — daß der Ehemann ohne Zustimmung der Frau das Dotalgrundstück nicht ver- äußern soll. Hier ist also die Sache selbst keineswegs der Usucapion entzogen, sondern es fehlt für diese an einer iusta causa (L. 42. D. de usurp. 41, 3), so daß die Fälle dieser Art, genau genom-

Voraussetzung des Zwölftafelgesetzes gewesen wäre. Aber bei dieser Abstimmigkeit von Atticus dürfen wir Cicero's Auctorität mißtrauen, der ja mit seinem nihil (also auch nicht res nec mancipi?) hier und pro Flacco l. c. jedenfalls zu weit greift. Man mochte im gemeinen Leben so glauben und sprechen. Die Begründung des Rechtsatzes bei den Neuern (Schirmer cit.) ist überhaupt eine ganz ab- weichende.

¹⁶²) L. 8 pr. §. 1. D. de lege Jul. rep. (48, 11). Daß dieses f. g. Usu- capionsverbot auch nach Analogie des subreptum mit eius rei aeterna auctoritas esto ausgedrückt war, erkennt man auch theils an der Bezeichnung non poterit usucapi, lex impedit usucapionem, theils an dem auch hier in dem Gesetz ge- machten Zusatz priusquam in potestatem eius, a quo profecta res sit, here- disve eius veniat, ganz entsprechend dem der Lex Utinia L. 4. §. 6. D. de usurp. (41, 3).

¹⁶³) L. 9. §. 5. L. 11. §. 2 . . . 4. D. h. t.
 Gufsäke, das Recht der Publicianischen Klage.

men, nicht hieher, sondern unter unsere No. V gehören. Ob sie Eigenthum des Veräußerers voraussetzen oder auch auf bona fide possessa gehen, bestimmt sich nach Grund und Zweck der Verbote verschieden. Das erstere bildet die Regel, da das bloß werdende Eigenthum als höchst persönliches schon an sich nicht übertragen (oben S. 27), mithin auch dessen Veräußerung nicht verboten werden kann, und so setzt namentlich das Verbot der Veräußerung des Dotalgrundstücks, dessen Zweck ist, die Substanz des Grundstücks selbst der Frau zu erhalten, Eigenthum (volles oder bonitarisches) voraus^{163*)}. Warum für das Verbot der Veräußerung der Mündelgüter eine Ausnahme gilt, darüber vergleiche man Ann. 18. u. 167. Im Uebrigen hindern nun die Veräußerungsverbote die Usucapion nur so weit, als das Verbot reicht, also theils nur bei freiwilligen, nicht bei erzwingbaren Veräußerungen¹⁶⁴⁾, theils auch im Falle der ersteren nur, wenn der, dem verboten ist, veräußert hat¹⁶⁵⁾, und nur für den, der seine Usucapion auf die durch das Verbot nichtig gemachte iusta causa stützen mußte, nicht auch für einen mittelbaren neuen Erwerber aus einer neuen iusta causa oder einen solchen, der sich aus einer iusta causa schon in der Lage zu usucapieren befand, als die Sache eine unveräußerliche wurde¹⁶⁶⁾, und nur dann würde die Usucapion beziehungsweise der non usus auch schlechthin und unmittelbar durch ein Veräußerungsverbot unmöglich gemacht werden, wenn jene gar keiner iusta causa bedürfen, welche zunächst durch das Verbot entkräftet würde, wie dieses beim Verlust einer Servitut z. B. eines

^{163*)} Ulpian L. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23, 5). Vgl. L. 14. §. 2. D. eod., wo doch am natürlichsten ein vom Manne b. f. befestenes, weil von ihm zu geben versprochenes Grundstück vorausgesetzt, dessen Dotalität aber erst nachdem er Eigentümer geworden, angenommen wird. Die quellentwidrige entgegengesetzte Ansicht mancher Neuern z. B. Bachofen ausgewählte Lehren S. 102 (dagegen Gyllharz Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XXII. S. 413) beruht auf einer Verkennung des Princips und falscher Generalisirung der Ausnahme der Mündelgüter.

¹⁶⁴⁾ L. 1. pr. D. de fundo dot. (23, 5) L. 13. D. fam. erc. (10, 2) L. 3. §§. 1—3. D. de reb. eor. (27, 9) L. 1. 2. 17. C. eod. (5, 71).

¹⁶⁵⁾ L. 1. 3. 4. C. si quis ignorans (5, 73) L. 2. C. si maior factus (5, 74).

¹⁶⁶⁾ L. 16. D. de fundo dot. (23, 5). L. 14. pr. D. fam. erc. (10, 3). — Alles dieses hat nach Savigny System IV. S. 565 flg. Fitting im Archiv f. civ. Pr. XLVII. S. 140 flg. LI. S. 253 flg. im Resultat durchaus befriedigend gegen die gewöhnliche Ansicht ausgeführt.

Dotalgrundstücks durch non usus beziehungsweise mit hinzutretender usucapio libertatis der Fall ist, indem dann schon in dem Nichtgebrauch selbst beziehungsweise der Nichtstörung der usucapio libertatis eine verbotene Veräußerung erkannt werden muß¹⁶⁷⁾.

In dem hier erörterten Sinne ist nun auch der Ausspruch des Paulus zu verstehen in

L. 12. §. 4. D. h. t. Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

¹⁶⁷⁾ L. 5. 6. D. de fundo dot. (23, 5) vgl. L. 11 pr. D. quemadm. serv. (8, 6). Dieses hat Fitting cit. (XLVII. S. 150 flg. LI. S. 257) nicht richtig erkannt. Auch fällt hiermit die Hauptstütze der gewöhnlichen Meinung L. 28 pr. D. de verb. sign. (50, 16) aus Paulus lib. 21. ad edictum. Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur. Da Paulus in diesem Buche die Lehre von den Servituten abhandelte (L. 6. D. si usufr. pet. 7, 6. L. 3. D. de servit. 8, 1. L. 1. D. de serv. pr. urb. 8, 2. L. 7. D. de serv. pr. rust. 8, 3. L. 5. 7. 9. D. si serv. 8, 5. L. 2. D. quemadm. serv. am. 8, 6. L. 25. D. de verb. sign. 50, 16) und gelegentlich auch von Veräußerungsverböten in Anwendung auf Usucapion sprach (L. 12. D. de usurp. 41, 3), so wird der Eingangssatz der L. 28 cit. sich auf die usucapio libertatis und nach dem Rechte seiner Zeit (sent. 1, 17, 2) auch auf die usu receptio der Wassersevituten bei gesetzlichen Veräußerungsverböten bezogen haben, wofür er streng richtig ist und woran Paulus eben so richtig gleich auch den Satz vom non usus angeschlossen. Also wieder ein Beispiel, wie sehr man sich hüten muß, im Titel de verb. signif. zu generalisiren, ohne auf den Zusammenhang Rücksicht zu nehmen, in dem die Aussprüche ursprünglich standen. Mit Unrecht sieht Fitting auch einen Widerspruch zwischen L. 78. §. 2. D. de iure dot. (23, 3), wonach der dotal gewordene Nießbrauch an einem Grundstück nicht, wie Prädialservituten des oder an dem fundus dotalis (L. 5. 6. cit.), dem Veräußerungsverbot unterliegt, und L. 3. §. 5. D. de reb. eor. (27, 9), wonach das Verbot an die Vormünder praedia rustica und suburbana der Mündel zu veräußern auch den Nießbrauch an solchen ergreift. Die Juristen legten jedes Veräußerungsverbot mit Recht nach seiner eigenthümlichen ratio aus, die dort auf Erhaltung der Substanz an sich unzerstör- und unentziehbarer Sachen für die Frau, hier auf die Erhaltung von fest radicirten Einkünften aus solchen Sachen für den Bevormundeten ging. Daher auch eben nicht, wie dort, alle, sondern nur rentierende Grundstücke und auch bloß bona fide possessa (Vgl. L. 5. §. 2. eod. mit L. 13. §. 2. D. de fundo dot. 23, 5.) dem Veräußerungsverbot unterworfen wurden.

Bei der *constitutio* wird er besonders an die Rede des *Severus* über die Mündelgüter gedacht haben. Wenn er sich aber überhaupt so ausdrückt, daß er nicht den Mangel der *iusta causa* als Grund angibt, sondern daß der Prätor nicht *contra leges facere* dürfe, so erklärt sich dieses aus der Natur und Geschichte der Veräußerungsverbote. Die *iusta causa* war in diesen Fällen an sich vorhanden, zumal zur Zeit, als das *Edict* über die *Publiciana* aufgestellt wurde, weil diese Zeit noch keine *leges* mit der Kraft von *perfectae* kannte. Seitdem nun aber die rescindierende Nichtigkeitsclausel der Gesetze von der Jurisprudenz anerkannt wurde, mußte auch der Prätor, wiewohl noch ein Magistrat aus der alten Verfassung der Republik und der *libertas civis Romani*, solche gesetzwidrige Geschäfte als nichtige ansehen und die darauf gestützte Klage, *ne contra leges faceret*, versagen.

VIII. Einreden des Beklagten.

Das *Usucapionsinstitut* beruhte auf einer gleichmäßigen Berücksichtigung des werdenden neuen und des jetzigen Eigenthümers, indem die dafür bestimmte Zeit als eine billige ebensowohl für den letzteren, um in ihr seiner Sache nachzuforschen (L. 1. D. de usurp. 41, 3) und sein Eigenthum daran durch *usurpatio* sich zu erhalten, als für den gerechten Erwerber, um in seinem Erwerbe durch ununterbrochenen Besitz endlich auch gegen ihn gesichert zu sein, festgesetzt war. In unserem Pandektentitel 41, 3. ist die Rücksicht auf den ersteren sogar vorangestellt (*de usurpationibus et usucapionibus*) und wenn auch in dem Sage der zwölf Tafeln *fundi biennium, ceterarum rerum annus usus auctoritas esto* noch das Umgekehrte geschehen war, so soll doch die erste juristische schriftstellerische Leistung bei den Römern sich auf die *Usurpationen* bezogen haben¹⁶⁸). War

¹⁶⁸) L. 2. §. 36. D. de orig. iur. (1, 2). Dazu *Zeitschr. f. gesch. RW.* XV. S. 193.

nun die Idee der *Publicianischen Klage*, jenes Recht des gerechten Erwerbers nur auch klagbar zu machen, so mußte in die Einführung dieser Klage für den gerechten Erwerber selbst auch jene Rücksicht auf den wirklichen Eigenthümer aufgenommen werden, d. h. der Prätor mußte sich im *Edict* über ihre Einführung selbst vorbehalten, sie jedoch unter Umständen, namentlich wenn sie gegen den Eigenthümer selbst begehrt würde, nur mit einer diesen schützenden *exceptio iusti dominii* zu geben, und zwar mußte er sich dafür auch eine *causae cognitio* vorbehalten, weil die Umstände des berechtigten Beklagten dem Kläger gegenüber sehr verschiedenartig sein konnten, so daß danach die Einrede keineswegs stets billig war¹⁶⁹). Diese *Edictsworte* — etwa: *si a domino petetur, causa cognita exceptionem ei dabo* — sind uns zwar in L. 1. pr. D. h. t. nicht erhalten¹⁷⁰), die Sache selbst wird aber bezeugt theils durch die schon oben (S. 16) angeführte L. 17. D. h. t., welche diese Beschränkung der Klage mit Berufung auf die *aequitas* schon in die ursprüngliche Absicht ihrer Einführung selbst legt, theils, was die Ertheilung der Einrede *causa cognita* betrifft, von *Papinian* in

L. 57. D. mandati (17, 1). *Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non*

¹⁶⁹) Daß diese Einrede im *Edict* keine von der *Publiciana* getrennte selbständige Stelle unter den vom Prätor verheißenen *Exceptionen* und keine feste Fassung gehabt habe, kann man auch schon daraus abnehmen, daß die *Edictcommentare* eine solche nirgends erkennen lassen. Unsere *Restitutoren* des *Edicts* übergeben sie ganz, freilich wohl hauptsächlich aus dem in der folgenden Anm. angegebenen Grunde.

¹⁷⁰) Die herrschende Meinung findet sie allerdings in den von ihr zu *petet* gezogenen Worten *non a domino* in dem erhaltenen *Edict*. Die Möglichkeit dieser Meinung erklärt sich aber nur aus dem unserm modernen Denken und Sprechen eigenen Mangel an scharfer Logik, den wir denn gern auch auf die Römischen Rechtsquellen übertragen. Einem Römer würde ein solches Verständnis selbst kaum erklärlich gewesen sein. Vgl. oben S. 6 flg. Daß aber die so genommenen obigen Worte wenigstens keinen Vorbehalt der *causae cognitio* enthalten, dürfte auch dem unklarsten Kopfe einleuchten.

inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.

In dieser sehr verschieden erklärten Stelle¹⁷¹⁾ kann die Publiciana actio nicht nach der besonders früher herrschenden Meinung von der rescissorischen Klage dieses Namens, sondern nur von der gewöhnlichen verstanden werden, weil die erstere nach dem bestimmten Zeugniß der Institutionen dem bisherigen Eigenthümer gegen einen solchen Usucapienten ertheilt wird, der, um des Staats willen oder in feindlicher Gefangenschaft abwesend, aus diesem Grunde von ihm nicht in der Usucapion unterbrochen werden konnte — wovon hier ziemlich der gerade entgegengesetzte Fall vorliegt¹⁷²⁾; auch konnte

¹⁷¹⁾ S. über sie Savigny System VII. S. 188. 292 flg., der im Ganzen die richtige Erklärung gibt (seine eingemischten Irrthümer werden im Folgenden berücksichtigt werden): namentlich auch darin, daß die Worte cum exceptio iusti dominii causa cognita detur nur das allgemeine Princip, daß diese exceptio ('nur' mit Windscheid zu suppliren ist unnöthig, vgl. Gai. 4, 118) causa cognita ertheilt werde, aussprechen, nicht aber besagen können, der Prätor werde wohl oder müsse in diesem speciellen Falle die Einrede causa cognita ertheilen. Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 148. nimmt diese sprachwidrige Deutung nur an, weil ihm jenes allgemeine Princip undenkbar ist, macht aber daraus gar noch: Papinian habe die Infertion der Einrede in diesem Falle ausnahmsweise für billig gehalten, um so denn auch eine replicatio dagegen (von der er aber kein Wort sagt!) möglich zu machen. Gewiß mit Recht nennt Schloßmann diese Aushilfe Papinians eine gewaltthame. Ob aber nicht seine Obtrudierung derselben an Papinian ein noch stärkeres vi factum ist?

¹⁷²⁾ Wenn, wie Papinian annimmt, der Italiische Sklavenhändler, welcher, als er in die Provinz verreisen wollte (doch wohl um neue Sklaven zu kaufen), Jemanden den Verkauf seiner in Italien zurückgelassenen Sklaven aufgetragen hatte, bei seiner Rückkehr die von den Erben des Beauftragten und also ungültig verkauften Sklaven von den Käufern usucapirt findet, so würde er nicht nur nicht die rescissorische Publiciana haben, welche umgekehrt dem in Italien anwesend Gebliebenen gegen den, der auswärts usucapirte, gegeben wird, sondern auch nicht einmal aus dem Edict des Prätors über die restitutio maiorum ex causa absentiae restituirt werden können, weil diese eine Abwesenheit des restituendus in Staatsangelegenheiten oder beim Feinde voraussetzt, oder doch nach späterer Erklärung und Praxis jedenfalls nicht bei einer gewöhnlichen Abwesenheit in Privat-handelsgeschäften, wie man sie für einen venaliciarius beim Fehlen weiterer Angaben annehmen muß, ertheilt wird. Vgl. Burchardi Lehre v. d. Wiedereinsetzung S. 161—166. (Savigny cit. S. 175. nimmt freilich das Gegentheil an, aber — nur auf Grund unserer L. 57., die von Restitution gar nichts sagt.) Hätte Papinian

bei der rescissorischen Publiciana von einer exceptio dominii des Beklagten, das ja durch sie gerade entkräftet wird, doch wohl überhaupt nicht die Rede sein. So sagt also Papinian von der gewöhnlichen Publiciana, die exceptio iusti dominii werde gegen sie nicht schlechthin, sondern causa cognita gegeben, im vorliegenden Falle werde aber eben der Prätor sie aus den angeführten Gründen nicht geben.

Abgesehen von dieser Stelle liegen aber auch, wie schon angedeutet, innere Gründe vor, diese exceptio nur causa cognita zu ertheilen, da das der Klage gegenüberstehende Recht theils nicht blos das volle oder bonitarische, sondern auch das inhaltslose blos quiritarische Eigenthum, theils wenn auch das erstere, nicht blos das ursprünglich dem Usucapionsberechtigten gegenüberstehende oder doch ein von diesem abgeleitetes, sondern auch ein erst später, vielleicht ohne sein Zuthun und Verschulden entstandenes sein konnte, wonach die Billigkeit der Einrede keineswegs beständig eintrat. Auch kommen für sie in den Quellen verschiedene Namen vor, während die schlechthin ertheilten Einreden feststehende zu haben pflegen; sie heißt exceptio iusti dominii in L. 57. cit. und L. 16. D. h. t.; exceptio si ea res possessoris non sit in L. 17. D. eod. Außerdem noch andere Wendungen in der schon oben S. 74 erklärten

L. 28. D. de noxal. act. (9, 4) ... adversus excipientem 'si (vielmehr mit den Basiliken nisi) dominus eius sit', utilem mihi replicationem doli mali profuturam.

L. 24. D. de except. rei iud. (44, 2). Julian: Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit, adversus exceptionem, 'si non eius sit res', replicatione hac adiuvabitur, 'at si res iudicata non sit.'

L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. (44, 4). Ulp. lib. 16. ad edictum. — Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait, aequius esse praetorem te tueri quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et si ipse eum

an diese Restitution denken sollen, so wäre doch auch nothwendig gewesen, darüber etwas zu sagen, ob der Sklavenhändler einen allgemeinen Procurator zurückgelassen habe oder nicht.

possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem 'si non suus esset', replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur, eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet¹⁷³).

Die Klage in L. 24. cit. und L. 72. cit., gegen welche der besitzende Eigenthümer eine exceptio vorschützt, ist nehmlich offenbar auch die Publicianische des b. f. emptor.

Da gegen die Eigenschaft der exceptio iusti domini nur causa cognita gegeben zu werden, auch eingewandt ist, daß sich davon sonst in unseren Rechtsquellen keine Spur finde¹⁷⁴), so möge, ungeachtet dieser Einwand für die Justinianischen Rechtsquellen schon an sich keine Bedeutung hat¹⁷⁵), noch auf ein allerdings etwas verstecktes aber doch sicheres Beweisthum für jene Eigenschaft hingewiesen werden.

L. 16. D. h. t. Papiniani libro decimo quaestionum Paulus notat: Exceptio iusti domini Publicianae obicienda est.

Man nimmt dieses obicienda est gewöhnlich, und so auch schon die Basiliken, sprachwidrig für 'sie kann entgegengesetzt werden' oder höchstens als einen Rath, während es doch heißt: sie muß entgegengesetzt werden — wenn sie nehmlich berücksichtigt werden soll. Auch dieses kann aber, zumal als eine Note des Paulus zu Papinian, nicht die Trivialität bedeuten, daß diese wie jede Einrede im Prozesse überhaupt auch entgegengesetzt werden müsse. Es ist vielmehr in jener Note das Publicianae (formulae s. actioni) zu betonen, Paulus will sagen: die exceptio muß dieser actio oder formula bei ihrer Anstellung entgegengesetzt, jener Formel inseriert werden, wenn sie dem Beklagten helfen soll. Zum Verständniß dient aber,

¹⁷³) In L. 72. D. de rei vind. (6, 1) dasselbe etwas abgekürzt aus dem lib. 16. ad edictum und beides wohl aus Pomponius L. 2. D. de except. rei vend. (21, 3), wo nur das Weitere nach Publiciana peteres weggelassen ist. In L. 72. cit. steht aber statt adversus exceptionem domini adversus excipientem 'si non suus esset'.

¹⁷⁴) Von Schloßmann cit. S. 148.

¹⁷⁵) Nach der Gestalt des Processes zu Justinians Zeit war diese Eigenschaft so veraltet und unpraktisch, daß er die darauf bezügliche Eintheilung der Exceptionen bei Gai. 4, 118. in §. 7. J. de except. (4, 13) absichtlich weggelassen hat. Nur bei materieller Verschiedenheit kommt in einzelnen Fällen, wie in L. 57 cit., auch in L. 1. §. 6. D. quar. rer. act. (44, 5) die für eine exceptio erforderliche causae cognitio vor.

daß nach dem prätorischen Edict zwischen zwei Arten von peremptorischen Exceptionen unterschieden wurde, den gewöhnlichen, welche, wenn man auch versäumt hatte, sie vor der litis contestatio in der Formel der Klage entgegenzusetzen, doch noch vor dem Jurex geltend gemacht werden konnten, falls man sich nur überhaupt vor dem Prätor und gerichtlichen Umstände auf sie berufen hatte (quas ante contestari sufficit) — denn war auch das nicht geschehen, dann konnte dem Beklagten nur in integrum restitutio helfen — und solchen, die schlechterdings, um berücksichtigt werden zu können, in der Formel vorgeschützt werden mußten¹⁷⁶). Offenbar fällt aber dieser Unterschied für die peremptorischen Exceptionen mit dem zusammen, den Gaius für alle an die Spitze dieser Lehre stellt (4, 118): Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias

¹⁷⁶) Die Hauptstellen sind außer Gai. 4, 125., der die Nothwendigkeit der Restitution bezeugt, wenn der Beklagte die Einrede überhaupt nicht gebraucht, also auch nicht einmal contestiert hat, zwei allerdings vielfach anders (vgl. Wiebing Libellproc. S. 215 flg. Keller Civilpr. §. 35. Anm. 388) verstandene Diocletianische Rescripte. L. 8. C. de except. (8, 36). Praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, obicere quandoque licet. L. 2. C. sent. resc. non posse (7, 50). Peremptorias exceptiones, omissas in initio, antequam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit (wenn sie nicht opponiert, oder vielleicht auch vom Richter nicht beachtet sind), in integrum restitutio permittitur. Nam iudicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. Dieser Schlußsatz zeigt, daß man in der Kaiserzeit das antequam sententia feratur des Edicts von der rechtskräftigen Definitivsentenz verstand. Uebrigens wird dieses Zeugniß über das, was im prätorischen Edict stand, zu dessen Zeit doch sicher der Formularproceß galt, offenbar nicht, wie Giese mater. Grundl. der Exceptio S. 118. (vgl. Zimmermann krit. Bemerk. zu dieser Schrift S. 26) meint, durch einen Hinweis auf den zu Diocletians Zeit abgeschafften Formularproceß (? vgl. Wiebing a. a. O.) entkräftet. Ohne diese Edictsstelle wäre auch schwerlich das Recht entstanden, daß vor dem Jurex auch erst nach der litis contestatio entstandene peremptorische Einreden (L. 23. §. 3. D. de cond. indeb. 12, 6. L. 11. pr. D. de doli mali exc. 44, 4) und bei seinem summarischen Urtheil über das für die actio ad exhibendum notwendige Interesse auch alle der Hauptklage entgegenstehenden edictalen exceptiones peremptoriae (L. 3. §. 13. D. ad exhib. 10, 4) vorgebracht werden können. Endlich kennt schon Cic. de invent. 2, 19, 58. orat. partit. 28, 100. das Recht, daß Exceptionen, wiewohl seltener, gegen die Regel und mit weniger Sicherheit ihrer Berücksichtigung, auch erst in iudicio vorkommen.

causa cognita accommodat. quae omnes vel ex legibus vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt. Denn ähnlich bedurfte es auch bei der bon. possessio edictalis nur einer Bezugnahme des Berufenen auf das Edict vor dem Prätor (agnoscere), um sie für ihn wirksam zu machen, im Gegensatz zu der, für welche der Prätor sich eine causae cognitio vorbehalten hatte, wonach sie nur durch ein förmliches Decret desselben wirksam werden konnte, und natürlich wollte der Prätor auch bei den der letzteren ähnlichen Exceptionen die mehr gesetzgeberische Frage, ob und wie sie zu ertheilen seien, nicht dem Jurey anheimgeben. So bestätigt also auch L. 16. cit. die Eigenschaft dieser exceptio, daß sie nur causa cognita ertheilt wurde.

In Folge dieser causae cognitio wird nun der Prätor unsere Einrede zunächst regelmäßig nur dem vollen oder bonitarischen Eigenthümer gegeben, dagegen dem, der nur das nudum ius Quir. für sich anführen konnte, sowohl dem Kläger aus gutgläubigem Erwerbe einer fremden Sache als dem aus bonitarischem Eigenthum gegenüber versagt haben: daher denn auch ihr bei den Juristen gewöhnlichster Name *exc. iusti dominii* sich nicht als gleichbedeutend mit *ex iure Qu.* auf den Gegensatz zum bonitarischen¹⁷⁷⁾, sondern fast umgekehrt nach dem gewöhnlichen Sinne dieses Adjectivs in der Bedeutung eines wirklichen und zugleich materiell rechtmäßigen Eigenthums auf den des bloß anscheinenden, werdenden Eigenthums des klagenden 'paene domini loco' bezog: die nähere Fassung der Einrede richtete sich nach den Umständen jedes Falls, zumal sie auch dem, der z. B. ein von dem *iustus dominus* in jenem Sinne abgeleitetes Pfandrecht behauptete, gegeben werden mußte. Nur in Fällen, wie der in L. 28. D. de noxal. act. (9, 4), wo der Beklagte an sich voller Eigenthümer war und nur dann auch einem

¹⁷⁷⁾ Gewöhnlich versteht man darunter die Einrede des nach Civilrecht klageberechtigten Eigenthümers (*ex i. Qu.*), gegen welche wenigstens der bonitarische wieder eine *replicatio* gehabt habe. Eine Stelle dafür gibt es aber nicht; auch bei Gai. 4, 16. heißt *iustum dominium* nach dem Zusammenhange gerechtes, wahres, rechtmäßiges Eigenthum. Wollte man aber sagen, was formell eine Klage erzeuge, müsse auch eine *exceptio* begründen, so wäre dieses als ausnahmslos doch erst zu beweisen.

nach Quiritarischen Eigenthümer gleich zu stehen kam, wenn er eine billige Forderung des Klägers nicht erfüllen wollte (vgl. oben S. 75), gab der Prätor auch ihm die *exceptio* und entkräftete sie nur bei verweigerter Erfüllung durch eine *doli replicatio*. Ähnlich konnte dem Kläger eine *replicatio* denn auch aus andern Gründen, die ihm als Besitzer gegen den vindicierenden Eigenthümer eine *iusta exceptio* verleihen würden, gegen die *exceptio iusti dominii* zustehen, wie nach L. 24. cit. die *repl. rei iudicatae*, wenn der jetzige Beklagte sein Eigenthum mit der *rei vindicatio* gegen den damals besitzenden Kläger verfolgt hatte und das Urtheil wegen Nichtbeweises seines Eigenthums gegen ihn ausgefallen war; nach L. 12. cit. die *repl. rei venditae et traditae*, wenn der Verkäufer einer fremden Sache nachher durch Erbfolge Eigenthümer geworden und als solcher dem mit der *Publiciana* klagenden Käufer die *exceptio dominii* entgegenstellt.

Aber auch einem zweifellosen *iustus dominus*, wenn nur aus einem später gegen den Kläger gemachten Erwerbe, konnte die Einrede unter Umständen bei der *causae cognitio* als unbillig gegen den, also hier nothwendig als b. f. *emptor* (nicht als bonitarischer Eigenthümer) zu denkenden Kläger verweigert werden müssen. Außer dem schon oben (S. 31 flg.) erwähnten enthält einen solchen Fall die nur zum Theil schon erklärte L. 57. D. *mandati* (17, 1). Daß Papinian hier den zurückgekehrten Slavenhändler gegen die Käufer, welche seine Slaven *usucapiert* haben, nicht, wie manche gemeint haben, die wegen Abwesenheit ihm zu restituierende, also *rescissorische* Eigenthumsklage¹⁷⁸⁾, anstellen läßt, haben wir schon daraus erklärt, daß ihm diese Restitution wegen der Art seiner Abwesenheit gar nicht zustand (Anm. 172). Papinian glaubt aber, daß er mit der *Publiciana* klagen könne — sehr natürlich, da er doch *ex iusta causa*, gleichviel ob zu Eigenthum oder nur in gutem Glauben erworben und sein Recht nicht selbst rechtmäßig wieder aufgegeben hatte (oben S. 28), an sich aber auch die *Publiciana* durch fremdes Eigenthum nicht ausgeschlossen wird — und er verspricht ihm für diese Klage Erfolg, auch nicht etwa auf Grund einer Restitution wegen der in seiner Abwesenheit geschehenen *Usucapion*, wie man nach der Ansicht derer erwarten mußte, welche hier eine Anwendung

¹⁷⁸⁾ L. 28. §§. 5. 6. L. 29. 30. 31. D. *ex quib. caus. mai.* (4, 6).

des Edicts über die in integrum restitutio wegen Abwesenheit sehen, sondern aus einem anderen doppelten Grunde, dem formellen, daß die hier zu fürchtende exceptio dominii der Käufer aus ihrer Usucapion überhaupt causa cognita, also nur im Falle der Billigkeit, ertheilt werde, und dem materiellen, daß der Prätor sie hier eben als für den Kläger unbillig nicht ertheilen werde¹⁷⁹⁾. Das Eigenthum der Käufer war nehmlich hier nicht, wie in den gewöhnlichen Fällen einer wohlbegründeten solchen exceptio, ein älteres im Verhältniß zu dem Recht des Slavenhändlers oder aus einem solchen ältern abgeleitetes — nur dieses wollte der Prätor durch die dem Usucapionsberechtigten ertheilte Publiciana nicht beeinträchtigt wissen — sondern ein selbständig später gegen ihn ohne sein Verschulden, nur in Folge eines ganz vorsichtigen Handelns desselben, vermöge des Rechtsirrhums der Erben seines Mandatars durch Usucapion herbeigeführtes, wodurch er an seinem frühern wohlbegündeten Recht um so weniger Schaden erleiden darf, als der Prätor, wie wir später sehen werden, in demselben Edict den früher Berechtigten gegen eine unbillige Usucapion selbst durch Klage schützt.

Da wir nun aber im Vorstehenden Fälle der verweigerten und Fälle der gegebenen, aber durch eine replicatio wieder entkräfteten exceptio iusti dominii kennen gelernt haben, so fragt es sich noch, wann zum Schutz des Klägers das eine oder das andere Verfahren eingetreten sei. Nach unserem heutigen Proceß kommt freilich beides auf dasselbe praktische Resultat hinaus. Nach dem ältern Römischen Proceß fand aber der Einwand des Klägers gegen die Gerechtigkeit der verlangten exceptio im ersten Falle schon vor dem Prätor, im zweiten erst vor dem Jurey entscheidende Berücksichtigung. Die Natur der Sache selbst ergibt nun und die für die eine und die andere Art der Behandlung der Sache aus den Quellen angeführten Beispiele bestätigen und verdeutlichen es, daß schon der Prätor causa cognita die Einrede dann verweigerte, wenn das vom Beklagten

¹⁷⁹⁾ Es ist klar, daß der eine und der andere Grund von Papinian gar nicht angeführt werden konnte, wenn er an Restitution wegen Abwesenheit gedacht hätte, wie Savigny cit. S. 188. 189. will. Für diese ist es ja ganz gleichgültig, ob eine exceptio edictal oder causa cognita versprochen ist, sie bringt als Restitution selbst stets eine causae cognitio mit sich und der materielle Grund ist da nicht eine Billigkeit des speciellen Falls, sondern der allgemeine der Abwesenheit.

behauptete Eigenthum entweder gar kein iustum dominium im angegebenen Sinne oder, wenn dieses auch, doch nach der Beschaffenheit seines Erwerbgrundes selbst nicht ein den Publicianischen Kläger billiger Weise ausschließendes war. Und zwar läßt sich das letztere in der Regel¹⁸⁰⁾ nur dann denken, wenn das Eigenthum des Beklagten erst nach dem Recht des Klägers nicht durch eine rechtsgültige Veräußerung desselben (in welchem Falle ihm selbst die Publiciana verweigert wurde), sondern gegen ihn auf eine für ihn nicht billige Art entstanden war. Bestand es dagegen und zwar als iustum dominium schon früher, sei es für den damaligen Eigenthümer selbst oder seine Nachfolger, und fiel damit unter den Gesichtspunct, daß der Prätor mit der Publiciana dem Erwerber werdenden Eigenthums ein erfolgreiches Klagerecht nur gegen sonstige Besitzer, nicht auch gegen den, der seine Usucapion rechtmäßig unterbrechen konnte, verleihen wollte, dann mußte eine darauf gestützte exceptio dominii auch als ein im Edicte über die Publiciana wohl begründetes Parteirecht des Beklagten ertheilt und konnte ein auch edictsmäßiger Bertheidigungsgrund dagegen, der auf einer außer seinem Entstehungsgrunde liegenden anderweitigen Thatsache beruhte, wie res iudicata, res vendita et tradita, dolus malus, nur in Form eines klägerischen Parteirechts d. h. einer replicatio in der Formel für die gerichtliche Verhandlung Berücksichtigung finden.

So viel von der exceptio iusti dominii selbst, welche allein ohne Zweifel im Edicte des Prätors selbst erwähnt war.

Die causae cognitio kann aber ergeben, daß dem Beklagten zwar kein Eigenthum an der Sache zusteht, aber doch ein dem klägerischen gleiches Besitzrecht, d. h. welches, wenn er nicht besäße, ihm auch die Publicianische Klage begründet haben würde, und dann mußte dieses offenbar ihn auch zu einer nur entsprechend auszu-

¹⁸⁰⁾ Eine Ausnahme scheint mir der in L. 14. D. h. t. behandelte Fall (oben S. 73) zu enthalten, wo ein Procurator mit Zustimmung des Eigenthümers verkauft, dieser ihm aber dann die Tradition an den Käufer und diesem die Annahme der Sache untersagt hat, die Tradition aber doch geschehen ist. Papinian sagt nicht, wie der Prätor den Käufer schütze, wenn etwa der Eigenthümer wieder in den Besitz der Sache gekommen war und nun mit der Publiciana von jenem belangt wurde. Ich glaube aber doch durch verlagte exceptio dominii und nicht erst durch replicatio, weil hier in der Erwerbthatsache des Klägers selbst der Grund lag, daß das dominium des Beklagten nicht als iustum angesehen werden konnte.

drückenden exceptio berechtigen. Ueber das Verhältniß zweier Käufer derselben Sache von einem Nichteigenthümer und, wie es scheint, dann auch über das in ihrer Collision entscheidende bessere Besitzrecht haben wir zwei Aussprüche, die gewöhnlich als einander widersprechend angesehen werden¹⁸¹⁾. Ulpian oder der von ihm angeführte Julian sagt in

L. 9. §. 4. D. h. t. Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; quodsi a diversis non dominis, melior sit causa possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

Meratius dagegen in

L. 31. §. 2. D. de act. empti (19, 1). Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Der Schein eines unversöhnlichen Widerspruchs wird besonders dadurch erweckt, daß in beiden Stellen der Unterschied, ob die beiden einander gegenüberstehenden Parteien jede von demselben oder von verschiedenen Nichteigenthümern gekauft haben, hervorgehoben und dann unter übrigens, wie es scheint, in beiden Stellen gleichen Voraussetzungen in der ersten die Entscheidung auch von jenem Unterschiede abhängig gemacht, in der zweiten aber dieser Unterschied für gleichgültig erklärt wird. Nach Ulpian oder Julian soll nemlich, wenn sie beide von demselben Nichteigenthümer gekauft haben, der potior sein, cui priori res tradita est, wenn aber von verschiedenen, der, welcher jetzt besitzt; nach Meratius dagegen in beiden Fällen der, cui primum (res) tradita est.

Betrachten wir nun die Frage zuerst unabhängig von beiden

¹⁸¹⁾ Ueber die vielfachen verschiedenen Auslegungen derselben s. Glück cit. S. 358 flg. Bangerow cit. unter 2) b). Meine eigene in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. (1844) XX. S. 186 flg. muß ich, obgleich sie einige Hauptpunkte schon richtig bestimmt hat, jetzt doch auch noch berichtigen.

Stellen, so läßt es sich wohl denken und ist selbst wahrscheinlich, daß in älterer Zeit, als es noch streitig war, ob die Usucapion des Käufers mit dem Moment des Kaufs oder erst mit der Tradition beginne, diese Controverse auch auf unsere Frage von Einfluß war, dagegen scheint es kaum möglich, daß eine wirkliche Meinungsverschiedenheit darüber unter den spätern Römischen Juristen, seitdem es entschieden war, daß die Usucapion nicht schon mit der Perfection des Kaufs, sondern erst mit der Tradition anfangt (oben S. 63 flg.), Statt gefunden habe. Jedenfalls konnte nun von einer par causa, einem gleichen Publicianischen Rechte beider Käufer, wonach der Besitz unter ihnen entscheiden mußte¹⁸²⁾, nur die Rede sein, wenn beiden auch aus dem Kaufe tradiert war. War dieses nicht geschehen, so hatte jedenfalls nur der Publicianisches Recht, dem allein aus dem Kauf auch tradiert war. Endlich mußte es im Uebrigen auch ganz gleichgültig sein, ob beide von demselben oder von verschiedenen Nichteigenthümern, auch ob der eine früher der andere später gekauft und tradiert erhalten hatten, da die Publiciana, wie oben (S. 27) gezeigt, als eine auf die Fiction der Usucapion gestützte Klage alle ihre subjectiven Erfordernisse lediglich aus der Person des Klägers entnimmt, von einer Rechtsübertragung Seitens des Auctor, wie bei der Tradition des Eigenthums, also auch von der eines bessern oder schlechtern Rechts von diesem oder jenem Auctor bei ihr überall nicht die Rede sein kann (L. 20. pr. D. de acq. rer. dom. 41, 1). Eben so wenig auch von dem Grundsatz, daß eine schon mit dem Recht eines Dritten behaftete Sache nur unbeschadet desselben erworben werden kann, da die einzige objective Voraussetzung des Publicianischen Rechts die ist, daß die Sache usucapierbar sei, was sie für den spätern Erwerber so gut, wie für den frühern bleibt¹⁸³⁾. Wir sagten aber: im Uebrigen. Wenn also ein verschie-

¹⁸²⁾ In pari causa possessor potior haberi debet sagt auch Paulus eben hierbon in L. 127. D. de reg. iur. (50, 17); denn die Stelle ist aus dem 19. Buche zum Edict genommen, in dem er von dieser Klage handelte.

¹⁸³⁾ In diesem Punct muß ich jetzt einen Irrthum in folgender frühern Bemerkung anerkennen, a. a. O. S. 187. 'Wiederum ist es auch wahr, daß wenn der Eine früher erwarb als der Andere, der letztere die Sache (nur als) schon mit der causa (behäftet) erwerben konnte, daß der erstere den Besitz derselben einzulagern berechtigt war', woraus denn das bessere Recht dessen, dem zuerst, vor dem, dem

dener Ausspruch in den beiden Stellen doch nicht zu leugnen ist, so wird die Differenz darin zu suchen sein, daß die Schreiber derselben in Betreff der ersten beiden allerdings relevanten Punkte — ob beide Käufer Publicianisches Recht hatten oder ob bloß dem einen auch tradiert war — von verschiedenen Voraussetzungen ausgingen. Das bestätigt auch eine genauere Erwägung des Inhalts beider Stellen.

In der ersten wirft Ulpian eigentlich gar nicht die Frage auf, welcher von den beiden Käufern in ihrem Verhältniß gegeneinander das bessere Recht habe — da er den einen als Käufer mit Tradition, den andern als bloßen Käufer ohne erlangten Besitz hinstellt, konnte er sie auch, wenigstens zunächst, sich nicht wohl als Proceßgegner untereinander denken¹⁸⁴); vielmehr fragt er dem Zusammenhange entsprechend, wonach bloß davon die Rede ist, wem überhaupt die Publiciana gegen einen dritten Besitzer zustehe, auch hier nur, wem in dem gedachten Falle sie eher zuzusprechen sei, ob dem Käufer, welchem *priori* d. h. wie der Gegensatz ergibt, vor dem andern, welcher auch Anspruch darauf hatte (nicht früher als dem andern, dem ja gar nicht tradiert sein soll) oder dem, der bloß gekauft hat, wobei er wohl für den Fragenden aus dem frühern *priori* als wieder einklingend ein — vielleicht zuerst gekauft hat, sich denkt. Die so gestellte Frage erinnert nun offenbar an die ältere Controverse, ob schon der Kauf oder erst die Tradition der Anfang der *Usucapion* und des Publicianischen Rechts sei. Seine Antwort bloß hierauf konnte nun freilich nach dem, was er schon vorher in L. 7. §. 16. h. t. festgestellt hatte (*ut igitur Publi-*

später tradiert wurde, gefolgert wird. Zwar ist der aufgestellte Satz an sich wahr, aber nicht in dem Sinne des Einklagens, daß der spätere Erwerber auf die gegen ihn angestellte Publiciana nun auch jedenfalls herausgeben müßte. Vielmehr hat er ganz dasselbe *Usucapionsrecht*, wie der Kläger, welches ihn hier vor schützt, wenn beide, wie doch unleugbar, jeder es nur *ex sua persona* haben.

¹⁸⁴) Mommsen schlägt vor, statt *qui tantum emit* zu lesen *qui eam tum tenet*: wohl in dem Interesse, die Frage Ulpian's dem dafür aus Julian beigebrachten Citat mehr zu conformiren. Er beachtet aber nicht, daß die wirkliche Frage Ulpian's — wer von beiden dann eher sich der Publiciana bedienen könne — damit fast Domitianisch wird, da es sich doch von selbst versteht, daß auch in diesem Falle der Besitzer (*qui eam tum tenet*) sie als eine *in rem actio*, die stets gegen den Besitzer geht, nicht anstellen kann.

liciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita), nicht zweifelhaft sein. Deshalb bringt er lieber ein Citat aus Julian bei, welches in Voraussetzung und Entscheidung viel weiter greift als jene Frage, so daß es ihm bei dieser auch mehr um dieses Citat als seine Frage zu thun war. Julian denkt nehmlich bei seinem *ut potior sit*, wie der Schluß *melior causa sit possidentis quam petentis* ergibt, nicht bloß an die bessere Berechtigung des einen oder andern Käufers zur Klage gegen einen Dritten, sondern besonders auch an die in ihrem Verhältniß unter einander. Macht er nun aber seine Entscheidung davon abhängig, ob sie beide von demselben oder von Verschiedenen gekauft haben, indem im ersten Fall der, *cui priori res tradita est*, der *potior*, im letztern die Lage des Besitzers die *melior* sein soll, so liegt dabei offenbar die Rücksicht zu Grunde, daß wenn beide von demselben gekauft haben, naturgemäß nur an die Tradition an einen von beiden gedacht werden kann (denn was man schon tradiert hat, kann man, von ungewöhnlichen Fällen abgesehen, nicht auch noch einem Andern tradieren), welcher Empfänger dann durch sein Recht selbst der Stärkere (*potior*) ist in der Klageberechtigung sowohl gegen den andern bloßen Käufer als gegen jeden unberechtigten Dritten; wenn sie aber von verschiedenen gekauft haben, eben so nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch anzunehmen ist, daß jeder Verkäufer seinem Käufer auch tradiert hat (*emere* im vollen Sinne, vgl. oben Anm. 126); alsdann haben aber beide ein Recht und zwar ein gleich starkes Recht, gegen Dritte würde jeder mit Erfolg klagen können, unter ihnen selbst aber die Lage des Besitzers als die bessere entscheiden, dem gegen die Publiciana des andern eine *exceptio in factum* gegeben werden muß.

Viel abstracter und nicht aus dem Standpunkt des im Leben Gewöhnlichen aufgefaßt ist die Hinstellung und Entscheidung des Falles bei Neratius. Er setzt auch voraus, daß zwei dieselbe Sache von einem Nichteigenthümer *bona fide* gekauft haben und daß sie tradiert worden ist. Er sagt nicht zweimal oder jedem der beiden Käufer¹⁸⁵). Wir werden uns also ohne Noth, besonders da die

¹⁸⁵) Mommsen will nach *traditaque* das Wort *utrique* einschließen; das ist aber ganz willkürlich und zwingt eine Antinomie gegen Ulpian wider alle Wahrscheinlichkeit auf.

Es mußte, das Recht der Publicianischen Klage.

vorausgegangene Controverse über den Anfang des Publicianischen Rechts hierauf führt, die Voraussetzung in dieser Stelle auch nicht anders als in der Frage des Ulpian zu denken, d. h. nur Eine Tradition anzunehmen, ferner auch das folgende *qui prior ius eius adprehendit*, wonach sich wieder *primum tradita est* bestimmt¹⁸⁶⁾, wie bei Ulpian von der einmaligen an diesen Einen Käufer vor dem andern, der auch Anspruch darauf hatte, geschehenen Tradition zu verstehen¹⁸⁷⁾ und das *tuendus est* entsprechend dem *magis Publiciana uti posse* bei Ulpian auf den prätorischen Schutz durch die Publiciana zu beziehen haben¹⁸⁸⁾, was auch der Ausdruck *ius eius*

¹⁸⁶⁾ Nicht ohne Grund gebrauchen die Juristen in beiden Stellen das persönliche *priori* als das zunächst ihren Gedanken ausdrückende, weil damit das Vorkommen der einen Person in Erlangung dessen, was hier für das Recht der Person entscheidet, bezeichnet wird. Wäre gesagt *cui prius tradita est*, so würde darin zwar nicht nothwendig, aber doch weit eher eine Comparation zweier Handlungen, nemlich Traditionen, liegen, die also auch der Jurist als vorgekommen sich gedacht hätte. Bei weitem die meisten Ausleger nehmen dieses letztere denn auch wirklich an und verstehen damit den Sinn beider Stellen. In dem erklärenden Zusatz *cui primum tradita est* will Neratius bloß sagen, was er unter dem *ius eius adprehendere* verstehe, und legt daher hier auf den Unterschied zwischen *primum* und *priori* kein Gewicht mehr.

¹⁸⁷⁾ Als dritte Stelle kommt noch hinzu das Rescript von Diocletian L. 15. C. de rei vind. (3, 32), welches nur von einem verkaufenden und tradierenden Eigenthümer spricht: *Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est, eum, cui priori (vgl. Anm. 186) traditum est, in detinendo dominio esse potiozem*. Daß nur an eine einmalige Tradition gedacht ist, zeigt besonders der Schluß der Stelle, worin als Entscheidungsgrund eine eben so geschehene Schenkung vergleichend angeführt wird: *quum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli (von solus, nicht von solum, vgl. Fr. Vat. 315) tradita est, haberi potiozem convenit*. Davon selbst nach den Jahren verschiedene Rescripte sind Fr. Vat. 315, welches beide Fälle zusammenfaßt — daß bloß dem einen oder diesem zuerst und dann einem andern Beschenkten tradiert wurde, und L. 3. Gr. C. de rei vindic. (3, 2), die man auch von zwei Traditionen verstehen kann. Diese pflegen die Neuern überall anzunehmen. Vgl. Cyner Tradition S. 259.

¹⁸⁸⁾ Daß *tueri* eben sowohl von einer Klage, wie von einer Einrede gesagt wird, wodurch der Prätor schützt, zeigt schon L. 16. D. si serv. (8, 5) . . . *Quaero an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim*. *Respondi utroque auxilio me usurum*. Vgl. außerdem L. 41. D. de acq. rer. dom. (41, 1). L. 56. D. de usufr. (7, 1). L. 17. D. de iniusto rupto (28, 3). L. 2. D. comm. praed. (8, 4). L. 14 pr. D. de relig. (11, 7). L. 1. §. 5. D. quod falso tut. (27, 6).

adprehendit begünstigt, indem damit, im Gegensatz zu dem bloß persönlichen Recht beider Käufer gegen den Verkäufer, das von dem einen auch an der Sache erlangte Recht bezeichnet wird, während, wenn der Gegensatz einer frühern und spätern Tradition gemeint sein sollte, es eines solchen Hervorhebens des *ius in ea re* nicht bedurfte¹⁸⁹⁾. Eben so geht denn *tuendus est* auch in den Schlußworten, welche einen Kauf (und Tradition) des Einen vom Eigenthümer annehmen, auf die civile Vindication oder *exceptio dominii*, und steht hier dabei *omni modo*, so deutet Neratius damit an, daß dieser Schutz unter allen Umständen, d. h. auch wenn man sich dächte, daß dem andern aus seinem Kauf auch tradiert wäre, gelten würde.

Beide Stellen enthalten also in den Rechtsfägen selbst nichts einander oder dem allgemeinen Recht der Publiciana Widersprechendes und weichen nur darin von einander ab, daß Julian bei einer Collision zweier Käufer derselben Sache auf den im gemeinen Leben regelmäßigen factischen Unterschied des Kaufs von demselben oder von verschiedenen das Gewicht legte, daß — da jeder nur das, was er besitzt, zu verkaufen, dann aber auch zu tradieren pflegt — im letztern Fall beide Käufe auch mit Tradition verbunden, im erstern bloß Eine Tradition geschehen sein werde; Neratius dagegen, weil dieses doch nicht immer und nicht nothwendig so ist, diesen Unterschied als gleichgültig behandelt und in beiden Fällen nur die Voraussetzung für seine Entscheidung hinstellt, daß bloß der eine von beiden Käufern auch eine Tradition erlangt habe. In den Rechtsfägen ist nur das der einen und andern Stelle eigenthümlich, daß Julian das zu schützende Recht des Besitzers, der auch nur zu Publicianischem Rechte, Neratius das schlechthin bessere Recht dessen, der vom Eigenthümer selbst erworben hat, besonders anführt.

Zur vollen Sicherstellung des richtigen Sinnes beider Stellen gehört noch die Berücksichtigung folgender das von nur Publicianisch Berechtigten bestellte Pfandrecht betreffenden Stelle von Paulus:

L. 14. D. qui potiores (20, 4). — *Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignorerit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior erit.*

¹⁸⁹⁾ Mommsen's vorgeschlagene Emendation *iuste* statt *ius eius* scheint mir eine entschiedene Verderbniß des Textes.

Da Paulus überhaupt gültige Verpfändungen voraussetzt, so muß man unter dem non dominus und den non domini Publicianisch Berechtigte, die doch auch als so erwähnte Nichteigenthümer im Verkehr überhaupt die Regel bilden, verstehen, um so mehr, als wenn man ihm den Gedanken auch an schlechtgläubige Nichteigenthümer und dann zugleich an spätere erst die Convalescenz bewirkende Momente unterscheiden wollte, deren völlige Verschiedenartigkeit in den Wirkungen eine Zusammenfassung für ein und dieselbe Entscheidung juristisch unmöglich machen würde¹⁹⁰). In der That ist nun die Verpfändung, welche ein zur Publiciana Berechtigter vornimmt, auch eine gültige, die zur gewöhnlichen Serviana oder hypothecaria actio berechtigt, weil sie von einem geschieht, in dessen bonis sich die Sache befindet — das Einzige, was nach dieser Seite hin die hypothekarische Klage, deren Zuständigkeit das Pfand zu einem Rechte macht, erfordert; wogegen, ob der Pfandnehmer weiß oder nicht weiß, daß ein Dritter Eigenthümer sei, wie wir schon früher bemerkt haben (§. 44), vollkommen gleichgültig ist, weil er nicht auf sein, sondern des Verpfänders Recht seine Klage stützt; daher Paulus auch dieses Moment gar nicht erwähnt, was er sonst gemußt hätte. Nur hat dieses Pfandrecht auch keine größere Kraft als das Publicianische Recht des Verpfänders selbst, d. h. es muß dem Eigenthümer durch exceptio oder replicatio iusti domini weichen. Hat aber derselbe Nichteigenthümer mehreren nach einander verpfändet, so muß, da der Publicianisch Berechtigte auch ein wirkliches Recht an der Sache hat (ius eius rei adprehendit L. 31. §. 2. cit.), derselbe Vorzug der Zeit gelten, wie wenn der Eigenthümer mehreren nach einander verpfändet hat. Haben aber verschiedene Publicianisch berechtigte Nichteigenthümer verpfändet, so läßt Paulus nicht dasselbe Zeitmoment unter den Pfandgläubigern entscheiden und legt auch darauf kein Gewicht, ob jene Nichteigenthümer unmittelbar oder mittelbar von einander erworben haben oder nicht, sondern spricht nur dem Besitzer gegen den andern das bessere Recht zu. Mit Recht und zur Bestätigung dessen, was wir über die in

¹⁹⁰) Wer wird zweifeln, daß wenn z. B. der Eigenthümer die — frühere oder spätere — Verpfändung des einen Nichteigenthümers genehmigt, diese schlecht hin gegen die andere gilt und nicht etwa nach der obigen Stelle die früher geschehene. Willkürlich deutet Dernburg Pfandrecht I. §. 257.

subjectiver Beziehung durchaus persönliche, von jeder Rücksicht auf den Auctor des Berechtigten unabhängige Natur des Publicianischen Rechts gesagt haben (§. 27)¹⁹¹). Auch ändert darin (um diesem Bedenken noch nachträglich zu begegnen) Justinian's Ausdehnung der accessio possessionis des Auctor auf die Usucapion nichts, da der Publicianische Kläger durch die Fiction der vollen erforderlichen Besitzzeit bei ihm selbst davon unabhängig bleibt.

IX. Die Publiciana actio rescissoria.

Mit der Bestimmung der Natur dieser Klage im Verhältniß zu der gewöhnlichen Publiciana ist man in einer sehr natürlichen Verlegenheit gewesen. Einerseits forderten die Quellenzeugnisse¹⁹²),

¹⁹¹) Ich selbst habe früher cit. Num. 181. §. 189 irrig dem der Zeit nach ersten Pfandgläubiger das Vorrecht vor dem andern eingeräumt, wenn der Verpfänder des letztern von dem des ersten erworben habe. Nur das bleibt wahr, daß derselbe Verpfänder alsdann zwei verschiedenen Verpfändern gleich zu achten ist, wenn er das zweite Mal aus einem andern Erwerbgrunde Publicianisches Recht erlangt hatte.

¹⁹²) §§. 3 . . . 5. J. de act. (4, 6). §. 3. . . . ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret, se quasi usucepisse, quod usu non cepit, vel ex diverso possessorem diceret, adversarium suum, usu non cepisse, quod usuceperit, §. 4. Namque (oben §. 16) . . . quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est. §. 5. Rursus ex diverso si quis, cum rei publicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum, rescissa usucapione, eam petere, id est ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse et ob id suam esse rem. quod genus actionis quibusdam et aliis simili aequitate motus praetor accommodat, sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet. Paulus L. 35 pr. D. de obl. et act. (44, 7). In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum, honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent,

monach sie vom Prätor dem bisherigen Eigenthümer alsdann, wenn sein um des Staats willen oder in feindlicher Gefangenschaft abwesender Gegner, den er also nicht belangen konnte, seine Sache usucapiert hatte, nach dessen Rückkehr mit der Fiction, jener habe nicht usucapiert (*rescissa usucapione*), gegeben wurde, in ihr eine von der gewöhnlichen *Publiciana* ganz verschiedene Klage anzuerkennen, deren innere Natur ihren Ursprung, zumal da sie auch nur *intra annum* gegeben wird, dem Edict des Prätors über die Restitution der und gegen die Abwesenden zuweise; denn diese wird ja eben im Falle einer Usucapion durch eine sie rescindierende Klage bewirkt¹⁹³). Andererseits schien die Gleichheit des Namens, der doch bei andern rescissorischen Klagen aus einer *in integrum restitutio*, auch der der Abwesenden und auch gegen eine geschehene Usucapion nicht vorkommt¹⁹⁴), und daß sie in L. 35. pr. D. cit. geradezu nur als die unter diesem Namen bekannte *Publiciana*, wenn auch in besonderer Anwendung genannt wird und bei ihr von keiner vorgängigen Restitution die Rede ist, zu einer Unterstellung unter das Recht und Edict der gewöhnlichen *Publiciana* zu nöthigen. Bieners und Burchardis Erklärungsversuch¹⁹⁵) durch die Annahme, die Resti-

quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item *Publiciana*, quae ad exemplum vindicationis datur, sed cum *rescissa usucapione* redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. So gut wie werthlos ist meines Erachtens was man gewöhnlich aus Brisson. de V. S. v. *Publiciana* als Quellenzeugniß für diese Klage anführt. (Nachdem er unmittelbar vorher eine Griechische Glosse über die gewöhnliche *Publiciana* aus einem 'Vet. Glossar. Graecum' referiert hat:) Aliud Glossar. *Publiciana actio rescissoria datur ei, cuius res, quum absens esset reipublicae causa vel apud hostes, usucapta est.* Er selbst nennt dieses Glossar nicht auch ein vetus und es scheint um so mehr ein sehr spätes Product, als seine Definition der Institutionenstelle widerspricht, die für diese Klage den gerade umgekehrten Fall — Rescission der Usucapion des Abwesenden — voraussetzt. Dennoch hat man sich dadurch so verwirren lassen, daß z. B. Burchardi Lehre v. d. Wiedereinsetzung S. 153 die Institutionen das auszusagen läßt, was das Glossar enthält, und von Andern wenigstens beide Fälle überhaupt ganz indistinct behandelt werden.

¹⁹³) L. 28. §§. 5. 6. L. 29. 30. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

¹⁹⁴) Vgl. die Stellen der vorigen Anm., außerdem L. 13. §. 1. L. 41. L. 45. §. 1. D. de minor. (4, 4). L. 9. §§. 4—6. D. quod met. c. (4, 2).

¹⁹⁵) Burchardi cit. §. 12. S. 153 flg. Vgl. dagegen schon Keller. Civilpr. §. 80. Anm. 946.

tution wegen Abwesenheit sei von einem Prätor *Publicius* — sogar schon in den Anfangsdecennien des sechsten Jahrhunderts — eingeführt¹⁹⁶), hat mit Recht nicht befriedigt. Um Anderes nicht zu erwähnen — woher dann die Beschränkung des Namens auf den Fall der rescindierten Usucapion eines aus jenen beiden Gründen Abwesenden und die ganze genaue Verbindung des Klagnamens in beiden Anwendungen mit der Usucapion? Auch ist der erste und Hauptfall der Restitution wegen Abwesenheit gar nicht der, den die Institutionen für die rescissorische *Publiciana* angeben, sondern der umgekehrte, daß der von Staatswegen oder beim Feinde Abwesende und so am Klagen Gehinderte, dem dann auch noch Andere gleichgestellt werden, von seinem Vermögen etwas z. B. durch Usucapion verloren hat¹⁹⁷). Noch ungenügender erscheint, was Keller an die Stelle setzt¹⁹⁸). 'Da sie aber, wie die ordentliche *Publiciana*, eine *fictitia Rei Vindicatio* war, so ist es begreiflich, wenn man sie zuweilen auch *Publiciana* nannte'. Als wenn nicht eben auf den Inhalt der Fiction — der hier völlig verschieden, ja entgegengesetzt ist — für den Charakter der Klage Alles ankäme und man etwa auch z. B. die Namen der *Fabiana* und *Calvisiana*, der *Serviana* und *Rutiliana actio*, die auch mit ihren ganz verschiedenen Fictionsen oder andern Voraussetzungen dieselben Rechte betrafen, nach Belieben mit einander hätte vertauschen können. Selbst mit den Quellen in schroffem Widerspruch steht endlich Savigny's Ansicht¹⁹⁹), *rescissoria actio* sei hier nur ein ungenauer Ausdruck, es werde in

¹⁹⁶) Dieses wird aus dem angeblichen Vorkommen dieser Restitution schon bei Terentius († 594) geschlossen, womit man dann das Consulat des M. *Publicius Malleolus* im J. 522, der doch vorher Prätor gewesen sein werde, in Verbindung bringt. Aber bei den hier gemeinten Versen des Terent. Phorm. 2, 4, 9 seq. *Mihi sic hoc videtur: quod te absente hic filius egit, restitui in integrum aequum est et bonum, et id impetrabis* hat man sich offenbar nur durch den Wortschall täuschen lassen. Was der Sohn in Angelegenheiten seines Vaters ohne Beisein (und darin liegendem stillschweigenden Consens oder Auftrag) desselben vornimmt, ist jedenfalls *ipso iure* nichtig und die bloße irgendwelche Abwesenheit des Verletzten kein Grund der prätorischen Restitution. Der Ausdruck *restitui in integrum* ist also hier nur im nicht technischen allgemeinen Sinne gebraucht.

¹⁹⁷) L. 1 pr. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

¹⁹⁸) Pandekten §. 156.

¹⁹⁹) System VII. S. 188 flg.

der Publiciana auch in dieser Anwendung in der That nicht fingiert, daß eine Usucapion nicht Statt gefunden habe, sie auch nicht dem bisherigen Eigenthümer als solchem ertheilt, sondern die gewöhnliche Klage dieses Namens nur gegen einen Usucapienten mit Verfassung der exceptio dominii in Folge einer Restitution wegen Abwesenheit gegeben²⁰⁰).

bleiben wir auch hier bei dem Grundgedanken stehen, auf den wir die Publicianische Klage zurückgeführt haben, so löst sich die Schwierigkeit sehr einfach. Wenn nemlich der Prätor, weil er durch sein Edict das Usucapionsrecht des gerechten Erwerbers nur zugleich mit voller Berücksichtigung des Rechts des dermaligen Eigenthümers klagbar machen wollte, wegen des letzteren ausdrücklich auch die exceptio iusti dominii vorbehalten hatte, so lag es in der Consequenz seines Gedankens, dem Eigenthümer sein Recht auch dann — und da nur nothwendig, einen Schritt weiter gehend, auch in Form einer Klage — zu wahren, wenn er durch die Art der Usucapion seines Gegners in die Unmöglichkeit versetzt war, dieselbe selbst im befriedeten Zustande des Vaterlandes durch usurpatio zu unterbrechen. Denn er übertrug damit den Fortschritt der Klagebarmachung des Rechts des Usucapienten durch seine Jurisdiction, wenn dieser nicht in der Lage war, sein werdendes Eigenthum im Frieden seines Hauses selbst durch Bewahrung des Besizes zu schützen, nur ebenmäßig auch auf den Eigenthümer, wenn dieser vermöge der Lage seines Gegners, den er mit der usurpatio anzugehen hatte, auch außer Stande gewesen war, sein Eigenthum sich selbst zu erhalten.

Hieraus ergibt sich nun erstens von selbst, daß diese rescissorische Klage als auf demselben Grundgedanken und demselben Edict beruhend — in welchem deren Versprechen ohne Zweifel nach dem der exceptio iusti dominii den dritten Hauptsatz bildete²⁰¹) — eben

²⁰⁰) Daß die L. 57. D. mandati (17, 1), auf welche sich Savigny hierbei beruft, auch nicht einmal die Annahme eines Restitutionsfalls wegen Abwesenheit gestatte, ist schon oben gezeigt worden. Ann. 172. 179.

²⁰¹) Etwa mit diesen Worten: Qui cum reipublicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius qui in civitate esset, usucepit, contra eum, si reversus eam rem possideat, rescissa usucapione (oder perinde ac si ea res usucapta non esset) intra annum, quo experiundi potestas erit, ei, cuius ea res fuerit, iudicium dabo.

so wohl wie die Klage des Usucapionsberechtigten den Namen Publiciana führen mußte, den man nun aber auch um so weniger bei der Klage des Usucapionsberechtigten auf das vom Käufer hergenommene Formular beschränken und bei Anwendungen auf andere iustae causae oder Sachen mit utilis oder quasi Publiciana bezeichnen konnte (vgl. oben No. II. a. G.), wenn er nach dem monitorischen Edicte eine so viel weiter abliegende Anwendung mit begriff. Es erklärt sich ferner, warum der Prätor diese Klage nur gab, wenn der Gegner des Eigenthümers um des Staats willen abwesend oder in der Gewalt der Feinde war und so — im letztern Falle bei Peculiarisachen durch die zurückgebliebenen Seinigen²⁰²) — usucapiert hatte. Eigene Abwesenheit des Eigenthümers machte keine für ihn objectiv unbillige Usucapion, auf die sich diese für beide Parteien bloß in Beziehung auf ihr Verhältniß zur Sache gedachte in rem actio, wie bei der res furtiva, beschränken mußte: sie konnte erst aus einem ganz andern Gesichtspuncte, dem des durch Abwesenheit unbillig erlittenen Vermögensschadens (si cuius quid de bonis, cum is . . . abesset inve . . . potestate esset, [postea non usurpando vel non utendo deminutum esse]²⁰³) L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4, 6) in Rücksicht kommen, der theils über das Usucapionsrecht hinausreichte, theils als allgemeiner Natur sich nur zum Grunde einer causa cognita zu ertheilenden und ohne Zweifel viel später aufgefundenen in integrum restitutio eignete, bei der auch die unverschuldete eigene Abwesenheit dessen, der sie begehrte, naturgemäß zuerst im Edict Beachtung finden mußte, wiewohl sie dann auch den umgekehrten Fall des durch den abwesenden Gegner unbillig erlittenen Vermögensnachtheils begriff. Aber auch nur jene bestimmten beiden Gründe der Abwesenheit des Gegners, welcher usucapiert hatte, erwähnte der Prätor Publicius und nicht, wie es in dem spätern Edict über die Restitution wegen Abwesenheit geschah, unvertheidigte Abwesenheit des

²⁰²) L. 21. §. 2. L. 23. §§. 1, 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) L. 44. §. 7. D. de usurp. (41, 3).

²⁰³) Daß dieses ausgefallen sei, lehren die Basiliken und L. 15. §. 3. eod. S. Mommsen zur Stelle. Nur habe ich das von den Basiliken mit τῆ ἀρχοσιῶν Uebersetzte nicht bloß non utendo (so Mommsen), sondern non usurpando vel non utendo wiedergegeben, damit sowohl körperliche Sachen als auch Serbituten inbegriffen wären; denn diese beiden berücksichtigt auch der zweite Theil des Edicts.

Gegners überhaupt²⁰⁴), der dann von vornherein auch noch andere zum Theil noch dringendere Verhältnisse, in denen ein Gegenwärtiger nicht belangt werden konnte, gleichgesetzt wurden, z. B. (cum) in vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur u. s. w.; auch dieses deshalb, weil nur eine erzwungene (gleichsam körperlich oder sächlich nothwendige) Abwesenheit als objective Usurpationshinderung für diese bloße, von allen nur subjectiven oder persönlichen Billigkeitsmomenten absehende, in rem actio in Betracht kommen konnte²⁰⁵), aus welchem Grunde bei ihr auch darauf nicht Rücksicht genommen wurde, ob der Abwesende einen Procurator hinterlassen hatte, wovon sogleich weiter die Rede sein wird. So bildete also diese rescissorische Publiciana einen ähnlichen particulären Vorläufer des Edicts über die Restitution wider Abwesende, wie die Lex Hostilia mit ihrer zugelassenen Stellvertretung für die actio furti auch nur eines um des Staats willen oder beim Feinde abwesenden Bestohlenen oder Tutor eines solchen²⁰⁶) gleichsam ein solcher Vorläufer für das Edict zur Restitution der Abwesenden war. Oder umgekehrt aufgefaßt: jenes Restitutionsedict wegen Abwesenheit verhielt sich als eine allgemeine aus einem höhern Gesichtspunct aufgefaßte Ergänzung des Rechts der Publicianischen rescissorischen Klage, worauf auch Justinians Worte in §. 5. J. cit. (Num. 192) quod genus actionis quibusdam et aliis etc. wenigstens zunächst zu beziehen sind. Und zwar gestattete das spätere Edict nicht nur eine rescissorische Klage auch wegen anderer Abwesenheit des Usucapienten²⁰⁷), sondern auch

²⁰⁴) Es heißt hier nehmlich (L. 1. §. 1. D. cit.): item si quis quid suum fecisset (lies mit Galoander fecisse als abhängig von dem am Ende stehenden dicetur) aut quod non utendo amissum sit, consecutus, actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur u. s. w. Daß der Prätor in diesem zweiten Theil des Edicts die verschiedenen Gründe der Abwesenheit nicht, wie in dem ersten, aufzählte, hebt Ulpian L. 21. pr. §. 1. D. eod. besonders hervor.

²⁰⁵) Ein dritter Grund solcher nothwendiger Abwesenheit, die Relegation, kam erst später auf, daher ihr wegen nur die in integrum restitutio möglich war. L. 26. §. 1. D. eod.

²⁰⁶) pr. J. de iis, per quos agere (4, 10).

²⁰⁷) Selbst in dem Fall fand nicht die Publiciana, welche Usucapion des Abwesenden selbst voraussetzte, sondern nur das Edict über die Restitution wegen

eine eben solche durch Restitution in rem gegen den, an welchen der um des Staats willen abwesende Usucapient veräußert hatte²⁰⁸), während die Publiciana nach ihrem Sinne und nach dem Zeugniß der Institutionen nur gegen den, der usucapiert hatte, selbst ging.

Aus eben diesem Verhältniß erklärt sich aber drittens auch, weshalb dieser Klage in Justinians Rechtsbüchern so wenig Erwähnung geschieht: das spätere so viel allgemeinere und reichhaltigere Edict hatte sie in Schatten gestellt. Doch wird sie nach diesem ihren Nutzen keineswegs völlig verloren haben. In den beiden in ihrer Formel gedachten Usucapionsfällen stand sie nicht bloß als ordentliche Klage ex edicto zu²⁰⁹), sondern auch, wie wir vorhin schon nach dem Zeugniß der Institutionenstelle bemerkten, ohne Rücksicht darauf, ob der Usucapierende in seiner Abwesenheit vertheidigt war oder nicht. Dieses besondere vom übrigen Edict über die Restitution gegen Abwesende, ausgenommene und hierin abweichende Recht muß ihr aber der Prätor in diesem auch noch ausdrücklich gewahrt haben nach folgender Stelle Ulpians:

L. 26. §. 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) — Deinde adicit 'neque defenderetur': quod ad omnes supra scriptos pertinet²¹⁰) praeterquam ad eum, qui absens quid usucapit: quoniam plene supra de eo cautum est.

So wie uns der betreffende Theil des Edicts in L. 1. §. 1. eod. erhalten ist, findet sich darin die Stelle nicht, worauf der Satz

Abwesenheit Statt, wenn der Erbe des um des Staats willen Abwesenden die Usucapion vollendet hatte. L. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), wo sowohl die Inscription als der Ausdruck aequum est rescindi auf die Restitution hinweisen.

²⁰⁸) L. 30. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), wo wenigstens nach Analogie anderer Fälle eine restitutio in rem zu verstehen sein wird, nach welcher der Käufer seinen Auctor wegen Evictionsleistung belangen kann.

²⁰⁹) Ihre Formel im Edict wird man sich so zu denken haben: Si quam rem N.us N.us cum reipublicae causa abesset vel in hostium potestate esset, usucepit, non usucepisset, tum si eam rem A.i A.i ex i. Qu. esse oporteret etc.

²¹⁰) Zu vergleichen ist wegen der Allgemeinheit dieses Erfordernisses für die Restitution gegen Abwesende L. 21. §. 2. D. eod. Mit der Deutung der folgenden Worte war schon die Glosse in Verlegenheit. Gewöhnlich übergeht man sie ohne Zweifel aus demselben Grunde gänzlich. Was Savigny System VII. S. 183 Anm. darüber sagt, ist mir unverständlich.

quoniam . . . cautum est sich bezieht, den also die Compileren nur aus Versehen können stehen gelassen haben, wenn nicht, was wahrscheinlicher, unsere Handschriften in L. 1. §. 1. eod. jene Stelle verloren haben, sondern bloß die in Ann. 204 referierten Worte (item si quis . . . cum absens non defenderetur). Nach dem Inhalt des §. 3. cit. kann aber jene Stelle entweder nur gesagt haben, daß es für den, qui absens quid usucepit, wenn er rei publicae causa oder in hostium potestate war, gleichgültig sein sollte, ob er einen Procurator hinterlassen habe oder nicht, oder der Prätor müßte den Fall der rescissorischen Publiciana überhaupt von seinem Restitutionsedict ausgenommen haben, so daß darüber sein sie betreffendes Edict entscheiden sollte, und dieses ist wie an sich so auch nach dem erhaltenen Texte das Wahrscheinlichere²¹¹). Der Prätor hatte ja schon formell keinen Grund, in seine neue außerordentliche Hülfe einen schon ordentlicher Weise durch ein edictum tralatitium gehörig bedachten Fall einzuschließen, und auch materiell war und blieb die Nichtberücksichtigung der defensio in der Publiciana rescissoria wohlbegründet, theils, wie schon bemerkt, als eines persönlichen Moments, theils weil die civile aus dem alten Usucapionsrecht stammende und die Legisactionen nachahmende usurpatio, wodurch der Eigenthümer nach Abschaffung der Vindicien allein noch die Usucapion unterbrechen konnte, Gegenwart der Sache und des Usucapienten selbst, an welchen man die verwahrende Erklärung richtete, voraussetzte. So viel von dem innern Verhältnisse der rescissorischen Publiciana zu dem Edict über die Restitution wegen Abwesenheit.

Aber auch was die Quellen von der Verjährung dieser Klage auslagen, bestätigt nicht bloß unsere Ansicht, sondern ergibt auch noch eine Eigenthümlichkeit der Klage gegen das spätere Restitutionsedict. Doch müssen wir hier etwas weiter ausholen. Mit Recht

²¹¹) Das plene cautum est besagt dann nehmlich, daß der Prätor den Fall dessen, der absens usucepit mit seiner nähern Bestimmung völlig von diesem Edict (als schon durch eine ordentliche Klage hinreichend versorgt) ausgenommen habe, und es geschah dieses mit den hinter si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amissum sit consecutus ausgefallenen Worten praeterquam cum reipublicae causa abesset vel in hostium potestate esset. Daß diese in unsern Handschr. ausgefallen sind, ist eine um so weniger bedenkliche Annahme, als, wie schon Mommsen bemerkt hat, die Abschreiber noch mehrere Sätze in der verwickeltesten Construction dieses Edicts ausgelassen haben.

führen die Römischen Juristen die Verschiedenheit, daß der Prätor seine Klagen bald als perpetuae bald als annales gibt, auf den Gesichtspunct zurück, daß, obgleich die formelle Regel für Klagen aus einem Edict, das selbst mit seinem Imperium nur eine jährige Dauer hat, auch die Jährigkeit bildet (Gai. 4, 110. pr. J. de perpet. et temp. 4, 12), doch, wenn er damit nur dem Civilrecht nachahmt (Gai. 4, 11), welches ja die aequitas civibus constituta sein will, und also nur die civilen Klagen nach der Billigkeit ergänzt, was im Ganzen von den reipersecutorischen Klagen gesagt werden muß (Cassius und Paulus in L. 35. pr. D. de obl. et act. 44, 7), er solche Klagen auch beständig gibt, wogegen für Delictsklagen, auch wenn die Strafe sich bloß nach dem Schaden des Klägers bemißt und nur nicht von der bloßen conditionenartigen Einklagung der Bereicherung des Andern aus dem Delict die Rede ist, jener civile Billigkeitsgrund wegfällt und bloß die eigene Auctorität des Prätors (Gai. 4, 110), mithin auch die formelle Regel der jährigen Dauer bleibt²¹²). Doch fällt der Gegensatz von reipersecutorischen und Strafklagen für die Begründung der verschiedenen Zeitdauer der prätorischen Klagen mit dem eigentlich entscheidenden der imitatio iuris civilis und bloß eigener Auctorität des Prätors nicht ganz zusammen. Wie z. B. einerseits die prätorische actio furti manifesti, obgleich Strafklage, doch perpetua ist, weil sie im Fundamente civilrechtlich bleibt (Gai. 4, 111), so gibt es andererseits auch reipersecutorische und daher an sich auch auf Billigkeit beruhende prätorische Rechtsmittel, welche aus einem besonderen Grunde nur jährlich sind. Ein solcher besonderer Grund tritt z. B. bei der in integrum restitutio ein. Sie gewährt zwar der Prätor auch aus Billigkeit, aber nicht aus der immanenten des alten Civilrechts selbst und als Ausfluß seiner gewöhnlichen Jurisdiction, sondern wider dasselbe als eine außerordentliche Hülfe kraft seines später immer mehr gleichsam selbst legislativ werdenden Imperium und daher auch nur auf die Zeit der jährigen Dauer desselben. Dieses bringt uns nun auf die Publicianische Klage. Während diese in ihrer gewöhnlichen Anwendung, wo sie ebenso wie z. B. die Klage gegen den bonorum possessor unseres Schuldners das Civilrecht ergänzt, per-

²¹²) Ueber das tempus utile der magistratualen Verstattungen vgl. mein Röm. Jahr S. 110.

petua ist, wird sie als rescissoria nur innerhalb eines Jahres gegeben und Paulus erwähnt sie selbst als eine Ausnahme der von ihm aufgestellten Regel beständiger Dauer der reipersecutorischen Klagen, welche Ausnahme er auf den Grund zurückführt, quia contra ius civile datur (L. 35 pr. cit.). Es hat nun wohl einigen Schein, wenn man, wie die Meisten thun, diesen Grund so deuten zu dürfen glaubt, daß sie eben auch eine f. g. Restitutionsklage sei. Aber Paulus gibt doch den Grund so nicht an: ihm ist nicht die Restitution, sondern die verheißene rescissorische Klage jährlich und es muß ja, was contra ius civile datur, nicht nothwendig als in integrum restitutio von dieser Art sein. Savigny²¹³⁾ nimmt daher vielmehr einen Irrthum des Paulus an, sogar einen doppelten: den einen, daß er überhaupt den Unterschied der Zeitdauer auf den der reipersecutorischen und Straffklagen zurückführe — dieser Vorwurf erledigt sich schon durch unsere obige richtigere und den Quellen entsprechende Auffassung der Straffklagen — den andern, daß er die jährige Zeitdauer von der rescissorischen Publiciana selbst aussage, die er demgemäß als eine Ausnahme seiner aufgestellten Regel anführe, während doch jene Zeitdauer vielmehr der in integrum restitutio zukomme, deren Verjährung ja von der der restituierten Klage sehr verschieden sei²¹⁴⁾. Dieses letztere ist nun freilich richtig²¹⁵⁾. Wundern darf man sich aber, wie eine vorgefaßte Meinung so weit hat treiben können, einem Juristen wie Paulus eine so grobe Verwechslung Schuld zu geben. In Wahrheit erweist sich die rescissorische Publiciana auch hier nur als einen Vorläufer der spätern Restitution wegen Abwesenheit und Paulus gibt den ganz richtigen Grund für ihre auch schon bloß jährige Dauer an, der jedoch — ohne die Grundlage der in integrum restitutio wegen unbilligen Vermögensverlustes überhaupt — auch erst durch den

²¹³⁾ System des Civilrechts V. S. 353, 354.

²¹⁴⁾ Die rescissorische Klage selbst muß Savigny schon deshalb für eine perpetua halten, weil sie ihm die gewöhnliche Publiciana ist, welche nur nach Statt gehabter unbilliger Usucapion innerhalb Jahresfrist gegen den Usucapienten mit Verjagung der exceptio iusti dominii ertheilt wird. S. oben S. 103 flg. Offenbar mußte er dann aber eigentlich sagen, diese exceptio verjähre kraft der in integrum restitutio in einem Jahre — wovor er sich freilich aus nahe liegenden Gründen scheute.

²¹⁵⁾ Savigny selbst spricht sich dafür VII. S. 255. sehr entschieden aus.

eigenthümlichen Zusammenhang der Publiciana mit der Usucapion in sein rechtes Licht tritt. Würde sie nehmlich dem bisherigen Eigenthümer so, als wäre er dieses noch, oder mit Rescission der unbilligen Usucapion des Abwesenden nach dessen Rückkehr gegeben, so war die Billigkeit, welche dieses rechtfertigte, eine dem Civilrecht selbst inwohnende doch nur insofern, als ihm während der Usucapionszeit das auch civilrechtliche und nach Civilrecht eben so lange dauernde Usurpationsrecht nicht entzogen werden durfte und so konnte der Prätor sie als objectiv billige nur innerhalb dieser Zeit versprechen, die er bloß in den prätorischen annus utilis umzusetzen hatte. Dieser gleich denn zugleich den civilrechtlichen Unterschied zwischen der Zeit der Usucapion beweglicher und unbeweglicher Sachen und in solchen Fällen, wo die Abwesenheit selbst nicht voll ein Jahr oder auch weit länger gedauert hatte — worauf bei einer ordentlichen Klage nicht Rücksicht genommen werden konnte — als eine, wenn man will, freilich noch rohe Durchschnittszeit aus. Er ergab aber auch wieder einen wichtigen Unterschied von der späteren Restitution wegen Abwesenheit und gleichstehender Hinderungsgründe der Klaganstellung; denn diese Restitution gab, weil sie bloß den erlittenen Schaden wieder gut machen sollte, nur die wirklich verlorene Lage wieder²¹⁶⁾. Ueberhaupt war die rescissorische Publiciana wahrscheinlich der erste und so viel wir übersehen können, auch der einzige Fall, in dem der Prätor eine ordentliche reipersecutorische Klage innerhalb eines Jahres gab.

Hatte aber der bisherige Eigenthümer während dieses ihm vom Prätor mit der Publiciana wiederhergestellten Usurpationsjahrs die Sache wieder in seinen Besitz bekommen — gleichviel ob durch Anstellung der Klage oder sonst wie — so mußte es nun auch so angesehen werden, als hätte diese Usurpation während der Usucapionszeit selbst Statt gefunden. Wie also dann dem Eigenthümer seine rei vindicatio, wenn er wieder aus dem Besitz kam, als eine beständige Klage, auch gegen jeden Besitzer, zugestanden haben würde, so mußte dieses auch für unsere rescissorische Publiciana gelten. So erklärt sich

L. 31. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) — Paulus libro 53. ad edictum. Si is, cuius rem usucepit rei publicae causa absens,

²¹⁶⁾ L. 26. §§. 7, 8. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

possessionem suae rei ab illo usucaptae nactus sit, etsi postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.

Auch diese Stelle bezieht man, durch den Titel, in dem sie steht, getäuscht, gewöhnlich auf die Restitution wegen Abwesenheit, in welchem Falle der Jurist aber ohne Zweifel die gewöhnliche Restitution eines wegen des Staats abwesend Gewesenen oder die gegen die Usucapion eines Abwesenden überhaupt vorausgesetzt haben würde. Nach ihrem Inhalt spricht sie aber von einer ordentlichen Klage des frühern Eigenthümers einer Sache, welche ein um des Staats willen Abwesender usucapiert hat, also von der rescissorischen Publiciana²¹⁷), und nach ihrer Inscription handelte Paulus hier auch gar nicht von der Restitution wegen Abwesenheit, die in seinem Commentar schon im 12. Buche vorgekommen war. Nach richtiger Meinung würde aber auch die Aussage der Stelle auf eine Restitution wegen Abwesenheit überhaupt nicht passen. Zwischen einer ordentlichen Klage des Edicts und einer solchen, die der Prätor erst in Folge einer Restitution gibt, ist derselbe Unterschied wie z. B. zwischen dem ius abstinendi des suus, welches schon auf dem Edict beruht, und dem ius separationis, welches der Prätor nur auf Antrag zu geben verspricht, oder auch der Restitution eines Minderjährigen gegen den Erbschaftsantritt. Durch die erstere erhält man das Recht, welches die Klage schützt, schon an sich, z. B. das Pfandrecht durch die verheißene Serviana oder hypothecaria actio, durch die letztere erst dann, wenn die Klage auf Antrag in Folge der Restitution bewilligt ist. So konnte also die im Edict dem Abwesenden oder gegen denselben versprochene Restitutionsklage unter allen Umständen nur innerhalb eines utilis annus gegeben werden, wenn er auch inzwischen wieder in den Besitz der Sache gekommen war. Auch will der Prätor mit dieser Restitutionsklage keineswegs gerade das jährige Usurpationsrecht, sondern das unbillig Verlorene wieder herstellen, so daß, wenn die Eigenthumsklage durch Restitution wieder gegeben und auch noch nicht lis contestiert ist, sie unter allen Um-

²¹⁷) Der Prätor wird also in dem Edict über diese Klage (Ann. 201) am Schluß nach quo experiundi potestas erit, vollständig gesagt haben si is, cuius ea res fuerit, interea rei usucaptae possessionem nactus sit et amiserit, etiam post annum contra quemcumque iudicium dabo.

ständen auch perpetua sein, wenn aber bloß eine geringere Zeit als ein Jahr für die Unterbrechung der Usucapion durch die Abwesenheit verloren gegangen ist, auch nur diese Tage für die Anstellung der Klage wiederhergestellt werden würden (Ann. 216).

So enthält also selbst das Justinianische Recht noch mehrfache wichtige Unterschiede zwischen der rescissorischen Publiciana und der im Falle der Usucapion nach dem Edict über die Restitution wegen Abwesenheit erteilten Klage, die wir zum Schluß noch zusammenstellen.

- 1) Steht sie nur in den beiden gedachten Abwesenheitsfällen des Usucapienten, und nur gegen diesen,
- 2) dann aber auch ohne Rücksicht, ob er durch einen Procurator vertheidigt wurde oder nicht,
- 3) auch ohne Rücksicht, ob die Abwesenheit während der ganzen Usucapionszeit oder nur eines Theils desselben gedauert,
- 4) schon als ordentliche Klage aus dem Edict ohne eine Restitution,
- 5) und zwar innerhalb eines utilis annus nach der Rückkehr,
- 6) wenn der Kläger während dieses Jahrs aber wieder in den Besitz der Sache gekommen war, als beständige Klage und dann auch gegen jeden Besitzer zu.

Nach unserem Rechte würde übrigens wohl dem Falle, daß der Usucapient als Slav in feindlicher, also Kriegsgefangenschaft war, auch der, daß er sich als Freier darin befand, gleichzusetzen und damit die Klage auch auf von demselben selbst besessene Sachen zu erstrecken sein (vgl. Ann. 202).

X. Historisches und Praktisches.

Daß die Publicianische Klage erst, nachdem der Prätor überhaupt neue Actionen durch sein Edict einführte, also nach Abschaffung der legis actiones für die reipersecutorischen Klagen²¹⁸), aufkommen sein kann, versteht sich von selbst.

²¹⁸) Durch die Lex Aebutia. Vgl. meine Schrift 'Die Multa' S. 496. Hüfste, das Recht der Publicianischen Klage.

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Idee derselben, der Lage des gerechten Erwerbers ohne Eigenthum, welchem das Civilrecht im ruhigen Zustande, d. h. wenn er besitzt, durch die Usucapion ein werdendes Eigenthum zuerkannt hatte, auch im Verhältniß zu einem vorenthaltenden Dritten eine processuale Wirkung beizulegen, nicht auch schon im ältern Recht eine Verwirklichung gefunden habe. Eben als werdendes, durch die fortgesetzte Ausübung zur Ueberwindung des vorhandenen, heranwachsendes Eigenthum hat das Usucapionsrecht selbst eine aggressive Natur, die doch auch im Verhältniß der Vorenthaltung seines Gegenstandes schon ursprünglich nicht unberücksichtigt bleiben konnte. Nur in Gestalt einer in rem actio war freilich eine Berücksichtigung noch nicht möglich, da diese nicht dem das fremde Eigenthum nur rechtmäßig für sich Ausübenden, sondern bloß dem ex iure Quiritium vollendet Berechtigten zukam. Aber rechtliche Ausübungen genossen schon damals den processualen Schutz durch das Imperium der Obrigkeit, der von ihr theils aus eigener Machtbefugniß durch Interdicte²¹⁹⁾, theils in Folge Zuweisung Seitens des Gesetzes ertheilt werden konnte. Zwei schon ältere processuale Institute müssen meines Erachtens auf den Gedanken der späteren Publiciana zurückgeführt und daher gleichsam als Vorläufer derselben betrachtet werden: das interdictum de uxore exhibenda vel ducenda und die vindiciarum dictio.

Von dem ersteren Rechtsmittel haben sich freilich so wenig Nachrichten erhalten, daß selbst seine Beschaffenheit als Interdict nicht ausdrücklich bezeugt ist, sondern nur aus dem interdictum de liberis exhibendis vel ducendis des Vaters wegen seiner Kinder — allerdings mit Sicherheit — geschlossen werden kann. Wir wissen aber, daß während das letztere dem Vater nur iure patriae potestatis zustand²²⁰⁾, das erstere vom Ehemanne auch unabhängig von der Manus gegen jeden angestellt werden konnte, auch gegen den Vater, in dessen Gewalt die Frau stand²²¹⁾. Woher dieser Unterschied? Vom Standpunct der spätern Zeit, in der Eltern- und eheliches

²¹⁹⁾ Vgl. dieselbe Schrift S. 72 flg.

²²⁰⁾ L. 1. pr. §. 1. D. de lib. exhib. (43, 30).

²²¹⁾ Hermogenian in L. 2. D. de lib. exhib. (43, 30). In L. 11. C. de nupt. (5, 4) kommt es als die extraordinäre Klage vor, wozu später alle Interdicte herabgesunken waren.

Verhältniß gleichmäßig natürliche Grundlagen jener civilen Rechtsverhältnisse der Potestas und Manus sind, erscheint er als eine befremdliche Anomalie. Er erklärt sich aber daraus, daß die Römische Ehe von ihrem Ursprung an — jedoch eine iusta uxor d. h. eine Mitbürgerin vorausgesetzt — ein durch natürlich rechtmäßige Eingabe des Weibes in die Lebensgemeinschaft mit dem Mann (wie später einer res mancipi in das Recht eines sächlichen Erwerbers) ein Usucapionsverhältniß war, dem als einem werdenden Herrschaftsrecht des Mannes²²²⁾ zwar keine civilrechtliche Vindication, die nur die schon erlangte Manus verlieh, aber ein obrigkeitlicher Schutz der rechtmäßigen Ausübung beigelegt werden mußte; mochte dieses geschichtlich auch erst geschehen, nachdem die der Frau beigelegte Befugniß, den Usus alljährlich zu unterbrechen, welche das Ususverhältniß bald oft zu einem lebenslänglichen machte, es um so dringender erscheinen ließ. Wogegen das Vaterverhältniß als von oben her durch Zeugung entstehend, die Usucapion ausschloß und nur durch wirkliche väterliche Gewalt ein Recht am Erzeugten gab, welches die Obrigkeit neben der dem Vater schon zustehenden civilen in rem actio auch durch das vortheilhaftere Interdict nur deshalb schützte, weil er hinter dem Ehemann (mit oder ohne Manus) nicht zurückstehen konnte.

Noch näher steht der Publiciana der Vindicienstreit mit der schließlichen vindiciarum dictio, da er besonders auch auf Sachen, welche vindiciert werden konnten, sich bezog. Von diesem Vorverfahren der sacramenti legis actio in rem ist anderwärts (die Multa und das Sacram. S. 428—431) gezeigt worden, daß wenn bei

²²²⁾ Es erklären sich daraus auch andere Grundsätze des Römischen Rechts, wie die Vertretung auch schon der uxor tantum durch den Mann im alten Censur und die Entstehung der väterlichen Gewalt durch Zeugung ex iustis nuptiis — wenn auch die Frau noch nicht in die Manus des Mannes getreten ist — wiewohl man sich hüten muß, das Recht der Accession, namentlich der Frucht, welche iure gentium dem Recht der Hauptsache folgt, auf das dem Civilrecht angehörige Verhältniß der Familie zu übertragen. Denn dieses beruht auf der vom Civilrecht angenommenen Prävalenz des männlichen Geschlechts als Vater, mithin nach dem Zeitpunkt der Zeugung, und als Ehemann, aber doch auch hinsichtlich des Rechts des Vaters über das Erzeugte als ein Werdendes, damit die procreatio als iusta erscheine, unter der Voraussetzung, daß jener auch zur Mutter schon in einem werdenden Herrschaftsverhältniß stand.

einem Eigenthumsstreit in dieser Proceßform beide Theile vor Allem erst den Besitz kraft Eigenthums und dadurch die Rolle des Beklagten sich zu erstreiten suchten, der Prätor für sein Urtheil, die vindiciarum dictio secundum alterum, nicht bloß den bessern Besitz im Sinne der iusta possessio des einen oder andern Theils, wie bei den interdicia retinendae possessionis, sondern vornehmlich²²³⁾ das anscheinend bessere Recht zu besitzen, zur Richtschnur nahm, was denn wenigstens mit der Zeit auf dieselben factischen Grundlagen hinausführte, auf welche es für die Publicianische Klage ankam, d. h. gerechte Erwerbe nicht furtiver Sachen ohne Zurückgehen auf das Recht des Auctor, welcher erst am Eigenthumsstreit selbst nach geschעהer vindiciarum dictio Theil nehmen konnte. Denn wenn auch dabei anfangs nur rechtliche Erwerbe, also bei res mancipi civilrechtliche, namentlich Mancipation, die aber damals regelmäßig noch mit Tradition verbunden war (oben S. 51), berücksichtigt wurden, so hinderte doch den Prätor nichts, nicht bloß auch dem, der sich auf irgend einen zur Usucapion berechtigenden Erwerb berufen konnte, vor dem, bei dem dieses nicht der Fall war, sondern auch dem natürlichen Eigenthum und der b. f. possessio vor dem bloß Quiritarischen den Vorzug zu geben und es mochte selbst das in bonis esse jenem gegenüber seine wachsende Anerkennung gerade dem Gerichtsgebrauch in dem Vindicienstreit verdanken. Daß aber der Sieg in dem letzteren auch nicht bloß einen vorübergehenden Schutz zu bewirken brauchte, sondern der darin Unterlegene häufig, weil er seinem Beweise des wirklichen Eigenthums mißtraute, vom Eigenthumsproceß selbst abstand, ist auch schon bemerkt worden.

Diese Bedeutung des Vindicienstreits, der hiernach das materielle Recht der Publicianischen Klage schon fast vollständig in sich barg,

²²³⁾ Es kam also auf die iusta possessio (nec vi nec clam nec precario ab altero) überhaupt nicht an, wenn der eine Theil allein — ohne vielleicht überhaupt besitzen zu haben, außer soweit dieses zum Titel gehörte — sich auf werden des Eigenthum berufen konnte, und nur wenn dieses bei beiden der Fall war, unterschied wieder der Besitz d. h. die iusta possessio. Daß diese aber überhaupt auch bei den Vindicien als gerichtlicher Geltendmachung eines civilen oder Eigenthumsbesitzes in Betracht gezogen werden mußte, zeigt außer der Natur der Sache das Recht der Usucapion. Daß von dieser auch die iniusta possessio ungeachtet der vorhandenen civilis possessio ausschließt, war vermuthlich ein von dem auch civilen Recht der Vindicien entlehnter Grundsatz.

wirft nun auch Licht auf die Zeit, in welche wir die Einführung der Publicianischen Klage zu setzen haben. Die bisherigen Vermuthungen darüber sind völlig grundlos. Sie stützen sich theils auf das Vorkommen eines Consul Publicius Malleolus in den Consulartafeln beim Jahr 522, in welcher Zeit die Fortdauer der Legislationen jeden Gedanken an eine prätorische Klage ausschließt, in Verbindung mit dem Irrthum, die rescissorische Klage dieses Namens stamme aus dem Edict über die Restitution wegen Abwesenheit, von dem wir gesehen haben, daß es jedenfalls viel später fallen muß (vgl. oben S. 103), theils auf die Erwähnung eines D. Publicius, der zu Cicero's Zeit (pro Clu. 45, 126) mit M. Junius (wahrscheinlich im Jahr 687) Prätor war. Aber abgesehen davon, daß dieser Publicius als an zweiter Stelle erwähnt, wahrscheinlich Fremdenprätor war, leuchtet es ein, daß der Prätor dieses Namens, welcher nach §. 4. J. de act. (4, 6) Urheber unserer Klage war, eben so wohl irgend ein anderer Publicius aus diesem nicht unangesehenen plebejischen Geschlechte gewesen sein kann^{223*)}. Aus innern Gründen müssen wir einen weit frühern Ursprung der Klage annehmen, dem auch die Dernburg'schen äußern Kriterien des Alters der Edicte entsprechen, indem das Edict über die Publiciana in L. 1. pr. D. h. t. die ältere directe Ausdrucksweise (si quis . . . nondum usucaptum petet), das über die Restitution wegen Abwesenheit in L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) dagegen die spätere indirecte (si . . . exisse — esse dicetur) enthält²²⁴⁾. Bestand das

^{223*)} Ganz abweichend setzt J. J. Bachofen ausgewählte Lehren des Röm. Civilr. S. 102. den Ursprung der Klage nach Augustus, Rivier in Holzendorff's Rechtslexicon II. S. 309. unter Publiciana in das letzte Jahrhundert vor Christus, beide ohne Angabe von Gründen.

²²⁴⁾ Die letztere Redeweise, welche bei obrigkeitlichen Rechtsfügungen das vorausgesetzte Factum nicht mehr schlechtthin (objectiv — si est u. dgl.), sondern als in das menschliche Bewußtsein gefallenes und von ihm für praktische Zwecke ausgesprochenes (si esse dicetur) hinstellte, beruhte wohl weniger darauf, daß in der dritten Periode die Stellvertretung im Proceße immer mehr überhand genommen hatte, als darauf, daß damals das Denken und Sprechen überhaupt subjectiv geworden war, wie z. B. auch das häufige esse videtur statt est bei Cicero zeigt. Eine ähnliche, nur viel weiter fortgeschrittene Entwicklung finden wir in der Sprache und besonders auch der Rechtsprache der dritten Periode der Kaiserzeit. Hatte jene subjective Ausdrucksweise gegen Ende der Republik nur erst die Voraussetzung,

materielle Recht derselben, wie gezeigt, schon unter der Herrschaft des Legisactionen nur in jener anderen mit diesen so verknüpften Proceßform, so riß die Abschaffung der Legisactionen durch die *Lex Aebutia*, welche jedenfalls auch die vor gewöhnliche Richter gehenden dinglichen Sacramentsklagen, mithin auch den sie einleitenden *Vindicienstreit*, betraf, eine empfindliche Lücke, welche der Prätor auch nach der uns interessierenden Seite hin sofort wieder ausfüllen mußte. Im Ganzen waren es drei Rechtsmittel, deren Ursprung wir in diese Zeit setzen müssen. An die Stelle der alten *sacramenti in rem actio* selbst, d. h. für den Streit über das Eigenthum oder sonstige absolute Rechte trat die *petitoria in rem formula*; für die verschiedenen Zwecke des *Vindicienstreits* wurden einerseits zur Regulierung des streitigen Besitzes und damit zur Bestimmung der Beklagtenrolle in dem Eigenthumsproceß die schon bestehenden *interdicta retinendae possessionis* auf diesen Fall angewandt und nach dessen Erfordernissen näher bestimmt; andererseits zum Schutz des bloß *usucapionsberechtigten* Erwerbers mit der nothwendigen, bisher vom Prätor selbst frei wahrgenommenen Berücksichtigung seines Verhältnisses zum Eigenthümer das *Edict* über die *Publicianische* Klage mit seinen drei Hauptsätzen aufgestellt, von denen nur der dritte einen auch materiell ändernden Zusatz zu dem bisherigen Recht enthielt ²²⁵).

den Vorderatz betroffen und doch hinsichtlich des Subjects, in welches die objective Voraussetzung intellectuell eingeht und von dem sie wahrgenommen (*videtur*) oder vor dem Prätor geäußert wird (*dicetur*), sich noch objectiv allgemein gehalten (gesehen, gesagt, vom Volk oder von irgend Jemanden aus dem Volk), so verlegte sie sich in der Kaiserzeit, welche überhaupt das Individuum an die Stelle des Volks gesetzt hatte, nach deren späterer Ausdrucksweise nicht nur auch in den Nachsatz, die gesetzliche Verordnung selbst, sondern stellte gern auch in den von ihr betroffenen Individuen sowohl die vorausgesetzte Handlung als eine von deren Bewußtsein und Willen ausgegangene, als auch die Vorschrift als eine in ihr Bewußtsein fallende dar. Alle solche Redeweisen, wie z. B. *qui ineundos furtim existimant esse contractus, intelligent, sibi nihil haec profutura esse commenta et pretio emptorem multandum esse quod dederit* (L. 8. Th. C. de contr. empt. 3. 1 vom J. 399) statt *si qui . . . contractus inierint, ii contractus nullius momenti sunt*, sind eben so sichere Kennzeichen der nachconstantinischen Verordnungen, wie das esse *dicetur* späterer prätorischer *Edicte*.

²²⁵) Zwar konnte der Prätor auch bisher schon dem, dessen Sache von dem beim Feinde oder von Staatswegen abwesend Gewesenen *usucapirt* war, die *Vindicien* geben, aber ohne daß ihm dieses im folgenden Eigenthumsproceß selbst half.

Der große Fortschritt, welcher aber auch im Uebrigen in diesem neuen Recht und Verfahren lag, leuchtet ein. Der die Beklagtenrolle im Eigenthumsproceß bedingende auch streitige Besitz war nun aus seiner Verflechtung mit der civilen Geltendmachung des Eigenthums abgelöst, er war selbständig und demgemäß aus einem nothwendig processual-civilen (mit Eigenthumswillen — *vindiciae*) ein gewöhnlicher Besitz (*possessio*) geworden, bei dessen Streitigkeit die Parteien also nicht mehr Eigenthum als Grund desselben zu behaupten brauchten und durch die gewöhnlichen Besitzesinterdicte nach bloßen Momenten des prätorischen Besitzrechts darüber entscheiden lassen konnten. Andererseits war auch das im *Vindicienproceß* nur gelegentlich eines civilen Eigenthumsprocesses mit berücksichtigte werdende Eigenthum ver selbständig und so als eigenes Recht zur Grundlage einer besonderen neben die *rei vindicatio* tretenden in *rem actio* gemacht, bei der der etwa streitige Besitz eben so wohl durch *Interdict* reguliert werden konnte. Durch diese scharfe Sonderung von Eigenthum (nun auch dem werdenden) und Besitz und Uebertragung des bisher ungeschriebenen *Vindicienrechts*, bei dem oft genug Momente des werdenden Eigenthums und des bloßen Besitzes willkürlich und unklar gemengt werden mochten ²²⁶), in die geschriebenen Verheißungen und Formeln des *Edicts* gewann das

²²⁶) Bei aufmerksamer Betrachtung wird man überhaupt eine, weil auf ähnlichen geschichtlichen Voraussetzungen beruhende, auch ähnliche Rechtsentwicklung in unserem Mittelalter, also in der Fortbildung des Römischen Rechts durch die Glossen und das kanonische Recht wie in dem Römischen Mittelalter, also der Zeit nach den zwölf Tafeln, denen die Aufstellung der Justinianischen Rechtsbücher an Stelle des bisherigen *ius incertum* durch die kaiserlich anerkannte Rechtsschule in Bologna entspricht, entdecken. So beweist denn namentlich das vielbesprochene c. *Licet causam* (9) X. de probat. (2, 19), daß das damalige dem *petitorium* vorausgehende *possessorium* wieder ganz die Natur des *Vindicienstreits* angenommen hatte, und zwar so, daß die Berücksichtigung des gerechten Titels neben der *iusta possessio* auch keineswegs genau reguliert war: wogegen von der *Publiciana* im kanonischen Rechte keine Rede ist. Leider fehlte es aber im Ausgange aus unserem Mittelalter an einem Prätor, der das bisher Gemengte auch klar gesondert hätte. In den Verhandlungen über diese Materie von Delbrück dingl. Klage des Deutschen Rechts (besonders S. 40 flg. 117 flg.), Maassen in Bekker u. Muther Jahrb. II. S. 443 flg. Brunns ebdas. IV. S. 1 flg. (vgl. auch dessen Besitz S. 182) kommt selbstverständlich diese historische Parallele nicht vor, die vielleicht nicht bloß eine inter-
essantere, sondern auch eine richtigere Auffassung ergeben hätte.

Recht um so mehr an Klarheit und Sicherheit, als die neue Klage durch die glückliche Wahl einer ficticia formula — nach Umständen durch eine exceptio dominii beschränkt — den gewollten Rechtsgedanken im Anschluß an das bestehende Recht in seinem natürlichen Umfange scharf und genau ausdrückte. Zugleich war durch sie der Weg gebahnt, auch andere Rechte, wie das Vectigal- und Pfandrecht, mit in rem actiones nach Analogie der rei vindicatio auszustatten. In processualer Hinsicht beantwortet sich nun auch die sonst heikle Frage ²²⁷⁾, ob die Publicianische Klage bloß als petitioria formula oder auch per sponsionem angestellt werden konnte, von selbst dahin, daß nur das erstere möglich war, weil sie lediglich aus der sacramenti in rem actio im Gegensatz zu der legis actio per sponsionem, welche per iudicis postulationem geltend gemacht wurde, hervorgegangen war ²²⁸⁾. Doch spricht dafür allerdings auch die Fassung des monitorischen Edicts über unsere Klage (si . . . petet) und der Umstand, daß kein Bedürfnis vorhanden war, für die neu entstandenen in rem actiones eine Duplicität der Form eintreten zu lassen, die bloß für das ex iure Qu. meum als aus der frühern Zeit übernommen eine innere Berechtigung hatte.

In der Folge erhielt nur die rescissorische Publiciana durch das Edict über die Restitution wegen Abwesenheit, gewissermaßen eine weitere Ausdehnung, die aber, wie oben gezeigt, aus einem andern Princip herzuleiten und daher nicht als dieselbe nur auf andere Fälle erstreckte Klage zu denken ist, wie denn auch §. 5. J. de act. (4, 6) nicht von quam actionem, sondern von quod genus actionis spricht, welches der Prätor simili aequitate motus, auch Andern erteilt habe. Das übrige Publicianische Recht erlitt im Wesentlichen keine Aenderung bis auf Justinian, der das bonitarische Eigenthum mit unter die rei vindicatio zog und daher die Publiciana auf den Erwerb einer fremden Sache in gutem Glauben beschränkte. Doch war diese Aenderung nicht von großer praktischer Bedeutung, weil auch jeder, der so vielleicht wirkliches Eigenthum erworben hat und sich nur nicht auf Usucapion stützt, wie oben gezeigt worden, Publicianisch klagen kann.

²²⁷⁾ Aus Gai. 4, 91 seq. könnte man für das eine und für das andere argumentieren.

²²⁸⁾ Vgl. die Multa und das Sacram. S. 480 flg.

In dieser Gestalt ist nun die Publicianische Klage mit dem Justinianisch-Römischen Rechte aufgenommen und bei uns gemeinrechtlich geworden, im wirklichen Rechtsleben allerdings mit unklarer Abgränzung gegen das Possessorium (vgl. Anm. 226). Es liegt nicht in unserer Aufgabe, die theils aus Mißverständnissen und Unklarheiten schon der Glossatoren, theils aus dem Zusammenstoßen des Römischen Rechts mit der so ganz verschiedenen Auffassung des Eigenthums und Besitzes und ihres Schutzes im Germanischen Recht hervorgegangenen mittelalterlichen und spätern Ansichten über diese Klage in unsere Darstellung aufzunehmen. Objectiv steht fest, daß nicht die Germanische, sondern die Römische Besitzes- und Eigenthumslehre gemeinrechtlich geworden ist. Nur haben jene Ansichten den größten Theil der unerfreulichen Controversen auf unsere heutige Literatur und Praxis vererbt, aus welchen die richtigen Rechtsgedanken zur ursprünglichen Klarheit zu erheben, diese Abhandlung zunächst bezweckte.

Noch schlimmer ist aber die Materie durch die neuen Gesetzbücher zu stehen gekommen, welche im besten Falle die im juristischen Bewußtsein der Zeit vorgefundene Unklarheit in einem neuen gesetzlichen Ausdruck verfestigt haben, so daß das Mittel auf wissenschaftlichem Wege das Richtige zur Geltung zu bringen ausgeschlossen wurde. Das Preussische Landrecht kennt zwar die Römische Vindicatio des wahren Eigenthümers (I. 15. §. 1), neben ihr aber eigentlich keine Publicianische Klage. In seinen Sätzen I. 7 (vom Gewahrsam und Besitz) §. 161. 'Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat. §. 162. Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund inne hat, zurückfordern. §. 163. Sein Recht ist aber schwächer als das Recht eines Jeden, der eine Befugniß zum Besitze nachzuweisen kann', liegt eine trübe Mischung von Eigenthum, insbesondere dessen Erwerbthaten, und Besitz (selbst auch als Gewahrsam) zu Grunde: im Gegensatz zum Eigenthümer (vgl. I. 15. §. 2) wird dem Besitzer ein Recht beigelegt, welches sonst nur der Eigenthümer hat, die Sache von jedem Dritten wie kraft eines dinglichen Rechts ein-

zuklagen, und dann eine Reihenfolge unter den verschiedenen Arten des Besitzes (redlicher, unredlicher, vollständiger, unvollständiger, Besitzer und bloßer Inhaber) aufgestellt (§§. 169—187), wonach sich das Recht des bessern Besitzers bestimmen soll und deren Theilungsgründe selbst wieder theils aus der Natur des Besitzes, theils aus seiner Beziehung zum Eigenthum entlehnt sind. Diese Auffassung muß zumal bei der hinzutretenden Casuistik zu vielen Unklarheiten führen²²⁹⁾. Jedenfalls ist in ihr die Grundlage der Publiciana, die *iusta causa* und das Usucapionsrecht völlig verlassen, ihrem guten Recht auch gegen den Eigenthümer, selbst in den schreiendst billigen Fällen (vgl. unsere No. VIII), kein Raum gegönnt.

Der *code civil* gibt dem wirklichen Eigenthümer die *Vindication*; dagegen ist in diesem Gesetzbuch die *Publiciana* oder eine ihr entsprechende Klage mit ächt revolutionärer Willkür völlig beseitigt²³⁰⁾.

Das Oesterreichische Gesetzbuch hat etwas der *Publicianischen* Klage Aehnliches aufgenommen. Es bestimmt in der Lehre von dem Eigenthumsrecht und insbesondere der Eigenthumsklage, hinsichtlich deren es sich auch näher als das Preussische Recht an das Römische anschließt, §. 372. Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigenthums einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel und die ächte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist (d. h. *nec vi nec clam nec precario* §. 345) dargethan hat, so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten.

²²⁹⁾ Vgl. über das Nähere und die halb Deutsch- halb Römisch-rechtliche Grundlage derselben, wie man diese eben dunkel sich dachte, Förster Preuß. Privatr. 3. Aufl. III. §. 164. S. 102 ffg. §. 180. S. 238. ffg. Wenn man dem Preussischen Recht wohl eine Erweiterung der *Publicianischen* Klage beilegt, so beruht dieses nur auf einer mangelhaften Kenntniß der Natur der letzteren.

²³⁰⁾ Zacharia Handb. des franz. Civilr. §. 84. Auch der *code de procédure civile* 23—27 spricht nur von *Possessorium* und *Petitorium*. Selbst inconsequent ist das Gesetzbuch insofern, als es bei beweglichen Sachen doch die Erstfözung stehen läßt. Für Grundstücke hebt mit ihm deren Ausschließung von der Erstfözung (und dann consequent auch von der *Publiciana*), weil auch von allem Erwerb durch Privatdisposition ohne staatliche Mitwirkung an, welche seitdem als allgemeines Recht die Kunde durch alle civilisirten Staaten macht.

§. 373. Wenn also der Beklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt, wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; oder, wenn er die Sache ohne Entgelt, der Kläger aber gegen Entgelt erhalten hat, so muß er dem Kläger weichen. Hiernach soll also mit jeder *Vindication* von selbst für den Fall des unzureichenden Eigenthumsbeweises eine Art von *Publiciana* als eventuell cumuliert angesehen werden, deren Voraussetzung zwar nicht wie im Preussischen Recht der Besitz, aber auch nicht das Usucapionsrecht ist (das Erforderniß des gutgläubigen Erwerbs ist jedoch in §. 372 wohl nur aus Versehen weggeblieben) und nach §. 373. in casuistische Willkür und Principlosigkeit übergeht. Auch sieht man nicht recht, wie zu diesen §§. sich die Bestimmung des §. 322 in der Lehre vom Besitz verhalten soll, wonach, wenn eine bewegliche Sache nach und nach mehreren Personen übergeben worden ist, das Besitzesrecht derjenigen gebührt, welche sie in ihrer Macht hat. — Ist aber die Sache unbeweglich und sind öffentliche Bücher eingeführt, so steht das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist. Wie es scheint, ist dieses doch auch ein Bruchstück aus dem Römischen *Publicianischen* Rechte. Das Verhältniß zum Eigenthümer als Beklagten (*exceptio domini*) ist aber auch ganz übergangen.

Näher und principieller hat sich an das gemeine Recht das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen anschließen wollen. Nach §. 325 kommen die dem Eigenthümer zustehenden Klagen bei beweglichen Sachen auch dem rechtmäßigen und redlichen Besitzer unter den sonstigen Voraussetzungen dieser Klagen zu, und nach §. 326 ist diesem Besitzer auch der Nichtbesitzer gleich zu achten, der einen Rechtsgrund zur Erwerbung des Eigenthums für sich hat, bei dem die Erlangung des Besitzes der Sache zur Erwerbung des Eigenthums nicht erforderlich ist, vorausgesetzt, daß sein Rechtsvorgänger, von dem er seine Erwerbung ableitet, rechtmäßiger und redlicher Besitzer gewesen ist. Der §. 326 macht es wahrscheinlich, daß in §. 325 die *Publiciana* (wenn auch nur mit andern Klagen) verliehen werden sollte und der Ausdruck 'rechtmäßiger und redlicher Besitzer' — da die Klage doch nur gegen den Besitzer zustehen kann — nur aus Unvermögen juristisch klar und richtig zu denken und zu sprechen statt eines redlichen Erwerbers aus solchem Rechtsgrunde, zu dem auch Besitzübertragung gehört, gesetzt ist; doch ist

mit dem gewählten Ausdruck für schwer zu entscheidende Controversen und Rechtsunsicherheit um so mehr gesorgt, als es sich nun auch fragt (vgl. §. 315? oder §. 188. 255?), ob die Klage auch zustehen soll, wenn der Kläger erst nach der Zeit seines erlangten Besitzes bis zum Verlust oder auch erst zur Zeit der Klage erfuhr, daß die Sache eine fremde sei. Und daß man auch im Rechtsgedanken sich von der Vorstellung, die Klage setze auf klägerischer Seite einstmaligen Besitz voraus, also einer Vermengung von Besitz und Eigenthum, Besitzes- und Eigenthumsklage, sich nicht frei erhalten hat, zeigt die schließende Voraussetzung in §. 326. Noch verunglückter ist §. 327. 'Die erwähnten Klagen können nicht gegen den Eigenthümer angestellt werden, auch nicht gegen denjenigen, welcher rechtmäßiger und redlicher Besitzer ist und sein Recht von einem anderen Vorgänger ableitet, als der Kläger'. Durch ihn wird die Klage auch in allen den Fällen, wo sie dem Kläger ohne die größte Ungerechtigkeit gegen den Eigenthümer nicht versagt werden kann, weil dessen Eigenthum auf eine für den Kläger unbillige Weise erworben ist oder ihm gegen dessen *exceptio dominii* eine wohlbegründete Replik zusteht, völlig abgeschnitten, wohl aus keinem andern Grunde, als weil man in die Natur der *exceptio dominii* keine Einsicht und für die Technik des materiellen Römischen Proceßrechts, die allein die wahre Gerechtigkeit schützen kann, kein Verständniß hatte.

Vergleicht man nun die letzten Schicksale der Publicianischen Klage in diesen Leistungen der modernen Gesetzgebung mit den drei Sätzen des prätorischen Edicts, einschließlich ihrer einfach consequenten Entwicklung durch die Römische Jurisprudenz, so wird man sich kaum des Urtheils erwehren können, daß uns darin ein Beispiel modernen Vandalismus gegen den herrlichen auf festen Fundamenten der irdischen Gerechtigkeit nach den wahren Bedürfnissen des menschlichen Verkehrs fast mehr erwachsenen als aufgeführten Bau des Römischen Rechts entgegentritt. Auf veränderte Bedürfnisse der heutigen Gesellschaft oder ein anderes Deutsch-nationales Rechtsbewußtsein wird man sich zur Abwehr dieses Vorwurfs nicht berufen können. Das wäre vielleicht am Ort für die Ausschließung der unbeweglichen Sachen vom Gebiet der Verjährung und der Publicianischen Klage durch die alleinige Geltung der Grundbuchschrift für deren Erwerb, welche (jetzt auch in Preußen) die Macht

des Industrialismus und der Geldwirthschaft erzwungen hat. Andererseits könnte die Nichtberücksichtigung der Ausnahme der gestohlenen Sachen mit dem in der alternden Gesellschaft thatsächlich gesunkenen sittlichen Abscheu vor dem Diebstahl wenn auch nicht gerechtfertigt doch entschuldigt werden. Im Uebrigen hat jene Abwehr weder Grund noch Sinn, da es hier lediglich auf die im Römischen Recht gegebene richtige Erkenntniß der allgemein menschlichen Begriffe Besitz und Eigenthum an beweglichen Sachen in ihrem Unterschiede und ihrem Verhältniß zu einander und der Nothwendigkeit ein werdendes Eigenthum auf Grund redlicher und rechtmäßiger Erlangung der Sachen für Erskizung und Klage anzuerkennen ankommt.

Jene bisherigen gesetzgeberischen Leistungen unserer Zeit können aber mit Bangigkeit erfüllen vor den Gefahren des uns in Aussicht gestellten allgemeinen Deutschen Civilgesetzbuchs, nach dessen Einführung, wenn nicht irgend ein glücklicher Gedanke des Gesetzgebers noch eine mögliche Correctur und Ergänzung nach dem gemeinen Recht und dessen Wissenschaft ohne Schaden für die Rechtsicherheit offen läßt, auch nicht einmal für die Jurisprudenz ein praktisches und damit dauerndes Interesse übrig bleiben würde, mit den zertrümmerten Schätzen des Römischen Rechts sich zu beschäftigen, gewiß zum größten Schaden des ganzen Rechtsstudiums und unseres Juristenstandes. Auf diese Gefahren in einem Beispiel hinzuweisen, vielleicht, wenn auch nur für einen winzigen Theil der großen Aufgabe, ihnen vorbeugen zu helfen, war ein zweiter Gedanke, der bei Abfassung und Herausgabe dieser Abhandlung leitete.

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Sobald erschienen:

General-Register

zu den
ersten zehn Bänden
der von den
Räthen des Reichs-Oberhandelsgerichts
herausgegebenen
Entscheidungen dieses Gerichtshofes.
8. geh. Preis 8 Mark.

Kürzlich erschienen:

Handbuch des Handelsrechts.

Von Dr. L. Goldschmidt,
Rath am Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig.

Erster Band.

Zweite völlig umgearbeitete Auflage.

Erste Lieferung (Bogen 1—20).

gr. 8. geh. Preis 6 Mark.

Die zweite Lieferung ist im Druck.

Ferner erschienen kürzlich:

Die schweizerischen

Rechts-Einheitsbestrebungen

insbesondere

auf dem Gebiete des Eisenbahnrechts.

Von Dr. jur. Heinrich Fik,
Professor der Universität Zürich.

8. geh. Preis 4 Mark 40 Pf.

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Soeben erschien:

Zeitschrift
für
das gesammte Handelsrecht.

Herausgegeben von

Dr. **L. Goldschmidt**, Dr. **P. Labandt**,
Rath am Reichs-D.-G.-G. in Leipzig. und o. Prof. der Rechte in Straßburg.

E. Sachs,

Rechtsanwalt beim Reichs-D.-G.-G. in Leipzig.

XX. Band. 1. und 2. Heft.

Diese seit dem Jahre 1858 erscheinende Zeitschrift, welche in juristischen und kaufmännischen Kreisen hohes Ansehen und große Verbreitung genießt, bringt, unter Mitwirkung der hervorragendsten Fachgelehrten, wissenschaftliche Abhandlungen, regelmäßige Uebersichten aller deutschen und ausländischen Gesetze und Usancen, kritische Besprechungen, Anzeigen und periodische Zusammenstellungen der einschlagenden Literatur, endlich systematisch geordnete Mittheilungen aus der gesammten Deutschen Rechtspraxis, von jetzt ab auch aus der auswärtigen Rechtsprechung.

In Verbindung mit der offiziellen Sammlung der

Entscheidungen

des

Reichs-Oberhandelsgerichts

vermittelt solche daher eine vollständige Kenntniß aller für das Handelsrecht erheblichen Vorgänge.

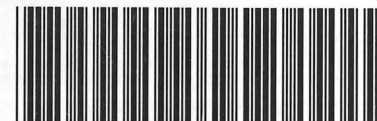
Abonnements-Preis der Entscheidungen für Abonnenten der Zeitschrift nur 4 Mark.

Preis 12 Mark. — Zeitschrift für Handelsrecht. — 42 Druckbogen per Band. —

Preis 6 Mark. — Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. — 50 Druckbogen per Band.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04322