

~~14-D-474~~

14-C-517/1a

cas. 545

m

Idb 9/1a

Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen.

Von

Dr. iuris Gerhard Beseler
Privatdozenten in Kiel.



Tübingen
Verlag von J. C. B. MOHR (Paul Siebeck).
1910.

Alle Rechte vorbehalten.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND 05534
Č. inv.:

Inhalt.

	Seite
Actio ad exhibendum	1—45
I. Exhibitionskläger	1
II. Exhibition	10
III. Irreguläre Exhibition	14
IV. Exhibitionsklage auf Restitution?	16
V. Exhibitionsbeklagter	20
VI. Gestatten Paulus und Marcian gegen den <i>ante l c d d p die r u</i> ?	27
VII. Was muß der Kläger beweisen?	29
VIII. <i>A° a e</i> und Hauptklage	32
X. Ursprung der <i>a° a e</i>	33
X. Nachlese	33
 Ein par verdächtige Redewendungen	 46—69
Aspernari	46
Careo culpa (dolo, crimine, fraude)	47
Congruus	52
Dicere, quod	53
Ex quo apparet	57
Quid enim si —?	61
 Einzelne Stellen und Stellengruppen	 70—118
Verzeichnis der Quellenstellen	119—122

Actio ad exhibendum*).

I.

(10. 4) 3^o Ulp 24 ed. *Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, uerum ei quoque cuius interest exhiberi: iudex igitur summatim debet cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere vel exhiberi uel non, quia nihil interest.*

Soeben hat Ulpian langsam von einem Falle zum andern weiterwandernd den Exhibitionsanspruch dem *uindicaturus*, dem *Seruiana acturus*, dem *usum fructum petiturus*, dem *interdicturus*, dem *seruum optaturus et uindicaturus*, dem *noxali iudicio acturus***⁾ zugesprochen. Er hat beim *usum fructum petiturus* für angezeigt gehalten sich auf Pomponius zu berufen und beim *interdicturus* durch das Wort *audietur* ein Zögern an den Tag gelegt. Jetzt soll er plötzlich mit aufgebener Verstellung im Tone unbedenklicher Sicherheit jedweden Exhibitionsinteressenten als richtigen Exhibitionskläger bezeichnen. Das ist unmöglich. 3^o ist von Justinian.***) Und echt justinianische Arbeit ist er. Die Klassiker ‚schreiten vorsichtig von Fall zu Fall fort‘, während Justinian ‚die ebenso grobe wie allumfassende Regel‘ liebt: Mitteis RPR I 113.

3¹⁰. *Plus dicit Julianus, etsi uindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum [quia mea interest exhiberi]: ut puta si mihi seruus legatus sit quem Titius optasset: agam enim ad exhibendum, [quia mea interest ex-*

*) In diesem Aufsätze werden mit dem bloßen Namen des Autors zitiert: Demelius Die Exhibitionspflicht 1872,

Siber Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio 1907.

***) Genauer gesprochen gibt dem *noxali iudicio acturus* den Exhibitionsanspruch nicht Ulpian, sondern Pseudoulpian-Tribonian. Davon später.

****) Nach Krügers neuer Digestenausgabe ist die Interpolation schon von Pernice konstatiert worden. Ich habe die Stelle nicht finden können.

Beseler, Kritik der römischen Rechtsquellen.

hiberi.] *ut Titius optet et sic vindicem, quamvis exhibitum ego optare non possim.*

Das zwifache *quia mea interest exhiberi* ist justinianisch. *Is cuius interest exhiberi* hat zwar nach 3⁹, aber nicht nach klassischem Rechte die *a° a e*. Das ist entscheidend. Es mag aber noch darauf hingewiesen werden, daß auch die Aufdringlichkeit der Wiederholung des *quia*-Satzes ein Interpolationsindizium ist.

3¹⁰ mit seinem *plus dicit Julianus**) paßt unter allem, was voraufgeht, einzig an 3⁶. Demelius 98 ist deutlich von dem Gefühle beherrscht, daß 3⁶ und 3¹⁰ aneinander gehören, das Problem des dazwischengetriebenen Keiles existiert für ihn nicht. In 3⁶ bekommt der *seruum optaturus et vindicaturus* die *a° a e*. Das wird in 3¹⁰ gesteigert: auch wenn nicht der Legatar selber, sondern Titius befugt ist zu optieren, darf der Legatar *ad exhibendum* klagen, damit Titius optieren und der Legatar vindizieren kann. Dann hat Ulpian nicht geschrieben *etsi vindicationem non habeam* (wofür übrigens Justinian wenigstens *nondum habeam* hätte setzen sollen), sondern *etsi ipse optionem non habeam*. Für *interim* ist *interdum* zu lesen, vgl (41. 10) 5^p, wo ebenfalls statt *interdum* ‚*interim*‘ überliefert ist**). Das Wort mag bei Ulpian gefehlt haben und von Justinian als gelinde blanketarische Einschränkung eines allzu allgemein geratenen Ausspruchs hinzugefügt worden sein.

Daß von den drei Paragraphen 3⁷. 8. 9, welche zwischen 3⁶ und 3¹⁰ eingeschoben sind, der letzte nachklassisch ist, ward schon gezeigt. Auch 3⁷ ist unecht.

3⁷. *Si quis noxali iudicio experiri uelit, ad exhibendum ei actio est necessaria: quid enim si dominus quidem paratus sit defendere, actor uero destinare non possit nisi ex praesentibus, quia aut seruum non recognoscit aut nomen non tenet? nonne aequum est ei familiam exhiberi, ut noxium seruum adgnoscat? quod ex causa debet fieri ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione seruorum facta.*

Der erste Satz dieses Paragraphen *Si quis—necessaria* sagt explizite, daß der Exhibitionsanspruch im Noxalfalle unentbehrlich ist, und implizite, daß er in diesem Falle auch wirklich besteht. Weder die eine noch folglich die andere Aussage wird auf Sonderfälle beschränkt. Wer immer eine Noxalklage anstellen will, heißt es, braucht (und hat) die *a° a e*. Diese These wäre in ihrer Schrankenlosigkeit

*) Vgl zu dieser Wendung (47. 2) 36^p Ulp 41 Sab. — *plus Pomponius scripsit — teneri —*.

***) Bei Quintilian steht freilich fast auf jeder Seite *interim* = *interdum*.

zur Not erlaubt, wenn der Planer einer Noxalklage die Exhibitionsklage immer brauchte und hätte, so oft der Sklave nicht *in iure* gestellt wird. Aber dieser Nichtexhibitionsfall wird in Wirklichkeit auf ganz andre Art erledigt: Lenel E § 58. Folglich ist der Eingangssatz von 3⁷ logisch bedenklich. Handgreiflicher ist die Nichtklassizität des nächsten Satzes, der nicht wie der erste bloß logisch, sondern logisch und formal Anstoß erregt: krause Gedanken in wunderlicher und rhetorischer Form. Im einzelnen beachte man folgendes. *Quidem—uero* ist justinianisch. *Destinare* hat kein Objekt. Wer den Sklaven nicht erkennt, dem wird die Revue wohl nichts nützen. Die pure Äquität ist kein juristisches Argument. *Ex causa* klingt unklassisch, ebenso *cuius nomine noxali quis agit*. *Recensitio* ist ungewöhnlich. Der nachhinkende *abl abs* ist bedenklich. Zu den aufgezeigten logischen und formalen Bedenken gegen 3⁷ kommt den Interpolationsverdacht verstärkend ein sachliches Moment. Der Rechtssatz von 3⁷ muß im klassischen Rechte befremden. Die Verwendung der Exhibitionsklage, um einem deliktisch Verletzten eine Revue über die Sklavenschar zu ermöglichen, in der der Delinquent steckt, bedeutet eine Denaturierung unseres Rechtsmittels, die in Anbetracht klassischer Gepflogenheiten (auch unter Berücksichtigung des Analogon in dem vielleicht übrigens ebenfalls interpolierten (39. 4) 3²) im klassischen Rechte höchstens dann begreiflich wäre, wenn die Exhibitionsklage auch in ihrer normalen Anwendung als Vorbereiterin der Noxalklage vorkäme. Das ist aber nicht der Fall. Die normale Anwendung der *a° a e* ist, wie später gezeigt werden wird, ihre Verwendung zur Erzwingung der Sachvorweisung *in iure*. Daß dieser Zweck im Noxalverfahren nicht durch *a° a e* verfolgt wird, ward schon bemerkt. Kein Zweifel, daß 3⁷ von Tribonian her stammt. Irgendwo, vielleicht in ganz andern Zusammenhänge, wird Ulpian oder gar ein anderer Jurist gesagt haben, zur Vorbereitung der Noxalklage bedürfe man der *a° a e* nicht. Das hat Tribonian auf den Kopf gestellt, mit einem Zusatze versehen und in unserm Fragmente untergebracht. Ist (39. 4) 3² echt, so kann er den Zusatz inspiriert haben.

Folgende drei Stellen, in denen ebenfalls Prozesse gegen Sklaven durch Exhibitionsprozesse über Sklaven vorbereitet werden, schalte ich hier ein:

C (3. 42) 2 Alex a 222. *Si criminis alicuius reus seruus postulatur, [per ad exhibendum actionem] produci a domino, non celari debet.*

(10. 4) 20 Ulp 2 reg. *Quaestionis habendae causa ad exhibendum agitur ex delictis seruorum ad indicandos conscios suos.*

(2. 7) 3^p Ulp 5 ed. *Quod si seruum quis exemit in ius uocatum, Pedius putat cessare edictum, quoniam non fuit persona, quae in ius uocari potuit. [quid ergo? ad exhibendum erit agendum.]*

Der Rechtssatz von 20 ist im justinianischen Rechte selbstverständliche Folge des reinen Interesseprinzipes, wäre aber in klassischer Zeit unbegreiflich willkürliche Verwendung eines Rechtsmittels zu einem ihm fremden Zwecke. Die Klassiker hämmerten nicht mit Zangen. Ulpian hatte vielleicht gesagt, der Magistrat erzwingt (im öffentlichen Strafverfahren?) die Exhibition von Sklaven, deren Vernehmung als Zeugen angezeigt scheine. Man beachte auch, wie unlogisch 20 redet. Gemeint ist doch wohl: *quaestionis habendae causa ad exhibendum agitur, ut exhibeantur serui ad eos e conseruis suis indicandos, qui delictum aliquod commiserunt.*

Der eingeklammerte Schluß von 3^p ist Emblem. Ulpianen beschäftigt der aufgeworfene Fall als vom Gesetz nicht betroffener Versuch am untauglichen Objekte, nicht als Staatshilfe heischender Notstand. Der Verfasser des Schlusses muß mit willkürlicher starker Verengung des Tatbestandes an den *seruus qui noxiam commisit* gedacht und vorausgesetzt haben, daß der entrissene Sklave in den Besitz des Entreisßers gerät. In solcher Situation aber bedient der Verletzte sich ganz anderer Mittel, über welche Lenel E § 58 Auskunft gibt.

Wir kehren zu unser Trias (10. 4) 3⁷ 8⁹ zurück. Daß 3⁸ an falschem Platze steht, folgt aus der Aneinandergehörigkeit von 3⁶ und 3¹⁰. Sachlich ist 3⁸ richtig, doch verrät er kompilatorische Zurechtstutzung.

3⁸. *Si quis extra heredem tabulas testamenti uel codicillos uel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi uelit, dicendum est per hanc actionem agendum non esse, cum sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia: et ita Pomponius.*

Den Schluß *cum sufficiunt — competentia* hat schon Gradenwitz mit Recht beanstandet. *Extra heredem* ist ungewöhnlich. Der Klassiker mag *si quis alius* gesagt und damit dem ursprünglichen Zusammenhange nach wirklich den Nichterben gemeint haben. Es ist ein starker Anklang an den Ediktstext von (43. 5) 1^p zu konstatieren. Vielleicht ist 3⁸ gänzlich von Tribonian. Der Schluß von 3⁸ *et ita Pomponius* gehört nicht zu 3⁸, sondern zwischen 3⁶ und 3¹⁰, die zusammen ursprünglich etwa so ausgesehen haben:

Item si optare uelim seruum [uel quam aliam rem])*

*) Justinian liebt es harmlose konkrete Einkleidungen zu korrigieren: (15. 1) 32^p (*plures* für *duo*), (1. 5) 14 (*ampliauit* für *duplicauit*), vgl auch C (4. 34) 1 mit coll 10. 8. 1 (*uel alio fortuito casu* eingeschoben).

cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis (omnibus seruis hereditariis quem elegero) possim uindicare: et ita Pomponius. plus dicit Julianus, etsi (ipse optionem) [uindicationem] non habeam, [interim] posse me agere ad exhibendum rell.

Betrachten wir jetzt

3¹¹. *Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc quod conuentus sum ad exhibendum actione agere ad exhibendum non possum, quamuis uideatur interesse mea ob hoc quod teneor ad restituendum. sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque uindicaturus neque interdicturus sit, et fur uel raptor poterit: quod nequaquam uerum est. eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.*

Auch diese Stelle ist von dem byzantinischen Satze des 3⁹ infiziert, daß jeder Exhibitionsinteressent die *a° a e* anstellen kann. Wäre die Nichtklassizität dieses Satzes ungewiß, so könnte man immer noch aus einem innern Widerspruche in 3¹¹ auf dessen Verderbtheit schließen. Denn in seiner uns vorliegenden Beschaffenheit impliziert 3¹¹ im Anfang die weite Regel, daß im allgemeinen jeder Interessent, in der Mitte die enge, daß nur der *uindicaturus* oder *interdicturus* mit *a° ad exhibendum* klagen kann. Auffällig ist außerdem im ersten Satze das enge Nebeneinander der Ausdrücke *actum ad exhibendum, ad exhibendum actione, agere ad exhibendum* und der Ausdruck *teneor ad restituendum* statt *teneor ad exhibendum*. Im letzten Satze erregt folgendes Anstoß. *Iudex ad exhibendum* ist unklassische Brachylogie. *Hactenus cognoscere* ist wunderbar und unbeholfen. *) *Cognoscere* pflegt, wenn vom *iudex* gesagt, dessen Endentscheidung zu meinen. *Iusta et probabilis causa* ist Tribonians Stil: (43. 16)¹² vgl (43. 24) 7³ 15⁵ (44. 4) 2³. Auch in (19. 2) 55² wird *sine iusta et pro-*

*) In den sechs Stellen, in denen *hactenus* nach Longo bei Justinian vorkommt, bedeutet es ‚bis jetzt‘. In den Digesten steht das Wort öfters. In (40. 4) 61^p ist *hactenus scribere* wohl durch Abschreiberversehen für *haec scribere* eingetreten, aus *haec* mag *hac* geworden und durch *tenuis* ergänzt worden sein. (3. 3) 25 hat *hactenus erit audiendus*, ist aber von *nec ferendus* bis *purgans* zweifellos unecht, wie aus zahlreichen Tribonianismen hervorgeht, z B *nec ferendus est, nisi forte, magis maluit, ceterum ferendus erit pudorem suum purgans*. (1. 18) 16 ist von *si quid* an sachlich sehr verdächtig und enthält in diesem Stücke ein *hactenus ei ius dicendum est*. (14. 4) 3¹ *et sane hactenus tenebitur* ist anerkannt justinianisch (Faber, F Schulz Z 1906 p 127).

babili causa, obschon bisher meines Wissens nicht verdächtigt, unecht sein. Vgl auch Partsch Gr Bürgschr (1909) 276.

3¹¹ gehört zu den Stellen, die, leicht und mit Sicherheit als verunstaltet erkannt, jedem Rekonstruktionsversuche die größten Schwierigkeiten entgegensetzen. Hypothese:

Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego <post litem contestatam dolo desierim possidere et condemnatus litem aestimationem obtulerim> [ob hoc quod conuentus sum ad exhibendum actione], agere ad exhibendum non possum [quamuis uideatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum. sed hoc non sufficit]: alioquin et qui <ante litem contestatam> dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque uindicaturus neque interdicturus sit [et fur uel raptor poterit]: quod nequaquam uerum est. eleganter igitur definit Neratius <totiens praetorem actionem ad exhibendum denegaturum, quotiens apparuerit ex eis ipsis, quae actor in iure dixerit, non debere actorem uincere ea actione> propter quam exhiberi sibi desideret.

Ein Beklagter, der *dolo desit possidere*, wird trotz Ästimationszahlung nicht als *quasi dominus* der Sache, um die prozessiert worden ist, behandelt: Siber 144. Daß der Prätor vor Erteilung der *a° a e* eine *causae cognitio* darüber veranstaltete, ob die Hauptklage Erfolg versprach, ist nicht wahrscheinlich. Dagegen ist wohl möglich, daß er schon in *praeparatorio* den Kläger dazu anhielt, den Hauptspruch zu substantiieren, und ihn, wenn diese Substantiierung unschlüssig war, schon in *praeparatorio* abwies.

Schwierig ist in 3¹¹ *cum neque interdicturus sit*. Das *interdictum utrubi* kann einem *dolo desinens possidere* sehr wohl zustehen. Ist Justinian im Spiele, der ja das *utrubi* dem *uti possidetis* angehängt hat? Der Klassiker hatte vielleicht gesagt, der *dolo desinens possidere* habe die *a° a e* zwar unter Umständen als *interdicturus*, niemals aber als *quasi uindicaturus*. Man kann sich aber die Sache auch so zurechtlegen. Schließlich hat jeder die *a° a e*, wenn er nur keck behauptet, ich bin Eigentümer und will vindizieren, ich habe das *interdictum utrubi* und will es benutzen. (Was es mit dem *summatim cognoscere* auf sich hat, davon später.) In unserer Stelle wird aber vorausgesetzt, daß der Planer der *a° a e* dem Prätor den Tatbestand seiner rechtlichen Situation wahrheitsgetreu und vollständig beschreibt. Vielleicht sagt der Prätor zu dem *dolo desinens possidere*: es ist schon richtig, daß du erfolgreich mit dem *interdictum utrubi* gegen den augenblicklichen Besitzer würdest vorgehen können, weil die *maior pars huius anni* bei dir ist, in Anbetracht aber deines *dolus*

kann ich dir die Besitzerposition nicht gönnen, ich würde dir das Interdikt denegieren und denegiere dir deshalb schon die *a° a e*.

(10. 4) 3¹² *Pomponius scribit eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usus fructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignoratium sibi eum adfirmet [: omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem].*

Nachdem einmal der Satz von der Suffizienz des baren Interesse als byzantinisch diagnostiziert ist, versteht sich die Notwendigkeit dieser Einklammerung von selber. Die Kompilatoren haben nach ihrer Art ihr Produkt auf kleinem Raume viele Male und an jeder möglichen und unmöglichen Stelle untergebracht.

(10. 4) 19 *Paulus 4 epitomarum Alfeni. Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes aduersarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. respondit non oportere ius ciuile calumniari neque uerba captari, sed qua mente quid diceretur, animaduertere conuenire. nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.*

Der erste Satz ist notwendig byzantinisch. Sehr wahrscheinlich hat der Urtext von der *a° furti non exhibiti* gehandelt. Als die Kompilatoren den Bereich der *a° a e* so maßlos erweitert hatten, ließen sie die *a° f n e* in jener anderen Klage aufgehen. Eben darum ist die *a° f n e* für uns bis auf wenige Nachklänge verschollen. Jene Einverleibung war, wenn nicht etwa durch *consuetudo* vorbereitet, eine rasche Gewalttat. Theophilus (4. 1) 4

— ἐφείθε πρὸς ταῦτα καὶ ὁ πρᾶτωρ τὴν *furti non exhibiti* ἀρμόζουσαν κατ' ἐκείνου, ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὔρεθὲν παρ' αὐτῷ κλοπιμαῖον πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ὑπὸ τοῦ εὔροντος ληφθῆναι —.

macht, was man auch sagen mag, sehr wahrscheinlich, daß im Sinne der *a° f n e* *exhibere* nicht Produzieren *in iure*, sondern Ausliefern (vielleicht nicht an den Sucher als solchen, sondern an den Bestohlenen) bedeutet. Dazu scheint nach Jnst (4. 1) 4 die *a° f n e* nicht wie die *a° a e* reipersekutorisch, sondern pönal gewesen zu sein.

Wir lernen aus 19, daß die *a° f n e* gegen den Detentor wie bekanntlich die *a° furti* gegen den Dieb jedem rechtlich Interessierten zusteht. Das ist konsequent und wohl begrifflich.

Mit der Erkenntnis, daß die *a° f n e* von Tribonian zu einem Teilbegriffe der *a° a e* erniedrigt worden ist, fällt Licht auf

(10. 4) 12² *Paul 26 ed. Saepius ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstaturam exceptionem Julianus ait: nouam autem causam interuenire, si is qui vindicandi gratia egisset, post acceptum iudicium ea(ndem re)m ab aliquo accepit (acceptamque rursus perdidit), et ideo exceptionem ei non officere. item si ei qui furti acturus ad exhibendum egisset iterum furtum factum sit. denique si quis optandi gratia ad exhibendum egisset et post litem contestatam alterius testamento optio data sit, ad exhibendum agere potest.*

Den *furti acturus* deutet Demelius 149, der mit vollem Recht an die Präparation der *a° furti* durch die *a° a e* nicht glauben will, gewandt aber willkürlich als den Planer einer Noxalklage. Dawider auch Siber 21, der aber dem Römer eine allzu unrömisch undurchsichtige Gedankenbildung zutraut. Das Rätsel ist so zu lösen. Bei Paulus hat gestanden *item si ei qui furti non exhibiti egisset iterum furtum factum sit, si rursus eadem formula agat, exceptionem ei non obstaturam*. Freilich ist auch das kaum schon ganz echt. Der Klassiker wird, statt den Fall mit einem nackten *item* einzuleiten, markiert haben, daß er aus einem andern Gebiet einen analogen Fall zum Vergleiche heranzuziehen sich anschickte, also etwa so geschrieben haben: *nam et si ei rell.* Allerdings ist auch möglich, daß Julian, den Paulus hier zitiert, an der von Paulus benützten Stelle nicht das Thema der *a° a e*, sondern das der zulässigen Aktionenwiederholung *ex professo* behandelt hatte. Dann aber dürfte im justinianischen Texte etwas ausgefallen sein, wodurch dieses Verhältnis bei Paulus deutlich gemacht war.

(10. 4) 13 *Gai libro ad ed pr urb tit de liberali causa. Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, interdictum aduersus eum qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere: nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis uidetur [, quia haec actio ei creditur competere cuius pecuniariter interest].*

Der eingeklammerte Schluß ist Tribonianswerk und soll zeigen, daß der aufgenommene Satz des Gaius dem richtig verstandenen reinen Interesseprinzip nicht zuwiderläuft. Klüger hätte man gesagt *remedium speciale derogat generali*, noch klüger das Gaiusstück nicht aufgenommen. Daß die Möglichkeit eines *quanti ea res est* auch für den Prozeß *de homine libero exhibendo* außer Zweifel ist, hätte Demelius 90 durch (43. 29) 3¹³ schlagend bewiesen, wenn nicht der letzte Satz dieser Stelle der Unechtheit verdächtig wäre. Demelius ließ sich durch seinen

scheinbaren Nachweis verleiten, die richtige gewöhnliche Erklärung des Schlusses von (10, 4) 13 durch eine neue verkehrte zu ersetzen. Methodisch richtiger hätte er auf einen fehlerhafter Deduktionen fähigen Autor geschlossen. Die Kategorie der Interpolation gehörte der Zeit entsprechend nicht zu seinem romanistischen Hausrate. *Pecuniarie* in (16. 2) 10² und *pecuniariter* in (47. 1) 3 gehören wahrscheinlich auch emblematischen Wortgefügen an. *Actio creditur competere* ist (ungeschickt?) imitierender Pseudoklassizismus Justinians, der autoritativ hätte dezidieren können.

(10. 4) 3³ *Ulp 24 ed. Est autem personalis haec actio et ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pignoratitia Seruiana siue hypothecaria, quae creditoribus competunt.*

Ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione kann ganz abgesehen von der fanatisch generellen Ausdrucksweise deshalb nicht ulpianisch sein, weil im nächsten Paragraphen als etwas Neues gelehrt wird, daß der *usum fructum petiturus* die *a° a e* hat. Wie salopp die Kompilatoren arbeiteten! Die alle Realklagen umfassende Aussage, welche in 3³ eingefügt worden war, hätte, nachdem man sich zur Insertion des noch viel weiteren 3⁹ entschlossen hatte, als unnötig gewordenes Emblem wieder gestrichen werden können und sollen. Auch *est autem haec actio personalis* und *etiam pignoratitia Seruiana siue hypothecaria quae creditoribus competunt* sind verdächtig. Es ist alles möglich, wenn wir glauben, daß Ulpian an der Stelle des heutigen 3⁹ in ulpianischer Sprache die *a° a e* dem *Seruiana acturus* zuerteilt hatte. Daß der *Seruiana acturus* wirklich *ad exhibendum* klagen kann, wissen wir aus (10. 4) 3¹² (13. 7) 3 (20. 5) 1, nicht auch aus (20. 1) 27, weil diese Stelle da, wo sie von der *a° a e* redet, interpolationsverdächtig ist.

Hier sind die echten klassischen *actores ad exhibendum*:

1) *Uindicaturus*. Drei Abarten. Erstens *optaturus et uindicaturus*. Zweitens *post Titii optionem uindicaturus*. Drittens *post separationem uindicaturus* (dominium dormiens': Stein im Ring usw).

2) *Publiciana acturus* und andre prätorische Quasivindikanten: nicht unmittelbar bezeugt. Hier kann natürlich die dritte Abart, können aber auch die beiden ersten vorkommen. Der Vindikant aus einem zivilrechtlich nichtigen prätorisch konservierten Testamente ist prätorischer Quasivindikant.

3) *Seruiana acturus*. Hier kann die dritte Abart vorkommen.

4) *Usum fructum petiturus*. Hier können alle drei Abarten vorkommen.

5) *Interdicto utrubi interdiciturus*. Andere *interdicturi* schwer-

lich, trotz Demelius 136 sq. Daß jener erste zugelassen wird, ist begreiflich, da das *interdictum utrubi* Vorbereitung der *ru* ist.

Überall kann die Exhibitionsklage stets nur Mobilien betreffen. Auch vor *hereditatis petitio* findet keine *a° a e* statt.

II.

Der *uindicaturus* usw braucht die *a° a e* um die Exhibition erzwingen zu können. Ohne Exhibition ist die Vindikation unmöglich. Exhibition ist Vorführung der Sache vor dem Prätor zum Zwecke der Litiskontestation des Vindikationsprozesses über die Sache. Das ist jetzt zu beweisen.

(16. 3) 1³² *Ulp 30 ed. Si rem a seruo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolo intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus serui aget <ad exhibendum: et> [sed] si exhibuerit <Titius, res ab eo> uindicabitur, si uero, cum sciret esse <alienam> [alienum], consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.*

Dazu Demelius 77: ‚Daß hier von einer *a° a e* die Rede ist, kann nicht bezweifelt werden; eben so wenig, daß der Beklagte Titius am Unwahrscheinlichsten in der Lage sein wird, dem Kläger, der sich als Eigentümer der Sache legitimiert hat, in einem Vindikationsprozesse entgegenzutreten. [Es ist falsch, daß der Kläger sich schon in *praeparatorio* als Sacheigentümer legitimiert.] Und doch scheint gerade in unserm Falle das Folgen der *uindicatio* nach geschehener Exhibition als sicher angenommen zu werden (*uindicabitur*). Allein gerade diese Stelle ist recht geeignet, darzutun, wie wenig das *uindicari* als ein wirklich bevorstehendes und durchzuführendes Prozeßverfahren verstanden zu werden braucht. Die exhibierte Sache kann und wird der Kläger als die seinige in Anspruch nehmen; jeden Augenblick kann er die Eigentumsklage erheben. Dadurch ist unter den gegebenen Umständen die Situation nach geschehener Exhibition genügend bezeichnet. Ein Grund, warum, wenn ein Vindikationsprozeß als erforderlich oder nur wahrscheinlich bevorstehend dem Juristen vorschwebte, erst *actio ad exhibendum* anzuraten wäre, ist doch wohl gerade im Falle unserer Stelle nicht leicht aufzutreiben. — Eine voreingenommene Deduktion! In Wirklichkeit beweist die Stelle, daß jeder Vindikation eine freiwillige oder erzwungene Exhibition vorausgeht. Dasselbe beweisen die folgenden Stellen, in deren keiner irgend eine Kompliation als Ursache der Exhibitionsnotwendigkeit angedeutet wird:

(5. 1) 38 *Licinnius Rufinus 4 reg. — si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim uindicari a legatario poterit.*

(10. 4) 17 *Ulp 9 de omn trib. — exhibuit enim et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: —*

(13. 6) 2 *Paul 29 ed. — ad exhibendum aduersus eos dabitur, ut res exhibita uindicetur.*

(15. 1) 38^p *Afr 8 quaest. — ad exhibendum agere me et exhibitam uindicare debere.*

(16. 3) 33 *Lab 6 posteriorum a Iav epit. — posse dixi cum eo — [incerti] agere [id est] ad exhibendum et exhibitam uindicare —*

(41. 1) 44 *Ulp 19 ed. — ad exhibendum teneri eum arbitror et uindicari exhibitos ab eo porcos posse.*

(43. 5) 3⁵ *Ulp 68 ed. — ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas uindicet.*

(47. 1) 1 *Ulp 41 Sab. — ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et uindicatione tenebuntur re exhibita.* —*

Das *perquam necessaria* und das *in usu cottidiano* von (10, 4) 1 sind ein Prüfstein jeder Theorie über die Verwendung der *a° a e*.

Gibt man der *a° a e* das weite Gebiet, das wir ihr vindizieren, so muß sie in der Tat außerordentlich häufig in die Erscheinung getreten sein. Sklavenvindikationen wurden gewiß tagtäglich angezettelt, und in einem sehr starken Prozentsatze aller Fälle mochte der Besitzer zur Exhibition in Güte nicht zu bewegen gewesen sein.

Nach Siber 23 ist vor *actiones in rem* und gewissen Deliktssklagen die *a° a e* unentbehrlich, weil sich der Kläger bei diesen Aktionen darauf stützen muß, daß der Beklagte Besitzer sei, die Sache gestohlen habe usw. Will er dergleichen nicht aufs Geratewohl behaupten, so muß er die Möglichkeit haben, sich vom wahren Sachverhalt Kenntnis zu verschaffen, und das ist ohne Exhibition oft nicht möglich. Hae ratione, dünkt mich, muß auch die *a° a e* durch *a° a e* vorbereitet werden, was eine unbedenkbare unendliche Kette gibt. Sibers Theorie erweist sich zwar nicht auf jenem Prüfstein, wohl aber eben sonst als unrichtig.

Daß die Verwendung der *a° a e* gegen den, *qui ante litem contestatam dolo desiit possidere*, den *usus cottidianus* aufgebracht hat, ist weder bewiesen noch glaubhaft. Dieselbe sehr kurze Lex, welche die Alltäglichkeit der Exhibitionsprozesse berichtet, sagt *haec actio*—

*) Vgl aber unten 43.

maxime propter vindicationes inducta est, denkt dabei doch sehr wahrscheinlich nur an die im Verhältnis zur *ru* präparatorische, nicht auch an die suppletorische Funktion der *a° a e* und will sicherlich trotz ihres Ausdrucks weniger das dem Römer schwerlich wissenswerte Haupteinführungsmotiv, als den Hauptbenützungsfall bezeichnen. Folglich hat erstens die suppletorische der präparatorischen Verwendung statistisch nachgestanden, und zweitens diese ganz allein den *usus cottidianus* bewirkt.

Einzig wer voraussetzt, daß ohne Exhibition keine Vindikation möglich ist, kann das *in-usu-cottidiano*-Sein der *a° a e* stichhaltig erklären.

Soviel steht jetzt fest: keine Vindikation ohne vorausgegangene Exhibition. Nun Argumente dafür, daß Exhibition Exhibition *in iure* ist.

1) Die *in-iure*-Exhibition ist Voraussetzung der *vindicatio* durch *legis actio*. Daraus folgt nicht, daß die Figur im neuen Verfahren fortlebt, wohl aber, daß sie römisch ist, und daß sie im neuen Verfahren historisch begreiflich wäre.

2) Die Figur der zur Vorbereitung der Vindikation erforderlichen Exhibition *in iure* wäre teleologisch begreiflich. Es ist nützlich, wenn die Beziehung zwischen Eigentumsprozeß und Sache unter der Aufsicht des Prätors, etwa vor Zeugen oder gar auch bei Anwesenheit des künftigen *iudex*, festgelegt wird.

3) Wer sich die Rolle vergegenwärtigt, welche im klassischen Noxalprozeß die gerichtliche Präsenz des *caput noxium* spielt, wird leicht zugänglich sein für die Vorstellung, daß die Sachpräsenz im klassischen Vindikationsprozeß eine ähnliche Rolle gespielt hat.

4) Auch beim *interdictum utrubi* steht ausweislich des formularen *hic homo* neben den Parteien die Sache vor dem Prätor. Was hier ist, ist mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch bei der *lc* der *ru*.

5) *Exhibere* heißt in der Terminologie des Noxalprozesses *exhibere in iure*: (9. 4) 21⁴ 22³ (39. 4) 1⁶ 2. 3^o.

6) *Exhibere* bedeutet im *interdictum de tabulis exhibendis* laut (43. 5) 3^o *exhibere apud praetorem*. Dieser prägnante Wortgebrauch bei diesem jungen Institute ist befremdlich, wenn er nicht in einer festen alten Terminologie vorgezeichnet war. Bei den alten Instituten des Noxalprozesses und der *a° a e*, andererseits, hinderten uralte Prozeßgewohnheiten, daß man unter *exhibere* etwas anderes verstand als *exhibere in iure*.

7) Folgende drei Legaldefinitionen von *exhibere*, die sich —

Demelius 53 — zweifellos auf das *nisi exhibeat* der *a° a e* beziehen oder mitbeziehen:

(10. 4) 2 *Paul 21 ed. Exhibere est facere (rei)* (Hoffmann) *in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia.*

(50. 16) 22 *Gai 4 ed prou. — exhibere est praesentiam corporis praebere —.*

(50. 16) 246 *Pomp 16 epist. Apud Labeonem (libro —) pithanon ita scriptum est: exhibet, qui praestat eius de quo agitur praesentiam. (quod non utique uerum est.) nam etiam qui (non in iure) sistit, praestat eius de quo agitur praesentiam, nec tamen [eum] exhibet: (exhibere enim proprie is dicitur, qui in iure apud praetorem exhibet:) et qui mutum aut furiosum aut infantem exhibet, non potest uidere eius praestare praesentiam: —.*

sagen, wie sie überliefert sind, nicht *apud praetorem*, aber das *in publico* der ersten steht auch in folgender Stelle, die vom *interdictum de homine libero exhibendo* spricht:

(43. 29) 3^s *Ulp 71 ed. Ait praetor exhibeas. exhibere est in publicum producere et uidendi tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere.*

Ist nun wahr, was von Demelius 56 behauptet wird und zumal inanbetracht von (43.30) 3¹ gewiß wahrscheinlich ist, daß das *interdictum de homine libero exhibendo* auf Vorführung nirgendwo anders als eben vor dem Prätor zielt, so können wir zugunsten unserer These mit Demelius 56, 199 einen einleuchtenden Schluß ziehen. A M Windscheid § 474^{1a}. Statt *in publico* und *in publicum* ist vielleicht *in iure* und *in ius* zu lesen.

8) Teleologische Entsprechung der *interdicta quem fundum* und *quam hereditatem* ist bei der einzelnen *res mobilis* nicht, wie v. Bethmann-Hollweg C P II 570 behauptet, eine *a° a e* mit restitutorischem Ziel und Erfolg, sondern der prätorische Duktionsjussus: ‚Besitzer, laß die Sache los; Nichtbesitzer, nimm sie mit dir.‘ Dieser Mechanismus setzt Anwesenheit der Sache *in iure* voraus. Vgl über ihn Lenel E² § 51 p 131 sq. *Ulpian 14 ed (2. 8) 7²* ist sicher, wie schon Faber annahm, von Justinian, der das klassische Institut beseitigt und seine Erscheinung in den Rechtsbüchern fast gänzlich vertilgt hat. Unsere einzige Erkenntnisquelle (2. 3) 1¹ *Ulp 1 ed* kann, statt wie weniger ansprechend Mommsen vorschlägt, auch so hergestellt werden:

Is uidetur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit. (qui uero quod ante-

cedit non fecit, quod extremum est fecit, obtemperavit: ueluti si quis rem mobilem uindicari a se passus non est, sed duci eam uel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusauit, tunc non obtemperasse uidetur.

Die Stelle wird richtig verstanden von Mommsen und Lenel, sonderbarerweise mißverstanden von Siber in seinem so förderlichen Buche auf p 2, wo das *duci uel ferri* als Hinschaffen des Streitobjektes vor den Prätor gedeutet wird*). In der interpolierten Lex ultima de R U muß ursprünglich hinter *in rem actionem pati non compellimur* statt des unechten, was jetzt auf diese Worte folgt, der Duktionsjussus figurirt haben.

Es ist noch ein Gegenargument zu widerlegen. Siber behauptet an der soeben genannten Stelle, im formularen Vindikationsprozesse sei das Dasein der Sache *in iure*, nicht mehr erforderlich gewesen und beruft sich darauf, daß in (6. 1) 27¹ schon Proculus den Fall erörtere, wo der Beklagte erst zwischen *lc* und Urteil Besitzer geworden war. Hier habe die Sache nicht *in iure* zugegen gewesen sein können. Aber wer *in iure* exhibiert, braucht doch darum nicht zu besitzen, kann sogar glauben, er besitze, und doch nicht besitzen. Überdies kann Proculus an ein Grundstück gedacht haben. Mit etwas mehr Schein könnte ein Widersacher von uns auf (6. 1) 5⁵ hinweisen.

Ulp 16 ed. Si plures sint eiusdem nominis serui, puta plures Erotas, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem.

Aber eine solche Ungewißheit ist in einem theoretischen Lehrbuche und auch in Wirklichkeit trotz der Einrichtung der *in-iure*-Exhibition möglich.

III.

Zur Vindikation war im Verfahren der *legis actio* die Anwesenheit der Streitsache *in iure* immer erforderlich, was für eine Sache es auch war. Nun gibt es aber Sachen, die zwar dann *in iure* sind, wenn der Prätor so rücksichtsvoll ist, seinen Richterstuhl darauf oder daneben zu setzen (was bei Grundstücken in ganz alter Zeit gewiß

*) Siehe gegen Siber auch Kübler Z 1908 p 487, dessen Interpretation unserer Stelle freilich auch nicht ganz einwandfrei ist. Er sagt, es sei unsicher, was mit dem *extremum in iurisdictione* und den *sequentia* gemeint ist, vermutet aber, indem er sich mit Unrecht auf Wlassak Z 1904 p 121 sq beruft, es sei die *lc* gemeint. In Wirklichkeit ist das *extremum* ganz sicher das *duci rem uel ferri pati*, welches durch das — wenn der Ausdruck erlaubt ist — *decretum eventualissimum*, nämlich den Duktionsjussus anbefohlen wird.

wirklich zu geschehen pflegte), die aber nach einem entfernt von ihnen aufgeschlagenen Tribunal gar nicht oder nur mit großer Belästigung geschafft werden können. Auf welche Auskunft hier pontifikalischer Symbolismus verfiel, wissen wir aus Gai 4¹⁷. Das Problem wiederholt sich zwar nicht für Grundstücke und Erbschaften, wohl aber für Herden, Säulen, Schiffe, Misthaufen, im Formularprozeß, und daß man sich hier auf die alte Weise sollte geholfen haben, ist völlig undenkbar. Vielleicht erreichte man für dergleichen Vindikationsobjekte die Feststellung ihrer Identität auf dem Wege einer lokalen Augenscheinseinnahme durch Zeugen, die dann mit vor den Prätor zogen, und schob man solche widerspenstigen Gegenstände im übrigen auf die Seite der Immobilien, indem man Analoga des *interdictum quem fundum* für sie erfand. Völlig immobilisiert hat man sie nicht. Sie waren, wie (10. 4) 5^{2.4} beweist, mögliche Objekte der *a° a e*. Ihre Vorweisung vor jenen hypothetischen Zeugen könnte als hier ausreichende und erforderliche ungewöhnliche Exhibition gegolten haben. Justinian, der wie die Sachpräsenz ihr ungewöhnliches Surrogat aus dem Eigentumsprozesse beseitigte, hat uns alles vorenthalten, was in den dyarchischen Rechtsbüchern über unsere Angelegenheit gesagt war, und wir können wenigstens vorläufig keine sichere Erkenntnis zu gewinnen hoffen.

Irregulär ist die Exhibition auch im Falle des Optionslegates. Hier kriegt der Exhibitionsbegriff folgende Gestalt: außergerichtliche Vorweisung zum Zwecke der Option und darauf folgende gerichtliche Exhibition des ausgewählten Gegenstandes. In dieser besonderen Gestalt ermöglicht die Exhibition statt bloß die Vindikation, erstens die Option und zweitens die Vindikation. Hier haben die rechtsbildnerischen Kräfte freier geschaltet als in dem ersten Falle irregulärer Exhibition. Dort haben sie die Exhibitions-handlung — man muß zugeben, mit starkem Eingriffe — dem Wesen des Exhibitionsobjektes angepaßt, hier haben sie ebenfalls die Exhibitions-handlung gegen die Norm verändert, aber sie haben es einem Exhibitionszwecke zuliebe getan, den sie dem gewöhnlichen Exhibitionszwecke als einen besonderen dieses Falles hinzugefügt hatten. Freilich sind der besondere und der gewöhnliche Zweck nicht disparat. Der gewöhnliche kann erst nach Erreichung des besonderen erreicht werden und ist, wenn ich so sagen darf, der teleologische Herrscher. Trotzdem liegt aber hier entschieden ein *ius singulare* vor (wobei ich diesen Begriff in Scharlachs Sinne verstehe), wenn man nicht etwa folgendermaßen sich die Sache zurechtlegen will. Jedes Optionsobjekt ist zwar nicht unbedingt, wohl aber bedingt Vindikationsobjekt, und die *a° a e* kann, ohne daß man ihrem Wesen Zwang antut, auch auf bedingte Vindi-

kationsobjekte bezogen werden, zumal wenn mit einem Schlage eine Gesamtexhibition mehrerer bedingter Vindikationsobjekte gefordert wird, welche mit unbedingter Sicherheit zur Vindikation eines dieser Gegenstände führen wird. Diese rekonstruierte römische Deduktion stellt sich die Exhibition sämtlicher Optionsobjekte als *in iure* geschehend vor. Daß man dabei nicht stehen blieb, sondern das teleologisch ausreichende minus das formal gebotene maius ersetzen und einen ersten Teil der Exhibition, nämlich die Optionsexhibition, außerhalb des Gerichtes sich abspielen ließ, versteht sich. Diese lokale Zwiespaltung scheint mir so sehr in der Natur der Sache zu liegen, daß ich sie vorhin trotz mangelnden Quellenbeweises als sicher römisch annehmen zu dürfen glaubte.

Die Exhibition im Falle der sogenannten *a° ad separandum* ist nicht irregulär. Exhibition heißt immer Exhibition in vindikationsfähigem Zustande.

IV.

Einige Stellen scheinen das Undenkbare zu beweisen, daß die *a° a e* manchmal statt auf Exhibition auf Restitution geht.

(10. 4) 7³ Ulp 24 ed. *Item municipales ad exhibendum conueniri possunt [quia facultas est restituendi]: nam et possidere et usucapere eos posse constat.* —

Das eingeklammerte Stück erinnert an den Schluß von (6. 1) 9, den Siber 31 als justinianisch erweist, und der *nam*-Satz kann unmöglich dazu geschaffen sein, die *facultas restituendi* der *municipes* zu begründen, während er vorzüglich geeignet ist, darzutun, daß die *municipes ad exhibendum conueniri possunt*. Und wäre das Eingeklammerte wirklich echt, so bewiese es dennoch kein Restitutionsziel der *a° a e*, weil die Begriffe *facultas exhibendi* und *facultas restituendi* vertauschbar sind.

7⁴. *Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari [nisi restituat].*

7⁵. *Si quis, cum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolui eum oportet: quamuis sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, cur non statim [exhibuit] [restituit], sed passus est secum litem contestari.*

7⁶. *Idem scribit, si quis litis contestatae tempore possiderit, deinde desierit possidere, mox coeperit siue ex eadem causa siue ex alia, condemnari eum oportere [nisi restituat].*

Man hat sich mit der Erwägung geholfen, *restituere* könne hier eine Generalbezeichnung sein, die sämtliche Zwischen-*arbitria* betreffe und neben dem *restituere* im engeren Sinne auch das *exhibere* begreife. Aber so ansehnliche Logiker wie die dyarchischen Juristen vermeiden ein doppelsinniges Wort, wenn es wie hier keine Abkürzung stiftet und zum Mißverständnis führen kann. Die beiden ganz unnötigen *nisi restituat* werden Glosseme sein. *Restituit* ist wohl töricht von einem Leser, den jene Glossen inspiriert hatten, ursprünglichem *exhibuit* substituiert worden. Zur Not kann es auch echt sein. Da Exhibitions- und Vindikationsprozeß eine funktionelle Einheit bilden, und im Urteilszeitpunkte des Exhibitionsprozesses der Kläger als einer gilt, der im Vindikationsprozesse gesiegt hätte (vgl. später), so kann man ganz gut folgendermaßen sprechen: hätte Beklagter zu Beginn des Exhibitionsprozesses pflichtmäßig restituiert, so wäre Kläger jetzt im Besitze seiner Sache. Ist *restituit* echt, so mag es seinerseits die beiden Glosseme mit verursacht haben.

9⁷. Ulp 24 ed. [*Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur,*] *Sabinus putauit partum quoque [aestimandum] [restituendum], siue praegnas fuerit mulier siue postea conceperit: quam sententiam et Pomponius probat.*

9⁸. *Praeterea utilitates, si quae amissae sunt [ob hoc quod non exhibetur uel tardius quid exhibetur], aestimandae a iudice sunt: et ideo Neratius ait utilitatem actoris uenire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit.*

Praeterea zwingt zu dem Schlusse, daß wie 9⁸ auch schon 9⁷ vom Urteile und nicht vom Zwischenbescheide gehandelt hätte. Folglich ist 9⁷ in der angezeigten Art herzustellen. Tribonian hat eingegriffen, weil er in dem Gedanken an seine Realexekution Urteil und Zwischenbescheid verselbigen zu dürfen glaubte und hier diese Verselbigung aus Gründen für angezeigt hielt, die zu ermitteln wir nicht versuchen wollen. Das eingeklammerte Stück von 9⁸ ist im klassischen und insofern auch im jüngsten Rechte verkehrt, als es statt des Restitutionsinteresse das Exhibitionsinteresse für das Urteil maßgeblich sein läßt. Kein Zweifel, daß es seine traurige Existenz den Kompilatoren verdankt.

Der Erörterung über den *partus in condemnatione aestimandus* muß eine Erörterung über die *fructus in condemnatione aestimandi* vorangegangen sein. Der sonderbare Schluß von 9⁶

(Exhibition einer *res p l e usucapta* gilt nur, wenn Exhibent in eine *ru repetita* die einwilligt,) *ita ut fructus secundum legem aestimentur.*

wird ihr von den Kompilatoren verunzierter Überrest sein. Auch das letzte Stück des korrupten 9⁵

quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

gehört von Haus aus zu dem Thema *condemnatio*, und zwar hinter die Enuntiation, daß in *condemnatione* nicht das Exhibitionsinteresse, sondern — wegen Vereitelung der *ru* — das Restitutionsinteresse berücksichtigt wird.

Wie die heutige Gestalt von 9^{7.8} ist auch Jnst (4. 17) 3 Produkt abscheulicher justinianischer Vermischung von Urteil und *iussus exhibendi*, von *exhibere* und *restituere*.

5¹ *Ulp 24 ed. Julianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum uel legatorum seruandorum causa in possessione sit, sed et eum qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. Inde Julianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei seruandae causa sit in possessione: eum uero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.*

5². *Idem Julianus scribit emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri [in quantum in litem iurauero]: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fec(er)it quo minus possideat.*

5³. *Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam con-gessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas: ceterum alias non posse.*

5⁴. *Sed et si ratis delata sit ui fluminis in agrum alterius, posse eum conueniri ad exhibendum Neratius scribit. unde quaerit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno an et de praeterito domino agri cauendum sit, et ait etiam de praeterito caueri oportere.*

5⁶. *Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga seruus sit: —*

Zu 5². Erstens. Das Ziel einer Klage braucht nicht in dem Gegenteile ihres Anlasses zu liegen, dazu ist Restitution Ziel der Vindikation, folglich indirektes Ziel der *a° a e*. Zweitens. Das in *quantum in litem iurauero* beruht, da das *iuramentum in litem* Kontumaz voraussetzt, auf der Vorstellung, daß das *qui non restituit* Ungehorsam gegen den Zwischenbefehl meint oder mitmeint, und

impliziert folglich ein restitutorisches *exhibere*, indessen verrät die erste Person *iurauero* den Eindringling.

5⁶ erledigt sich durch die Vertauschbarkeit der Begriffe *facultas exhibendi* und *facultas restituendi*.

5^{1.3.4} werden von Demelius 56sq 71sq und Windscheid § 474³ durch die Unterstellung entwaffnet, daß hier Fälle vorausgesetzt seien, wo der Beklagte das Recht des Klägers nicht bestreitet, also kein Interesse daran hat, erst zu exhibieren, statt lieber gleich zu restituieren, vgl auch Bekker Akt I 227. Diese Unterstellung ist willkürlich und unzulässig und obendrein ganz ungeeignet, den *iussus exhibendi* auf Restitution zu erklären. Entweder haben Julian, Celsus, Neratius und Ulpian (pace eorum dicam) die Begriffe *exhibere* und *restituere* verwechselt, oder der Text ist mißhandelt. Wer 5⁴ neben (39. 2) 9³ hält und sodann (39. 2) 9^{1.2} ansieht, erkennt, daß Neratius das restitutorische *tollere pati* als den Effekt nicht der *a° a e*, sondern eines Interdiktes oder der *ru* gedacht hat. Das gleiche muß von den andern gelten. Die Kompilatoren werden in jedem der drei Paragraphen ein mittleres Stück, das von der *ru* sprach, in 5³ und 5⁴ vielleicht auch die Erwähnung des Interdiktes ausgemerzt haben. Durch Tilgung der *ru* können sie einen Umweg durch einen Richtweg haben ersetzen, durch Tilgung des Interdiktes dieses der *a° a e* aus Freude über deren neugeschaffene Weite haben einverleiben wollen.

Bei dieser Gelegenheit sei folgende nicht zur Sache gehörige Bemerkung gemacht. Die Stücke *sic tamen ut totum tollas: ceterum alias non posse* in 5³ und *nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa* in (39. 2) 9² sind vielleicht Embleme. Das zweite Stück paßt logisch nicht dahin, wo es eingefügt ist, und besagt das Befremdliche, daß die Alternative ‚alles oder nichts‘ vom Prätor in die Vindikationsformel gelegt, nicht vom arbitrierenden Richter zur Norm erhoben wird.

Von (10. 4) 3¹¹ war schon die Rede.

(19. 1) 17⁶ 25 (19. 5) 16^p (43. 16) 1³² sind bei Lichte besehen harmlos. Sie sagen zwar bloß *a° a e*, meinen aber die anschließende *ru* mit.

Auf (25. 2) 22¹ möchte ich diese Erklärungsmethode nicht anwenden:

Jul 19 dig. Si mulier mortis causa res amouerit, deinde mortuus esset maritus, hereditatis petitione uel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est.

Vermutlich haben die Kompilatoren entweder *uel actione ad ex-*

hibendum hinzugetan oder einen längeren klassischen Text zusammengezogen.

V.

Da die Passivlegitimation der *a° a e* abgesehen von dem *qui a l c d d p* sich sehr wahrscheinlich mit der *ru* deckt, und Siber 31 sq bewiesen hat, daß der Schluß von (6. 1) 9 *Ulp 16 ed* *puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

nicht Ulpian, sondern Tribonian gehört,*) schöpft man Verdacht gegen folgende drei Stellen in (10. 4), welche den richtigen Beklagten der *a° a e* durch die nackte *facultas exhibendi* bestimmen:

1) 7³ (oben p 16). Hier ist, wie schon gezeigt ward, die Einklammerung des *quia facultas est restituendi* auch ohne Rücksicht auf (6. 1) 9 geboten.

2) 5^p *Ulp 24 ed. Celsus scribit: si quis merces, quas exuehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, uerum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet qui uehendas conduxit? an quia pignus tenet? [— quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.]*

Der eingeklammerte Satz ist an dem was vorausgeht nicht angewachsen. *Species* = ‚Rechtsfall‘ findet sich ca 40 Male bei Justinian.***) Ulpian kann unmöglich aus einer Behauptung des Celsus wie aus einem Gesetzgeberausspruche eine juristische Folgerung ge-

*) Vgl auch Seckel bei Heumann svv *tenere, possidere* und *vindicare* und Kübler Z 1908 p 486, die mit Recht auch schon im ersten Teile der Stelle Emblem statuieren. Man wird wohl noch weiter gehen und vermuten müssen, daß auch der Satz *quidam tamen, ut Pegasus rell* von den Kompilatoren zurecht gemacht ist, Ulpian und Pegasus in Wirklichkeit einer Meinung gewesen sind. Ich setze absichtlich an diesem Punkte nicht nachdrücklicher ein, weil ich glaube, daß sich die Angelegenheit durch mehrere alsbald zu beschaffende Interpolationsfeststellungen im Titulus (10. 4) gleichsam von selbst erledigt.

**) *Species* = ‚Fall‘ ist in den Digesten nicht selten der Unechtheit verdächtig, siehe z B (4. 4) 18¹ und (32) 39^o.

zogen haben, vgl (17. 1) 59⁴ *ex hoc responso apparet*, und überhaupt kann eine solche Folgerung nie aus einer *species facti*, sondern immer nur höchstens aus deren Entscheidung gezogen werden.

3) 12¹ *Paul 26 ed. Et filius familias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendae habet.*

Paulus hat eher im entgegengesetzten Sinne entschieden, nämlich ebenso wie in 16 im Falle des Sklaven.

Mit dem Begriffe *facultas exhibendi* deckt sich nicht ganz, aber ungefähr der Begriff *naturalis possessio*, an den (10. 4) 3¹⁵ *Ulp 24 ed* die Passivlegitimation der *a° a e* anknüpft:

Sciendum est aduersus possessorem hac actione agendum [non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni]. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Man beachte das ungewöhnliche Hyperbaton *aduersus possessorem h a agendum non solum eum qui* und die Ersetzung des schlichten technischen *naturaliter possideo* durch das konstitutional rhetorische *naturaliter incumbit possessioni*. Sachlich ist das Eingeklammerte deshalb sehr verdächtig, weil die Passivlegitimation des inhabenden Pfandgläubigers nicht aus der des *naturalis possessor* gefolgert werden kann, da jener nach (41. 3) 16 außer *quoad usucapionem* als *civilis possessor* gilt. Das Emblem steht wohl anstatt der Enuntiation, daß nicht Usukapionsbesitz, sondern nur Interdiktenbesitz zu fordern ist.

In 5¹ (oben p 18) statuiert Julian durch Ulpian's Mund die Beklagbarkeit des *rei seruandae causa in possessionem missus* und des *usus fructus nomine detinens*, also bloßer Detentoren. Das klassische Recht gibt gegen den *missus* keine *ru* (Siber 33)*), folglich auch keine *a° a e*. Folglich haben Julian und Ulpian in 5¹ über den *missus* und wahrscheinlich auch über den *u f n d* das Gegenteil von dem gesagt, was jetzt dasteht. Daß in der Mitte von 5¹, da wo jetzt das wunderliche *quatenus hos oporteat exhibere* zu lesen ist, ursprünglich die *ru* erwähnt war, haben wir schon im vorigen Abschnitte gesehen. Jetzt bestimmen wir die getilgte *ru* genauer, indem wir feststellen, daß sie gegen den mittelbaren Besitzer über dem *missus* oder *u f n d* gerichtet gewesen sein muß. Der Schluß von 5¹ muß im echten

*) Nicht einleuchtend ist, was Kübler Z 1908 p 486 gegen Siber einwendet. Wer Siber nicht folgen will, möge sich aus dem sogleich zu besprechenden 5^o überzeugen, daß *a° a e* gegen den detinierenden *conductor* unzulässig ist. Vom *conductor* kann er auf den *usus fructus nomine detinens* schließen und dann den Angriff auf 5¹ durch einen Angriff auf den in 5¹ figurierenden *u f n d* beginnen, statt wie wir zuerst den *missus* zu attackieren.

Ulpian einer Schilderung der Art und Weise angehört haben, in der ein mit der Vindikation verklagter mittelbarer Besitzer den Restitutionsbefehl zu erfüllen hat. Das doppelte *is cum quo agetur* verrät sich wohl durch den Modus (vgl. *qui u f habeat*) als unecht und ist justinianische Substitution etwa für *is qui pro possessore detineat*. Ist die ursprüngliche Verfassung von Mitte und Schluß so richtig beurteilt, so hat ursprünglich der Anfang nicht bloß die *a° a e* gegen *missus* und *u f n d* verneint, sondern außerdem auch die *a° a e* gegen den Besitzer, dem jene den Besitz vermitteln, bejaht.

5^p ist schon oben p 20 wiedergegeben. Die beiden Fragen können nicht von Celsus sein, da sie ihn angreifen. Folglich ist hinter *idem ait* etwas ausgefallen. Die unvollständig erhaltene, gewiß von keinem andern als Tribonian beschnittene oppositionelle Argumentation des Fragstellers, d h Ulpians oder eines von diesem Zitierten, ist höchst geeignet, den Glauben an die klassische Passivlegitimation jedes Detentors ins Wanken zu bringen. Daß der Opponent einen *civilis possessor* forderte, ist deutlich. Daß sein Unterschied von Celsus nicht hierin lag, sondern in der Konstruktion der faktischen Sachherrschaft des *conductor*, ist nach der Struktur seiner Opposition sehr wahrscheinlich. Nach des Celsus Vorstellung, die dem Opponenten, wie die ratlosen Fragen zeigen, verschleiert ist, mag der *conductor* des proponierten Falles ein Mann sein, der die Waren unter keinen Umständen zurückgeben zu müssen glaubt, sich vorläufig als virtuellen und am Ende gar wirklichen Eigentümer fühlt und vermöge dieses *animus* als *civilis possessor* anzusehen ist. Die Worte *aut certe ille est qui possit exhibere* sind unecht. Sie fallen aus der Konstruktion, äquivalieren sachlich den *facultas-exhibendi*-Emblemen und machen Celsus unlogisch, indem der *horrearius* auch bei Lebzeiten des Erblassers und beim Dasein eines Erben exhibieren kann, also auch in diesen Fällen seine Beklagbarkeit bejaht werden müßte. Celsus hatte gesagt *nam si a nullo <alio> possidentur, uerum est [aut] horrearium possidere [rell]* oder *nam si a nullo <alio> possidentur, uerum est aut horrearium possidere aut <nemine possidente eum qui rem in potestate habet ad exhibendum teneri>* oder *sed si nemo heres sit, <ad exhibendum ne tum quidem> cum horreario agendum: nam si a nullo <alio> possidentur, <non utique> uerum est [aut] horrearium possidere. <sed puto per in factum actionem domino subueniri oportere.>*

Die Erfahrungen, die wir bisher in diesem Abschnitte gemacht haben, lassen uns die Passivlegitimation des besitzmittlerischen Detentors als etwas Justinianisches ansehen und erzeugen in uns eine starke Skepsis gegen vier Stellen, die jetzt zu betrachten sind.

(9. 2) 42 Jul 48 dig. *Qui tabulas testamenti depositas [aut alicuius rei instrumentum] ita <interleuit> [deleuit], ut legi non <possint> [possit], depositi actione [et ad exhibendum] tenetur [, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit]. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleuerit.*

Die erste Einklammerung (von Lenel und Krüger) geht uns nichts an. Die zweite und die dritte auch nicht, doch seien sie, weil neu, kurz kommentiert: *deleuit* ist unrichtige Erklärung von *interleuit* und als dessen Korrektur in den Text eingedrungen, *possit* für *possint* ist durch das unechte *instrumentum* veranlaßt. Die vierte und die fünfte Athetese haben unser wohl erworbenes Vorurteil für sich, (10. 4) 17 Ulp möchte ich nicht ins Feld führen, weil der Sabinianer Julian der in (10. 4) 9³ aufbewahrten Meinung des Sabinus gewesen sein kann. Zugunsten der letzten Athetese läßt sich noch folgendes sagen: der ausgeschiedene Satz redet so, als sei im proponierten Tatbestande die Sachherausgabe durch den Depositar als geschehen gesetzt, was nicht der Fall ist, und die Wahl des Wortes *corruptam* erklärt sich besonders gut aus der Seele eines nachträglich Einfügenden, der das *corrupisse* im letzten Satze gesehen hatte, wo zuerst in der ganzen Stelle gerade dieses Wort durch die Sache, nämlich durch das aquilische Wort *ruperit*, gefordert wird.

(33. 5) 8³ Pomp 6 Sab. *Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo, apud quem depositae sint, agere potero et cum herede agere, ut is depositi agendo facultatem mihi eligendi praestet.*

und

(10. 4) 4 Pomp 6 Sab. *nam et cum eo, apud quem deposita uel cui commodata uel locata res sit, agi potest.*

Die persönliche Klage gegen den Erben setzt die Vermischung von Vindikations- und Damnationslegat voraus und ist folglich Tribonianswerk (Siber 76sq). Im übrigen wird der originäre Inhalt von 8³ in sein Gegenteil verkehrt sein. Pomponius wird gesagt haben, die *a° a e* sei gegen den Erben und nicht gegen den Depositar zu richten. Lex 4 ist wahrscheinlich nicht einmal im Gerippe von Pomponius, sondern freie Bildung der Kompilatoren im Anschluß an den umgestalteten 8³.

(7. 9) 7^p Ulp 79 ed. *Si ususfructus nomine re tradita satisfactionem non fuerit, Proculus ait posse heredem rem uindicare, et si obiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit.*

Wenn *in iure* der Kläger Eigentum und der Beklagte Nießbrauch behauptet, gibt der Prätor geeigneten Falles die *negatoria*, unter keinen Umständen aber die *r u*. Man wird sagen: weil gegen Intensionsleugnung keine Replikation möglich ist, wagt Proculus eine Ausnahme. Aber so willkürlich verfahren die klassischen Römer mit den Einrichtungen ihres Rechtes in Wirklichkeit nicht. Also hat im echten Ulpian etwas anderes gestanden, und ich vermute folgendes:

<Fundi ususfructus per damnationem legatus est.> Si ususfructus nomine <fundo tradito> [re tradita] satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem <negatoria formula agere> [rem vindicare], et si obiciatur exceptio de <fundo> [re] usus fructus nomine <tradito> [tradita] replicandum erit.

Neben (7. 9) 7^p stellt Siber 89 mit Unrecht (7. 9) 12. Wer in der Palingenesie den Zusammenhang dieser Stelle ansieht, erkennt, daß hier die *r u finito usu fructu* gemeint ist. Es steht also trotz Siber 95 quellenmäßig fest, daß der Eigentümer nie gegen den seienden, wohl aber geeigneten Falles gegen den gewesenen Nießbraucher die *r u* hat. Behauptet der gewesene Nießbraucher den Fortbestand des Nießbrauchs, so ist natürlich statt der *r u* die *negatoria* am Platze.

Außer den vier besprochenen Stellen weiß ich keine, die den Schein bewirkte, daß im klassischen Rechte der besitzmittlerische Detentor *ad exhibendum* (oder, was auf das selbe herauskäme, mit *r u*) verklagt werden kann. Bei (42. 5) 24² und (13. 7) 27 hat Siber 79sq solchen Schein vernichtet. (16. 3) 33 handelt vom *sequester*, und der ist Besitzer. C (3. 42) 8 beweist nichts, weil wir den entschiedenen Fall nicht genau kennen, und weil sie aus dem Jahre 293, also nachklassischer Zeit stammt.

Kann der Inhaber, der weder den *animus domini* hat noch einem andern den Besitz vermittelt, mit *a° a e* oder *r u* verklagt werden? Anders gefragt: ist er Besitzer? Ich schließe mich denen an, die das bejahen, und lese deshalb in 5^p (vgl oben 22) *nam si a nullo <alio> possidentur uerum est [aut] horrearium possidere**. Wie wichtig diese Stelle für die Lehre vom Besitze ist, hat Riccobono Archiv f d civ Pr 80 (1893) p 124 erkannt. Freilich unterstellt er, für seine Interpretation präjudikatorisch, das Emblematische der Stelle als echt. Daß der nicht besitzmittlerische Inhaber ohne *a d*, mit *a° a e* verklagt werden kann, folgt unmittelbar aus

(23. 3) 9³ Ulp 31 Sab. — *uidebimus harum rerum (der Paraphernalien) nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. et*

*) Hielt Celsus in dem Falle von 5^p den *conductor* deshalb für besitzend, weil er in der Sachübergabe an ihn eine Besitzaufgabe des *locator* fand?

si custodia marito committitur, depositi uel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amouentis maritus eas retineat, aut ad exhibendum [si non amouere eas conmissus est].

und vielleicht aus

(12. 4) 15 Pomp 22 Sab. *Cum seruus tuus in suspicionem furti Attio uenisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto uigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus uigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam <dolo> fecerit quo minus <possideret> [exhiberet]. sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se inuito domino uti aut dominum si sciret prohibitorium esse.*

Vgl zu dieser dunkeln Stelle Siber 6sq. Der Schluß bringt Siber auf den Einfall, bei *ages cum Attio dare eum tibi oportere* an die *condictio furtiua* des *dominus* zu denken, doch vermißt er den *animus lucri faciendi*. Er vermutet, das Stück von Labeo ab gehöre nicht zu dem ersten Stücke, hinter das es durch ein Versehen der Kompilatoren geraten sei. Aber jemand ist darum nicht weniger Dieb, weil er keinen materiellen Gewinn erstrebt. Sonst wäre z B der kein Dieb, der eine Kugel entwendet, um sie seinem Feinde in den Kopf zu jagen. Also mag jener Einfall glücklich sein, so schwer wir unter dieser Voraussetzung verstehen können, was im überlieferten Texte Proculus sagt*). Dann aber richtet sich Labeos *a° a e* gegen einen Mann, der Inhaber ohne *animus domini*, aber deshalb nicht Besitzmittler gewesen ist, weil zwischen ihm und dem Geber kein reguläres Vertragsverhältnis und überhaupt kein Verhältnis bestand, in dem Besitzvermittlung wurzeln kann.

Daß manche Klassiker den Nichtdetentor, welcher sich *in facultate exhibendi* befindet, mit der *a° a e* beklagt werden ließen, könnte man nach (10. 4) 5³. 4. 5 (oben 18 und unten 26) und (39. 2) 9². 3 für wahrscheinlich halten,**) obgleich in (10. 4) 15 Labeo dem *dominus thesauri* gegen den *dominus fundi* nach ausdrücklicher Ablehnung der *a° a e* mit einem Interdikte hilft:

*) Leugnete P die *cf* des *dominus*?

***) Über (10. 4) 9¹ vgl unten 37 sq.

— non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa <me> id postulare [uel] interdictum [uel iudicium] ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caueatur, ne uim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam tollam exportem. —

Viel wahrscheinlicher haben vor tribonianischer Änderung jene Texte distinguiert, je nachdem, ob der Grundstückseigentümer die *ratis* oder was sonst in Besitz genommen hat oder nicht, und im ersten Falle *a° a e* und *ru*, im zweiten das Interdikt von (10. 4) 15 und (39. 2) 9¹ gegeben. Der Textrekonstruktion enthalten wir uns, außer für (10. 4) 5⁵, das etwa so herzustellen sein wird:

Sed et si de ruina aliquid in tuam aream uel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, <si eam rem pro tua possidere coeperis, si minus, non teneberis, licet restituere possis> [licet non possideas].

Daran schließt sich der Anfang von 5⁶ vortrefflich an:

Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta —.

In (10. 4) 7¹ *Ulp 24 ed. Sed si rotam meam uehiculo aptaueris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit) [quamuis tunc ciuilitur non possideas].*

ist der nachhinkende Schluß ein mit dem tribonianischen 3¹⁵ korrespondierendes Emblem. In Wirklichkeit bleibt der *aptator rotae* ein *possessor rotae*.

Was tut in klassischer Zeit der mittelbare Besitzer, der mit *a° a e* verklagt wird? Er veranlaßt seinen Besitzmittler zur Exhibition. Wenn sich nun dieser weigert zu exhibieren? Dann erbittet der Besitzer vom Exhibitionsrichter eine angemessene Frist, um mit der Kontraktklage oder einer *a° in factum* gegen den Besitzmittler zu klagen und die Exhibition von ihm zu erzwingen. Möglich auch, daß der Exhibitionsrichter den beklagten Besitzer dem Kläger die Kontraktklage oder *a° i f* zedieren und ihm versprechen ließ, im Falle der Wiedererlangung des unmittelbaren Besitzes, selbst exhibieren zu wollen. (Vgl Siber 29.) Sollten die Schlußworte von (33. 5) 8³ (oben 23) ursprünglich hiermit zu schaffen gehabt haben? Vgl Siber 77 am Ende.

Wenn in klassischer Zeit ein Inhaber Besitzmittlertum vorschützt, den Besitzherrn aber nicht nennt, gilt er gewiß als Besitzer und passiv legitimiert.

VI.

Nachdem Siber von den andern Römern schlagend das Gegenteil bewiesen hat, behauptet er 18 sq, Paulus und Marcian haben mit sonderbarer Willkür die *ru* gegen den *ante l c d d p* zugelassen. In Wirklichkeit haben beide wie jeder andere Klassiker gegen diese Person einzig und allein die *a° a e* für zuständig gehalten.

Die Hauptstelle ist

(6. 1) 27³ *Paul 21 ed. Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem ueniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.*

Der sprachlich dezidiert justinianische Schlußsatz *cum enim rell* ward schon von Pernice, dem Krüger folgt, mit Recht Justinian zugeschrieben*). *Colligere ex* mit dem Ablativ einer Rechtsquelle findet sich bei Justinian in Inst (2. 7) 2 (3. 1) 14 (3. 5) 1. Neben *ut diximus* halte man das interpolierte *supra diximus* in (19. 2) 13⁴. Entscheidend ist, daß die prinzipienlose Analogistik, die in 27³ getrieben wird, als justinianische Gleichmacherei ebenso begreiflich ist, wie bei dem an das geltende Recht gebundenen Klassiker unmöglich**).

*) Vgl Kübler Z 1908 p 488.

***) Zurückhaltend sagt, unter dem Eindruck der Perniceschen Interpolationsfeststellung in 27³, Kübler 11: Es wäre zu überlegen, ob die Haftung des *qui dolo desiit possidere* mit der *RV* nicht erst von den Byzantinern eingeführt ist. Sein Zögern ist, wie seine folgenden Sätze zeigen, durch (6. 1) 52 *Jul 55 dig* veranlaßt. Aber diese Stelle kann und muß folglich (vgl Siber 12 sq) folgendermaßen verstanden werden. Ein Grundstücksbesitzer sieht sich von einer *ru* bedroht, entäußert sich des Besitzes, offeriert sich *liti* und stirbt. Er wäre im Vindikationsprozesse als Nichtbesitzer freigesprochen (sic), dagegen aus der *clausula doli* der Prozeßkaution verurteilt worden. Sein Erbe, der weder besitzt noch für den *dolus defuncti* voll haftet, kann vom Eigentümer auf seine Bereicherung mit *a° in factum* belangt werden, d h etwa auf den Kaufpreis, den der Verstorbene bei der Besitzaufgabe erzielt hatte.

Es könnte so scheinen, als habe man weitherzig den *dolus* im Augenblicke der schlaun Besitzaufgabe und den *dolus* im Augenblicke des *liti se offerre* als eine Einheit angesehen und darum auf Grund der Kautionsklausel, die diesen späteren *dolus* betrifft, dem *dolosus* den Schadenerfolg auch jenes früheren *dolus* auf die Schultern geladen. In dem schwächeren Ersatze der *Dolusklage* gegen den *dolosus*, nämlich in der Bereicherungsklage gegen den Erben, würde sich jene

Die anderen Paulusstellen, die Siber 19¹ anführt, zu untersuchen aber in Anbetracht des scheinbar für die Sonderstellung des Paulus entscheidenden 27³ unterläßt, machen erst recht keine Schwierigkeiten. (6. 1) 42 handelt von der *a° a e*: Lenel Pal. Ihr Eingang *si in rem actum sit* ist tribonianisch. (6. 1) 69 (12. 3) 2 (6. 1) 71 (Pal Paul 1857—1858) meinen den *a l c d d p* im Falle der *a° a e* und den *p l c d d p* im Falle der *a° a e* oder der *r u*. (50. 17) 131 gehört zu der *noxalis ex lege Aquilia actio*: Lenel Pal.

Nun die Marcianstelle.

(20. 1) 16³ *Marcian l sing ad form hyp. In vindicatione pignoris quaeritur, an rem de qua actum est possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si uero possideat et aut pecuniam soluat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si uero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. [sed si uelit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est uel in prouinciis), solet cautionibus res explicari: nam si <cauerit> [caueret] se restitutum, absoluitur. sin uero*

Weitherzigkeit dergestalt widerspiegeln, daß der Erbe auch die durch die frühere dolose Handlung entstandene Bereicherung zurückerstatten muß. Allein die schlaue Besitzentäußerung bringt ohne ein ungestörtes *biennium* weder dem Eigentümer Schaden noch dem *dolosus* dauerhafte Bereicherung. Die Ungestört-heit des *biennium* ist aber Zweck und Erfolg des *liti se offerre*, das folglich wirklich und ohne Kunstgriff für Schaden und Bereicherung kausal ist.

Ob in dem julianischen Falle der *defunctus* die *l c* der *r u* vollzogen hatte, ist (trotz Kübler) aus dem seinem Zusammenhange entrissenen Texte von 52 nicht zu erkennen. Daß er die *cautio* nicht bloß erst in Aussicht gestellt, sondern schon geleistet hatte, ist wahrscheinlich. Dann ist aber auch das wahrscheinlich, daß der *defunctus* die *l c* der *r u* vollzogen hatte. Oder sollte Julian stillschweigend den wunderlichen Fall voraussetzen, wo der Tod in den sehr kurzen Zeitraum fällt, der normaler Weise zwischen *cautio* und *l c* liegt?

Lex 52 lehrt, daß wie die *a° doli* die Klage aus der *clausula doli* der Prozeßkaution gegen den Erben nur bis zur Höhe der Bereicherung gegeben wird, trotz (16. 3) 7¹.

Ich bin, wie man bemerkt hat, gegen Siber, Kübler und die herrschende Lehre, der Meinung, daß der *liti se offerens* nicht für die *r u* passivlegitimiert ist, sondern einzig aus der *clausula doli* der Prozeßkaution haftet. Die Digestenstellen, welche das Gegenteil sagen, sind von dem nivellierenden und auf Rechtsmittelfälle erpichten Tribonian interpoliert. Besonders kraß tritt die Interpolation zu Tage in (5. 3) 45. Vielleicht könnte ich mich, eine Anregung von Demelius 192 benutzend, auf (4. 3) 39 berufen. Das Nähere kann hier nicht erörtert werden. Nur das sei noch bemerkt, daß auch lex 52 zum Teil unecht sein dürfte, nämlich in dem Stücke *in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt*, wofür Julian wohl gehabt hatte *ex clausula doli iudicium suscipere cogendi non sunt*.

dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iurauerit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?]

Bei den Worten *nec dolo fecerit quo minus possideat* kann man ohne Mühe an einen *p l c d d p* denken. Möglich auch, daß Marcian das Begriffselement *p l c* ausdrücklich genannt hatte. Der zweite Teil von *sed si*, jedenfalls aber von *sin uero* ab ist interpoliert. Indizien: Die Parenthesis redet eine unklassische Sprache. Justinian liebt die Explikation von Sachen durch Kautionen. *Sin uero dolo quidem* —, *summa autem ope* ist typisch justinianischer Gedankenbau. Das sachlich ganz irrelevante und in der Form rhetorische *summa ope nisus non possit*. Das Streben nach der *regula generalis*, das in den Worten *sicut in ceteris in rem actionibus* zum Ausdruck kommt*). *Condemnatus esset* für *condemnaretur*. Der Gräzismus *proderat* (*τι οὐρέγερον ἔν*). Der Subjektswechsel zwischen *condemnatus esset* und *consequeretur*. Die Rhetorik der Schlußfrage. Deren Argumentation nicht aus dem *ius quod est*, sondern aus der Vernunft. Die grobe Unrichtigkeit dieser Argumentation: selbst wenn die dingliche Pfandklage zu einer Kondemnation auf *tantum quantum debetur* führte, wäre sie, weil gegen jeden Pfandbesitzer verwendbar, neben der persönlichen Klage nützlich**). A Faber hielt den ganzen 16³ für Tribonianswerk.

VII.

(10. 4) 3⁹ *Ulp 24 ed. — iudex igitur summam debet cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iurare uel exhiberi, uel non, quia nihil interest.*

3¹¹. — *eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.*

3¹³. *Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac*

*) Vgl das *sicuti ex ceteris delictis* in dem wahrscheinlich (s Seckel sv *satisfacere*) interpolierten (47. 10) 17⁴ und das *unecte quod et de ceteris rebus iuris est* in (13. 3) 4.

**) Da die Stelle interpoliert ist, ist ihre Zitierung durch Kübler Z 1908 p 483 ohne Beweiskraft.

actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolui, si obscurior uel quae habeat altiore quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, ueluti pacti conuenti, doli mali, iuris iurandi reique iudicatae.

Alle drei Passagen sind im wesentlichen byzantinisch.

Von der Unechtheit des 3⁹ war schon die Rede. Hier sind noch einige Indizien gegen sein Schlußstück, das uns hier beschäftigt:

1) Demelius [42³ weist darauf hin, daß *summatim cognoscere* sonst nur vom Magistrat gesagt wird, das *summatim cognoscere* des *iudex* ist eine verdächtige Singularität. Aber mehr noch. *Summatim cognoscere* ist überhaupt und auch in seiner gewöhnlichen Verwendung verdächtig. Das Wort *summatim* ist gut lateinisch, kommt schon bei Cicero vor. Aber der Begriff der summarischen Kognition ist so verschwommen und unscharf, daß er im Milieu des klassischen Rechts als etwas Fremdartiges auffällt.

2) Kürze und Breite am unrechten Ort ist Eigenart Tribonians wie anderer Epigonen. Der kurze Satz *iudex igitur summatim debet cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit* ist seiner grammatischen Struktur nach auf nur ein Ziel gerichtet, und das ist die Aussage, daß der Richter nach dem Interesse, nicht nach dem Eigentum zu fragen hat. Auf das ebenfalls bedeutende und dazu im vorhergehenden noch nicht gesagte *summatim* fällt bei ungezwungener Aussprache des Satzes nicht der geringste Akzent. Das *summatim* konnte einen Satz für sich beanspruchen. Man wird einwenden, die Kognition des *iudex* werde am Ende eben deshalb summarisch genannt, weil sie ganz allgemein auf das Interesse, nicht auf das Eigentum gerichtet ist. Aber dann wären diese ganz unpassende Verwendung des Wortes *summatim* und das Fehlen eines *id est* hinter *cognoscere* ihrerseits Interpolationsindizien.

3) *Iubere uel exhiberi uel non*. Statt *uel—uel* wäre *aut—aut* am Platze. Ferner ist die Antithese logisch richtig nicht *iubet exhiberi — iubet non exhiberi*, sondern *iubet exhiberi — non iubet exhiberi*.

Auch 3¹¹ ward schon oben als justinianisch erkannt. Jetzt Indizien wider 3¹³:

1) *Exceptiones aestimare* = „Exzeptionen auf ihre Liquidität prüfen“ ist ein unklassisch ausgedrückter unklassischer Begriff.

2) *Si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem* ist byzantinische Sprache,

3) *si obscurior uel quae habeat altiore quaestionem* erst recht, es fehlt nur noch, daß *altiore indaginem* dastünde.

4) Der nachhinkende *abl abs re exhiberi iussa* ist nicht so typisch tribonianisch, wie ein nachhinkender *abl abs* im *part fut*, aber doch wohl auch verdächtig.

5) *Omnimodo* ist unnötige Emphase, wie sie bei Justinian üblich ist.

6) *Disceptare* ist bei den Klassikern sehr selten, Justinian liebt gewählte Ausdrücke.

7) *Qui ad exhibendum actione iudicat* (überliefert ist sogar *actioni*) ist unklassisch.

8) Die Trennung liquider und illiquider Vorbringungen, so daß jene sogleich berücksichtigt, diese in einen künftigen Prozeß verwiesen werden, ist etwas durchaus unklassisches, findet sich aber bei Justinian auch in C (4. 31) 14¹.

Klassischer Kern von 3¹³ könnte sein: die einzigen Exzeptionen die im Exhibitionsprozesse vorkommen können, sind die *exceptiones pacti, doli, iuris iurandi, rei iudicatae*.

Was muß im klassischen Recht der Exhibitionskläger beweisen? Die Konstatierung, daß in der scheinbaren *sedes huius materiae*, nämlich den soeben besprochenen Stellen, lauter justinianisches Recht enthalten ist, bedeutet zugleich die Feststellung einer kleinen *terra incognita* im Gebiete des klassischen Rechtes. Am Wahrscheinlichsten forderte der klassische Richter lediglich den Beweis des Besitzes oder des *dolos* aufgegebenen Besitzes. War dieser Beweis erbracht, so geschah Exhibitionsbefehl. Im Ungehorsamsfalle ward dann ohne Zweifel das behauptete Recht des Klägers, welches im Hauptprozesse hatte geltend gemacht werden sollen, als erwiesen angesehen und dementsprechend kondemniert, d h auf das volle Restitutionsinteresse. Der Beweiserlaß bei Kontumaz ist ja eine zu allen Zeiten üblich gewesene Prozeßeinrichtung. Daß in irgend einem Stadium des Exhibitionsprozesses vom Kläger ein Rechtsbeweis gefordert worden wäre, dünkt mich so wenig dem Wesen dieses präparatorischen Streites zu entsprechen, daß ich unbedenklich, wie für 3¹¹ schon oben p 6 dargelegt ward, in 3¹¹. 14 (19. 5) 16^p statt einer durch Beweis oder Geständnis festgestellten eine nach des Klägers Substantiierung vorgestellte Rechtssituation annehme. Wer vorm Prätor stand und *a° a e* implorierte, wird oft genug dargelegt haben, auf welcher Basis er sich ein dingliches Recht entstanden glaubte. Erkannte der Prätor diese hypothetische Basis als ungenügend, so konnte er jetzt schon

dem Imploranten unnötiges Prozessieren ersparen, wo nötig ihm durch Denegation der *a° a e* diese Ersparnis aufdrängen.

Man darf nicht etwa behaupten, der Dolusbeweis setze Rechtsbeweis voraus und sich gar für diese These auf (16. 3) 1³² *si, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur quia dolo fecit quo minus possideret* berufen. Diese Stelle zeigt vielmehr deutlich, was sich ohnehin von selber versteht, daß schon mit des Beklagten Kenntnis seines Nichtrechtes sein Dolus bewiesen ist.

VIII.

Die *a° a e* und die Hauptklage konkurrieren niemals in irgend einer Form. Führt der Exhibitionsprozeß zur Exhibition, so findet nunmehr als ein zweiter Akt eines einheitlichen Dramas der Hauptprozeß statt. Endet der Exhibitionsprozeß durch Kondemnation, oder bleibt er unvollendet, so ist die Hauptklage nicht absorbiert oder konsumiert, sondern mangels Exhibition unmöglich. Mündet der Exhibitionsprozeß in eine Kondemnation aus, so ersetzt er ökonomisch die Hauptklage, die zu ermöglichen ihm mißlungen ist.

Man hat mit Lenel Ed² p 216 anzunehmen, daß die Formel der *a° a e**) das dingliche Recht demonstriert, das der Kläger im Beginne des Exhibitionsstreites später durch die Hauptklage verfolgen zu wollen kundtut. Diese Rechtsbezeichnung in der Formel ist kein bloßes Ornament. Sie wirkt zugunsten des Klägers wie eine konsumtionseinschränkende Präskription, insofern aber ungünstig für ihn, als bei nachträglicher Kursänderung auf eine neue Hauptklage im Nichtexhibitionsfalle kein Ungehorsam gegen den *iussus exhibendi* vorliegt, im Exhibitionsfalle aber, so darf man vielleicht vermuten, der Prätor den Duktionsjussus verweigert. Die Bestrafung der Kursänderung ist kein unbilliger Formalismus, sondern verständige Generalprävention. Indem man den Kläger zwingt von vorn herein Farbe zu bekennen, erhöht man die Wahrscheinlichkeit rascher Sacherledigung.

*) Von dem Formelprobleme habe ich die Hand gelassen. Lenels Formel trifft schwerlich ganz das Richtige. Ich kann bei meiner Auffassung von der Verwendung der *a° a e* das *quidquid* nicht gutheißen. Und auch das *oportere* mit dem faktisch-rechtlichen Doppelsinne ist nicht ansprechend. Das Rätsel von (50. 16) 37 weiß ich nicht zu lösen.

IX.

Da im Vindikationsprozeß *per legis actionem* die Sachpräsenz ebenso wie später im Formularprozesse notwendig war, muß es im alten Prozeßrechte ein Mittel gegeben haben, welches dasselbe leistete wie später die *formula ad exhibendum*. Pflüger Die Legis Actio Sacramento (1898) 67sq glaubt ein Bruchstück des zu postulierenden Mittels, das nach seiner Ansicht schwerlich eine besondere *legis actio* gewesen ist, in der bei Valerius Probus überlieferten Note

SNS Q si negat sacramento quaerito

gefunden zu haben, die er so paraphrasiert: ‚Wenn er, der Beklagte, leugnet, nämlich den Besitz, dann soll er, der Kläger, ihn unter Eid fragen‘, das heiße, die Frage nach dem Besitz des Beklagten unter Vorsagung einer entsprechenden Eidesformel wiederholen. Das ist eine sehr geschickte Kombination, welche durch ihren starken Anklang an das in (9. 4) 21² uns aufbehaltene Rechtsgebilde sehr an Wahrscheinlichkeit gewinnt.

Es ist glaubhaft, daß die *a° a e* von der griechischen *δίκη εις ἐμφανῶν κατάστασιν* abstammt (sehr zurückhaltend Mitteis RPR I 19⁵⁵). Ist Pflügers Vermutung richtig, so kann diese Abstammung nicht durch das Zwischenglied einer *legis actio* vermittelt gewesen sein. Indessen kann schon lange vor der *lex Aebutia* der *praetor peregrinus* das griechische Vorbild nachgeahmt haben.

Nach dem was bei Meier-Schömann-Lipsius 478sq über jene *δίκη* bemerkt wird, scheint sie im jüngeren attischen Rechte ein so großes Anwendungsgebiet gehabt zu haben wie alle exhibitorischen Rechtsmittel des justinianischen Rechts zusammen, doch mag sie von Haus aus lediglich praeparatorium des Eigentumsstreites gewesen und in der Epoche dieser Beschränktheit Mutter der römischen Klage geworden sein. Römischer späterer Zusatz wird die Haftung des *a l c d d p* sein. Die justinianische Weite der *a° a e* könnte auf das jüngere griechische Vorbild zurückgehen.

Wir begnügen uns hier mit diesen kurzen Andeutungen.

X.

Es bleibt uns noch eine Nachlese zu halten. Zuerst nehmen wir das Feld des Titels (10. 4) in Angriff.

1 Ulp 24 ed. *Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta est.*

Tribonian hat verändert, umgestellt, gekürzt. Die Aneinanderfügung

von *uis eius* und *in usu cotidiano est* ist wohl nicht von Ulpian. Der hatte etwagesagt *uis eius in eo est, ut possessorem cogat rem, quam quis vindicare uelit, in ius adducere*, was in der Kompilation natürlich nicht stehen bleiben konnte. Statt *maxime propter uindicationes* hatte im Urtext eher *propter uindicationem* gestanden. Vgl mit Lex 1 das ähnliche Introductorium in (26. 10) 1^v Ulp 35 ed, wo die *clausula* über den verdächtigen Tutor *et frequens et pernecessaria* genannt, und ihr täglicher Gebrauch vermeldet wird.

3^v Ulp 24 ed. *In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur.*

Argumenta ist trotz Demelius 32¹⁹ und Lenel Ed² p 216³ am wahrscheinlichsten *πρωτίσματα*. *Omnia nosse debet* ist sachlich verkehrt und kaum echt. Ulp viell in *demonstratione huius formulae actor debet dicere argumenta rei de qua agitur.*

3¹. *Qui ad exhibendum agit non utique dominum se dicit [nec debet ostendere], cum <et aliae> [multae] sint causae ad exhibendum agendi.*

Das erste Eingeklammerte hinkt nach und würde in die Lehre von den Voraussetzungen des Exhibitionsbefehls oder der *condemnatio* gehören.

3². *Praeterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei iudice quantitatem tazante.*

hat bei Ulpian, wenn überhaupt, gewiß nicht in dieser Form und an dieser Stelle gestanden. *Notandum est quod* ist bedenklich und der nachhinkende abl abs erregte schon Fabers Verdacht. Am wahrscheinlichsten ist der ganze Satz freie Schöpfung Tribonians, der wohl nicht selten in die Titelanfänge eigene Hinweise auf *Characteristica* des Rechtsinstitutes hineinpraktiziert hat.

3¹⁴. [*Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamuis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat.*] *seruus* [, inquit,] *uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Julianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et uindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia uindicare non possum, nec ad exhibendum experiri <mihī licet> [: in factum igitur mihī actionem competere].*

Man vgl (6. 1) 23⁵ und (31) 63 in Krügers neuer Digestenausgabe und beachte das wunderliche *aequitas exhibitionis* = ‚der Umstand, daß im einzelnen Falle die Exhibitionspflicht aus der Billigkeit ge-

folgt werden kann‘ und im Ende der Stelle das klassisch bewertet unerhört ungeschlüssige *igitur*.

5⁶ Ulp 24 ed. *Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga seruus sit [: ad hoc plane solum tenebitur, ut caueat se exhibiturum, si in potestatem eius peruenerit. sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi uelit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit uel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caueas].*

Ad hoc plane — *peruenerit* und *ad hoc solum teneberis, ut caueas* sind dadurch verdächtig, daß *ad exhibendum non tenebitur* nicht heißt, ‚er wird nicht zur Exhibition verpflichtet sein‘, sondern ‚er wird nicht mit der a^o a e haften‘. *Plane*, das man als unjustinianisch ansprechen könnte, kommt nach Longo zweimal bei Justinian vor*). Das Übrige in der eckigen Klammer ist durch die zweite Person und die zerrüttete Konstruktion auffällig, mag aber echte Stücke bergen. *Idem erit dicendum* einfach mit Haloander zu delieren ist diplomatisch unmethodisch. Es wird doch nicht vom Himmel herab in den Text gefallen sein.

(10. 4) 7^v Ulp 24 ed. *Tigni appellatione omnem materiam in lege duodecim tabularum accipimus, ut quibusdam recte uidetur.*

Ulp hat kaum *quibusdam* gesagt. Die Kompilatoren werden einen Literaturbericht oder gar eine Kontroverse weggeschnitten haben.

7² *Idem et si armario — coadunaueris.*

Statt *idem* würde man *idem erit dicendum* erwarten. Eben diese Worte, sahen wir, abundieren in 5⁶. Beide Stellen sind einander bei Justinian nahe, und waren bei Ulpian einander noch näher. Vermutlich war *idem erit dicendum* zu 7² am Rande nachgetragen, und ist es dann falsch eingefädelt worden. Daß der Schreiber des Randnachtrags auch das *idem* schrieb, das schon im Kontexte stand, läßt sich durch ein kleines Versehen und besser noch durch den Wunsch erklären, den Beziehungspunkt deutlich zu machen.

7¹ *Ibidem non male Pomponius iungit (subiungit?) eius, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere rem ei restitui, hoc est et quo lis contestatur et quo fit condemnatio: et ita Labeoni placet.*

*) Interpoliert ist *plane* in (5. 3) 38 (11. 6) 1¹, wozu vgl Pernice Labeo II² Abt 1 p 175 und de Medio *Bullettino* 17 Jahr 1905 p 17, (19. 2) 9^p (36. 1) 23³ (45. 1) 38¹⁷. Verdächtig ist *plane* in (46. 1) 33: Koschaker *Translatio iudicii* (1905) p 301 vgl 302¹, a M Krüger.

Dies Stück ist in Ulpian's Darstellung der Passivlegitimation, die von 3¹⁵—9⁴ reicht, ein Fremdling. Ulpian's oder genauer des Pomponius Digression ist veranlaßt durch das Moment *utroque tempore*. Wie Besitz des Beklagten (s 7⁶; 7⁴ ist wohl von Trib umgebogen), muß Interesse des Klägers *utroque tempore* vorhanden sein. Stirbt etwa ein *seruus vindicandus*, dessen Exhibition gefordert wird, durante processu eines natürlichen Todes, so besteht des Klägers Restitutionsinteresse zwar im ersten, aber nicht mehr im zweiten Zeitpunkte, muß also trotz Nichtexhibition Freisprechung erfolgen. Oder hatte das Original vom Besitz des Beklagten gesprochen?

8 Jul 9 dig. Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, <non transfertur iudicium in heredem, sed heres suo nomine denuo conueniendus est. idem dicendum est, et si defunctus possiderit> [exhibere eam cogendus erit]. nam <et>* si fundum uel hominem petiero et heres ex eadem <aliaue> causa possidere coeperit, <non transferetur iudicium> [restituere cogitur].

Exhibere cogendus erit und restituere cogitur sind juristisch-formal indifferent. Sie genügen dem byzantinischen, aber nicht dem dyarchischen Leser, für den es notwendig ist, die richtige Prozeßform zu wissen. — Tribonian ist das ergötzliche Mißgeschick widerfahren, bei der Einfügung seiner Embleme die Formen *cogitur* und *cogendus erit* in der Eile zu vertauschen, so daß nun die Tempora nicht stimmen. — Die rekonstruierte julianische Entscheidung beruht zum Teil darauf, daß römisch beurteilt der Besitz des Erben nicht derselbe Besitz ist wie der Besitz des Erblassers. Ist der Prozeß gegen den Erblasser bis zum Urteil gediehen, und schließt sich der Besitz des Erben an den des Erblassers an (*ex eadem causa*), so wird man allerdings die *exc rei iud* zugelassen haben. — Salvo meliore!**)

9^o Ulp 24 ed. Iulianus scribit: si quis hominem quem possidebat occiderit [siue ad alium transtulerit possessionem

*) Mommsen.

***) Man wird vielleicht oppositionell auf (6. 1) 51 Pomp 16 Sab hinweisen: Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, [culpa quoque et] dolo malus heredis in hoc iudicium uenit. Aber culpa quoque et muß, weil widersinnig vor dem dolo ausgesprochen, in den Text geratenes Glossem zu dolo malus sein. Gereinigt aber sagt die Stelle das Harmlose, daß nur der dolo des Erben, nicht auch der des Erblassers zu berücksichtigen ist, wenn gegen den Erblasser *ru* angezettelt war und nach dessen Tode eine neue *ru* gegen den Erben begonnen worden ist. Iudicium datum sit: die datio iudicii wird ausdrücklich hervorgehoben, weil ihr wegen der Möglichkeit, daß der alte Prozeß schon bis zum Urteile gekommen war, eine causae cognitio vorgeht.

siue ita rem corruperit ne haberi possit], ad exhibendum tenebitur, quia dolo fecit quo minus possideret. proinde et si uinum uel oleum [uel quid aliud] effuderit [uel confregerit], ad exhibendum tenebitur.

Das Ausgesonderte ist wohl auf das Konto compilerischer ‚Kompletomanie‘ zu setzen.

9¹ Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immissi, ut glandem comederet [: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. et placet nobis Pomponii sententia, siue glans extet, siue consumpta sit. sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cauero].

Teneri heißt in qua actione possum teneri? ebenso wie in (21. 2) 75 uenditorem teneri non posse nicht wie gewöhnlich ‚haften‘, sondern ‚in Anspruch genommen werden‘. Diese seltene Bedeutung ist im Verhältnis zu jener gewöhnlichen das semasiologische prius. Teneor = ‚ich hatte‘ ist ein Fall der auch sonst vorkommenden Erscheinung, daß ein nacktes Verbum nicht seine Aktion, sondern prägnant deren Möglichkeit besagt. Vgl Gai 3⁴⁶ ut bonorum possessionem petat, lege Papia consequitur. Ähnliches findet man in Gai 3¹²⁴ (28. 7) 27^p (32) 33² (34. 4) 3¹⁰ (46. 1) 39. Teneor = ‚ich werde in Anspruch genommen‘ wurzelt in jener uralten Zeit, zu der der Gläubiger den verfallenen Geisel buchstäblich nahm und festhielt. Ob hoc teneri non possum hieß ursprünglich ‚deswegen kann ich nicht festgehalten werden‘. Hoffentlich wird diese Betrachtung der üblichen Semasiologie Abbruch tun, welche teneor = ‚ich hatte‘ auf die verschrobene Vorstellung der rechtlichen Gebundenheit zurückführt.

Interpolationsindizien gegen das Eingeklammerte:

1) Unstimmigkeiten in den temporibus: si extaret nec patieris; ut facultas esset, uti potero.

2) Obgleich kein neuer Fall proponiert, sondern der alte etwas modifiziert beibehalten wird, haben unversehens Ego und Tu gegen vorher ihre Rollen vertauscht.

3) Placet nobis ist justinianischer pluralis majestaticus. Vgl (7. 5) 8 (36. 1) 23⁵ (46. 1) 70².

4) Placet Pⁱ sententia, siue g extet siue consumpta sit ist poetische Illogik. Das Gefallen an der pomponianischen Entscheidung

des einen oder des andern der beiden Fälle ist in Wirklichkeit nicht durch das Dasein dieses Falles bedingt, sondern mit der Vorstellung dieses Falles verknüpft.

5) Konkurrenz, im klassischen Rechte, von *a° a e* und *interdictum de gl* ist unwahrscheinlich.

6) Klassische Zulässigkeit der *a° a e* gegen eine Person, die bei Nichtbesitz und Nichtdetention zum einzigen positiven Attribute das Exhibierenkönnen hat, ist unwahrscheinlich.

9² *Si quis rem fecit ad alium peruenire, uidetur dolo fecisse quo minus possideat* [, si modo hoc dolose fecerit].

Der ausgesonderte ängstliche Hinweis auf etwas Selbstverständliches ist schon von Pernice und Krüger mit Recht beanstandet worden. Der Inhalt von 9² macht, was wir vorhin vermuteten, daß nämlich *siue ad alium transtulerit possessionem* in 9⁰ unecht ist, beinahe gewiß. Kann sich Ulpian auf so kurzem Raume so identisch wiederholt haben?

9⁴. *Marcellus scribit, si tibi decem nomismata sint sub condicione legata et mihi <eorundem> decem usus fructus pure, deinde heres pendente condicione [non exacta cautione] decem <mihi> [fructuario] soluerit, <quinque nomine> ad exhibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit quo minus possideret [:dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque, ut legatum tuum euanesceret, cum iam nummos uindicare non possis.]*) ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si condicio extiterit legati. potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum et, si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. si tamen ignarus legati tui <mihi tota decem soluerit> [a fructuario satis non exegit], dicit Marcellus cessare ad exhibendum <actionem> [,scilicet quia nullus dolus est]: succurrendum tamen legatario in factum aduersus fructuarium actione ait.*

Daneben ist zu halten:

(36. 3) 1¹⁷ *Ulp 79 ed. Si decem quae in arca erant mihi legata sint, tibi eorum usus fructus legatus sit, si pure utrique <nostrum> legatum sit relictum, <me> [is cui proprietates legata est ipso iure] decem <uindicaturum> [uindicabit], <te> [fructuarium] autem ex senatus consulto acturum (nämlich gegen mich, der ich Eigentümer bin und mir durch Vindikation den Besitz verschafft habe) et quinque usum fructum*

*) Diese Einklammerung ist für das Stück *effectumque — possis* schon von Pernice und Krüger für nötig gehalten worden.

petiturum [constat. sed cum decem uindicat proprietarius, per exceptionem doli repellitur, si paratus sit heres quinque ei soluere et stipulationem ei cedere]), qua fructuarium de restituendis quinque heredi cauit. plane si decem aureorum possessionem legatarius habeat,] Marcellus ait [dandam uel heredi uel fructuario utilem actionem in legatarium, si modo ei caueatur]. sed si sub condicione <mihi> [ei] decem legata sint, <te> [fructuarium] interim <quinque> [decem] oblata cautione habiturum, <mihi uero> [legatario uero, cui proprietates relictas est,] interim legatorum <stipulationem praestandam esse> [stipulatio praestanda est]. sed si <omiserit> [omiserit] stipulationem, existente condicione ad exhibendum <me> [eum] posse agere Marcellus ait <,si heres tota decem tibi dederit>. sed si ignorans heres legatum <meum> decem <tibi> [fructuario] dedit, ad exhibendum eum non teneri palam est: succurrendum tamen <mihi> [legatario] aduersus <te> [fructuarium] Marcellus ait.*

Zugunsten dieser Herstellung der beiden Texte, die nicht mehr sein will als eine Hypothese, sprechen folgende Erwägungen:

1. Die Klage des Quasiusufruktuars aus dem SC ist eine persönliche Klage auf Eigentumsübertragung (gegen Kautio künftiger Leistung von *tantundem eiusdem generis*) und richtet sich folglich gegen den *dominus*. Das wird bestätigt durch

(7. 5) 6^v *Jul 35 dig. Si tibi decem milia legata fuerint, mihi eorundem decem milium usus fructus, fient quidem tua tota decem milia: sed mihi quinque numerari debebunt ita, ut tibi caueam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri. —.*

Als Subjekt der Numeration kann hier dem Zusammenhange nach ohne Zwang nur der Eigentumslegatar verstanden werden. Im ersten Falle von 1¹⁷ ist also richtiger Beklagter der Eigentumslegatar, im zweiten, das ist im Falle von 9⁴, ist es vor dem Eintritt der Bedingung der Erbe (vgl Gai 2²⁰⁰).

2. Der Besitzer von *quinque* und Inhaber einer Forderung auf weitere *quinque* kann unmöglich *ipso iure* einer Vindikation auf *decem* ausgesetzt sein.

3. Daß der Erbe insofern dolos gegen den bedingten Eigentumslegatar handelt, als er vom Usufruktuar keine Kautio fordert, ist eine verschrobene Konstruktion, zumal da ein ordentliches Rechtsmittel, durch das der Eigentumslegatar die Zession der Kautio würde erzwingen können, nicht besteht. Wahr ist, daß der Erbe *quinque dolo*

*) So Mommsen, aber ohne die unentbehrliche Silbe *-tur*.

desiit possidere, wenn er *pendente condicione* dem Quasiusufruktuar d ganzen *decem* ausgeliefert hat. Denn einerseits kann *pendente condicione* der Quasiusufruktuar vom Erben nur *quinque* fordern, so daß dieser in der Lage ist, *quinque* zurückzubehalten, andererseits weiß der Erbe, daß mit erfüllter Bedingung der Eigentumslegatar an der Hälfte der *decem* ein von keinem Quasiusufructus bedrohtes *dominium* erwerben wird. Jener von uns als wahr bezeichnete Gedanke liegt deutlich dem Schlusse von 1¹⁷ zugrunde, und muß folglich auch dem ursprünglichen 9⁴ zugrunde gelegen haben.

Noch ein par Bemerkungen zu den beiden Stellen. Wie wird im ersten Falle von 1¹⁷ dem Quasiusufruktuar geholfen, wenn der Eigentumslegatar weder sperrt noch vindiziert? Die Klage aus dem SC dürfte ebenso wie die *in rem a°*, die durch sie ersetzt wird, Besitz des Beklagten voraussetzen. — Wenn der richtige Beklagte der Aktion aus dem SC *dolo desiit possidere*, hat dann der Quasiusufruktuar ein Analogon der *a° a e*? — Wenn im zweiten Falle von 1¹⁷, also im Falle von 9⁴, *pendente condicione* der Erbe pflichtmäßig *quinque* dem Quasiusufruktuar übereignet hat, und dieser nun stirbt, hat dann der Eigentumslegatar eine *condictio* auf *tantundem* gegen den Erben des Quasiusufruktuars? Vgl (7. 5) 5¹. — Ist 9⁴ von uns richtig behandelt, so durfte er von Mitteis RPR 327⁴¹, 328⁴² nicht zitiert werden.

9⁵. <—> *Quantum autem ad hanc actionem attinet, exhibere est <in iure apud praetorem rei praesentiam> [in eadem causa] praestare, [in qua fuit cum iudicium acciperetur,] ut quis copiam rei habens possit exsequi actione(m) quam destinavit [in nullo casu quam intendit laesa], quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.*

Über den Schluß *quamvis—agatur* vgl oben p 18. Er ist aus späterem Stücke hierher geraten. Vor *Quantum autem* muß die gemeine Bedeutung von *exhibere* angegeben gewesen sein. Davor wiederum mag gestanden haben *Ait praetor, neque arbitrato tuo A° A° exhibebitur*, wovon das etwas deplacierte *ait* am Schlusse von 9⁴ ein zufälliger Überrest sein kann. Die Wortgefüge *in eadem causa* und *in qua fuit cum iudicium acciperetur* sind wohl aus alsobald Folgendem genommen, an das der Paragraph 9⁶ mit seinem *Proinde* angeknüpft hatte.

11¹ *Ulp 24 ed* handelt vom Exhibitionsort, von den Kosten des Transportes von da nach dem Klagort, von Verpflegungskosten. Es ist auffällig, daß dieses Stück hinter den Abschnitt über die *condemnatio* gestellt ist, die handgreiflich (trotz Lenel Pal) den Gegenstand von 9^{7,8} 11^P ausmacht. 11¹ ist durch seine Sprache, seine breite und

doch undurchsichtige Darstellungsart und seinen Inhalt in hohem Maße interpolationsverdächtig. Zu *si apud officium fuerit depositus exhibendus* vgl (2. 8) 7² und dazu Gradenwitz Interpolationen 66,^{*)} zu *in hunc casum* vgl (2. 14) 9¹ und dazu Gradenwitz 59. Neben 11¹ als Ganzes halte man (2. 13) 4⁵ (6. 1) 10 (beachte *et non malum est*) 11 (beachte *nisi si — tunc enim —*) 12 (beachte das nachhinkende *sumptibus suis*) (16. 3) 12¹ — lauter höchst verdächtige Stellen, die freilich F Leonhard Erfüllungsort und Schuldort (1907) 6sq für vollständig klassisch zu nehmen scheint.

12³ *Paul 26 ed. Si quis ex uvis meis mustum fecerit uel ex oliuis oleum uel ex lana uestimenta, cum sciret haec aliena esse, [utriusque nomine] ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse uerius est.*

Nach Proculus erzeugt Spezifikation eine neue Sache mit neuem Eigentümer, nach Sabinus läßt sie die alte Sache und den alten Eigentümer bestehen. Hat Proculus recht, so ist der Spezifikant als einer, der *dolos* den Besitz der alten Sache aufgegeben hat, mit *a° a e* zu verklagen, ist des Sabinus Lehre wahr, so unterliegt der Spezifikant als Possessor der neuen (d i der alten) Sache der *a° a e* und der *r u*. Ungereimt ist es, beide Glieder der Alternative gleichzeitig zu bejahen. Folglich ist *utriusque nomine* unecht. Der paulinische Text enthielt vermutlich eine Darlegung des Streites der Schulen in seiner Anwendung auf den proponierten Fall und wird schließlich — der überlieferte wohl echte Schluß deutet darauf — in Prinzip und Korollar dem Sabinus beigespflichtet haben.

Jetzt ein par Stellen aus andern Titeln.

(4. 4) 9⁶ 11^P *Ulp 11 ed. Aduersus libertatem quoque minori a praetore subueniri impossibile est (echt?). Uerum uel de dolo uel utilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti: proinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur. [sed et nomine earum rerum, quas dominicas seruus manumissus supprimebat, competunt aduersus eum actiones ad exhibendum et furti et condictio, uidelicet quoniam et manumissus eas contrectabat. ceterum ex delicto in seruitutem facto domino aduersus eum post libertatem actio non competit:] et hoc rescripto diui Seueri continetur.*

^{*)} Auch die *depositio in aede sacra* ist in mehreren Digestenstellen tribonischen Ursprungs verdächtig: (3. 3) 73 (Faber) (4. 4) 7² (? *sed hodie solet*, Faber, a M, scheint es, Krüger) (10. 2) 5 (? *uel* 4³ (?)) (16. 3) 1³⁶ (Faber, Gradenwitz 14) 1³⁷ (?) 5² (*arbitrato iudicis apud aedem aliquam deponi*, nachdem vorher von *aditio praetoris* die Rede gewesen ist).

Sollte wirklich der seichte und nicht zur Sache gehörende Gemeinplatz im Reskripte des Severus gestanden haben? Äußerlich fällt auf *quas dominicas; supprimebat — contrectabat* (Tempus!); *in seruitutem*.

(13. 1) 7¹ Ulp 42 Sab. *Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, ut neque furti actio per conditionem neque condictio per furti actionem consumatur. [is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et conditionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.]*

Die hinter *itaque* gemachte Feststellung, daß der Bestohlene *a° furti* und *condictio* hat, ist eine Wiederholung, und die Zuständigkeit von *ru* und *a° a e* folgt doch nicht aus dem Vorhergehenden. Offenbar ist das Ausgeschiedene eine lehrhafte Zusammenstellung aus dem Vortrage eines nachklassischen Schulmeisters.

(19. 2) 19⁵ Ulp 32 ed. *Si inquilinus arcam aeratam in aedes contulerit et aedium aditum coangustauerit dominus, uerius est ex conducto eum teneri [et ad exhibendum actione, siue scit siue ignorauerit: officio enim iudicis continetur, ut cogat eum aditum ampliare et facultatem inquilino praestare ad arcam tollendam sumptibus scilicet locatoris].*

Die *a° a e* gegen den Nichtbesitzer und auf *tollere pati* ist unklassisch. *Facultas ad tollendam* ist ungewöhnlich. Die Bemerkung über die *sumptus* ist überflüssig und hinkt nach. Vgl (2. 13) 4⁵ *tuis uidelicet sumptibus*, (19. 2) 60² *fullonis uidelicet sumptibus*, (5. 3) 30 *periculo scilicet petitoris*.

(33. 6) 2¹ Pomp 6 Sab. *Si centum amphorae quas uelles tibi legatae sint, [ex testamento agendo consequi potes,] ut degustare tibi liceat, [aut quanti interfuerit licere tibi degustare,] ad exhibendum agere potes.*

Da *a° a e* zusteht, liegt ein *do-lego*-Legat vor. Folglich ist nach altem Rechte kein Gedanke an die *a° ex t* möglich.

(43. 16) 1⁶ Ulp 69 ed. *Illud utique in dubium non uenit interdictum hoc (de ui) ad res mobiles non pertinere [: nam ex causa furti uel ui bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi]. plane si quae res sint in fundo uel in aedibus, unde quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum.*

Das Ausgeschaltete ist inhaltlich dürftig. *Nam* ist unlogisch: als ob das Interdikt, wenn jene andern Klagen nicht wären, mit logischem Zwange zustünde! Das absolute *ex causa* ist bedenklich. *Competit, potest et — agi* ist ungeschickt, man konnte alles unter den General-

nenner *competit* stellen. Die ganze Sache gehört einem epigonen Rechtslehrer. Auch 1⁷ ist sicher nicht von Ulpian:

Si quis de naue ui deiectus est, hoc interdicto locus non est, argumento eius, qui de uehiculo detractus est, quem nemo dixit interdicto hoc uti posse.

Natürlich! Ohne das vorzügliche Argument mit dem Manne, der vom Wagen geworfen wird, würde ein jeglicher die Dejektion vom Schiffe als von einem Quasi-immobile dem Gewaltinterdikte unterstellen. Auch *nemo dixit* ist ein prächtiges Argument. *Hoc interdicto locus non est!* Im folgenden Paragraphen *Plane si quis de ligneis aedibus deiectus fuerit, nemo ambigit interdicto locum fore rell* ist *ligneis* zu streichen.

(47. 1) 1⁰ Ulp 41 Sab. [*Civilis constitutio est*] *poenalibus actionibus heredes non <tenentur> [teneri nec ceteros quidem successores]: idcirco nec furti conueniri possunt. [sed quamuis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. item condictio aduersus eos competit.]*

Vielleicht ist etwas zuviel eingeklammert. Es ist schwer, genau die Grenze zu ziehen. Verdächtig ist folgendes: *civilis constitutio, quamuis—attamen, teneri eos oportet.*

(47. 2) 81² Pap 12 quaest. *Si ad exhibendum egissem optaturus seruum mihi legatum et unus ex familia seruus subreptus <esset> (Hal), heres furti habebit actionem [: eius interest: nihil enim refert, cur praestari custodia debeat].*

Die *a° a e* beweist, daß das Legat ein *do-lego*-Legat ist. Folglich ist es gar nicht wahr, daß der *heres* zur *custodia* verpflichtet ist*). Oder richtiger, es ist nur nach justinianischem Rechte wahr, wo im Gegensatze zum kl R zwischen *heres* und Vindikationslegatar ein persönlicher Obligationsnexus besteht. Papinian gibt dem Erben die *a° furti* ganz einfach aus dem formalen Grunde von dessen Eigentümerschaft, entsprechend der analogen Entscheidung:

81⁰. *Si uendidero neque tradidero seruum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio [: et mea uidetur interesse, quia dominium apud me fuit uel quoniam ad praestandas actiones teneor].*

Vgl hierzu Levy Sponsio (1907) 204², wo freilich nur *fuit rell* für unecht erklärt wird. Aber auch *et mea rell* ist durch seine Unnötigkeit und vielleicht auch durch *dominium apud me* statt *dominus sum*

*) Außer für die Zeit des Exhibitionsprozesses. Daß der Diebstahl während dieses Prozesses geschieht, ist nicht gesagt.

bedenklich. Man erinnere sich des, wie denk ich gezeigt, interpolierten *quamuis uideatur interesse mea ob hoc quod teneor ad restituendum* in (10. 4) 3¹¹. Der Gedanke ‚ich bin interessiert, weil ich meinerseits hafte‘ ist wohl auch sonst noch in den Digesten emblematisch. Vgl auch Levy 11. Im Falle 81² steht (vorhanden, aber für die Entscheidung belanglos) neben dem formalen Eigentümerinteresse ein materielles Interesse des Erben, indem ja der Legatar vielleicht einen andern als den gestohlenen Sklaven optieren wird. In 81¹ fehlt solch materielles Interesse, die emblematische Interessenkonstruktion ist in ihrem zweiten Teile ein *circulus vitiosus*. Übrigens ist auch 81¹ stärker interpoliert, als man bis jetzt annimmt:

Cum autem iure domini defertur furti actio, [quamuis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen] ad aestimationem corporis [si nihil amplius intersit,] (nicht neu) utilitas [mea] referenda est, idque et in statuliberis et in legato sub condicione relicto probatur: alioquin diuersum probantibus statui facile quantitas non potest. [quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest.]

Statt *non alias, nisi nostra intersit, competat* hieße es sprachlich korrekt *non alias nisi cum* oder *nisi nostra intersit, non competat* (ohne *alias*). Der *quamuis*-Satz paßt logisch nicht hinter *Cum—defertur*, welches bedeutet: ‚so oft kraft des Eigentumsrechtes die *a° furti* zur Verfügung steht‘. Wer so redet, setzt als bewiesen voraus, daß in gewissen Fällen ein gewisser Rechtssatz gilt, und tut kund, von diesen Fällen etwas präzisieren zu wollen. Da ist der *quamuis*-Rückfall in die Zweifelbekämpfung logisch disziplinos. *Tamen* scheint freilich zu fordern, daß man den *quamuis*-Satz zum Folgenden zieht. Dann kommt man aber erst recht nicht aus: ‚obgleich nur der Interessent die *a° furti* hat, findet in gewissen Fällen *corporis aestimatio* statt‘ ist Unsinn. Die Verkehrtheit des Schlußsatzes bedarf keiner Nachweisung.

(47. 3) 1^{2*}) *Ulp 37 ed. [Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vincitue: non enim sic eum conuenimus quasi possidentem, sed ita quasi dolo malo fecerit quo minus possideat.]*

Das *Sed et* knüpft an 1¹ und nicht an 1¹ an, wo in breiter Darstellung der Begriff *tignum* erörtert wird. Also wird es kaum

*) In Mommsens Ausgabe fehlt die Paragraphennummer.

ulpianisch sein. *Nec parci oportet* ist ein sonderbares Argument. Die erste Person plur *conuenimus* ist auffällig. Die *formula ad exhibendum* enthält immer beide Fälle, die Erklärung des Klägers, er klage aus der zweiten Klausel, ist etwas Irrelevantes. Es ist gar nicht wahr, daß der *iunctor tigni* nicht mehr besitzt. Ein *tignum iunctum* besitzt nur der nicht, welcher es gleichzeitig mit dem Haus in Besitz genommen hat, indem er dann nur den Besitz des Totum erworben hat, während die Junktion nicht Erlöschungsgrund eines einmal begonnenen Besitzes ist. Es ist dieselbe Sache wie mit dem *aptator rotae*.

Ein par verdächtige Redewendungen.

Aspernari.

(37. 6) 8 Pap 3 quaest. Nonnumquam praetor uariantem non repellit [et consilium mutantis non aspernatur]. unde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cauere fratribus noluit, audiendum postea putauerunt, si uellet oblata cautione beneficium bonorum possessionis exercere. tametsi responderi potest uideri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conseruare noluit [: sed benignior est diuersa sententia, maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur]. quem tamen facilius admittendum existimo, si intra <annum> [tempus delatae possessionis] (Gradenwitz) cautionem offerat: nam post annum, quam delata <est> [esset] bonorum possessio, uoluntariam <oblationem> [moram] cautionis admittere difficilius est.

Consilium mutantis non aspernatur meint consilium consilium mutantis non aspernatur, sagt ganz dasselbe wie uariantem non repellit und kann nur Glosse sein, die in den Text geraten und mit repellit durch et verbunden worden ist. Die klassische Wendung consilium mutare ist aus (50. 17) 75 genommen, das im Urtexte unmittelbar vor unserem Fragmente gestanden hat (Lenel Pal). Der Satz sed benignior rell ist müßig, verrät durch Stil und Inhalt den Nachklassiker und trennt das folgende quem von seinem Beziehungspunkte. Moram paßt nicht. Das zu fordernde oblationem ist, durch Auslassung der ersten Hälfte zu onem verstümmelt, von einer zweiten Hand mit pseudorestitutorischer Verdoppelung des vorhergehenden m (uoluntariam) und willkürlicher Ersetzung von ne durch ra in moram umgewandelt worden.

(36. 1) 23¹ Ulp 5 disp. Non est dubitatum cogi posse heredem institutum adire et restituere hereditatem seruis, siue directa siue fideicommissaria libertas eis data fuisset [, cum aspernari heres non deberet personam cogentis]: habet enim hic quoque aditum, ut, qui nondum petere fideicommissariam libertatem possit nec directam sibi uindicare, propter spem tamen libertatis et hereditatis aditum ad praetorem et per se habeat.

Das eingeklammerte Stück ist unecht, denn ob man dem Erben zumuten darf, sich von einem Sklaven zwingen zu lassen, ist eine törichte Frage. Ob der Zwang sachlich geboten ist, darauf allein kommt es an, nicht auf die Empfindungen des Erben. Die Stelle ist auch sonst in hohem Grade verdächtig.

(2. 2) 1^o Ulp 3 ed. Hoc edictum summam habet aequitatem [et sine cuiusquam indignatione iusta: quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit uel dici effecit?]

Zwischen aequitatem und et sine klappt der Satz. Die Rhetorik des Ausdrucks sine cuiusquam indignatione iusta und der Frage (auch die Frage in § 2 ist schwerlich dem Ulpian zuzuschreiben). Jus dici effecit ist grammatisch und erst recht und zwar deshalb sachlich anstößig, weil das ius dicere zwar bisweilen kraft Delegation, aber niemals nach einer konkreten Spezialanweisung geschieht.

(29. 4) 10^o Ulp 50 ed. Si non solus, sed cum alio possidet hereditatem is qui omisit causam testamenti, rectissime Julianus ait, quod et Marcellus probat, [dandam in ipsum quoque legatorum actionem utilem: nec enim aspernari debet obesse sibi factum heredis scripti, cui etiam profuerit. hoc autem ita est, nisi si pecuniam accepit is qui omisit causam testamenti: tunc enim in solidum tenebitur.]

Mit ipsum wird auf den alius kaum korrekt hingedeutet. Der Satz hoc autem rell ist legislatorisch unreif, dazu nisi si—tunc enim. Bei Ulpian hatte wohl etwa gestanden ipsum in solidum teneri.

Careo culpa (dolo, crimine, fraude).

Diese bizarre Ausdrucksform*) wird vom VIR mit 36 Digestenstellen belegt, die wohl sämtlich interpoliert sind. Ganz oder ziemlich sicher gilt das in 19 Fällen:

*) Sie steht freilich schon bei Plautus trin 1129 und bei Cicero. Ist careo wirklich vox media, so ist dolo careo wenigstens gesucht.

(4. 2) 14³ Ulp 11 ed. [In hac actione non quaeritur, utrum is qui conuenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum uel uim, et ex hac re eum qui conuenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum uel uim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat —.]

Quaeritur, an fecit. — Die Kategorie des prozessualen Beweises ist bei Justinian ebenso beliebt wie bei den Klassikern selten. — Das Hyperbaton *metum illatum uel uim*. — *Etsi — tamen*. — *Nam cum — adhibuit* ist schon von Krüger als emblematisch erkannt. — Der ganze Paragraph dürfte Justinian zuzuweisen sein.

(9. 2) 27¹¹ Ulp 18 ed. — [sed haec ita si culpa colonus careret: ceterum si — habet rationem.]

Siehe Krügers Ausgabe. Der Passus fehlt in der Parallelstelle in der Collatio.

(9. 2) 30³ Paul 22 ed. In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam uel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius euagatus et progressus ignis alienam segetem uel uineam laeserit, <is, qui eius damni occasionem praestitit, ex hac lege tenetur.> [requiramus, num imperitia eius aut neglegentia id accidit. nam si die uentoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse uidetur): in eodem crimine est et qui non obseruauit, ne ignis longius procederet. at si omnia quae oportuit obseruauit uel subita uis uenti longius ignem produxit, caret culpa.]

Requiramus bedeutet den freiwilligen Entschluß, da doch die juristische Notwendigkeit bezeichnet sein mußte. *Accidit* statt *acciderit*. *Culpa reus*. *Crimine*.

(14. 1) 1² Ulp 28 ed. — alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nauitas adhibet, non contrahi cum eis permittit [, sed culpa et dolo carere eos curare debet].

Der Schluß ist überflüssig und bedenkt nicht, daß *culpa* und selbst *dolus* nur unter Umständen Delikte sind.

(16. 3) 32 Cels 11 dig. Quod Nerua diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi uerissimum uidetur. [nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam

in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salua fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.]

Siehe de Medio Bull 17 (1905) p 27.

(17. 1) 29⁴ Ulp 7 disp. [Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit siue sciens siue ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum debitor fuerit necne.]

Die Stelle steht zwischen zwei sicher emblematischen Stücken: Gradenwitz Interp 33sq. — Wer als *ignarus* inkorrekt handelt, ist allzu selbstverständlich nicht *dolos*. — Die Omission einer andern dilatorischen Einrede mag oft harmlos sein, der Nichtgebrauch einer prokuratorischen Exzeption ist ein grober Verstoß des Bürgen, weil er Zahlung an falsche Adresse bedeutet. — Der wunderliche Floskel *bonae fidei non congruit de apicibus iuris disputare*. In den Digesten *an elq* kommt *apex* bei Justinian nach Longo achtmal vor.

(18. 2) 19 Jau 2 Plaut. Fundo in diem addicto si postea <pretio> [pretium] adiectum est et uenditor alio fundo applicito eum <et> ipsum fundi posteriori emptori addixit [et id sine dolo malo fecit], priori emptori obligatus non erit: nam quamuis non id tantum, quod in diem addictum erat, sed aliud quoque cum eo uenierit, tamen [, si uenditor dolo caret,] prioris emptoris causa absoluta est: id enim solum intuendum est, an priori <uenditioni> [uenditori] [bona fide] facta sit adiectio.

Fügt der Verkäufer ein neues Grundstück hinzu, so wird die Frage, ob Adjektion vorliegt, nach dem verhältnismäßig reduzierten Preise des Totum entschieden. Simuliert der Verkäufer, daß der erzielte Preis des Totum Preis des ursprünglichen Grundstücks ist, so gilt trotzdem die dissimulierte Wahrheit. Der Dolus des Simulierenden ist zwar eine konkomitante Erscheinung des Relevanten, doch ist er selber für die juristische Überlegung irrelevant. Es ist nicht klassische Art, das Dasein eines relevanten Momentes indirekt durch das Dasein eines konkomitanten irrelevanten Momentes zu enuntiiieren. Dazu ist erst recht irreführend ganz abstrakt *dolus* gesagt, so daß man nicht weiß, ob nicht am Ende auch folgender Fall einer schlaun Berechnung mitgemeint ist: der Verkäufer gewinnt sich einen besseren Bieter auf das ursprüngliche Grundstück, indem er sich zum Mitverkauf eines weiteren Stücks (gegen einen besondern Preis) bereit erklärt. Hier ist nun nicht nur das kluge Spekulieren unbedeutend, sondern auch kein anderes Tatbestandsmoment dem Dasein einer beachtlichen Adjektion

fatal. Undurchdachte Einschränkungen mit Billigkeitstendenz sind ein Typus der nachklassischen Textkorrektur. Der Gedanke des Klassikers ist der: der Verkäufer des Ganzen ist auch Verkäufer des Teiles. Eine sehr einfache Erwägung, die, wie häufig die Betrachtungen der Klassiker und wohl zumal der älteren, ein altfränkisches Am-Wortehaften abtut.

(19. 2) 11³ Ulp 32 ed. — [nisi culpa conductor careret.]

Interp: Eisele, Krüger.

(19. 2) 13¹ Ulp 32 ed. *Si nauicularius onus Minturnas uehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense nauis ea subire non posset, in aliam nauem merces transtulerit eaque nauis in ostio fluminis perierit, tenetur<ne> (Mo) primus nauicularius? Labeo [si culpa caret,] non teneri ait [ceterum si uel inuito domino fecit uel quo non debuit tempore aut si minus idoneae nauis, tunc ex locato agendum].*

Caret für careat. Ceterum si — tunc. Das absolute fecit. Die Mischung von uel und aut. Der in der Luft schwebende Dativ minus idoneae nauis.

(26. 10) 3³ Ulp 35 ed. [sed et si quis curam uentris bonorumue administrat, non carebit huius criminis metu.]

(27. 7) 1¹ Pomp 17 Sab. *Quod penes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet [quod apud pupillum is reliquerit si heres capit, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est et utili actione hoc reddere compellitur].*

Das klingt so, als lasse der Vormund ebenso häufig das Mündelvermögen in der Hand des Mündels, wie er es in seine eigene Hand und Verwaltung nimmt, da doch in Wirklichkeit der Vormund immer so gut wie nichts aus dem Vermögen bei dem Mündel ‚relinquiert‘. Wenn der Erbe des Vormundes sich mit neuer selbständiger Tat am Mündelvermögen vergreift, so hat eine *utilis tutelae actio* keinen Sinn, sind vielmehr die gewöhnlichen Klagen, die gegen Eingreifer in fremde Sphären zustehen, angemessen und ausreichend. Man darf nicht einwenden, *apud pupillum relinquere* heiße ‚in vormundschaftliche Verwaltung genommene Vermögensstücke juristisch gesondert erhalten‘, denn einmal ist jener Ausdruck kaum dieser Bedeutung fähig, und zweitens paßt dieser Begriff nicht zu dem Gegenstücke *penes tutorem fuit*, worin notwendig auch das Innehaben wohlgesonderten Mündelvermögens einbegriffen ist.

(29. 4) 26^v Pap 16 quaest. *Julianus scribit patrem qui filiam sibi substitutam iussit adire hereditatem, legata quae ab ipso data sunt ex sententia edicti praestaturum, quoniam filia patri substituitur in casu, non ut arbitrium eligendi*

relinquatur: sed si uaria legata supra dodrantem data sint, eorum prius rationem habendam, quae a filia relicta sunt. [non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso propter compendium alienam institutionem maluit.]

Der letzte Satz steht logisch an unmöglicher Stelle. Der Relativsatz *qui honore rell* klingt papinianisch und kann in der Tat aus Papinian gestohlen sein.

(35. 2) 30^p Maec 8 fideic. [In ratione legis Falcidiae mortes seruorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, uis hostium praedonum latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcumque damnum, si modo culpa legatarii careant, heredi pereunt: —.]

Kann man sagen *mortes pereunt*? Ist nicht die *damna*-Aufzählung und zumal die Häufung *hostes praedones latrones* unnötig? Und ist es wahr, daß die *culpa* der Legatäre in *ratione Falcidiae* und nicht vielmehr durch abgesonderte aquilische Klage ausgetragen wird? Auch die nicht abgedruckte zweite Hälfte von 30^p ist recht verdächtig. So viel Worte um die einfache Rechtstatsache, daß der Todeszeitpunkt maßgibt!

(36. 1) 23³ Ulp 5 disp. — *quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.*

Dieser ganze Schlußsatz der auch sonst heimgesuchten Stelle wird unecht sein.

(42. 8) 10³ Ulp 73 ed. *Si quis particeps quidem fraudis non fuit, uerumtamen uendente debitore testato conuentus est a creditoribus, ne emeret, an in factum actione teneatur, si comparauerit? et magis est ut teneri debeat [non enim caret fraude, qui conuentus testato perseuerat].*

Das absolute *perseuerat* und die Überflüssigkeit der Schlußbemerkung.

(44. 4) 25 Ulp 76 ed. [— nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.]

Vgl unten p 108.

(44. 4) 42⁶ Ulp 76 ed. *De dolo autem ipsius minoris uiginti quinque annis exceptio utique locum habebit: nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum nequaquam ambigendum est [ex ea aetate, quae dolo non careat]. denique Julianus quoque saepissime scribit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. —.*

Ex ea aetate ist ein sprachliches Unding, und das Eingeklammerte

verträgt sich logisch nicht mit *interdum*, dessen vollständige Konkretisierung es doch ist.

(44. 4) 4³¹ *Ulp* 76 ed. — [— *utique si ipse dolo caret. ceterum, si ipse dolo non careat* —.]

Interp: Longo, Krüger.

(45. 1) 51 *Ulp* 51 ed. *Is, qui alienum seruum promisit, perducto eo ad libertatem ex stipulatu actione non tenetur* [: *sufficit enim, si dolo culpaue careat*].

Daß der Inhalt des Schlusses richtig ist, ist wohl nicht zu bezweifeln. Wären aber Anfang und Schluß von derselben Hand, so enthielte der Anfang ein ‚in der Regel‘, oder wäre der Schluß so stilisiert: ‚es sei denn, daß Dolus des Promittenten vorliegt‘. Sachlich läuft der Schluß auf eine solche Ausnahme für den Dolusfall hinaus. Dergleichen Korrekturen mit Rücksicht auf den möglichen Dolus sind nicht selten nachklassische Zusätze.

Congruus

scheint in den Digesten überall unecht zu sein. (39. 5) 31¹ und (49. 15) 12⁵ sind als interpoliert anerkannt.

(2. 14) 1⁹ *Ulp* 4 ed. *Huius edicti aequitas naturalis est. [quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt seruare?]*

Das Demonstrativum *eos* bezieht sich mit großer Härte auf ein aus *humanae* herauszuhörendes *homines*. *Fides humana = fides quam homines inter se praestare debent* ist schlecht. Daß die Kopula fehlt, ist störend. Vielleicht ist auch der erste Satz unecht. Im andern Falle ist etwa *naturalis* durch *perspicua* zu ersetzen.

(32) 65³ *Marcian* 7 inst. — *quod magis optinere debet* [, *quia humanae naturae congruum est*].

Der Zusatz ist albern, wie man bei Einsicht in den Zusammenhang sofort erkennt.

(36. 1) 26⁹ *Jul* 39 dig. — *Marcellus* [: *sed testatoris uoluntati congruum est, quandocumque puer decesserit, siue antequam dies fideicommissi cedit siue postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit, eoque*] (*hoc*) *iure utimur*.

Wenn das Gestrichene von Marcell ist, von wem ist denn dann die Zustimmung *eoque iure utimur*? Auch scheint Julians Distinktion, die man nachlesen wolle, unanfechtbar weise.

(36. 1) 52 *Pap. 11 quaest.* — [*sed paternae reuerentiae congruum est egenti forte patri officio iudicis, ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari*].

Papinian berichtet, daß Hadrian (*princeps legibus solutus!*) einem Erben, dem zugunsten seines Haussohnes auf den Fall von dessen Freiwerdung ein Universal-fideikommiß aufgelegt war, und der die Erbschaft untreu verschlechterte, sofortige Restitution an den Sohn anbefahl, und bemerkt ausgezeichnet, der Sohn gleiche nach geschehener Restitution einem *filius miles*. Darauf jener Schluß. Willkürliche weder durch jenes singuläre Dekret noch durch das *ius commune* gedeckte Äquität. *Paterna reuerentia. Accessiones hereditariae. Egenti forte patri* anscheinend in der Bedeutung von *si eget pater. Officio iudicis*, wo die Sache doch extraordinär vom *praetor fideicommissarius* zu ordnen wäre.

Paul 2. 3 ist wohl so zu lesen: *Stipulatio est uerborum conceptio, ad quam quis [congrue] interrogatus <congruenter> respondet*: —. *Congrue* wäre am falschen Orte und verstümmelt eingefädelter Randnachtrag. Vgl (45. 1) 1⁶ *Ulp* 48 Sab. — *si quis Latine interrogauerit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est*. —. Möglich auch, ja wohl noch wahrscheinlicher, daß die Verstümmelung erst nach der Einfädung geschehen ist: ‚—*enter*‘ und ‚*inter*‘ sind nahezu identisch.

Dicere, quod

und ähnliches ist in den Digesten wohl meistens, wenn nicht immer, unecht. Durchmustern wir die Stellen, die Kalb Roms Juristen (1890) 29sq zusammengebracht hat.

(22. 3) 9 *Cels.* *uerum est, quod debeat*. Interp.

(4. 7) 3⁴ *Gai* 4 ed *prou.* *Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restitutorum se (propter alienationem iud mut causa factam) pollicetur, ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit alium aduersarium non habuisse*: —.

Hier müssen die Kompilatoren geändert haben: die restitutorische Klage und die Klage auf das Interesse lassen sich nicht als identisch vorstellen.

(27. 1) 17⁵ *Call* 4 cogn. *Sane notum est, quod gerentibus honorem uacationem tutelarum concedi placuit, uacare [autem] (Mo) eos, qui* —.

(18. 2) 4³ *Ulp.* *ex quo colligitur, quod*.

Unecht, vgl unten p 87.

(40. 5) 24¹⁰ *Ulp.* *ignotum est, quod*. Interp.

(2. 14) 7¹² *Ulp.* *adprobetur, quod*. Interp.

(4. 2) 9¹ *Ulp* 11 ed. *<Ait praetor ‚gestum erit‘> [Animad-*

uertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur] nec adicit a quo gestum: —.

(4. 6) 21¹ Ulp 12 ed. Et [erit notandum, quod plus praetor expressit, cum aduersus eos restituit, quam cum ipsis subuenit: nam] hic non certas personas enumerauit [aduersus quas subuenit,] ut supra, sed adiecit clausulam, qua omnes, qui absentes non defenduntur, complexus est.

(9. 2) 25² Ulp 18 ed. [Notandum, quod in hac actione, quae aduersus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes.]

Glosse. Inhalt sehr bedenklich und auf eine gleichgültige Wortfrage zugespitzt. Nam nullae rell ist wunderbarlich gesprochen.

(13. 6) 1^o 1 Ulp 28 ed. Ait praetor: „Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.“ [Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum,] quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem —.

Quod qui ist relativische Anknüpfung.

(21. 1) 25⁷ Ulp 1 ed aed cur. Sed [notandum est, quod] non permittitur —.

(25. 4) 1⁵ Ulp 24 ed. Et [notandum, quod] non permittitur —.

(48. 5) 28¹⁶ Ulp 3 adult. Notandum est, quod capite quidem nono —.

Vielleicht hat statt Notandum est dagestanden Sane miretur quis oder dergl und am Schlusse cuius diuersitatis ratio uix reddi potest, wofür denn Justinian, da er nicht reformieren wollte, die nackte Feststellung der Diversität angemessener finden mochte.

(10. 4) 3² Ulp. notandum est, quod. Vgl oben 34.

(39. 2) 15³ Ulp 53 ed. [Notandum, quod] non [etiam] de loci uitio, sed de operis tantum cauetur —.

(47. 15) 2 Ulp 9 off proc. Sciendum, quod hodie is, qui praeuaricati sunt, poena iniungitur extraordinaria.

Wohl späte Einfügung.

(4. 6) 18 Paul 12 ed. Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus —.

Auch aus anderen Gründen dringend verdächtig und längst verdächtig.

(32) 99^o Paul 1 sing de instr sign. Seruis urbanis legati, quidam urbana mancipia non loco, sed opere separant —. [dicendum autem est,] quod (equidem non probauerim. nam) urbani intellegendi sunt rell.

Oder ähnlich. Dicendum est ist aus dem folgenden Paragraphen genommen.

(48. 17) 1² Marci 2 publ. Praesides autem provinciarum circa requirendos adnotatos hoc debent facere, ut eos quos adnotauerint edictis adesse iubeant, [ut possit innotescere eis quod adnotati sunt,] sed et litteras ad magistratus, ubi consistunt, mittere, ut per eos possit innotescere requirendos eos esse adnotatos.

Diese Stelle ist auch sonst nicht rein.

(48. 10) 27¹ Mod 8 reg. — [de inpudentia eius, qui diuersa duobus testimonia praebuit, cuius ita anceps fides uacillat quod crimine falsi teneatur, nec dubitandum est.]

Dieser Satz sagt mit lächerlicher Rhetorik genau dasselbe, was in schlichter, angemessener Sprache schon in 27^o gesagt ist.

(4. 2) 9^o Ulp 11 ed. — si fundum meum dereliquero [audito], quod quis cum armis ueniret —.

(22. 6) 9^o Paul 1 sing de i et f ign. Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti uero ignorantiam non nocere. uideamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus uiginti quinque annis ius ignorare permissum est. quod et in feminis —.

Hier wird der Text — man beachte auch die Subjektlosigkeit von locum habere possit — von Tribonian remaniert sein.

(22. 3) 15 Mod 12 resp. — qui postea [cognito], quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant —.

(8. 2) 13^o Proc 2 epist. — qua de re uolo cum Hiberu loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro (eius peritia de) ea re dubitare puto [, quod rem non permissam facit tubulos secundum communem parietem extruendo].

Der Schluß ist dem Zusammenhange nach gänzlich unnötig.

(10. 3) 11 Gai 7 ed prou. In summa admonendi sumus (—) quod si post interitum rei communis —, communi diuidundo iudicium utile datur: —.

Obgleich Gaius gelegentlich gräzisiert, hat man die Möglichkeit und vielleicht Wahrscheinlichkeit einer solchen Textlücke wohl zu beachten.

(32) 39¹ Scaeu 20 dig. Propositum est non habentem liberos — arcessitis amicis — Gaio — dixisse, quod uellet ei relinquere praedia quae nominasset, eaque dicta in testationem Gaium — redegisse etiam ipso testatore interrogato, an ea dixisset, et responso eius tali μάλιστα inserto: quaesitum est

an —. *respondit [super hoc nec dubitandum esse, quin] fideicommissum <ualere> [ualet].*

Hier kommt der Sprachfehler *dixisse, quod* auf die Rechnung des wohl griechischen Proponenten, wenn nicht gar, wie Faber glaubte, der ganze Paragraph Tribonian gehört.

(13. 5) 31 *Scaeu 5 dig. — addidit epistulae suae, quod —. quaesitum est —. respondit —.*

Auch hier hat wohl ein unrömischer Konsulent den Fehler gemacht. Bei Livius 23. 5. 9 heißt *adicite, quod* ‚fügt den (bekannten) Umstand hinzu, daß‘, während in Lex 31 *addidit* bedeutet ‚er fügte die weitere Mitteilung hinzu, daß‘.

(21. 2) 32¹ *Ulp 46 Sab. — comperisse, quod non esset sanus: —.*

Dies Wortgefüge gehört zu einer *figamus*-Exemplifikation, die auch sonst hie und da durch ihre Sprache auffällt: *esset consecuturus* für *esset consecutus*, *esset empturus* für *emisset*. Über das Wort *figamus* vgl. *Bullettino* 19 (1907) 179, wo Scialoja gegen einige *figamus*-Stellen einen freilich gelinden Interpolationsverdacht bekundet. Man hat mindestens mit einer nicht unbedeutenden Wahrscheinlichkeit zu rechnen, daß 32¹ in teilweise unechter Gestalt vor uns liegt.

(36. 1) 9² *Ulp. profiteri, quod. Interp.*

(38. 2) 8³ *Ulp. sperasse, quod. Interp.*

(47. 11) 9 *Ulp 9 off proc. — plerique inimicorum solent praedium inimici σκοπεῖν, id est lapides ponere [indicio futuros, quod si quis eum agrum coluisset, malo leto periturus esset insidiis eorum, qui scopulos posuissent]: quae res tantum timorem habet, ut nemo ad eum agrum accedere audeat [crudelitatem timens eorum qui scopelismen fecerunt].*

Malo leto! Nemo timens!

(43. 24) 7⁵ *Ulp 71 ed. Notauimus supra, quod —.* In dieser auch sonst nicht richtig überlieferten Stelle ist eine nachklassische Textumgestaltung durchaus glaubhaft.

(6. 1) 47 *Paul 17 Plaut. — et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice, quam si cauerit actor, quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri.*

Die Worte *quod per se rell* sind ein zu verschrobener Ausdruck eines einfachen Gedankens, um so, wie sie dastehen, paulinisch zu sein. Streicht man beide *non*, so erhält man ziemlich erträgliches, und verschwindet der ungewöhnliche Gebrauch des *quod*. Am wahrscheinlichsten muß man alles lassen wie es ist, und ist der Kautionsliebhaber Tribonian im Spiele.

(7. 1) 60¹ *Paul 5 sent. — satisque ei a possessore cauendum est, quod non sit prohibiturus frui eum —.*

Satis cauendum est! Der ganze Paragraph ist handgreiflich heillos korrupt.

(22. 6) 1¹ *Paul 44 ed. — nesciat —, quod praetor promittit —.*

Die zitierten Worte gehören zu einer weitläufigen Exemplifikation zu dem Begriffe des Rechtsirrtums, die sehr wohl epigone Illustration sein kann.

(40. 4) 10¹ *Paul 4 Sab. — si quidem evidens uoluntas sit testatoris, quod ademit libertatem —. Interp.*

(49. 1) 4⁵ *Macer 1 app. — sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest.*

Sachlich bedenklich.

Ich füge noch drei Stellen hinzu:

(25. 3) 1¹ *Ulp 34 ed. — notum facere, quod — denuntiare, quod —.*

Der Paragraph ist auch sonst formal nicht ohne Anstoß. Er ist leicht entbehrlich und wahrscheinlich Glosse.

Eod § 5. *Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere.*

Ganz überflüssig. Verkehrt gestelltes *non*.

(41. 2) 18¹ *Cels 23 dig. — illud enim ridiculum est: [dicere, quod] non aliter uult quis dimittere, quam si transferat: immo uult dimittere, quia existimat se transferre.*

Resultat: von den vierzig Fällen sind etwa zehn sicher unecht, viele sind verdächtig und die Unechtheit der übrigen ist glaubhaft. Man nehme hinzu, daß *dicere, quod* und seine Verwandten, wie *Kalb* ausdrücklich bezeugt, in den Digesten selten sind, und daß sie, soviel mir bekannt ist, außerhalb der Digesten in den klassischen Juristentexten überhaupt nicht vorkommen.

Ex quo apparet.

Diese Worte sind in den Digesten oft Anfang eines Glossems. Das ist schon von andern festgestellt für (4. 4) 46 *ex quo apparet rell*, (17. 1) 59⁴ *Paulus respondit —. ex hoc responso apparet rell*, (43. 22) 1⁴ *ex quo apparet rell*. Dieselbe Feststellung ist noch in einer Anzahl weiterer Fälle möglich.

(4. 4) 27^v *Gai 4 ed prou. Patri pro filio omnimodo praestanda restitutio est, licet filius restitui nolit, quia pa-*

tris periculum agitur qui de peculio tenetur. [ex quo apparet ceteros cognatos uel adfines alterius esse condicionis, nec aliter audiri oportere, quam si ex uoluntate adulescentis potulent aut eius uitae sit iste adulescens, ut merito etiam bonis ei debeat interdici.]

Die Vorstellung, daß der *cognatus* oder *adfinis* eines *adulescens* befugt sei für diesen Restitution zu implorieren, ist zu absurd, als daß Gaius sie konzipiert, geschweige denn für wert gehalten haben könnte für falsch erklärt zu werden.

(15. 1) 38³ Afr 8 quaest. *Seruo quem tibi uendideram pecuniam credidi: quaesitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. quod quidem minime uerum est, nec intererit, intra annum quam uendiderim an postea experiar: nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur. in contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo seruo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit. [ex quo apparet onus eius peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere.]*

Der letzte Satz ist überflüssig, was er sagt, ist hinreichend deutlich schon im drittletzten enthalten. Der letzte Satz zieht einen Schluß nicht aus dem vorletzten, hinter dem er steht, sondern aus dem drittletzten. *Onus peculii ad contractus pertinet* ist ein unmöglicher Ausdruck. Ebenso *pertinere non debere* für *non pertinere*.

(19. 5) 17⁴ Ulp 28 ed. *Si, cum mihi uestimenta uenderes (im Begriffe warst zu verkaufen), rogauero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint [ui ignis aut alia maiore], periculum me minime praestaturum (sagt Papinian) [: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere].*

Daß der Endsatz Richtiges erschließt, lehrt 17². Aber er konfundiert, was man Ulpian nicht zutrauen kann, die Begriffe objektive Rechtsatzung und Papinianische Äußerung über das objektive Recht.

(25. 3) 1¹⁵ Ulp 34 ed. *[Ex his apparet, siue uxor omiserit, quae eam ex senatus consulto obseruare oportuit, nihil praeiudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, uerum ne in alimentis quidem secundum diui Pii rescriptum: siue maritus neglexerit facere, quae ex senatus consulto debet, natum cogitur omnimodo alere, ceterum recusare poterit filium.]*

Dieser Satz erschließt nichts aus dem vorher Gesagten, sondern wie-

derholt Dinge, die unmittelbar vorher explizite auseinandergesetzt worden sind. Die Satzkonstruktion ist mißraten: *apparet, siue — omiserit —, nihil praeiudicare —: siue — neglexerit —, cogitur —*. Der Ausdruck *in iure sui* ist wie das berühmte *non usque adeo sui ualitura momento* ein Gräzismus.

(28. 5) 37¹ Iul 29 dig. *Cum in testamento ita scribitur: ‚si filius meus me uiuo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto‘, duo gradus heredum sunt: nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. [ex quo apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit et filius patri heres exstiterit, non posse Titium una cum filio heredem esse, quia non in primum sed in secundum gradum substituitur.]*

Der zweite Satz erweist sich dadurch als unecht, daß er die sinnige Schlußfolgerung AB des ersten Satzes in die nicht falsche, aber sinnlose BA verwandelt. Dazu ist die Veränderung des Tatbestands theoretisch allzu belanglos und *substituitur* für *substitutus est* schlecht.

(32) 11^{16, 17} Ulp 2 fid. *Si seruo alieno militia relinquatur, an domino quaeratur [legatum] (Marchi, Krüger) quaeritur. et aut scit seruuum esse, et dico aestimationem debere: aut ignorauit, et denegari fideicommissi persecutio debet, quia, si scisset seruuum, non reliquisset. [Ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquatur, ipsum praestandum quod relictum est: cum uero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam.]*

Es ist doch sonderbar, daß ein allgemeiner Satz aus einer Spezialentscheidung abgeleitet wird, die distinguierend ihn bedingt außer Anwendung setzt.

(47. 2) 46¹ Ulp 42 Sab. *Inter omnes constat, etiamsi exstincta sit res furtiua, attamen furti remanere actionem aduersus furem. proinde mortuo quoque homine, quem quis furto abstulit, uiget furti actio. sed nec manumissio furti actionem extinguit: nec enim dissimilis est morti manumissio quod ad subtrahendum domino seruuum. [apparet itaque, qualiterqualiter domino sit seruus subtractus, attamen superesse aduersus furem furti actionem,] eoque iure utimur: competit enim actio non ideo quia nunc abest, sed quia unquam beneficio furis auit. [hoc idem in condictione quoque placet: nam condici furi potest etiamsi res sit aliqua ratione exstincta.] hoc idem dicendum, si res in potestatem hostium peruenerit: nam constat posse de ea furti agi. sed et si pro derelicto sit postea a domino habita, furti nihilo minus agi poterit.*

Indizien gegen den *apparet*-Satz: unnötige Generalisierung vor Schluß der Beispielekette, *qualiterqualiter* — *attamen* (vgl. Gradenwitz Z 1905 p 347 sq), plumpe Benützung des unmittelbar zuvor von Ulpian gebrauchten untechnischen Ausdrucks *seruus domino subtrahitur*. Der zweite eingeklammerte Satz unterbricht ebenfalls die Beispielekette. Auch der Eingangssatz scheint von Tribonian remaniert.

(47. 2) 55¹ *Gai 13 ed prou. Eum qui quod utendum accepit ipse alii commodauerit, furti obligari responsum est. [ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum conuertat.] nec mouere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere. unde et is furti tenetur, qui ideo rem amouet, ut eam alii donet.*

Der allgemeine Satz, daß es ein *furtum usus* gibt, bedurfte kaum der rückwärtigen Erschließung aus seinem Korollare, dem von Gaius zitierten *responsum* über einen seltenen Spezialfall. Immerhin könnte man an die Argumentation am Schlusse von Gai 2¹⁹⁵ erinnern. Man muß bedenken, daß Gaius das *ius respondendi* nicht besaß. Sicher anstößig ist, daß die *ex-quo-apparet*-Folgerung gezogen wird, ehe noch gegen den Schein das Dasein eines *lucrum* im *responsum*-Falle nachgewiesen ist, und — stilistisch — daß der zweite Satz zwei Sätze trennt, die deshalb unzertrennlich sind, weil das *faciat* des dritten sein Subjekt dem ersten stillschweigend entlehnt.

(47. 10) 11⁷ *Ulp 57 ed. Quamquam aduersus patronum liberto iniuriarum actio non detur, uerum marito libertae nomine cum patrono actio competit: maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere uidetur. — si autem conliberto nupta esset, diceremus omnino iniuriarum marito aduersus patronum cessare actionem, et ita multi sentiunt. [ex quibus apparet liberos nostros non tantum eas iniurias aduersus nos iniuriarum actione exequi non posse, quaecumque fiunt ipsis, sed ne eas quidem, quae eis fiunt, quos eorum interest iniuriam non pati.]*

Ulpian poniert den Satz a und supponiert dabei den Satz b, aus dem a folgt. Da wird er doch nicht, nachdem er a ausgesprochen hat, b aus a erschließen. Wohl aber kann ein Leser Ulpians aus dessen Aussprüche a die Wahrheit b ableiten.

(49. 4) 1¹³ *Ulp 1 appell. Tutores, item defensores rerum publicarum et curatores adulescentium uel furiosi, tertium diem habere debent, idcirco quia alieno nomine appellant. [ex hoc apparet tertio die prouocandum defensori, si modo*

quasi defensor causam egit, non suo nomine, cum optentu alieni nominis suam causam agens tertio die appellare possit.]

Der zweite Satz sagt teils schon im ersten ausdrücklich Gesagtes, teils Unsinn.

Die zahlreichen übrigen nicht konstitutionalen Quellenstellen mit *ex quo apparet* oder ähnlichem sind vielleicht sämtlich echt klassisch.

Quid enim si —?

Diese Form der rhetorischen Frage kommt in Justinians Konstitutionen fünf mal vor, nämlich (2. 18) 24² (4. 21) 21^p (5. 27) 12¹ (6. 51) 1^{9c} (11. 48) 22², und findet sich recht häufig in den Digesten. In den klassischen Juristentexten, die nicht auf dem byzantinischen Umwege zu uns gelangt sind, ist sie nicht vertreten. Des Gaius Institutionen enthalten überhaupt nur eine einzige rhetorische Frage, nämlich 3²⁰⁹ *quis enim magis alienam rem inuito domino contrectat quam qui ui rapit?* Die *quid enim si —?* der Digesten sind zum Teil von Tribonian geschrieben oder aus dem Lehrvortrage nachklassischer Juristen eingedrungen.

(2. 13) 6¹ *Ulp 4 ed. Cogentur et (heredes) [successores] argentarii edere rationes. quod si plures sunt heredes (, si) [et] unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant [et unus ediderit], omnes ad editionem compellendi sunt. [quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit?] ut [igitur] comparari rationes possint, [etiam ceteri edere debent] aut certe (debent) unius editioni subscribere. —*

Nicht alles ganz sicher. Aber der Satz *quid enim si —?* ist durch den *humilis et deploratus* und durch *dubitare merito* hinreichend verdächtig.

(3. 3) 40² *Ulp 9 ed. Sed et is, qui quasi defensor in rem actione conuenitur, praeter solitam satisfactionem iudicatum solui etiam de rato debet cauere. [quid enim si in hoc iudicio rem meam esse pronuntietur, reuersus ille, cuius defensor extiterat, uelit fundum uindicare: nonne ratum non uidebitur habere quod iudicatum est?] denique si uerus procurator (cognitor!) extitisset uel ipse praesens causam*

suam egisset et uictus esset: si a me vindicaret, exceptione rei iudicatae summoueretur, —: nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse.

Der Klassiker hätte wohl gesagt *res mea esse pronuntietur*. Hinter *cuius defensor* fordert die Grammatik *aliquis*. Die *Ratihabition* bezieht sich in Wirklichkeit auf die Prozeßführung, nicht auf das Urteil. Eine rhetorische Frage ist nur dann am Platze, wenn sie etwas ohne Beweis Einleuchtendes sagt. Hier ist der Beweis nötig und kommt auch: *denique rell.* Der Fragesatz ist für die dargestellte Sache gänzlich unförderlich und kann ohne Schaden herausgenommen werden.

(3. 3) 73 *Paul 1 sing de off adsess. Si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam soluere procuratore agente, quid fieri oportet? nam iniquum est cogi eum iudicium accipere. [propter quod suspectus uideri potest, qui praesente domino non obtulit pecuniam? quid si tunc facultatem pecuniae non habuit, numquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim si et famosa sit actio? sed hoc constat, ut ante litem contestatam praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis. quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est.]*

Von *sed hoc constat* an schon von Faber für tribonianisch erklärt. Der erste Teil des eingeklammerten Stückes ist zu töricht, um echt sein zu können. Um sachlich nur eins hervorzuheben: die Kategorie des Verdachtigen gegen den Beklagten kann in einer vernünftigen Erörterung der Angelegenheit überhaupt nicht vorkommen. *Propter quod*, wofür wenigstens *propter quid* gesagt sein sollte, ist *διὰ τί*.

(4. 3) 18¹ *Paul 11 ed. Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis <locus> [dandum] est: [quid enim si manifestum sit restitui non posse,] ueluti si seruus dolo malo traditus defunctus sit [, ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?]*

Das unpassende *dandum* mag ungeschickte Ersetzung des unlesbar gewordenen *locus* sein. In dem Fragesatze ist der Aufwand an Sprachmitteln in keinem Verhältnis zu der Simplizität der Sache. Der Gedanke von *ideoque rell* würde in logischer Darstellung nicht zur Situationsschilderung gezogen sein, sondern als Konsequenz aus der Situation auftreten. Bei *condemnari* vermißt man *reus*. Die Worte *in id quod intersit actoris* deuten auf eine Zeit, in der die Pekuniarkondemnation nicht mehr die einzige Kondemnationsfigur ist.

Läßt man den Text, wie er oben hergestellt ist, so hat Paulus ein wenig inkonzinn geredet, was möglich ist. Doch kann er gesagt haben *nam exempli gratia si seruus dolo malo accipientis traditus defunctus sit, protinus reus condemnari debet*.

(5. 3) 30 *Paul 20 ed. — [quid enim si pecuniam eligat actor, quae seruari non potest?] —.*

Si pecuniam eligat actor meint, wenn der Erbschaftskläger bar Geld statt des mit Erbschaftsmitteln erworbenen Darlehnsanspruches fordert. *Seruari non potest* könnte aber logischer Weise nicht von diesem geforderten Gelde, sondern einzig von dem dem Erbschaftsbesitzer *ex mutuo* geschuldeten Gelde gesagt werden. Denn *seruare* heißt ‚etwas mit Erfolg betreiben‘, nicht ‚für etwas mit Erfolg einen Ersatz betreiben‘.

(5. 3) 40^r *Paul 20 ed. Illud quoque quod in oratione diui Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, [interdum durum est. quid enim si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum uerba orationis quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea.] et [hoc iustum esse] in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sensit. [in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.]*

Die Erkenntnis einer übrigens doch auch von Proculus für gerecht gehaltenen *duritia* konnte Paulus nicht zur Gesetzesverletzung verleiten. Dazu nötigte nichts, auch in dem Falle, wo das Tier auch anderswo gestorben wäre, wegen der doch nicht überwiegend wahrscheinlichen Möglichkeit, daß der Erbe gleich nach Restitution verkauft hätte, Schadenstiftung durch die Nichtrestitution zu konstatieren. Daß des Proculus Lehre eine generelle Mortalitätsprästation des Beklagten impliziere, ist unzutreffend. *Damnari debet*: wer? *Potuit distraxisse. Iustum esse placet* für bloßes *placet*. *Temere* ist — vgl Seckel s h v — in den Digesten nicht selten tribonianisch und ist hier unsinnig, weil sich der letzte Satz durch das Urteil ‚leichtfertig‘ selbst für unstichhaltig erklärt — ein Illogizismus, den man den Byzantinern zutrauen darf. Das Ausgeschiedene entstammt wohl den Betrachtungen eines nachklassischen Interpreten. Jüngst hat von unserer Stelle gehandelt Messina-Vitrano Bull 20 (1909) p 237 sq.

(5. 3) 49 *Pap 3 quaest. Si [bonae fidei] (Krüger) possessor hereditatis uelit cum debitoribus hereditariis aut qui res hereditarias occupauerint consistere, audietur, — petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit [: quid enim si possessor hereditatis neglegat? quid si nihil iuris habere se sciat?]*

Schlichtes agere poterit ist nicht Form einer Entscheidung, die auf singulärem Utilitarismus beruht, sondern Form des Ausspruchs eines auf dem Wege strenger Rechtslogik gefundenen Rechtssatzes. Folglich sind die beiden Fragen sinnlos: was aus der Rechtslogik abfließt braucht nicht noch utilitaristisch schmackhaft gemacht zu werden.

In (7. 8) 4^v *Ulp 17 Sab* hat man die Unechtheit des Passus mit *quid enim si —?* längst erkannt.

(10. 1) 4^{1.2} *Paul 23 ed. In iudicio inium regundorum etiam eius ratio fit (quod litis causa impensum est.) [quod interest. quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem uicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet. sed et] (nam) si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis. Post litem autem contestatam etiam fructus uenient in hoc iudicio :[nam et culpa et dolus exinde praestantur :] sed ante iudicium percepti —.*

Das nicht näher bestimmte und folglich inhaltlose *quod interest* ist des Paulus nicht würdig. Justinian ist ein notorischer Freund des *quod interest*. *Quid enim — fiet* mit seinem abstrakten *utilitas* greift der *fructus*-Erörterung des § 2 vor und erweist sich neben diese gehalten als ungenau und irreführend. *Culpa et dolus* statt *dolus et culpa* ist eine groteske Antiklimax. Dazu hat die Haftung für *dolus* und *culpa* mit der Verpflichtung die Früchte zu restituieren wenig oder nichts zu schaffen, die Kategorie der *fructus percipiendi* wird von Paulus nicht berührt. Ich halte *quod interest* für Tribonianswerk und das übrige Unpaulinische für Erweiterungen später paraphrasierender Dozenten. Die Einfügung des *quod interest* war vielleicht dazu bestimmt, die Eingliederung des am Rande stehenden *quid enim — fiet* zu ermöglichen.

Über (10. 4) 3⁷ *Ulp 24 ed. — quid enim si —? nonne aequum est —?* vgl oben 2.

(11. 7) 14^{13.14} *Ulp 25 ed. Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraueris testatorem, (non) [ex causa] competere tibi (hanc formulam.) [funerariam: quid enim si filium*

testatoris heres eius prohibuit? huic contradici potest: ergo pietatis gratia funerasti. sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari. et quid si testator quidem funus mihi mandauit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? nonne aequum est mihi funerariam competere? et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget.] Diuus autem Marcus rescripsit eum heredem, qui prohibet funerari ab eo quem testator elegit, non recte facere: poenam tamen in eum statutam non esse.

Unter *poena* kann hier wohl nur Rechtsnachteil, oneratorische Rechtskonsequenz verstanden werden. Folglich hat Labeo *non competere tibi* gesagt. Der justinianische Ursprung von *et generaliter — indulget* ist schon anerkannt. Im übrigen beachte man folgendes. Mit ungewöhnlicher Lebhaftigkeit wird eine Stichomythie zwischen den Parteien vom Autor des Textes aufgeführt. Die sonderbare Protestation des verbotwidrig Funerierenden, er werde die *a^o f* haben, kann vernünftiger Jurisprudenz nicht relevant erscheinen*). *Pone* ist, wenn ich recht erinnere, auch noch anderswo emblematisch. *De suo enim expedit mortuos funerari* ist den *tenor rationis* ignorierende seltsam formulierte Äquitäterwägung. Der Appell an die Billigkeit *nonne aequum est?* ist unjuristisch, denn es ist gerade die Frage, ob nach purer Billigkeit entschieden werden darf.

Bei (13. 4) 2⁸ *Ulp 27 ed* habe ich in meiner Schrift Das Edictum de eo quod certo loco (1907) 80 sq angenommen, *quid enim si — habendam rationem* sei klassisch, aber von anderswoher in diese Stelle geraten, und Krüger hat diese Diagnose gutgeheißen. Jetzt glaube ich, daß der Passus unklassisch und vermutlich tribonianisch ist.

(13. 4) 4¹ *Ulp 27 ed. [Interdum iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absoluere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda ubi promissa est. quid enim si ibi uel oblata pecunia actori dicatur uel deposita uel ex facili soluenda? nonne debebit interdum absoluere? in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex qui huic actioni addictus est.]*

Vgl hierzu meine eben zitierte Schrift p 76 sq, wo Indizien der Unechtheit aufgewiesen werden. Ich halte heute den ganzen Paragraphen

*) Vielleicht ist die Einrichtung der Testation — siehe 14⁷ — überhaupt justinianische Erfindung. Vgl auch 14⁸.

für durchaus justinianische Arbeit. Die Worte *cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda ubi promissa est* sind schon von A Faber verdächtigt worden.

(17. 2) 59^p *Pomp 12 Sab.* — *in societate uectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, (heres in locum defuncti succedit,) ut heredi quoque conferri oporteat [quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?]*

Der erste Teil der Stelle ist von einer clausula heredis des Sozietätsvertrags zu verstehen: Mitteis RPR I 409 sq. Der ausgeschiedene Passus ist stilistisch unklassisch und steht mit seinen Zweckmäßigkeitbetrachtungen dem inneren Stile nach in unversöhnlichem Gegensatze zu der vorher gegebenen formalen Entscheidung. Auch Mitteis verdächtigt ihn. Die von M 413⁷⁷ erwogene Möglichkeit, daß eine Streichung oder Verstellung geschehen ist, liegt ziemlich fern.

(20. 1) 16⁴ *Marcian l sing ad form hyp.* *Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. [quid enim si minoris sit praedium quam debetur?] nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare [nisi extent et res non sufficit].*

Über den Schluß vgl Lenel Pal und Eisele Z 1897 p 4. Die Worte *ut ex quo — condemnet* sind sprachlich auch bedenklich und wohl ebenfalls unecht, sachlich äquivalieren sie ursprünglichem Marcianischem: Eisele. Im Original hatte etwa gestanden: *Etiam de fructibus arbitrari debet iudex, sed de iis tantum qui post formulam acceptam percepti sunt.* Der Fragesatz reißt *nam* von dem Begründeten los und steht in unmöglichem Widerspruche zu 16⁶. Wahrscheinlich sind 16⁴, 16⁶ und 21³ aus einem und demselben Gesichtspunkte interpoliert. In 16⁶ hat der Interpolator ungeschickt nicht tief genug geschnitten. In 21³ ist zu athetieren: *sed utique — etiam pluris.* Zu 16⁴ ist noch zu bemerken, daß man in dem Fragesatz *quam quod debetur* statt *quam debetur* fordert, welches aber Schreibfehler sein kann und nicht Sprachfehler zu sein braucht. — Daß die in 16³ — vgl oben p 28 — anzunehmende Interpolation eine der soeben für 16⁴ und 16⁶ behaupteten gerade entgegengesetzte Tendenz hat, ist bei der raschen Arbeitsweise der Kompilatoren zu begreifen, obschon sonderbar genug.

(24. 3) 22⁶ *Ulp 13 ed.* — *[quid enim si filia uerecunde*

per absentiam patri contradicat? cur non dicamus patri non esse dandam actionem?]

Kann es denn nicht sein, daß die Tochter taktvoll durch Abwesenheit dem Vater widerspricht? Weshalb sollen wir nicht sagen, daß dem Vater die Klage nicht gegeben werden soll? Indem man den Text ins Deutsche überträgt, empfindet man mit verschärfter Deutlichkeit, wie barock die Sprache, und wie gesucht der Gedanke ist. 22⁶ ist, wie man lange bemerkt hat, auch in anderen Stücken der byzantinischen Herkunft verdächtig.

In (39. 3) 11² *Paul 49 ed* ist der Passus mit *quid enim fiet, si socius eius soluendo non fuerit* schon als interpoliert erkannt worden.

(40. 7) 3¹¹ *Ulp 27 Sab.* (Ein Sklave ist durch Testament unter der Bedingung freigelassen, daß er in den 30 Tagen nach dem Tode des Testators dem Erben etwas gibt. Tritt der Erbe erst nach dieser Frist an, so darf der Sklave nachträglich geben.) *sed quid si data opera (heres) traxit? an ob id statim, ut adita est hereditas, ad libertatem perueniat? [quid enim si tunc habuit, post aditam habere desiit?] sed et hic expleta uidetur condicio —.*

Das nackte *habuit* (*habere*) und das nackte *post aditam* sind ungewöhnlich. Insolvenz ist niemals Träger eines Rechtes des Insolventen.

(40. 12) 24^p *Paul 51 ed.* *Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut aduersus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascumque intendere uelit: [quid enim si quae tales sint, ut tempore aut morte intereant? quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere?]*

Nach dem alle Fälle deckenden unbedingten Ja hat es keinen Sinn für einzelne Fälle besondere Erbarmungsgründe zu statuieren. *Actiones in tutum redigere* ist ungewöhnlich bildhaft.

(41. 2) 20 *Marcell 19 dig.* *Si quis rem, quam utendam dederat, uendiderit emtorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias uidebitur possessione dominum interuertisse, alias contra. nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: [quid enim si alia quaequam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interuerteret?]*

Iusta et rationabilis causa, vgl auch die unechten Schlußworte der Nachbarstelle (43. 16) 12 *Marcell 19 dig.* *Possessionem eius interuerteret* ist neben *possessione dominum interuertisse* zu halten: der nachklassische Mann rafft den klassischen Ausdruck auf, den er in der Nähe findet, und ist Barbar genug ihn zu verunstalten. *Causa*

est, ut ist bedenklich, in korrekter Latinität sagt man *haec causa, ut*. — *Alia iusta causa* ist unlogisch, weil im Gegensatze zu einer *iniusta causa* gesagt. — Der abstrakte Hinweis auf die Möglichkeit einer *iusta causa* fördert nicht. — Es kommt gar nicht darauf an, ob die Retention gerechtfertigt ist, sondern ob sie mit einem *animus* geschieht, der den Besitz des Kommodanten zerstört. — Es ist sehr auffällig, daß Marcell gar nicht andeutet, wann denn im proponierten Falle das *possessione dominum interuertere* da ist, und wann nicht. Sollte *alias* und *alias contra* zu streichen und an des ersten Stelle *non* zu setzen sein? Freilich kann Tribonian unbedachtsam abschneidend ein Stück Marcell uns vorenthalten haben, das so beschaffen war: 'hat sich der Verkäufer, indem er dem Detentor den Auslieferungsauftrag gab, bedingungslos der ideellen Oberdetention entäußern wollen, so ist trotz Nichtbefolgung des Auftrags der Besitz des *dominus* erloschen, anders, wenn der Entäußerungswille durch die Auftragsausführung bedingt war', man vergleiche (41. 2) 34. Auch der als Beispiel herangezogene, mit *nec tunc quidem* eingeleitete Fall ermangelt in dem uns vorliegenden Texte, wenigstens nach Ausmerzung des unechten Satzes, der Auflösung. Man fordert etwa *nisi enim eo animo sit, qui rem commodatam non reddit, ut ipse quasi dominus possidere incipiat, possessionem ei qui commodavit non aufert*.

(44. 4) 4²⁶ Ulp 76 ed. — *denique Julianus quoque saepissime scribit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. [quid enim si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori eius soluit? fingendus est, inquit, pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur.] idem seruandum in furioso ait, si —.*

Das Substantivum *delegatus* ist *ἐπαξ εἰρημένον*. Hat man jemals so etwas gehört, wie dieses *fingendus est pubes esse*? *Malitiae ignorantia* vermischt Wollen und Wissen. Das Delegationsbeispiel ist beim *pupillus doli capax* ungeschickt, der ja des *dolus* im Sinne der ersten Hälfte der *ex doli* fähig ist, und ist von dem Glossator aus dem *Furiosusfalle* hergenommen, wo Ulpian selber im Schlusse des Paragraphen es beibringt. Vielleicht ist aber vor *idem seruandum* ein Stück ausgefallen, das vom *pupillus doli incapax* handelte und mit Beziehung auf ihn den Delegationsfall supponierte.

(46. 3) 39 Afr 8 *quest.* — [*in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim si opportuno tempore uel loco optulerim?*]

Schon als unecht erkannt.

(48. 11) 7³ Macer 1 *iud publ.* *Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque uel exilio*

puniuntur uel etiam durius, prout admiserint. [quid enim si ob hominem necandum pecuniam acceperint? uel, licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint uel innocentem uel quem punire non debuerant? capite plecti debent uel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.]

Der Satz *uel licet rell* fällt aus dem Thema, denn wer kein Geld nimmt, ist des Repetundenverbrechens nicht schuldig. Ist der mittlere Satz sicher unecht, so darf man auch den Satz davor und den danach verdächtigen.

Von den vielen übrigen *quid-enim-si*-Stellen werden sich gewiß noch manche als interpoliert erweisen. Auch sonst wird wohl noch manchem Fragesatze, der in den Digesten steht, die Präsomtion der Echtheit widerlegt werden.

Einzelne Stellen und Stellen- gruppen.

Gai 4¹⁵. — *quae dicebatur causae coniectio quasi causae [suae] in breue coactio.*

Das Wort *suae* ist so störend, daß es durch Pseudo-Asconius in Cic Verr 2, 1, 9, 26 p 164 Baiter, Bruns II⁷ 71 nicht genügend geschützt ist. Es mag so in den Text geraten sein: erste Hand dittographisch *causaeusae*, zweite Hand durch Umstellung zweier Buchstaben vermeintlich helfend *causae suae*.

Gai 4⁷⁴. — *uel [id, quod persequitur] in rem patris dominiue uersum esse.*

4^{74a}. — *si potest adprobari [id, quod contraxit,] in rem patris dominiue uersum esse —.*

Beide ausgeschiedene Stücke sind ohne Störung durch ein nichts ersetzbar, das erste verwechselt Leistung und Gegenleistung, das zweite ist unlateinisch. Beide sind nachklassische Glosseme.

Paul 5. 25. 1. *Lege Cornelia testamentaria — quine nummos [aureos] argenteos adulter<inos> [auerit lauerit] conflauerit <, quine nummos argenteos> raserit corruerit uitiauerit —.*

Vgl (48. 10) 9^p Ulp 8 *off proc. Lege Cornelia cauetur, ut —, qui argenteos nummos adulterinos flauerit —.* Müde geworden schreibt ein Abschreiber des Paulustextes statt *conflauerit* mit Übersprungung der ersten fünf Buchstaben *auerit*, verbessert sich sodann unvollkommen und schreibt *lauerit*, verbessert sich abermals und schreibt nun richtig *conflauerit*. Ein zweiter Abschreiber übersieht die Punkte unter den Buchstaben der beiden mißratenen Worte und glaubt aus *adulterinosauerit adulterauerit* machen zu sollen. Was *nummos lauare* heißen könnte, ist unerfindlich (vgl Mommsen Strafrecht 773^b).

(1. 8) 8¹ Marcian 4 *reg. Sanctum autem dictum est a sagminibus: sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos uiolaret, sicut legati Graecorum ferunt ea quae uocantur cerycia.*

Vgl Livius 1. 24. Vielleicht noch bei Marcian und noch wahrscheinlicher bei dessen Gewährsmann hat das Wort *fetiales* nicht gefehlt. Also etwa *<fetiales id est> legati populi Romani* oder — vgl Liv 9. 10. 10 — *legati <fetiales> populi Romani.*

(3. 1) 1⁵ Ulp 6 *ed. — quamuis autem caecus pro alio postulare non possit, tamen et senatorium ordinem retinet et iudicandi officio fungitur. [numquid ergo et magistratus gerere possit? sed de hoc deliberabimus. exstat quidem exemplum eius qui gessit:] <idque multis comprobatur exemplis.> Appius denique Claudius caecus consiliis publicis intererat et in senatu seuerissimam dixit sententiam de Pyrrhi captiuis. [sed melius est, ut dicamus retinere quidem iam coeptum magistratum posse, adspirare autem ad nouum penitus prohiberi: idque multis comprobatur exemplis.] <numquid ergo caecus et magistratus gerere possit? sed de hoc deliberabimus.>*

Der Senator ist kein Magistrat. — *Sed melius est, ut dicamus* ist öfters Anfang eines Emblems. — *Adspiro* steht noch in (48. 22) 7²² Ulp *off proc. — est enim perquam ridiculum eum, qui minoribus (nämlich honoribus) poenae causa prohibitus sit, ad maiores adspirare* und in Paul 4. 10. 1 *Filii uulgo quaesiti ad legitimam matris hereditatem adspirare non prohibentur.* Diese zweite Stelle ist wahrscheinlich von dem Überarbeiter des Paulus umgeändert, in jener ersten sind die angeführten Worte ziemlich sicher von Tribonian. Longo belegt das Wort mit Const Omnem 2. — *Penitus* ist justinianisch. — *Deliberabimus* bedeutet, wie öfters *deliberandum est*, das müssen wir uns genau überlegen, und wir werden wohl zu einer Verneinung kommen, steht also einer zögernden Verneinung gleich.

(3. 6) 5¹ Ulp 10 *ed. — quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio (die Klage gegen den calumniator), [an uero in triplum danda sit?] an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et conductionem? sed puto sufficere alterutram actionem. ubi autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem.*

(4. 2) 9¹ Ulp 11 *ed. <Ait praetor: quod gestum erit>*

[*Animaduertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur*] nec adicit a quo gestum [: et ideo siue singularis sit persona, quae metum intulit, uel populus uel curia uel collegium uel corpus, huic edicto locus erit.] sed licet uim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de ui hostium [uel latronum uel populi tuerer uel] liberarem, aliquid a te <mancipio> accepero uel te <sponsione> obligauero, non debere me hoc edicto teneri, [nisi ipse hanc tibi uim summisi: ceterum si alienus sum a ui, teneri me non debere,] ego enim operae potius meae mercedem accepisse uideor.

Die erste Änderung ward schon oben empfohlen: *dicere, quod*. Der Passus *et ideo siue singularis rell* tut so, als könne man Bedenken tragen, ein pluralisches Subjekt des Zwanges gelten zu lassen, da doch in Wirklichkeit einzig das zweifelhaft sein kann, ob die Pluralität als solche die Tat ihrer Komponenten verantworten muß, und dazu kommt die sprachwidrige Korrespondenz zwischen *siue* und *uel*. Die Einschaltungen *mancipio* und *sponsione* sind deshalb nötig, weil nur das zivile Formalgeschäft trotz Zwanges an sich gültig ist.

92. *Idem Pomponius scribit quosdam bene putare etiam serui manumissionem [uel aedificii depositionem], quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse.*

Die *depositio aedificii* ist weder ein ziviles noch überhaupt ein Rechtsgeschäft und folglich der prätorischen Nichttratibabierung unfähig. Eine ganz andere Frage ist es, ob sie Basis der quadruplatorischen Klage sein kann, von welcher die nächste Ediktsklausel handelt.

93. <Ait praetor: ratum non habebō.> [*Sed quod praetor ait ratum se non habiturum*] <quod quale sit> [quatenus (!) accipiendum est (!)] uideamus. *et quidem aut imperfecta res est, licet metus interuenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est [uel quid simile contigerit quod negotium perficeret] (Eisele) <aut res mancipio data aut in iure cessa est>. et Pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem [interdum] et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adsidente interlocutum esse, [ut] siue actione uellet aduersus Campanos experiri, esse propositam, siue exceptione <uti uellet> aduersus petentes,*

non deesse exceptionem. [ex qua constitutione colligitur, ut, siue perfecta siue imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.]

Des Pomponius These, die restitutorische Klage sei auf den Fall des *negotium perfectum* beschränkt, ist richtig und gewiß auch von Ulpian gebilligt worden. Justinian hat eine Art *condictio cautionis* geschaffen. Der Schlußsatz ist sein Werk: *colligitur, ut* ist ein sprachliches Ungetüm, und die Konklusion könnte höchstens aus dem Interlokut, kann aber nimmermehr aus der Konstitution gezogen werden. Der Satz *sed ex facto rell* ist zwar klassisch, aber an seine heutige Stelle von Justinian gesetzt. Ursprünglich stand er in dem Abschnitte, welcher die quadruplatorische Klage traktiert, und bezog sich dort auf das Problem, ob diese Klage aus der Tat des Organes einer juristischen Person gegen diese Person selber zusteht.

94. *Uolenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione uel <mancipatione> [alia liberatione].* Wahrscheinlich ist abgesehen von der angedeuteten Verderbnis der Text gekürzt.

96. [*Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui uim passus est, uerum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem uel contra.*]

Korrupt. — Daß die dingliche Klage zu geben ist, ist, weil vom Prätor ausdrücklich verfügt, keine Meinenssache. — Das *quia* verwechselt Ursache und Wirkung. — Ob man die Brachylogie *uel contra* dem Klassiker zutrauen darf? — Ulpian hat wohl das Problem, das mit *finiri in rem actionem uel contra* beantwortet wird, unmittelbar vor 14⁹ besprochen und wird wie in 14⁹ von Kontroversen unter seinen Vorgängern zu berichten gehabt haben. Julian — vgl 14⁹ — wird gesagt haben, daß die *restitutoria*, nach der in Kondemnation ausgelaufenen quadruplatorischen Klage angestellt, durch Exzeption elidiert wird, weil im Vierfachen das Einfache stecke, und Ulpian wird das gutgeheißen haben. Geht die *restitutoria* voraus und endet sie durch Erfüllung des *arbitratus restituendi*, so steht der nachfolgenden quadruplatorischen Klage nichts im Wege, weil Herausgeben nicht Remanzipieren ist. In diesem Falle also ist das *uel contra* falsch. Endet die vorausgehende *restitutoria* mit Geldkondemnation, so ist es, wenn man es mit Julian hält, angemessen, der quadruplatorischen Formel eine *exc in factum* zu inserieren, durch welche die Verurteilung an die Bedingung der Remission der im Vorprozeß entstandenen *a° iudicati* geknüpft wird. Und analog wird der Richter der quadruplatorischen Klage auch schon seinen *arbitratus*

restituendi der gleichen Bedingung unterwerfen, indem er erst nach geschehener Remission oder auf Restitution (Remanzipation nebst Retradition) Zug um Zug gegen Remission, arbitriert. Aber das *uel contra* ist auch in diesem Falle unzutreffend.

9⁷. *¶ Ait praetor: qui metum adhibuerit, quod metus causa gestum erit, restituat.* *¶ Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, rell.*

Hier restituirt nicht der Prätor selbst, indem er ein erzwungenes ziviles Geschäft nicht anerkennt, hier wird der Ausüber des Zwanges zu selbsttätiger Restitution angehalten. Er soll remanzipieren, akzeptifierieren, durch erzwungenen *non usus* gestorbenen Nießbrauch neu schaffen.

9⁸. [*Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam uim facientis coerceat, sed aduersus omnes restitui uelit quod metus causa factum est:*] *non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor uim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi aduersus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est uerius, quod Marcellus notat: etiam aduersus reum [competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.]*

Julian sagt, neben der quadruplatorischen Klage gegen den Bürgen gebe es keine restitutorische gegen den Hauptschuldner. Hätte Marcell dazu bemerkt, die quadruplatorische Klage sei auch gegen den Hauptschuldner verwendbar, so wäre eine Divergenz zwischen ihm und Julian aus dem Berichte nicht zu erkennen. Denn weder wird gesagt, Julian leugne die quadruplatorische Klage gegen den Hauptschuldner, noch erfahren wir, wie Marcell über die prätorische Restitution gegen den Hauptschuldner dachte. Nun setzt aber das *uerius est* die Handgreiflichkeit der Divergenz voraus. Folglich hat Marcell in Wirklichkeit gesagt, trotz Julian sei die *restitutoria* gegen den Hauptschuldner zuzulassen. Folglich sind Anfang und Ende des Paragraphen interpoliert. Zu demselben Ziele führt die Erwägung, daß die quadruplatorische Klage gegen den harmlosen Dritten ein rechtspolitischer Hippocentaurus ist. Auch das bizarre *actio uelit* und das sinnlose *aduersus omnes restitui* (statt *ab omnibus restitui*), das wohl auf momentaner Verwechslung der prätorischen und der vom Prätor befohlenen Restitution beruht, beweisen die Hand der Kompilatoren. Nach klassischem Rechte trifft die prätorische Restitution wie billig auch den Dritten, geht aber die quadruplatorische Klage, welche selbsttätige Restitution durch den Ausüber des Zwanges bewirken soll, einzig gegen den Delinquenten selber.*)

*) Während des Druckes lese ich Eisele Z 1909 p 105 sq.

10 *Gai 4 ed prou. Illud uerum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fideiussores acceptilatione liberati sunt, etiam aduersus fideiussores agi posse* (nämlich kraft prätorischer Restitution) [*ut se reponant in obligationem*] —.

Der Ausdruck *se reponere in obligationem* ist kaum klassisch.

11 *Paul libro 4 Juliani dig notat: Si quis alius sine malitia fideiussoris ut fideiussori accepto fieret uim fecit, non tenebitur fideiussor, ut rei quoque obligationem restituat.*

Entstellt.

14¹ *Ulp 11 ed. ¶ Ait praetor: Si non restituerit, in quadruplum in eum iudicium dabo.* [*Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si uult poenam euitare.*] *¶ post annum causa cognita in simplum iudicium dabo* [*post annum uero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.*]

Die Sätze *quadruplabitur rell* und *satis clementer rell* sind Glosseme.

14³. [*In hac actione non quaeritur, utrum is qui conuenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum uel uim, et ex hac re eum qui conuenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse, nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum uel uim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret uel rem traderet uel quid aliud faceret. nec cuiquam iniquum uidetur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.*]

Diese Stelle, von deren erster Hälfte schon oben in dem Abschnitte über *careo culpa* die Rede war, ist ganz und gar Tribonianswerk. Sie ist reich an sprachlichen Anstößigkeiten und verkündet unklassisches Recht.

14⁵. [*Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me peruenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis arbitrio absoluar? aut si seruus in fuga est, aequae, si cauero iudicis officio me, si in meam potestatem peruenerit, restitutum, absolui debebo. unde] quidam putant bona fideiemptorem ab eo qui uim intulit comparantem non teneri*

[*nec eum qui dono accepit uel cui res legata est*]. *sed recitissime Uruiano uidetur etiam* (hunc) [hos] *teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octauo scribit* (rationem, quam praetor in hoc edicto secutus est, talem esse) [arbitrium iudicis in restituenda re tale esse], *ut eum quidem qui uim admisit, iubeat restituere, etiamsi ad alium res peruenit, (in) eum autem ad quem peruenit, etiamsi alius metum fecit* (actionem restituat): *nam in alterius praemium uerti alienum metum non oportet.*

Der echte Teil der Stelle hat bei Ulpian nicht seinen heutigen Platz gehabt.

16^v Ulp 11 ed. [*Quod diximus si plures metum admitterunt, idem dicendum erit, et si ad alium res peruenit, alter metum adhibuit.*]

Unklassischer Inhalt. *Alium statt alterum.*

18 Jul 74 dig. *Si ipsa res, quae ad (heredem) [alium] peruenit, interiit, non esse locupletiolem dicemus: —.*

21² Paul 11 ed. *Qui possessionem [non sui] fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum uel simplum cum fructibus consequetur: —.*

Dies Fragment beweist, daß die quadruplatorische Klage nicht, wie die prätorische Restitution, nur gegen erzwungene Rechtsgeschäfte, sondern auch gegen erzwungene faktische Handlungen reagiert.

21⁴. *Si metu coactus sim ab emptione [locatione] discedere, [uidendum est, an] nihil [sit] acti (est) et antiqua obligatio (remanet) [remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur: et magis est, ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur].*

Hier greift Eiseles Athetese (in Z 1897 p 1 sq) nicht weit genug. Krüger scheint alles für echt zu halten.

(4. 3) 15³ Ulp 11 ed. *In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit [, quamuis in metu (!) non sit necesse].*

(4. 3) 1² Ulp 11 ed. *Dolum malum Seruius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur [et] aliud agitur. Labeo autem (ait) posse et sine simulatione id agi, ut quis circumueniatur, [posse] et sine dolo malo aliud agi aliud simulari, sicuti faciunt (faciant?) qui per eiusmodi [dis]simulationem (se seruant) [deseruiant] (Scialoja, Krüger) (aut) [et] tuentur uel sua uel aliena: —.*

Erste Hand dittographisch *eiusmodidi simulationem*, zweite Hand eine scheinbare Haplographie beseitigend *eiusmodi dissimulationem*.

(4. 4) 16^v Ulp 11 ed. *In causae cognitione etiam hoc uersabitur, num forte ali(qu)a actio possit competere [citra in integrum restitutionem]. nam si communi auxilio [et mero iure] munitus (quis) sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: —.*

(4. 6) 26⁴ Ulp 12 ed. *Ait praetor: siue cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicitur'. [hoc quo? ut, si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio.] [sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam.] per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegauit actionem, restitutio cessat: et ita Seruio uidetur. (sed et si magistratus copia rell.) [item per magistratus factum uidetur] (ohne das erste Wort schon von Mommsen deliert) *si per gratiam aut sordes magistratus ius non dixerit, (non) [et] haec pars locum habebit, (sed) [nec non et] superior secumue agendi potestatem non faciat' [:nam id egit litigator, ne secum agatur, dum iudicem corrumpit].**

Magistrat und Richter kann Ulpian nicht vermischt haben. *Nec non et ist* geradezu ein Tribonianismus: Seckel bei Heumann s v *nec* *) Die Lösung der übrigens praktisch belanglosen Gesetzeskonkurrenz zwischen *haec pars* und *superior pars* zugunsten des *superior pars* entspricht der Methode von 26³ (*plene supra de ea re cautum est*), die Bejahung beider gesetzlicher Fundamente ist entschieden im justinianischen Geschmacke. Der Schlußsatz ist außer wegen *iudicem* wegen *litigator* unmöglich: wer einen Prozeß hintertreibt, ist kein Prozeßführer. Im übrigen ist der Schlußsatz sachlich richtig und er mag ein verunstalteter klassischer Satz sein.

Den Ausdruck *nec non et* hat Tribonian wie wohl noch anderes aus der poetischen Sprache der goldenen Latinität entlehnt: Vergil Georg 1, 212. 2, 53. 2, 451. 2, 452.

(5. 1) 15¹ Ulp 21 ed. *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem (litigatoris) [legis] sententiam dixerit [(dolo malo autem uidetur hoc facere, si euidentis arguatur eius uel gratia uel inimicitia uel etiam sordes)] (— et magis est), ut ueram aestimationem litis praestare cogatur.*

*) Stellensammlung bei Kalb Roms Juristen 132 sq.

Vgl zu dieser Stelle Lenel Ed² 162 sq 209 sq. Die Inskription wird richtig lauten *Ulp 23 ed.* Auch Lenel 210 bedenkt die Möglichkeit eines Inskriptionsfehlers. *Legis* scheint mir trotz Lenel 210 kaum möglich. Die Korruption wäre etwa so entstanden: erste Hand mit Auslassung von vier Buchstaben *litigis*, zweite Hand, unter dem Banne des häufigen *in fraudem legis* und mit vermeintlicher Emenation, *legis*. Die Parenthese klingt tribonianisch. Das *ut* schwebt, wie der Text auf uns gekommen ist, in der Luft. Wahrscheinlich lautete die *condemnatio* der *a° in factum quanti ea res est rell.* Den Schluß von (50. 13) 6 *Gai 3 rer cott* hat man trotz Lenel 162 mit Ferrini und Krüger als emblematisch anzusehen. In 15¹ wird die Frage erörtert gewesen sein, ob der *iudex qui litem suam fecit* auf vollen Schadenersatz oder auf die *uera litis aestimatio* zu verurteilen ist.

(7. 6) 5¹ *Ulp 17 ed.* *Ut(ēnd)i fru(ēnd)i ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet [nec enim potest ei suus fundus seruire] (Longo, Krüger) [de suo enim non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negatiua domino competat aduersus fructuarium, magis tamen de suo iure agere uidetur quam alieno, cum inuito se negat ius esse utendi fructuario uel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamuis fructuarium ius utendi non habet, uincet tamen iure quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant]. Utrum autem aduersus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an rell.*

Der *dominus*, der auf den *ususfructus* klagt, macht kein fremdes Recht geltend, sondern sein eigenes in verkehrter Form. — Der Satz *de suo enim rell* wäre nach den Regeln der Grammatik auf den Satz *quia qui habet rell* zu beziehen. — Der Satz *de suo enim rell* ist in seiner Selbstverständlichkeit wertlos, d h es wird sich kaum ein Fall ausfindig machen lassen, wo er zur Lösung eines Problems hülf. — Vor dem Satze *quamquam rell* fehlt der Gedanke ‚davon macht auch die *a° neg* keine Ausnahme‘. — *A° negatiua* statt *negatoria*. — Die *a° neg* steht nicht gegen den *fructuarium*, sondern gegen den angeblichen *fructuarium* zu. — Vor *alieno* fehlt *de*. — *Negat sibi ius esse prohibendi*: er behauptet doch gerade dieses Recht! — Der Satz *quod si forte rell* irrt vom Thema ab. — *Fructuarium ius utendi non habet*: gemeint ist wiederum der angebliche Fructuar.

Wahrscheinlich entstammt das insitizische Stück einer epigonen Paraphrase. — Die andere Digestenstelle, die scheinbar eine *formula prohibitoria* voraussetzt, nämlich (8. 5) 11 *Marcell 6 dig*, meint in Wirklichkeit die *a° pro socio*: Siber Die Passivlegitimation bei der R V (1907) p 83 sq.*) Folglich wird trotz Lenel E² 186 die *formula prohibitoria* etwas Unklassisches sein, das die Byzantiner irrig aus jenen beiden Stellen herausgelesen haben.

(7. 8) 22² *Pomp 5 Q Muc.* [*Usu legato si plus usus sit legatarius quam oportet, officio iudicis, qui iudicat quemadmodum utatur, quid continetur? ne aliter quam debet utatur.*] *Plus uti* ist unlateinisch. *Iudex qui iudicat quemadmodum utatur* ist unjuristische Rede. *Utatur* meint *uti usuarium oporteat*. Frage und Antwort sind zusammen ein wertloses *a = a*. Sicherlich ist 22² in den Pomponius aus einer Katechese eines untüchtigen nachklassischen Rechtslehrers eingedrungen.

In (8. 3) 6¹ *Paul 15 Plaut* ist so zu interpungieren: ‚partielle Bodenbenutzungsrechte (es werden Beispiele genannt) sind weit vom Ususfrukt entfernt. *quid ergo? si praediorum meliorem causam faciant, non est dubitandum, quin seruitutis sint*‘. Die Ausgaben setzen das Fragezeichen hinter *faciant*. Aber *quid ergo* ersetzt, wie öfters, volleres *quid ergo est?*, welches bedeutet: ‚was geschieht nun also in Wirklichkeit juristisch mit diesem Tatbestande?‘ Gaius Jnst haben *quid ergo est?* fünfmal: 2 125. 151². 212 4 51. 81.

(9. 2) 40 *Paul 3 ed.* *In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et [interim] testibus [quoque] id probare possim, [qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summam re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam uincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas uires habebit.]*

Esse eo tempore quo condicio extitit von einem zukünftigen Zeitpunkt gesagt, *summam* und *condemnationis exactio competit* sind sehr bedenklich. Zur Sache: der Text scheint vom Kläger außer dem strikten Beweise der bedingten Schuld den summarischen Beweis der Wahrscheinlichkeit des Bedingenseintritts zu erfordern, was un-

*) In (8. 5) 11 ist der Passus *id est an — ita aedificatum habere* wahrscheinlich unecht und zwar nachklassisch und vorjustinianisch. An ihn knüpft sich die byzantinische Legende von der *formula prohibitoria*.

sinnig ist, und die am Schlusse verordnete bedingte Nichtigkeit des Urteils ist eine wenigstens im klassischen Rechte ganz ungläubhafte Rechtsfigur. Hatte Paulus gelehrt, man könne vor dem Eintritte der Bedingung auf den Verkaufswert, nach dem Eintritte der Bedingung auf den Nennwert der Schuld klagen? Der Versuch des Kompilators, etwas Praktischeres zu schaffen, ist bei dem mangelhaften Denkvermögen des Byzantiners mißglückt.

(12. 2) 5² Ulp 22 ed. [*Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit, remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit iureiurando.*]

Dieser Paragraph trägt ein unklassisches Gepräge und steht, wie Krüger beobachtet hat, an unpassender Stelle. Er ist dem Inhalte nach aus 9¹ hergenommen, durch dessen *remissum* die *remissa quaestio* inspiriert sein wird. Ein nachklassisches Rand-Résumé.

(12. 2) 9¹ Ulp 22 ed. *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controuersia erit, [id est si ambigitur,] an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.*

(12. 2) 33 Ulp 28 Sab. *Qui per salutem suam iurat, [licet per deum iurare uidetur (respectu enim diuini numinis ita iurat), attamen] si non ita [specialiter] iusiurandum ei delatum est, iurasse non uidetur: et ideo ex integro solemniter iurandum est.*

Ferrini und Krüger athetieren alles von *licet* bis *delatum est*. Siehe aber (12. 2) 5¹.

(13. 1) 10¹ Ulp 38 ed. *Sive manifestus fur sive nec manifestus sit, poterit ei condici. ita demum autem manifestus fur condictione tenebitur, si <adprehensa> [depraehensa] (Mommsen) non fuerit a domino possessio <rei> [eius] (Mo) [:ceterum nemo furum condictione tenetur, posteaquam dominus possessionem adpraehendit]. et ideo: Julianus [ut procedat in fure manifesto tractare de condictione,] ita proponit: furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effudisse id quod interceperat.*

(13. 5) 16² Ulp 27 ed. *Ait praetor: si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse neque per actorem stetit, quo minus fieret quod constitutum est'.*

16⁴. *Haec autem uerba praetoris neque fecisse quod constituit' —.*

18¹ Ulp 27 ed. *Item illa uerba praetoris neque per actorem stetisse' —.*

Die erste Stelle ist stark verderbt. *Appareat* ist Glosse zu *paret*, das von der Glosse aus dem Text gedrängt worden ist, oder tribonianische Substitution für *paret*. *Eum qui constituit* ist von Tribonian für *N^m N^m* eingesetzt. *Neque soluere* ist, wie Lenel Ed² p 243 mit Recht annimmt, Abschreiberversehen für bloßes *soluere*. Dieses gehört (s Lenel) zu *constituit* und ist auch von Tribonian. Das Abschreiberversehen liegt also zwischen Tribonian und dem Florentinus. Hinter *fecisse* ist, wie die zweite Stelle beweist, *quod constituit* ausgefallen, über das *reum* der zweiten Stelle s Lenel 243¹. *Actorem* ist tribonianisch für *A^m A^m*, *stetit* Abschreiberfehler für *stetisse*. Für *quo minus fieret quod constitutum est* ist vielleicht zu lesen *quo minus id fieret*, die drei letzten Worte wären Glosse zu *id* und hätten dieses verdrängt. In summa ist Ulpian folgendermaßen zu restituieren:

Ait praetor: si paret N^m N^m — neque fecisse quod constituit neque per A^m A^m stetisse quo minus id fieret.

Der Gedankenstrich, den ich mit moderner Interpunktion hinzugefügt habe, deutet an, daß Ulpian mit Absicht ein Formelstück ausgelassen hat, nämlich, wenn Lenel 244 die Formel richtig rekonstruiert, die Worte *A^o A^o sestertium decem milia constituisse se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse*. Dieses Stück ist ausgelassen, weil es, anders als die andern Teile der Formel, nach dem Kommentare zu dem einleitenden Edikte, der unmittelbar voraufgeht, keiner Erklärung mehr bedurfte. Der vollständige Formeltext hat wie der vorbereitende Ediktstext am Eingange des Kapitels gestanden.

Lenel 243 verfährt wesentlich anders mit 16². Er läßt hinter *si* bis auf das erste *neque* und *stetit* alles unverändert, glaubt aber, Ulpian habe statt *Ait praetor* geschrieben *Notandum est formulae uerbis iudicem ita condemnare iuberi, si rell.* Auch das *uerba praetoris* in 16⁴ und in 18¹ und das *uerbis edicti* in (4. 2) 14¹¹ sei tribonianisch. In den drei letzten Stellen ist in der Tat *praetoris* und *edicti* vielleicht Ersatz für originäres *formulae*. Aber *ait praetor* in 16² ist wahrscheinlich echt. Die Formeltexte sind so gut wie irgend ein anderer Teil des gesamten prätorischen Edikts vom Prätor gesprochen. Vgl auch oben p 40 zu (10. 4) 9⁴. Daß Ulpian sich in 16² einer nicht mühelosen und nicht bloß unnötigen, sondern für die Plastizität seiner Darstellung nachteiligen Operation unterzogen und den Formelwortlaut in indirekte und auch sonst modifizierte Rede sollte umgesetzt haben, ist in hohem Grade unwahrscheinlich. Die Kompilatoren dagegen konnten einen Formeltext, den sie bei Ulpian vorfanden, nicht unabgewandelt stehen lassen.

(3. 7) 41 *Paul 3 quaest. Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus [rei] eius esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditorum. non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligauerat sine mea uoluntate, heres extitero [hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si conuenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moueatur].*

Außer dem selbstverständlich unmöglichen *competendam**) erregt noch mehreres Anstoß. *Hoc modo* soll hier, kann aber nicht, bedeuten 'unter diesen Umständen' **). Nach der Ansicht des vorzustellenden Gegners ist Minimalerfordernis keineswegs, daß Eigentum und Schuld in einer Person zusammenfallen, sondern daß der dingliche Pfandvertrag vom jetzigen Eigentümer oder von dessen Erblasser abgeschlossen worden ist. Die Vertauschung dieser beiden Begriffe ist ein ganz grober juristischer Fehler. *Conuenit de pignore* soll hier heißen 'er hat die Sache verpfändet', heißt aber 'es ist die Sache verpfändet worden' oder ist doch mindestens ärgerlich zweideutig. *Ut ex suo mendacio arguatur* und *improbe resistit* ist konstitutionaler Stil.

(14. 1) 1¹⁸ *Ulp 28 ed. —. solent plane praefecti [propter ministerium] annonae, item in prouinciis praesides prouinciarum extra ordinem eos iuuare ex contractu magistrorum.*

Propter ministerium zerreißt die Amtsbezeichnung, *praefecti* ist ohne *annonae* unerträglich unvollständig, *ministerium annonae* ist eine kaum mögliche Verbindung. Jene beiden Worte sind eine in den Text geratene Glosse und bedeuten 'in Anbetracht ihrer Dienste'.

(14. 2) 2¹ *Paul 34 ed. Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis aut si quid (ex armatura perierit) [exarmauerit] —.*

*) Schon von H Krüger Beitr zur L v d exc doli 69⁸² und unabhängig von ihm von P Krüger beanstandet.

**) In (34. 7) 1¹ *Cels 35 dig. Catoniana regula, sic definit: —. quae definitio in quibusdam falsa est. Quid enim si quis ita legauerit: si post kalendas mortuus fuero, Titio dato? an cauillamur? nam hoc modo si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum uerius est quam inutiliter datum ist hoc modo zu athetieren oder durch hoc modo legato scripto zu ersetzen. Ob übrigens statt quid enim —? Celsus schlichtes ueluti gehabt hat? Justinian hat dann und wann auch stilistisch in seinem Geschmacke geändert. Zu hoc modo vgl (5. 3) 45.*

Erste Hand *exarmatuerit* mit Auslassung von sechs Buchstaben, zweite Hand *exarmauerit*.

(16. 3) 1⁶ *Ulp 30 ed. Si conuenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conuentio: contractus enim legem ex conuentione accipiunt.*

1⁷ [*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si conuenerit: nam haec conuentio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*]

Geht *illud* auf den Inhalt von 1⁶, so ist es ungewöhnlich für *non idem probabis* oder *quod non probabis*. Weist es auf das folgende *dolum non esse praestandum*, so hat dieses eine ungewöhnliche grammatische Doppelfunktion: ohne Brachylogie hieße es *illud non probabis dolum non esse praestandum, si conuenerit dolum non esse praestandum*. Die zweite Person *probabis* ist gegen Ulpian's Stil. *Conuenit* (= *consensus fit*) mit nachfolgendem *acc c inf* ist ausweislich des VJR selten. Die Häufung *contra b f contraque b m* ist auffällig. Ebenso der Schluß *et ideo nec sequenda est*. Der ganze 1⁷ ist in den Text geratene Interpretatio.

Conuenit (= *consensus fit*) *c acc c inf* ist im VJR elfach belegt. In (16. 3) 24 *Pap 9 quaest* steht es in fremdem Zusatze zu Papinian. In (23. 4) 30 *Tryph 10 disp* ist *duos* zu lassen und *magis conuenisset* zu streichen. *Uat 11 Pap 3 resp. conuenit ad diem pretio non soluto uenditori alterum tantum praestari* weicht von echten Papinian ab, der referierende Ulpian (19. 1) 13²⁶ *libro 32 ed* hat *Ibidem P respondisse se refert, si conuenerit, ut — duplum praestaretur*, wo *duplum* wohl tribonianische Substitution für *alterum tantum* ist. (19. 1) 11¹ *Ulp 32 ed* ist sehr wahrscheinlich von Anfang bis zu Ende unecht, man beachte insonderheit, daß auch 11² mit *et in primis* anhebt, und *bonae fidei congruit*. (44. 3) 14⁵ *Scaeu l sing quaest* ist vielleicht so zu lesen: *Item si mihi pignori (quid) dederis [et conuenerit, nisi pecuniam soluisses, licere ex pacto pignus uendere] idque uendiderim —.* In (23. 4) 2 *Ulp 19 Sab* mag ursprünglich gestanden haben *neque conuenisse (quid) uideri [dotem remanere]*. (45. 1) 36 *Ulp 48 Sab. Si quis, cum aliter eum conuenisset obligari, aliter obligatus est —* beruht vielleicht auf einer stilistischen Notlage, indem ein *ut*-Satz sich nicht wollte einfügen lassen, kann aber auch von späterer Hand verändert sein. In (43. 17) 1³ *Ulp 69 ed* und (47. 2) 62² *Afr 8 quaest* bedeutet *conuenire* nicht 'ausmachen, daß etwas geschehen soll', sondern 'sich darüber einigen, daß ein Factum besteht' (*possidere aliquem, in causa redhibitionis esse aliquem*). Gegen (22. 2) 3 *Mod 4 reg* und

(21. 2) 74^p *Hermog 2 iuris epit* wird weder textkritisch noch interpretatorisch etwas auszurichten sein.

(17. 1) 48^p *Cels 7 dig.* Ein Bürge greift mutwillig dem Hauptschuldner vor, der die Zinsbarkeit seiner Schuld bestreitet, und zahlt den Zins. Dann hat er keinen Regreß. Anders, wenn er aus Gewissenhaftigkeit zahlt. So Q Mucius. Celsus berichtet diese Entscheidung und fügt hinzu *hoc bene censuit Scaeuola*. Dann heißt es weiter:

[*parum enim fideliter facit fideiussor in superiore casu, quod potestatem eximere reo uidetur suo iure uti: ceterum in posteriore casu non oportet esse noxiae fideiussori, si pepercisset pudori suo.*]

Müßiges Gerede in unklassischer Form. *Parum fideliter facere, noxiae esse, parcere pudori suo* auf so engem Raume zusammengedrängt befremden durch ihren Schwung. *In superiore casu* und *in posteriore casu* ist höchst verdächtig (bei Gradenwitz Interp 88 sq und 232 sq, wo über *in casu* gehandelt wird, fehlt unsre Stelle). *Potestas suo iure uti* statt *utendi* ist in der Sprache der dyarchischen Juristen vollends unmöglich, vgl was Gradenwitz Interp 97 sq über *licentiam habere* c inf sagt. Das wiedergegebene pseudocelsinische Stück ist wohl nicht von Tribonian, der keine Zeit hatte unnötige Verzierungen zu fabrizieren, sondern eher Interpretatio eines rhetorischen und geistlosen byzantinischen Rechtslehrers.

(17. 1) 48¹⁻² *Cels 7 dig.* *Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere* [*Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuius credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est*], *quemadmodum si mandem, ut mihi [quemuis] fundum emas.*

Zwischen *Ceterum* und *ut* vermißt man etwas. *Extra formam mandati est* ist nicht unbedenklich, den Schluß von (46. 1) 49² mit *contra iuris formam* haben schon andre als interpoliert erkannt, in (2. 14) 7¹⁵ wird *nec quasi contra iuris formam factam non esse seruandam* unecht sein, in (17. 1) 46 ist *igitur commodissime illa forma in mandatis seruanda est, ut rell* bis zum Schlusse der Stelle sehr wahrscheinlich nachklassisch, auch *nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam* in (26. 7) 5⁷ ist recht verdächtig. Streicht man in 48²

das Eingeklammerte, so schließt sich *quemadmodum rell* mit seinem *mihi* vortrefflich an 48¹ an. Zu *mihi* vgl Mommsens Note. *)

(18. 1) 7¹ *Ulp 28 Sab.* *Huiusmodi emptio, quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, ualet: [nec enim incertum est pretium tam euidenti uenditione:] magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei ueritate incertum est.*

Mindestens ist *tam euidenti uenditione* unecht.

(18. 2) 2^{p1} 4^r *Ulp 28 Sab.* *Quotiens fundus in diem addicitur [utrum pura emptio est, sed sub condicione resoluitur, an uero condicionalis sit magis emptio,] quaestionis est [et mihi uidetur uerius interesse], quid actum sit [: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resoluitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. Ubi igitur secundum quod distinximus pura uenditio est,] <et> Julianus scribit <puram emptioem esse, sed sub condicione resolui et> hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit. [Ubi autem condicionalis uenditio est,] <quae> negat Pomponius <et ait eum, cui res in diem addicta est, sub condicione magis contraxisse nec> usu capere eum posse nec fructus ad eum pertinere. <sed mihi uidetur uerius quod ait Julianus.>*

4^b. [Cum igitur tunc recedatur ad emptioem (ubi pure contrahitur) uel tunc non impleatur (ubi sub condicione fit), cum melior condicio sit allata:] si falsus emptor subiectus sit, eleganter scribit Sabinus priori rem esse emptam —.

Ob diese Rekonstruktion des Textes äußerlich durchweg richtig ist, ist natürlich ungewiß. Daß sie sachlich zutrifft, ist, dünkt mich, aus folgenden Gründen sehr wahrscheinlich.

1) Die angeblich ulpianische Distinktion ist töricht. Dem Juristen wird folgende Parteivereinbarung vorgelegt (siehe h t lex 1): *ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat*, und es wird gefragt, ob Suspensiv- oder Resolutivbedingung anzunehmen sei. Antwortet er nun, es komme auf den Parteiwillen an, so vollzieht er einen ganz groben *circulus vitiosus*. Denn der Partei-

*) Anders über 48² v Tuhr Actio de in rem verso (1895) 20.

wille ist ja gerade lückenhaft oder teilweise undeutlich und fordert Suppletion. Darf man Ulpian solche Unmethode zutrauen?

2) Justinian ist nachgerade wer weiß wie oft als ein Liebhaber des *quid actum?* ertappt worden.

3) Aus (44. 4) 2⁴ wissen wir, daß Julian nicht distinguierte, sondern allemal Resolutivbedingung annahm. Auch Pomponius hat gewiß nicht unterschieden, sondern stets Suspensivbedingung behauptet. Dann ist aber die Antithese *ubi pura uenditio est, Iulianus scribit — ubi condicionalis uenditio est, negat Pomponius* höchst seltsam: der vermittelnde Distinktor redet so, als hätten die beiden Gegner jeder nur den Fall entschieden, für welchen der Distinktor ihm Recht gibt.

4) Das erste Stück von 4⁵ ist sehr schlecht stilisiert und völlig entbehrlich. Hier hat der unterscheidende Pseudoulpian seine Sache noch einmal präzisieren zu sollen geglaubt.

5) Äußerliches: In 2^p *utrum est, sed resoluitur, an sit* mit Moduswechsel und *si quidem — sin autem*. In 2¹ und 4^p wird das Geschäft *uenditio* genannt, nachdem es in 2^p *emptio* geheißen hatte. In 4^p *negat posse nec pertinere*. Das mehrfache Vorkommen des seltenen Wortes *condicionalis*.

Daß Ulpian ohne Distinktion wie Julian entschied, ist nach (18. 1) 3 und (18. 3) 1 wahrscheinlich, wo er sich beim *pactum displicentiae* und bei der *lex commissoria* für die Resolutivbedingung ausspricht.

(18. 2) 6¹ Ulp 28 Sab. *Si quis extiterit, qui meliorem condicionem adferat, deinde prior emptor aduersus eum licitatus sit et penes eum emptio remanserit, dubitari poterit, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore condicione allata, an uero uenditoris sint, licet eadem sit persona, quae meliorem condicionem attulit. quod ratio facere uidetur: [intererit tamen, quid acti sit:] et ita Pomponius scribit.*

Kaum je wird der Vertrag diesen Fall vorsehen, jedenfalls aber ist es sinnlos, immer den Vertrag entscheiden lassen zu wollen. Statt des Auszumerzenden mochte Ulpian etwa gesagt haben: *erit tamen utilius dicere fructus penes emptorem remanere, perinde ac si melior condicio allata non esset.*

(18. 2) 9 Ulp 28 Sab. *Sabinus scribit licere uenditori meliorem condicionem oblatam abicere sequique primam quasi meliorem, et ita utimur. [quid tamen, si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emptori meliore condicione allata? dicendum erit dissolutam priorem emptionem, etiamsi uenditor sequentem non admittat.]*

Auch dieses eingeklammerte Stück gehört sehr wahrscheinlich dem Pseudoulpian und *cultor eius quod actum est*. Ulpian hatte sich mit *et ita utimur* dem Sabinus bedingungslos angeschlossen. Die Vertragsklausel, welche der Verfasser des Schlusses sich vorstellt, ist wohl kaum jemals vorgekommen. Ereignete sie sich, so war ihre Berücksichtigung zu selbstverständlich, als daß ein Wort darüber zu verlieren gelohnt hatte. Auch das seltene Wort *resilire* erregt Verdacht.

(18. 2) 4³ Ulp 28 Sab. *Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit [pure uendito et] in diem adicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset [: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret].*

Die erste Ausschaltung ist in Anbetracht der soeben aufgedeckten, zwischen Julian und seinen Gegnern vermittelnden Interpolationen von selbst gegeben. Was den Schluß anlangt, so kann Ulpian unmöglich aus einer Entscheidung des Marcell wie aus einem quasi-legislatorischen Orakel mit rückwärtiger Konklusion Rechtssätze abgeleitet haben. Dazu ist *colligitur, quod* auffällig.

(21. 1) 18 Gai 1 ed aed cur. *Si quid uenditor de mancipio adfirmauerit idque non ita esse emptor queratur, — agere potest: uerbi gratia si constantem aut laboriosum aut curracem aut uigilacem esse — adfirmauerit, et is ex diuerso leuis proteruius desidiosus — inueniatur. [haec omnia uidentur eo pertinere, ne id quod adfirmauerit uenditor amare ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento, ut si forte constantem esse adfirmauerit, non exacta grauitas et constantia quasi a philosopho desideretur, et si laboriosum et uigilacem adfirmauerit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur, sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. idem et in ceteris quae uenditor adfirmauerit intellegemus.]*

Hier redet der Autor einer Paraphrasis. Gaius wird schwerlich über den wahren Sinn seiner Darlegung eine Vermutung ausgesprochen haben (*haec uidentur eo pertinere*), und der Inhalt deutet auf einen Urheber, der, zu selbständigen und gesunden Gedanken unvermögend, sich darin gefällt, über besserer Köpfe Aussprüche weltfremd, nutzlos und aberwitzig zu spintisieren. *Haec uidentur eo pertinere, ne amare exigatur rell* ist unlogisch, weil nicht das Ziel des gajanischen Gedankens, sondern eine Modifikation, die im Sinne des Gaius liege,

enuntiiert wird. *Amare exigatur. Cum quodam temperamento. Modice desiderentur.* Auch der letzte Satz *idem et in ceteris* ist müßig, denn daß Gaius nur exemplifizieren will, ist doch selbstverständlich. (Während des Drucks sehe ich Eisele Z 1909 p 128.)

(21. 3) 1^p Ulp 76 ed. — *si — petas, hac exceptione recte repellendum.*

Mommsen schiebt diplomatisch einleuchtend hinter *recte* das Wort *te* ein, man fordert aber *te* ohne *recte*. Vermutlich ist folgendes geschehen. Hand I läßt hinter *exceptione* das Wort *te* aus Versehen aus, schreibt die beiden ersten Buchstaben von *repellendum*, entdeckt das Versehen, unterpunktet *re* und schreibt dahinter *te repellendum* *rell*. Hand II übersieht die Punkte und glaubt, *rete* sei Schreibfehler für *recte*.

(22. 1) 4^p Pap 27 quaest. *Si stipulatus sis <fundum quem emisti mancipio> [rem] dari uacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione [incerti] ex stipulatu propter inferiora uerba consecuturum te ratio suadet. [an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est.] nam quod ad uerba superiora pertinet, <alias> [siue] factum <fundum mancipandi> [rei promittendi], <alias> [siue] effectum per <manicipationem> [traditionem] domini transferendi continent [, partus non continetur]: uerum si emptor a uenditore [nouandi animo] ita stipulatus est, factum <fundum mancipandi> [tradendi] stipulatus intellegitur, quia non est uerisimile plus uenditorem promississe, quam iudicio empti praestare compelleretur. sed tamen propter illa uerba 'uacuamque possessionem tradi' potest dici <fructuum> [partus] quoque ratione[m] committi [incerti] stipulatione[m]: etenim <fundo tradito> [ancilla tradita] <fructus postea captos> [partum postea editum] in bonis suis reus stipulandi habere potuisset. <an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est, si emptor stipulatus sit ancillam mancipio dari eiusque possessionem tradi. et sine dubio partus hic non continetur. nam partus non cedit bonae fidei possessori, sed usu capione ei adquiritur.>*)*

Der überlieferte Text kann nicht der Originaltext sein:

1) Es ist trotz Schloßmann Z 1908 p 288 sq nicht glaubhaft, daß *rem dari* das *factum manicipationis* oder das *factum* der mit Eigentumsübertragungsabsicht geschehenden *traditio* bedeuten konnte.

*) Zuletzt, soviel ich weiß, hat eingehender über diese Stelle gehandelt W von Blume Z 1898 p 1 sq.

2) Der zweite Satz *an idem de partu ancillae responderi possit considerandum est* trennt Zusammengehöriges. Der erste Satz mit seinem *propter inferiora uerba* heischt Berührung mit dem dritten Satze, der mit den Worten beginnt: *nam quod ad superiora uerba pertinet.*

3) Wäre der überlieferte Text der Urtext, so beschlösse Papinian die Besprechung eines ersten Falles mit einer unvollendeten und unverständlich kurzen Entscheidungsbegründung, und ließe er uns die Ausfüllung der Gedankenlücke aus der lückenlosen Besprechung eines zweiten, analogen Falles (des *partus*-Falles) beschaffen. Solche Darstellungsart ist so verrückt wie ihre Umkehrung üblich.

4) *Uacua possessio* wird nur von Grundstücken gesagt: *Knep Vacua possessio* I (1886) 9sq. Ks Auffassung, Papinian denke in unserer Stelle einen Fall, wo ein Grundstück nebst den darauf befindlichen Sklaven verkauft wird, ist willkürlich.

5) Nach Pomponius 9 Sab wäre *fundum dari uacuamque possessionem tradi* eine Tautologie, indem das zweite im ersten stecken würde: (19. 1) 3¹ *si emptor uacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat, fructus non uenient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipula[re]tur, uacuam quoque possessionem tradi [oportere] stipulari intellegitur nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur* —. Daraus, daß Papinian das Verhältnis von *uacuam possessionem tradi* und *fructuum praestatio* anders beurteilt als Pomponius, folgt nicht, daß er auch die Begriffe *dari* und *uacuam possessionem tradi* in ein anderes Verhältnis setzt.

6) *Uerba superiora* — *siue factum siue effectum continent, partus non continetur*. Man fordert *partus eis non continetur* oder sogar *partus praestatio eis non continetur*.

7) Das Stück *uerum si — praestare compelleretur* fällt, wie der Text bei Justinian lautet, aus dem Rahmen der Argumentation heraus und gehört nicht zur Sache. Zur Herstellung organischer Geschlossenheit genügt es nicht, am Anfang der Stelle *fundum quem emisti* zu schreiben, man muß auch noch *partus non continetur* streichen und *siue — siue* durch *alias — alias* ersetzen. Außerdem muß man zwischen den Zeilen lesen, daß *mancipio dari* zwar im effektiven, nicht aber im faktischen Verstande die *fructuum praestatio* enthält. Daß *fundum mancipari* im effektiven Sinne, aber — s Pomponius 11 — nicht *fundum dari* die *fructuum praestatio* mitumfaßt, liegt an dem weitherzigen *quidquid* der *a° ex stipulatu* und an dem — trotz H Krüger Z 1908 p 496 — engherzigen *quanti ea res est* der *condictio certae rei*. Jetzt erkennen wir auch, daß in der vorhin er-

währten Kontroverse zwischen Pomponius und Papinian jener unrecht hat: in das *fundum dari* eingekapselt unterliegt das *uacuum possessionem tradi* dem Rigorismus der *condictio certae rei*, und sein Verhalten in diesem gebundenen Zustande gestattet keinen Schluß auf seinen Freiheitszustand.

8) Es ist (von Spezialfällen abgesehen) nicht wahr, daß im Falle geschehener *traditio ancillae* der *partus* prätorisches oder gar den Früchten gleich ziviles Eigentum des Besitzers geworden wäre. Vielmehr hätte eine *causa usucapiendi* begonnen: (47. 2) 48^{5.6}.

9) Der Zusatz *incerti* zu *a° ex stipulatu* und *stipulatione* kann sehr gut von einem nachklassischen Schulmeister, aber kaum von Papinian herrühren.

Justinians Redaktor, der den *partus*-Fall über den Leisten des *fructus*-Falles schlägt, gönnt dem *fructus*-Falle nur den ersten Satz, der bei mangelhafter Begründung eine deutliche Entscheidung gibt, verwendet — mit wenig Sorgfalt —, was Papinian noch weiter zum *fructus*-Falle gesagt hat, als ein Skelett der neuen Erörterung des *partus*-Falles und streicht die Besprechung, die Papinian selber diesem Falle gewidmet hatte. So entsteht ein Gebilde, in dem, wie öfters Papinianische Worte in Antipapinianischem Sinne aneinander gereiht sind: Gradenwitz Z 1905 p 363.

Noch drei kleine Beobachtungen:

1) Die Zweifelt *fundum mancipio dari* und *uacuum possessionem tradi* findet man bei Gai 4^{13.14}.

2) Eine ähnliche Schlußart wie *non est uerisimile plus uenditorem promississe rell* steht in (15. 1) 9⁴ *Ulp 29 ed.* —. *nam ut ele, ganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino uel patri debetur, quoniam non est uerisimile dominum id concedere seruo in peculium habere, quod sibi debetur.*

3) *Responderi potest* sagt Papinian auch in (37. 6) 8 *libro 3 quaest*, wo freilich ein Interpolationsverdacht naheliegt.

(24. 1) 32⁴ *Ulp 33 Sab.* [*Sed ubi semel donatorem paenituit, etiam heredi reuocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum euidenter reuocasse uoluntatem. quod si in obscuro sit, procliuior esse debet iudex ad comprobendam donationem.*]

Gradenwitz Interp 215 erklärt *si appareat* — *uoluntatem* für ein kompilatorisches Einschlebsel. Der ganze Paragraph ist byzantinische Arbeit entweder der Kompilatoren oder eines paraphrasierenden Lehrers. *Tribuimus* im hiesigen Zusammenhange ist unulpianisch

und Plural des Kaisers oder sonderbare Ausdrucksweise des nachklassischen Dozenten. Inhaltlich ist 32⁴ ganz überflüssig und in seinem Ende sachlich ungenau: ist die *paenitentia* nicht nachgewiesen, so kann der Richter nicht schwanken und nach der einen Seite *procliuior* sein, ist vielmehr sonnenklar, daß die *donatio* als irrevokabel geworden zu gelten hat, und dem Richter vorzuschreiben, in seiner Beweiswürdigung zuungunsten der Pänitentz voreingenommen zu sein, konnte dem Klassiker nicht in den Sinn kommen.

(24. 3) 64⁹ *Ulp 7 ad leg Jul et Pap. De uiro heredeque eius lex tantum loquitur: de socero [successoribusque soceri] nihil in lege scriptum est: et hoc Labeo quasi omissum adnotat. [in quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda.]*

Im Schlußsatze beobachtet man außer *in casibus* eine griechische Negationenhäufung. Inhaltlich scheint der Schlußsatz eine generelle Regel aufstellen zu wollen, als solche aber ist sein Inhalt falsch. *Igitur* zeigt, daß etwas ausgefallen ist. Dieses Etwas kann nur die gegen Labeo polemisierende Bemerkung sein, daß das Gesetz ganz absichtlich den *socer* nicht erwähnt habe. Zu dieser Bemerkung ist der Schlußsatz eine Glosse, die wie oft das Glossierte verdrängt hat.

(25. 2) 31.² *Paul 7 Sab. Item si seruus eius furtum fecerit, furti cum ea agere possumus. [Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit, uel nobis antequam nuberet: tamen propter reuerentiam personarum in utroque casu furtiuam tantum conditionem competere, non etiam furti actionem dicimus.]*

Gradenwitz Interp 233 führt 3² unter der Rubrik *in casu* in den ersten 40 Büchern der *Digesten* zwar auf, bezeichnet ihn aber nicht als dringend der Interpolation verdächtig. Äußerlich fällt auf, daß das Verhältnis von 3² zu 3¹ durch *Sed et* ganz inkorrekt bezeichnet wird, ferner *possibile est, heredes simus* (womit ein einziger Erbe gemeint ist: der Klassiker hätte an dem Plural des Substantivs gewiß Anstoß genommen), *reuerentia personarum, in utroque casu*, die verschränkte Wortstellung am Schlusse, *dicimus* statt *dicendum est*. Sachlich ist der Paragraph in beiden einander widersprechenden Hälften nicht einwandfrei. Sicherlich sind beide Teile unecht, man kann nur fragen, ob beide vom selben Autor sind. Der zweite Teil klingt justinianisch.

Die Echtheit von *reuerentia personarum* in 3² wird auch von Seckel bei Heumann angezweifelt. Auch der Schluß von (24. 3) 14¹

namque rell (mit *contra receptam reuerentiam quae maritis exhibenda est*) ist recht verdächtig.

(26. 4) 5¹ Ulp 35 ed. —. [*sed hoc causa cognita praetorem statuere debere melius est, utrum debeat satisfacere patronus liberique eius an non, ut, si persona honesta sit, remittatur ei satisfactio et maxime, si substantia modica sit: si autem patroni persona uulgaris uel minus honesta sit, ibi dicendum est satisfactionem locum habere: ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfactionem.*]

Sprachlich wie sachlich anstößig und sicher hineininterpoliert.

Der Titel (26. 7) scattet emblematis. Viele sind schon festgestellt. Einige seien hier vermerkt.

3⁶ Ulp 35 ed. *Apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela per plures administraretur* [, *quippe etsi pater non destinauerit, quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administraretur*]: *sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit.*

Noch wahrscheinlicher ist der ganze Paragraph unecht.

3⁸. — *quia fidem non habeant electo* [*nec patiuntur succedanei esse alieni periculi*] —.

Moduswechsel, *patior* im Sinne von *uolo*.

5^p Ulp 35 ed. —. [*quae ergo tutelae quantitas depositionem inducat, uideamus. et cum causa depositionis exprimitur, ut praedia pupillis comparentur, manifestum est, ut ad minimas summas non uideatur pertinere: quibus modus praefiniri generaliter non potest, cum facilius causa cognita per singulos possit examinari. nec tamen auferenda facultas est etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti tutores esse uideantur.*]

Tutelae quantitas = Höhe des Mündelvermögens. *Induco* ist ein Lieblingswort Justinians. *Causa exprimitur, ut*: man fordert zum mindesten *illa causa rell. Manifestum est, ut. Per singulos: fundos? pupillos? casus? Facultas postulare.*

7^p Ulp 35 ed. *Tutor, qui repertorium non fecit, quod uulgo inuentarium appellatur, dolo fecisse uidetur* [, *nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit*]. *si quis igitur* [*dolo*] *inuentarium non fecerit* —. *nihil itaque gerere ante inuentarium factum*

eum oportet [, *nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit*].

7². *Competet aduersus tutores tutelae actio, si male contraxerint* [, *hoc est si praedia comparauerint non idonea per sordes aut gratiam. quid ergo, si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? recte quis dixerit solam latam nelegentiam eos praestare in hac parte debere*].

Hoc est dient in logischer Rede zur Bezeichnung der Identität, nicht zur Exemplifikation. Der Satz *si neque rell* ist unerträglich elliptisch. Den Schlusssatz haben mit Recht schon andere verdächtigt.

7³. *Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conueniri* [: *quamquam enim a praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia, nisi si per eos factum non est, quo minus compararent*].

Nicht sicher, aber wahrscheinlich interpoliert: *ad comparandum* ohne Objekt, *plectendi, tarditatis gratia, nisi si*.

7⁴. *Pecuniae, quam in usus suos conuerterunt tutores, legitimas usuras praestant* [, *sed hoc ita demum, si euidenter doceantur pecuniam in usus suos conuertisse: ceterum non utique qui non faenerauit uel non deposuit, in suos usus uertit*], *et ita diuus Seuerus decreuit. [doceri igitur debet in usus suos pecuniam uertisse.]*

Euidenter docere. Der *ceterum*-Satz tut so, als heiße *si euidenter doceantur p i u s conuertisse* 'wenn erwiesen wird, daß sie im wahren Sinne des Wortes: Mündelgelder für sich verwandt haben'. Der letzte Satz ist müßig und ermangelt des substantivischen Objektes.

7⁸. — *eius grauissima usura pendatur: et hoc persequi oportere iudicem palam est* [*cum et alia poenae adiectione*].

7¹¹. — *quod spatium [seu laxamentum] temporis* —.

Über *seu* vgl. Kalb Roms Juristen 144.

Die umständliche und krause, die Zinsen betreffende Darstellung in 7⁴ sqq ist wohl auch sonst noch interpoliert.

9⁶ Ulp 36 ed. —. *imperator Antoninus cum patre etiam honoraria eos imputare pupillo prohibuit, si superuacaneam litem instituissent, cum conuenirentur a uero creditore* [: *nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere*].

36 Pap 3 quaest. *Inter tutores diuisa tutela* [*est* :] *aequitas* [, *quae merum ius*] *compensationis* [*inducit*], *propter officium et personam agentis tutoris non differtur*: —.

Induco ist (wenigstens in der hiesigen Verwendung) ein justinianisches Wort. Das *merum ius compensationis*, in Papinians Munde Unsinn, ist nichts anderes als ein nominalisiertes *ipso iure fit compensatio*, das Nomen *ipsum ius compensationis* war ein Ding der Unmöglichkeit. Vgl zu dieser Textherstellung die Andeutung von Eisele Compensation (1876) 175.

(27. 10) 17 *Gai 1 manum. Curator furiosi nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non est: nam [in tradendo] ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat: et ideo si donandi causa alienet, <neque mancipatio> neque traditio quicquam <ualebunt> [ualebit] —.*

Mit Notwendigkeit (*neque!*) so hergestellt ist diese Stelle ein neuer Beweis dafür, daß (s. Mitteis Z 1900 p 210) der *curator furiosi* in Vertretung des *furiosus* manzipieren kann. Eine ähnliche privative Interpolation ist anzunehmen in

(47. 2) 57⁴ *Iul 22 dig. — curatorem furiosi —, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam <mancipando uel> tradendo rem furiosi alienare existimetur.*

(28. 4) 2 *Ulp 4 disp. — dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti ualere et ipsi soli denegari actiones: sed <nec> legata ab eo nominatim relicta debebuntur [si uoluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. sed si instituti nomen induxit et substituti reliquit, institutus emolumentum hereditatis non habebit]. sed si omnia nomina induxerit, ut proponitur, adscripserit autem idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum habuit, multum interesse arbitror, utrum illum tantum fraudare uoluit hereditate, an uero causa illius totum testamentum infirmare [ut licet unus inductionis causam praebuerit, uerum omnibus offuerit]. et si quidem soli ei ademtam uoluit portionem, ceteris nihil nocebit inductio, —. quod si putauit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones [: sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est]. in ambiguo tamen interpretandum erit [et legata deberi et] coheredum institutionem non esse infirmam (infirmitatem?).*

Das Reskript von Severus und Caracalla, betreffend Vermächtnisse auf einer nicht dem ursprünglichen Destinatar zufallenden Erb-

portion — vgl darüber (31) 61¹, (30) 74 und Amann Die Berechnung der Falcidia (1876) 11 — bezieht sich nur auf Fideikomnisse, die Einbegreifung der Legate in (30) 74 ist wahrscheinlich unecht. — Der Satz *sed si instituti rell* stört die Antithese und ist allzu billig. — Der Satz *ut licet rell* greift der Entscheidung vor. — Das Bestehen der Legate beim Nichtbestehen sämtlicher Testamentserben kann nicht klassisch sein.

(32) 37⁴ *Scaeu 18 dig. — quaesitum est —, an maritus, si de tota dote conueniatur a filio, doli mali exceptione se tueri possit [et an ultro ex causa fideicommissi actio ei competit, ut de parte obligationis accepto ei feratur]. respondit et exceptionem utilem fore et ultro ex fideicommissio peti posse < ut de parte obligationis accepto ei feratur >.*

Actio statt *petitio* und *competit* statt *competat*: jenes sehr ungewöhnlich, dieses nur vielleicht ein Schreibfehler.

(34. 3) 3¹ *Ulp 23 Sab. Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto [quasi pro fideicommissio huiusmodi datione ualitura].*

(35. 1) 81^p *Paul 21 quaest. Iulius Paulus Nymphidio. Quaesisti, si ita in testamento cautum esset 'Stichus si rationes reddiderit, cum contubernali sua liber esto eisque decem heres dato', an Sticho mortuo, antequam rationes redderet, uel paria <testatori> [tore] uel reliqua habente, libera esset mulier? et [an de legato idem accipiamus.] libertate data, si rationes reddiderit, [hanc condicionem rationum reddendarum, ut] iussus <uidetur> [uideatur] reliqua reddere, si qua habet [, cum fide actus sui]. quae si nulla sunt, pure accepisse libertatem uidebuntur [: et si post aditam hereditatem decessit, competente libertate etiam legatum eos secutum est]. quod si, cum adhuc reliqua haberet, decessit, sub eadem condicione et contubernalis eius libertatem accepisse uidetur et defecta uidebitur condicione. sed non ineleganter illud dicitur Stichum quidem sub condicione manumissum, contubernalem autem eius pure et illam coniunctionem non ad coniungendam condicionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertinere.*

Pariator ist, soviel ich habe ermitteln können, ἀπαξ εἰρημέρον und wird durch ein Schreiberversehen entstanden sein. Der *reliquator*, der öfters vorkommt, kann das Wort nicht stützen. Bei Gleichheit

der Rechnung ist kein ökonomisches Problem mehr vorhanden, während bei Ungleichheit ein Spannungsverhältnis fortdauert, und die Entstehung einer substantivischen Bezeichnung des Mannes auf der negativen Seite, in der Situation begründet ist. Die Stücke in eckigen Klammern sind formal bedenklich und inhaltlich flach und überflüssig. Die Worte *cum fide actus sui* stören überdies die relativische Anknüpfung. Der Schlußsatz ist wohl eine Note zu Paulus, am Ende gar Emblem Tribonians.

(39. 6) 42^v *Pap 13 resp. Seia cum <praediis> [bonis] suis [traditionibus factis] Titio cognato donationis causa <in iure> cessisset, <stipulationibus factis> usum fructum sibi recepit et conuenit, ut, si Titius ante ipsam uita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos <praedia> [bona] pertinerent. <quae> igitur si [res singulas] heredes Lucii Titii uindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. —*

Diese Stelle ist, was der Mathematiker ein diophantisches Problem nennt: es läßt sich keine Lösung finden, die Alleingültigkeit beanspruchen könnte. Die vorgeschlagene Rekonstruktion dünkt mich in hohem Grade glaubhaft. Motivierung:

1) Für *in iure cessisset* plädiert außer dem überlieferten *cessisset* die *ex doli*. Wäre Manzipation geschehen, so hätte Seia wahrscheinlich *in mancipatione* den *usus fructus* deduziert, hätte sie also kein obligatorisches Nießbrauchssurrogat, sondern Nießbrauch. Dann aber würde sie *in iure* dem Antrag der Erben auf *ru* die Nießbrauchsbehauptung entgegenstellen, und gäbe der Prätor den bestreitenden Erben statt der *ru* die *a^o neg.* Die *ex ususfructus* existiert nicht, und existierte sie, wäre sie nicht durch die *ex doli* vertretbar. Übertrag Seia dem Titius ihr Eigentum durch *in iure cessio*, so bedurfte es einer zweiten *ii c*, damit Seia Nießbraucherin wurde. Das Unterbleiben dieses zweiten Aktes, der durch die ökonomische Absicht der Parteien nicht dringend gefordert ward, ist begreiflich. Daß nur *ii cedo aliquid* belegt ist, bedeutet nichts.

2) *Traditionibus factis* könnte mit beiden Worten byzantinisch sein. Wahrscheinlicher hat ursprünglich *stipulationibus factis*, und zwar vor *usum fructum sibi recepit*, dagestanden. Dem Kompilator lag außer der Unnötigkeit des formellen Eigentumsübertragungsaktes die Effikazität der formlosen *lex rei dicta* am Herzen. Er diente dieser doppelten Tendenz durch einen einheitlichen interpolatorischen Akt, indem er bei gleichzeitiger Transposition *stipulationibus factis* durch *traditionibus factis* ersetzte. Daß Seia und Titius inuicem

stipuliert haben, ward schon von Heck Z 1889 p 136 angenommen und ist inanbetracht römischer Gepflogenheiten höchst wahrscheinlich. In der Tatbestandserzählung der Stipulationen Erwähnung zu tun, entspricht der üblichen Darstellungsart der Römer. Wenn wirklich die Stipulationen stattgefunden hatten, so wird bei Papinian in dem schwierigen, hier nicht abgedruckten zweiten Teile von 42^v die von Justinian abgeschaffte Nichtigkeit der *stipulatio in fauorem heredis* eine Rolle gespielt haben.

3) Die rekonstruktive Ersetzung der *bona* durch *praedia* ist deshalb glaubhaft, weil Papinians Erörterung ausschließlich auf *res mancipi* zugeschnitten ist: hätte das Geschäft *res nec mancipi* mitumfaßt, so wäre an diesen ein dinglicher Nießbrauch der Seia wirklich zustande gekommen, so daß der Mechanismus mit *ru* und *ex doli* auf sie nicht passen würde. Motiv der Interpolation ist Justinians Streben nach möglichst generellem Ausdrucke.

Die sonderbare Reihenfolge: erst *ii c*, dann *stipulationes*, eignet sich auch in (32) 37³, wo für *tradidi cessi* nicht *mancipio dedi in iure cessi*, sondern *in iure cessi* zu lesen ist. Der Interpolator setzte *tradidi* für *in iure cessi*, und gegen seine Absicht wie zu unserer Freude ist das getilgte *cessi* dann doch in der Reinschrift stehen geblieben.

(41. 2) 3¹ *Paul 54 ed. Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere uelit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum uelit possidere.*

Omnes glebas circumambulare heißt weder die Gesamtheit aller Schollen, nämlich das ganze Grundstück umwandeln, also eine Flurumschreitung vollziehen, noch, wie Kniep *Vacua Possessio* (1886) 164 wohl mit fast allen Interpreten der Stelle annimmt, jede einzelne Scholle umwandeln, sondern von Scholle zu Scholle wandelnd jede einzelne betreten*). *Circumambulare* kann umwandeln, aber eben auch umherwandeln bedeuten. In beiden Bedeutungen ist es eines akkusativischen Objekts fähig. Im ersten Falle ist das umkreiste Ding, im zweiten sind die bei der Kreis- oder Bogenbewegung berührten Dinge das Objekt. Man vergleiche

*) Hirsch Prinzipien des Sachbesitzerwerbes 105 'Umwandeln sämtlicher noch so kleiner Teilchen', s auch Kindel Grundlagen 213.

- Livius 3. 38. *dimissi circa domos adparitores.*
 Liu 3. 72. *cum iis circumire tribus, orare, ne pessimum facinus peiore exemplo admitterent —.*
 Liu 39. 18. *circa fora proficisci.*
 Liu 42. 28. *dona circa omnia pulvinaria dari.*
 Liu 43. 16. *ut supplices plebem circumirent.*
 Liu 45. 20. *domos principum cum precibus ac lacrimis circumibant.*
 Liu 45. 27. *ad circumeundam Graeciam.*
 Liu 45. 32. *cum circumiret ipse Graeciae ciuitates.*
 Liu 45. 37. *uigiliae acerbius et diligentius circumitae sunt.*
 Ualer Max 2. 10. 1. — *tabulae — ad nomen inspiciendum circa iudices ferrentur.*
 U M 4. 3. 14. *cum — munera circa domos ferrentur.*
 U M 4. 5. 4. — *cum omnium candidatorum more circum forum supplex populo ire cogeretur.*
 U M 5. 1. 6. *circa ciuitates Siciliae litteras misit.*
 U M 8. 1 damn 6. *uigilias negligentius circumierat.*
 Sueton Tiber 11. 2. *singulos circuit.*
 Uita Hadriani 13. *circumiens prouincias procuratores et praesides pro factis supplicio adfecit.*
 (1. 16) 7¹ Ulp 2 *off proc. aedes sacras et opera publica circumire inspiciendi gratia, an sarta tectaue sint —.*
 Uergil Georg 2³⁵² *pagos et compita circum.*

(41. 2) 18^v Cels 23 *dig. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere (incipere): —.*

(41. 2) 52² Uenul 1 *interd. Species inducendi in possessionem [alicuius rei] est prohibere ingredienti uim fieri: statim enim cedere aduersarium et uacuum relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere.*

(41. 10) 5^{n. 1} Ner 5 *membr. Usucapio rerum [etiam ex aliis causis concessa interim,] propter ea [quae nostra existimantes possideremus,] constituta est, ut aliquis litium finis esset. (Nam) [Sed] id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet [etiamsi falsa fuerit eius existimatio]. (indessen muß noch eine iusta causa hinzukommen.) quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, ueluti si ob id aliquid possideam, quod seruum meum aut (eum) [eius], cuius*

in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem [quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est].
 Sed ist dittographisch aus *esset* geworden und hat *nam* verdrängt. *Etiamsi falsa rell* ist ein Versuch den Gedankenausdruck zu vervollständigen — pedantisch und deshalb ungeschickt, weil *etiamsi* so tut, als usukapiere man auch, was man mit Recht für sein hält. *Eius* für *eum* ist Homoioteleuton. Ob der Schluß *quod tamen rell* von Neraz stammt, ist die Frage. Möglich, daß Tribonian die ganze Stelle aus Ulpian genommen hat, und daß der Schluß Ulpian gehört.

(43. 16) 1⁴⁷ Ulp 79 *ed. Quid [dicturi, essemus tractat] si aliquo possidente ego [quoque] (Mo) ingressus [sum] in possessionem [et] non deiciam possessorem, sed uinctum opus facere cogam [: quatenus res, inquit, esset]? ego uerius puto eum quoque deiectum uideri, qui illic uinctus est.*

Eine epexegetische Glosse zu *quid*, nämlich *quid dicturi essemus tractat*, hat das *quid* verdrängt. *Tractat* meint den Ulpian, nicht den in 1⁴⁶ zitierten Vivian. *Quatenus — esset* ist auch Glosse, *inquit* heißt *Ulp inquit*. *Quatenus = wie* wird von Kalb Roms Juristen (1890) 63 mit Ulp *op* (11. 8) 5¹ und (27. 9) 9 belegt. Von dieser unter dem klassischen Namen segelnden Schrift sagt Lenel Pal II 1001²: *mirum est, quantum hi libri distent dicendi genere a ceteris Ulpiani libris: posterioris aetatis auctorem has opiniones ex Ulpiani libris excerptis credideris.* Damit ist der Nagel auf den Kopf getroffen. Kein Zweifel, daß auch die paulinischen Sentenzen eine nachklassische Kollektion *ex corpore Pauli* sind. Oder glaubt man, daß ein so bedeutender Kopf wie Paulus ein kleines Häuflein ganz elementarer und unbestrittener Sätze als seine Sentenzen zu Markte gebracht haben kann? Der Epitomator des Paulus hat mit vorteilhaftem Unterschiede von dem Überarbeiter des Ulpian im wesentlichen den Excerptus selber reden lassen. Doch verraten manche Stellen auch der Sentenzen die nachklassische Hand, vgl meine Schrift *Das Edictum de eo quod certo loco* (1907) p 2¹.

(43. 16) 3⁶ Ulp 69 *ed. Si quis autem uisis armatis, qui (alio) [alibi] tendebant, metu [hoc] deterritus profugerit, non uidetur deiectus [quia non hoc animo fuerunt qui armati erant, sed alio tendebant].*

Die letzte Athetese ist von Krüger. Der Glossator scheint statt *alibi* noch das zu fordernde *alio* vor sich gehabt zu haben.

(43. 16) 3¹³ Ulp 69 *ed. Unde ui interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usu fructu fundi.*

Ulpian hatte etwa gesagt *utiliter hoc interdictum fructuario redditur, si prohibeatur uti frui*. Vgl Krügers Note. Daß der Fruktuar das Interdikt nötig hat, ist selbstverständlich, daß er es kriegt, ist es nicht. Die Existenz eines Rechtsmittels indirekt durch die Enuntiation seiner Notwendigkeit zu enuntiiieren, ist eine umständliche und unpräzise Ausdrucksart, die man gern den Byzantinern und kaum dem Ulpian zutrauen darf. Vgl den interpolierten (10. 4) 37. An dem grotesken *uti frui usu fructu* scheint schon Degenkolb Platzrecht und Miete (1867) 94¹ begreiflichen Anstoß genommen zu haben.

(43. 16) 3¹⁶ Ulp 69 ed. *Item si non usus fructus, sed usus sit relictus, <dandum est> [competit] hoc interdictum. [ex quacumque enim causa constitutus est usus fructus uel usus, hoc interdictum locum habebit.]*

Dandum est ist deshalb nicht völlig sicher, weil mit *hoc interdictum* immerhin das *utile interdictum* gemeint sein könnte. Im Schlußsatz substituiert Mommsen in richtiger Empfindung *denique* für *enim*. Wahrscheinlicher aber ist *enim* stehen zu lassen und ist der Schlußsatz Emblem des längst in seiner begreiflichen Neigung zur *regula generalis* erkannten byzantinischen Gesetzgebers.

(43. 18) 1^v Ulp 70 ed. *Ait praetor: Uti ex lege locationis siue conductionis superficiei, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini uim fieri ueto. si qua alia actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo.*

Dieser Text verdankt seine heutige Gestalt einer außerordentlich gewaltsamen und tiefeingreifenden interpolatorischen Aktion. *Superficie frui* ist in echter Latinität ebenso unmöglich wie im Deutschen 'ein Haus beackern', 'ein Haus pachten'. Vor Justinian war der Superfiziär ein Ewigmieter, und zweifelte man, ob seine Ewigmiete wirklich noch Miete sei und nicht eine singuläre Figur des Kaufes. Der Kaiser erbarmte sich der Streitfrage, entschied sie aber nicht im Sinne nur der einen von den beiden einander gegenüberstehenden Konstruktionen der *ueteres*, distinguierte vielmehr nach dem wenig löblichen Schema, das er — vgl oben p 85 sq — auch auf die *in diem addictio* angewandt hat: *si conduxit superficium, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest* (h t 1⁴). Außerdem schuf er dem Superfiziär eine dingliche Position. All das wurde in einem ulpianischen Passus untergebracht, der ursprünglich dem *interdictum uti nunc utimini fruimini* gewidmet gewesen war. Der Usufruktuar mußte seine alte Wohnung räumen, in die nun der

reichbeschenkte Superfiziär mit seinen Siebensachen einen wahrhaftig prunkvollen Einzug hielt. L'1 Ulp 70 ed ist so zu restituieren:

Ait praetor: Uti <eo fundo q d a> [ex lege locationis siue conductionis superficiei qua de agitur] nec ui nec clam nec precario alter ab altero <utimini fruimini> [fruemini], quo minus <ita utamini> fruamini, uim fieri ueto. si <quod aliud interdictum> [qua alia actio de superficiei] postulabitur, causa cognita dabo.

Das Wort *conductionis* an der Stelle des vom Zusammenhang geforderten *uenditionis* ist wohl nicht, wie Puchta Inst § 244^b annimmt, Abschreiberfehler, sondern Denkfehler des eilenden Kompilators. Vor *fruamini* hat man aus Versehen mit *utamini* auch *ita* gestrichen. Die Zweiheit *uti frui* wollte man deshalb nicht stehen lassen, weil sie unzertrennlich zum *Ususfrukt* zu gehören schien.

1. [*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficium, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. sed longe utile uisum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.*]

Subnixus. Enim. Praestare debet et cedere (Tautologie und Hyperbaton). *Sed longe rell* ist schon von anderen und mit handgreiflichem Rechte beanstandet worden.

2. *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. [tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, ueluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte ui clam precario ab aduersario possideat]. omnia <igitur> [quoque], quae in uti possidetis interdicto seruantur, hic quoque seruabuntur.*

3. *Quod ait praetor si <quod aliud interdictum> [actio de superficiei] postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, ut, si [ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.]*

Man beachte, um nur auf Äußerliches hinzuweisen, *non ad modicum tempus*.

4. [*Is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. plane si aduersus superficiarium uelit uindicare, dicendum est exceptione utendum in factum data: nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.*]

Die Ellipse *habet in rem*. Statt *qualem* wäre *quam* richtig, denn es handelt sich um dieselbe, nicht um eine gleichartige Vindikation. Daß der Schluß in (50. 17) 156¹ wiederholt wird, bedeutet nicht Unantastbarkeit seiner Klassizität, indem ja die Kompilatoren auch sich selber kopieren konnten. Die erste Person plur *damus* ist auffällig.

5. [*Si soli possessori superficies euincatur, aequissimum erit subuenire ei uel ex stipulatu de euictione uel certe ex empto actione.*]

Die *a° ex stipulatu* kann im klassischen Recht niemals auf Äquität beruhen. Justinian trägt bekanntlich kein Bedenken, wenn es ihm so gefällt, auch ohne Dasein einer Stipulation *ex stipulatu* klagen zu lassen.

6. [*Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.*]

Das *fut dabitur* ist nicht am Platze. *Constitui per utiles actiones!!* *Credendum est* ist Pseudoklassizismus.

7. [*Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.*]

Das *ut* beweist, daß *tradi* hier ganz abstrakt ‚veräußert werden‘ heißen soll, was eine unbillige Anforderung an die lateinische Sprache ist.

8. [*Et si duobus sit communis, etiam utile communi diuidundo iudicium dabimus.*]

Dabimus!

9. [*Seruitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit.*]

Hier ist die Nachahmung des klassischen Stiles einigermaßen geglückt, doch ist *ipso iure* für *secundum ius civile*, *interdictum* für *interdicta*, und endlich *de his* kaum klassisch. Auch *constituentur* (für *constitui possunt*), aus dem man ein ‚fürderhin‘ heraushört, macht den aufmerksamen Betrachter stutzig.

Überschaut man die Lex im Ganzen, so erkennt man, daß Justinian so ziemlich alle Korollare der Dinglichkeit bedacht und berücksichtigt, also seinen Plan gar nicht so übel ausgeführt hat.

Eine Reihe konnexer Interpolationen:

(6. 1) 73¹ *Ulp 17 ed. Superficiario,*

74 *Paul 21 ed. id est qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem praestet,*

75 *Ulp 17 ed. praetor causa cognita in rem actionem pollicetur.*

Ulpian und Paulus hatten in diesen drei Stellen von dem Inhaber eines *ager uectigalis* gesprochen. Den Superfiziar hat Tribonian hineingebracht.

(6. 2) 12^{2·3} *Paul 19 ed. In uectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana — [Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.]*

Insula = ‚Gebäudekomplex‘ steht bei Justinian auch C (8. 37) 15¹.

(7. 4) 1^p *Ulp 17 Sab. — proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo uectigali [uel superficie] non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

In den vatikanischen Fragmenten 61 ist diese Stelle leider lückenhaft.

(10. 2) 10 *Ulp 19 ed. item (ueniunt in iudicium famere) praedia (stipendiaria et tributaria) [quae nostri patrimonii sunt] (Lenel), sed et uectigalia [uel superficiaria]: —.*

Ob *Ulp* uel geschrieben hätte?

(13. 7) 16² *Paul 29 ed. Etiam uectigale praedium pignori dari potest [sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur].*

Das *hodie* ist ganz typisch justinianisch: *Jnst* (1. 11) 2 (2. 14) p (3. 7) 4 (3. 21) (4. 1) 4 (4. 11) 2 (4. 13) 10 (4. 15) 4a. 8.*)

(20. 1) 13³ *Marcian l sing ad form hyp. [Et in superficiariis legitime consistere] creditor potest aduersus quemlibet possessorem, siue tantum pactum conuentum de hypotheca interuenerit, siue etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit.*

*) In (27. 10) 1^p *Ulp 1 Sab* ist schon *sed solent hodie praetores uel praesides* wahrscheinlich von Tribonian. Der Plural *praetores* ist auffällig. Der Gegensatz, den *sed* herstellt zwischen dem, was auf *sed* folgt, und dem vorübergehenden *quod moribus quidem ab initio introductum est*, ist schief. (4. 4) 7² ist wahrscheinlich mindestens von *sed hodie solet* ab tribonianischen Ursprungs (Faber) Sicher interpoliert und längst als das anerkannt ist *hodie* und seine Umgebung in (3. 4) 6¹.

Et in superficiariis! Legitime consistere aduersus aliquem! Gewiß hatte Marcian hier und in (13. 7) 17 vom *ager uectigalis* gehandelt.

(20. 4) 15 *Paul 68 ed. Etiam [superficies in alieno solo posita] pignori dari potest, ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non soluatur ei [solarium].*

Man vermißt eine Andeutung des Tatbestands, in dessen Folge der Satz *superficies cedit solo* zessiert. Paulus hatte vom *ager uectigalis* gesprochen.

(30) 86¹ *Jul 34 dig. Ualet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, ut hac seruitute liberetur et superficiem lucrifaciat.*

In korrekter Darstellung mußte gesagt werden, daß ein superfiziarisches Recht des Testators vorhanden war. Diese Enuntiation wird im Original nicht gefehlt haben und von Justinian, da sie ein rein obligatorisches Recht besagte, gestrichen worden sein. Für *hac seruitute* lese man im Sinne des echten Julian *hac obligatione*.

(39. 1) 3³ *Ulp 52 ed. Si ego superficiarius sim et opus nouum fiat a uicino, an possim nuntiare? mouet quod [quasi] inquilinus sum: sed [praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et seruitutum causa actio mihi dabitur] et operis noui nuntiatio debet mihi concedi.*

Vielleicht ist auch der Schluß unecht. Hätte Ulpian den dinglichen Superfiziär einen *quasi inquilinus* nennen können?

(39. 2) 9^{4.5} *Ulp 53 ed. Quaesitum est, si <dominium> [solum] sit alterius, <ususfructus> [superficies] alterius, <fructuarius> [superficiarius] utrum repromittere damni infecti an satisdare debeat. et Julianus scribit [, quotiens superficaria insula uitiosa est,] dominum [et de soli et de aedificii uitio] repromittere aut eum, ad quem <ususfructus> [superficies] pertinet, [de utroque] satisdare <debere>: quod si uterque cesset, uicinum in possessionem mittendum. Celsus <quoque> [certe] scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est (sit?), damni infecti aut <te> [dominum] repromittere aut Titiam satisdare debere. quod si —.*

(39. 2) 13⁸ *Ulp 53 ed. [Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat.]*

Schon von anderer Seite angezweifelt.

(39. 2) 18⁴ *Paul 48 ed. Ei, qui in conducto solo superficiem [im]posuit, dominus soli [, quod uitio soli damnus futurum sit,] cauere non debeat [nec soli domino superficiarius,] quia inuicem ex conducto et locato habent actiones: —.*

Vielleicht hatte Paulus einzig der *a° conducti* Erwähnung getan. Doch mag es auch sein, daß er den Gedanken, daß der superfiziarische Hersteller eines unfesten Gebäudes unter Umständen dem Dominus haftbar werden kann, in die Betrachtung hineingezogen gehabt hatte.

(39. 2) 19^p *Gai ad ed praet urb tit de damno inf. — siue domini sint siue aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius [et superficiarius].*

(43. 17) 3⁷ *Ulp 69 ed. Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo uideri non ab eo aedes possideri, qui *χρύπτας* possideret, sed ab eo, cuius aedes supra *χρύπτας* essent. [uerum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit (!): ceterum (!) superficiarii (!) proprio interdicto et actionibus a praetore (!) utetur*]. dominus autem soli tam aduersus alium quam aduersus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis:] et ita Pomponius quoque probat.*

Was für schier unlösbare Schwierigkeiten das Eingeklammerte, als echt betrachtet, durch seinen Inhalt bereitet, ist bekannt.

Wir werfen zum Schluß noch einen Blick auf

(43. 17) 4 *Ulp 70 ed. In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus [fructus] (Mo) quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his <hoc> interdictum erit dandum.*

Diese Stelle hat im Original hinter (43. 18) 1 *Ulp 70 ed* gestanden. Freilich wird keine ganz unmittelbare Berührung gewesen sein, es scheint ein Zwischenstück zu fehlen. Im Eingang heißt *et — et* sowohl — als auch, oder ist *dicendum et inter fructuarios* zu streichen. — In allen Fällen, wo nicht beide Parteien wahren Besitz behaupten, ist das *interdictum uti nunc utimini fruimini* am Platze: der Ausdruck *uti frui* deckt alle Fälle, sogar den Fall des bloßen *uti*. Das ist dermaßen wahr, daß man begrifflich richtig dieses Interdikt auch dann anwenden könnte, wenn beide Teile wirklichen Sachbesitz behaupten, nur gibt es ja in diesem Falle das spezielle Interdikt *uti*

*) *tuetur?* Gutes Latein wäre auch das nicht.

possidetis. Man darf nicht einwenden, daß man doch besitzen könne, ohne zu gebrauchen und Früchte zu ziehen: gilt das etwa weniger von der *iuris quasi possessio* des Usufruktuars, der doch auch die faktische Herrschaft über den Gegenstand ausüben und dabei träge so Gebrauch wie Fruchtziehung versäumen kann? Die Römer haben sich wohl über die Wortschwierigkeit hinweggesetzt und auch das untätige *quasi possidere* oder *possidere* unter den Begriff *uti frui* subsumiert.

(43. 19) 1¹¹ Ulp 70 ed. *Si tibi fundum precario concessero, cui uia debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaueris, ut ea uia ad eum fundum utaris: [an noceat tibi exceptio, si aduersus eum uelis interdicere, a quo precario uiam rogasti? et magis est, ut noceat, idque colligi potest ex eo, quod] Julianus scribit [in specie huiusmodi. quaerit enim, si ego tibi fundum precario dedero, cui uia debebatur, et tu rogaueris precario, ut ea uia utaris:] nihilo minus utile interdictum mihi esse, quia sicuti me precarium rei meae non tenet, ita nec per te precario possidere intellegor: quotiens enim colonus meus aut is, cui precario fundum dedi, uia utitur, ego ire intellegor, propter quod et recte dico me itinere usum. quae ratio, inquit, efficit, ut et si ego uiam precario rogauero et tibi fundum precario dedero, quamuis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur, inutile esset interdictum et precario eo itinere usus esse uidear. non immerito: non enim opinio tua, sed mea quaerenda est. [tu tamen, credo, poteris interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat Julianus.]*

Daß die *exc den Tu* trifft, wäre selbstverständlich, da er ja selber *precario* rogiert hat, und bedürfte keiner Erschließung aus Julians Ausführung — wenn es nicht deshalb falsch wäre, *quia plus in re quam in opinione*. Es kommt hinzu, daß nach 1⁸ anscheinend mindestens Putativdominium des *utens* am faktisch herrschenden Grundstücke vorhanden sein muß, damit das *interdictum de itinere privato* zustehe, und daß der Versuch, die Entscheidung des ersten Falles aus dem, was Julian schreibt, herzuleiten, handgreiflich unlogisch ist. *In specie huiusmodi* und *quaerit interdictum esse* sind höchst bedenklich. Der Schlußsatz ist wegen des fehlenden Putativdominium wahrscheinlich unrichtig. *Colligi potest ex eo quod Julianus scribit* sowie der Schlußsatz erzeugen dem Julian eine unulpianische Deferenz. Ob *non immerito — quaerenda est* echt ist?

(43. 19) 3¹⁰ Ulp 70 ed. [*Et generaliter ex omnibus causis, quae instar habent uenditionis uel alterius contractus, dicendum est hoc interdicto locum fore.*]

Hoc interdicto locum fore! Dazu die *regula generalis*, die obendrein ganz ungeschickt das dingliche Moment unterdrückt.

(43. 29) 3⁴ Ulp 71 ed. *Si eum quis retineat filium, quem non habet in potestate, plerumque sine dolo malo facere uidebitur [: pietas enim genuina efficit sine dolo malo retineri, nisi si euidens dolus malus intercedat]. —*

Der Sprache nach unmöglich klassisch. H Krüger in seinem Aufsätze über die *humanitas* und die *pietas* Z 1898 p 46 erwähnt die Stelle, ohne sie zu beanstanden.

(44. 4) 2^{4.5} Ulp 76 ed. Dazu H Krüger*) Beiträge zur Lehre von der *Exceptio Doli*, erstes Heft (1892) 32. 94. 216 sq. 220, *Pernice Labeo* II² Abt I 249 sq. Vor 2⁴ hat Tribonian, um Wiederholung zu vermeiden, ein Stück mit dem Inhalte von (45. 1) 36 Ulp 48 *Sab* gestrichen.

36. *Si quis, cum aliter eum conuenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, [erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed] doli exceptione uti potest [: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio]. idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis [, sed ipsa res in se dolum habet]: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit quod petit.*

2⁴. *Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, [quia hoc actum sit,] sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, <quia hoc actum sit,> an noceat exceptio doli.*

*) Ne tacens consentire uidear, benutze ich diese occasio nominis zu folgender Bemerkung gegen H Kr Z 1908 p 495. Der Hinweis auf die bisher nicht genügend beachtete Wichtigkeit der Klausel *qua de re agitur* ist nützlich. Diese Klausel trägt in der Tat zur Individualisierung der intendierten Obligation bei, indem sie diese mit dem *in iure* erörterten historischen Tatbestande in Beziehung setzt. Unrichtig ist aber, daß die wirkliche und die intendierte Konsequenz des *in iure* festgelegten Tatbestands vermöge einzig ihres gemeinsamen Bezogens auf diesen Tatbestand *eadem res* sind. Denn dann wäre *eadem res* zu konstatieren, wenn die wirkliche Obligation auf *Pamphilum dari*, die intendierte auf *Stichum dari* geht. Ebenso wenig wie daß hier *eadem res* nicht vorhanden ist, ist Funktion einzig des *q d r a*, daß *Stichum dari* und *Stichum aut Pamphilum dari* oder *hodie dari* und *kalendis proxime futuris dari* trotz ihrer Divergenz als *eadem res* gelten. In summa: mit dem *q d r a* allein läßt sich das Rätsel der Konsumtion, wenn es eines ist, nicht lösen.

et quidem et de pacto conuento excipi posse nequaquam ambigendum est: sed et si hac quis exceptione uti uelit, nihilo minus poterit: dolo enim facere eum qui [contra pactum] petat, negari non potest.

2⁵ [*Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum actionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.*]

Begründung dieser Textherstellung:

1) Das *quia hoc actum sit* ist höchst unwahrscheinlich sinnloses Zufallswerk und läßt sich als Glosse kaum motivieren. Umgestellt gibt es guten Sinn.

2) Die vorgeschlagene Herstellung von 2⁴ beseitigt den sonderbaren Schein, als gebe Ulpian aus dem ausdrücklichen *pactum* neben der *exceptio pacti* die *exceptio doli*, da er doch — H Kr 94 — in (2. 14) 10² *libro 4 ed* mit Julian und *aliis plerisque* die *exceptio doli* einzig zum Ersatze gehinderter *exceptio pacti* zuläßt. Der Satz *dolo enim — potest* ist vielleicht gänzlich zu streichen.

3) Handelt 2⁴ von dem Falle *aliter actum, aliter obligatus* mit nachgeschicktem rektifikatorischem Paktum, so ist sicher der einfache Fall ohne das Paktum, unmittelbar vorher erörtert worden. Folglich ist 36 einzuschieben. Aber ist denn glaubhaft, daß der Digestenredaktor, welcher die ulpianischen Bücher *ad edictum* exzerpierte, auf eine Stelle des Sabinuskommentares Rücksicht nahm? Ja, denn ist es glaubhaft, daß Justinians Exemplare der Juristenschriften am Rande Verweisungen auf Parallelstellen enthielten.

4) Der *nisi*-Schluß von 2⁵ ist schon von andern mit Recht für justinianisch erklärt. Auch die Vorstellung, daß eine Exzeption aus einer andern entsteht, und die Antithese *exceptio doli — exceptiones in factum*, deren zweites Glied *quamquam exceptionem* umfaßt, sind sehr bedenklich. Den Ausschlag gibt, daß leidenschaftliches Generalisieren und verstandlose Rechtsmittelhäufung höchst unklassisch und typisch justinianisch sind.

(44. 4) 4³³ *Ulp 76 ed. Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione [quae est generalis]: sed utilius uisum est etiam de metu <proponere> [opponere] exceptionem. etenim distat aliquid <a> doli exceptione, quod rell.*

Die Worte *quae est generalis* gehören Tribonian. Wahrscheinlich ist die Bemerkung ausgefallen, daß *qui metu facit, is utique et dolo facit.*

(39. 6) 18² *Jul 60 dig. Titia chirographa debitorum suorum Septicii et Maevii donatura illis Ageriae dedit et rogauit eam, ut ea si decessisset, illis daret, si conualuisset, sibi redderet: morte secuta Maevia Titiae filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio et Maevio supra scriptis dedit. quaeritur, si Maevia heres summam, quae debebatur ex chirographis supra scriptis, petat uel ipsa chirographa, an exceptione excludi possit? respondit Maeviam [uel pacti conuenti uel] doli mali exceptione summoueri posse.*

Die Athetese ist unzweifelhaft notwendig, weil ein *pactum conuentum* unkonstruierbar ist, und Ulpian in (34. 3) 3² den Juliantext wörtlich zitiert und die eingeklammerten Worte nicht gibt. H Krüger 137 sq konstatiert diese Interpolationsindizien, aber nicht die Interpolation. Man ist ja inzwischen, gewisse konservative Beharrlichkeiten abgerechnet, von Jahr zu Jahr argwöhnischer geworden.

(22. 1) 13^r *Scaeu 1 resp. Qui semisses usuras promissit, per multos annos minores praestitit: heres creditoris semisses petit. cum per debitorem non steterit, quo minus minores soluat, quaero an exceptio doli [uel pacti] obstet. respondi — posse — obstare exceptionem.*

Nicht ganz sicher. Hatte der Quärent beide Exzeptionen genannt, so mußte der Respondent die seines Erachtens richtige namhaft machen. Es mag aber eben auch sein, daß er das getan hatte, und vor *exceptionem, pacti* oder *doli* verloren gegangen ist.

In C (2. 3) 5 *Caracalla anno 213* ist zu schreiben *nam exceptio perpetua pacti conuenti [uel doli] residui repetitionem repellit.* Die Worte *uel doli* sind von Justinian.

(12. 6) 23³ *Ulp 43 Sab. Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, [dolo quidem id fit, sed tamen] sententia ualet. potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, uolenti litem contestari opponere [doli] exceptionem: sed si post litem contestatam transactum est, [nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. ideo] condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non uidetur causa secuta, cum transactioni non stetur.*

cum igitur repetitio <detur> [oritur], transactionis exceptio (gegen die a^o iudicati) locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio.

Man beachte, daß Ulpian in der Lex 23 ex professo von der *exc transactionis* handelt, daß im Schlusse von 23³ statt der *exc doli* die *exc transactionis* auftritt, daß zwischen *sed si* kein *et* steht, daß *ideo* eine ganz falsche logische Verbindung herstellt.

(44. 4) 4⁶ Ulp 76 ed. — *Quod si is, cui pecunia <debeatur> [debeatur], cum debitore decidit et nomen eius uendidit Seio, cui debitor mandauerat, ut nomen emeret, deque ea re emptor stipulatus est, deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per iudicem abstulit, an emptor ex stipulatu possit experiri? et Ofilius putat, si uenditor nominis paratus [non] sit reddere, quantum ab emptore acceperit, [non] nocituram exceptionem doli mali: et puto sententiam Ofilii ueram.*

Vgl zu dieser Stelle Pernice Labeo II² Abt I p 237. — Läßt man die beiden *non*, so setzt Ofilius seltsam das keineswegs selbstverständliche An-sich-zustehen der *exc doli* als selbstverständlich voraus. oder gehört er zu denen, die sagen ‚wenn es nicht schneit, ist es nicht weiß‘ und meinen ‚wenn es schneit, ist es weiß‘. Das zweite *non* ist ebenso entstanden, wie in (4. 3) 1² (*eiusmodi*) *dis(simulationem)*, in dittographischem *nonocituram* hielt der nächste Schreiber das zweite *n* für eine Haplographie. Sobald *non nocituram* dastand, war es naheliegende Logik, zwischen *paratus* und *sit* ein erstes *non* einzuschalten. — Zur Sache: Das Vergleichspaktum zwischen *creditor* und *debitor* auferlegt diesem außer der Stellung des Käufers noch etwas anderes. Dieses andere — etwa Zahlung eines Zuschusses zum Kaufpreise an den *creditor* — wird nicht erfüllt, so daß der *debitor* dem *creditor* kondemniert werden kann und kondemniert wird. Ofilius ist mit Recht der Ansicht, daß nach dem Vertragswillen der drei Beteiligten der Kauf mit dem Vergleiche steht und fällt. Vielleicht ist der Tatbestand im Originaltexte des Ulpian oder doch des Ofilius vollständiger beschrieben gewesen als in der überlieferten Stelle.

(44. 4) 4³² Ulp 76 ed. *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio uendiderit et <mancipio dederit> [tradiderit] (Lenel): Julianus ait aequius esse praetorem te tueri <exceptione in factum comparata uel doli mali>, quia et si ipse Titius*

fundum a te peteret, exceptione [in factum comparata uel doli mali] summoueretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, aduersus excipientem ‚si non suus esset‘ replicatione uteris, ac per hoc intellexeretur eum fundum rursum uendidisse, quem in bonis non haberet.

Bis auf ein par Schreibfehler derselbe Text bis *Publiciana peteres* steht auch (21. 3) 2 *Pomp 2 ex Plaut.* Doch fehlen hier die Worte *in factum comparata uel doli mali.* Vermutung: in beiden Stellen ist hinter *tueri exceptione i f c u d m'* ausgefallen, in 4³² ward dies Stück am Rande nachgetragen und später, indem man fälschlich *exceptione* für das Stichwort hielt, das den richtigen Platz andeuten sollte, falsch eingefädelt. Restituiert man demgemäß, so verschwindet der Schein, als habe Julian ganz unbegreiflich eine *exc in factum comparata uel doli mali* in einem Falle für nötig gehalten, wo ganz zweifellos die *exc rei uenditae et traditae* zusteht, und wird der Lehre, diese Exzeption sei nicht ediktsässig gewesen (H Krüger I 1 33), das Hauptfundament entzogen. Nun wird man freilich einwenden, das sei eine taschenspielerische Konjekturekritik, die mit zwei getrennten, in ganz individuellen Merkmalen koinzidierenden Textunfällen rechne, und obendrein mache doch auch die dritte (etwas modifizierte) Parallelstelle, nämlich (6. 1) 72 *Ulp 16 ed*, die vom Prätor erforderte Hülfe nicht namhaft. Aber merkwürdige Koinzidenzen sind auf allen Gebieten des Geschehens häufiger, als gemeinlich geglaubt wird, und man mag doch eine bessere Lösung unseres Problemes ausfindig machen. Am Ende ist eine solche bessere Lösung die Annahme, daß die Worte *exceptione in factum comparata uel doli mali* neben 4³² als Glosse zu *tueri* geschrieben waren und dann ohne das erste Wort auf die vorhin beschriebene Art in den Text eingedrungen sind.

(45. 1) 83⁵ *Paul 72 ed.* — *item (haec stipulatio probanda non est) eum locum, cum ex sacro religiosoue profanus esse coeperit, dari?’ quia nec praesentis temporis obligationem <res> (Mo) recipere potest [et ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem]. —*

Der ausgeschlossene Satz paßt nicht zur Sache. *Natura sui possibilia* = τῆ φύσει αὐτῶν δυνατά, *sui* ist eine Kreuzung aus *sua* und αὐτῶν.

(45. 1) 99¹ *Cels 38 dig.* *Si stipulatus hoc modo fuero: ‚si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari?’ non nisi praeterito biennio recte petam [: nam etsi ambigua*

uerba sunt, sic tamen exaudiuntur, si immutabiliter uerum fuit te Capitolium non ascendisse].

Die Ambiguität ist nur ganz Spitzfindigen erfindlich. *Inmutabiliter* klingt nicht klassisch. Statt *inmutabiliter uerum fuit* fordert die Logik *indubitabiliter constat*, wofür der Klassiker etwa gesagt hätte *certum esse coepit*. Richtige Explikation der erklärten Ambiguität bei Gradenwitz Z 1895 p 118.

(45. 3) 40 *Pomp 33 ad Q Muc. Quidquid contraxit seruus, dum nobis seruit, etiam si stipulationem contulit in alienationem uel manumissionem suam, tamen nobis id adquisitum erit, quia potestas eius tunc, cum id contraheret, nostra fuit. idemque est, si filius familias contrahat: namque etiam quod in emancipationis suae tempus contulerit, nobis debetur [si tamen dolo malo id fecerit].*

Diese Einschränkung ist inkonsequent und verträgt sich schlecht mit (50. 17) 18 *Pomp 6 Sab* und (45. 1) 78^v *Paul 62 ed*. Dazu hätte ein Klassiker gewiß beim rechten Ende angefangen und gesagt, im allgemeinen gelinge dem *filius* die selbstnützige Stipulation auf die Zeit seiner Suität, nur nicht im Falle des *dolus*. Und endlich vermißt man Aufklärung darüber, was für Arglist gemeint ist. (Ist etwa an den Fall gedacht, wo der *filius* durch Aufwendung *ex re patris* eine Obligation erhandelt?) Alles wird begreiflich, wenn man *si tamen rell* als abstrakte Äquitabilität eines Nachklassikers ansieht.

(46. 1) 49^v *Pap 27 quaest. Si testamento liberatum debitorem heres omittat, fideiussorem autem eius conueniat, proderit exceptio doli fideiussori [propter improbitatem heredis], quae prodesse reo debuerat, si conueniretur.*

Das Gestrichene ist entweder ganz müßiges Geschwätz oder meint die in dem Umgehungsversuche liegende Improbität, diese aber ist mit nichten nach Papinians Vorstellung Basis der vom Bürgen vorgeschützten *exc doli*, welche sich Papinian ja als mit der des Hauptschuldners identisch denkt.

(46. 4) 8^v *Ulp 48 Sab. An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. [dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?]*

Die Gestikulation mit Worten inmitten ruhiger ebenmäßiger Rede und die Dürftigkeit und weltfremde Gesuchtheit des Gedankens machen glauben, daß in den Ulpian ein Wortgefüge eines nachklassischen Rechtslehrers eingedrungen ist. Auch *nisi in hoc quoque contra sensum est* mit seinem ganz unlogischen *quoque* ist wohl nicht von Ulpian geschrieben.

(47. 2) 44² *Pomp 19 Sab. Si seruus hereditarius (< qui testamento domini manumissus est, >) nondum adita hereditate furtum heredi fecerit [, qui t d m e,] furti actio aduersus eum competit, quia nullo tempore heres dominus eius factus est.*

(47. 2) 48⁵ *Ulp 42 Sab. Ancilla si subripiatur praegnas uel apud furem concepit, partus furtiuus est, siue apud furem edatur siue apud bonae fidei possessorem [: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat]. sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eueniet, ut partus furtiuus non sit —.*

Die Worte *sed — cessat* unterbrechen störend die Antithese und sind durch *in casu* und sachlich bedenklich.

(47. 3) 2 *Ulp 42 Sab. Sed si proponas tigni furtiui nomine aedibus iuncti actum, deliberari poterit, an extrinsecus (<eo facto>) sit rei uindicatio. et esse non dubito.*

Oder *an exento eo rursus*, wofür *extrinsecus* verunglückte Herstellung durch einen vor einer fleckigen Stelle ratlosen Abschreiber wäre.

(47. 4) 1^v *Ulp 38 ed. Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perueniret: in eum intra annum utilem dupli iudicium datur.*

13. *Quid tamen, si sub condicione accepit libertatem? ecce nondum liber est: sed ut seruus potest coerceri: idcirco dicendum est cessare hanc actionem.*

14. *Sed ubi libertas competit continuo, dicendum est posse et debere hanc actionem dari aduersus eum, qui peruenit ad libertatem.*

1⁵. *Si seruus pure legatus ante aditam hereditatem quid admiserit in hereditate, dicendum est, quia dominium in eo mutatur, huic actioni locum esse.*

1⁶. *Et generaliter dicimus, quo casu in seruo dominium uel mutatur uel amittitur uel libertas competit post interuallum modicum aditae hereditatis, eo casu hanc actionem indulgendam.*

3 Ulp 13 ed. *Labeo putauit sub condicione manumissum res amouentem, si cito condicio extitit, hac actione conueniendum.*

Zu 1⁶ 1⁴ 3. Der Fall des *sub condicione manumissus* konnte folgerichtig nur so entschieden werden. Tritt die Bedingung *ante aditam hereditatem* ein, so steht die Klage zu, tritt sie *post a h* ein, so steht die Klage nicht zu. Den Unterfall, wo die Bedingung *post interuallum modicum aditae hereditatis (cito)* eintritt, vom zweiten Falle absondern und unter die Rechtskonsequenz des ersten stellen, heißt der Billigkeit die Logik opfern und Rechtssätze mit unbestimmtem Tatbestandselemente schaffen. Dieses ist nicht die Gewohnheit, jenes geht über die Macht des klassischen Juristen.

Zu 1⁶ 1⁵. Im Falle des *seruus pure legatus* ist zwar eine Nachbildung der *haec actio*, aber nicht diese selbst logisch möglich.

Zu 1⁶. *Et generaliter dicimus* erinnert an *et generaliter sancimus*. — *Dicimus* meint nicht Schreiber und Leser (wie *uideamus, tractabimus* ua), nimmt auch nicht mit abkürzendem Zeugma den Leser unter das Prädikat des Schreibers (wie *supra diximus = ego dixi et tu legisti*), sondern ist wahrer plur mai*). — *Quo casu — eo casu* ist byzantinisch umständlich. — Die Vorstellung, daß das *dominium* dem Sklaven innewohnt, ist ungewöhnlich. — Statt *uel — uel — uel* hätte ein klassischer Jurist wahrscheinlich *aut — aut — aut* gesetzt. — Bei *dominium mutatur uel amittitur* fehlt, obgleich durch den Gegensatz gefordert, die Bestimmung ‚im Augenblicke des Erbschaftsantrittes‘. — *Dominium mutatur* = ‚es tritt ein neuer Eigentümer an die Stelle des alten‘ ist ein falscher Ausdruck, weil *dominium* ‚Eigentum‘ und nicht ‚Besetzung der Eigentümerstelle‘ bedeutet. — *Dominium amittitur* = ‚an die Stelle der Unfreiheit tritt Freiheit‘ ist ebenfalls ein unrichtiger Ausdruck, weil *amitti* nicht ‚aufhören‘ und *dominium* nicht ‚Beherrschtwerden‘ sondern ‚Herrscherzustand‘ bedeutet. — *Competere* ist justinianisches Lieblingswort. Freilich steht *libertas competit* recht häufig in den Digesten, aber in 1⁶ wäre *ad-*

*) Vgl (6. 1) 38 *constituimus*, (39. 3) 2⁶ *admisimus*, (46. 7) 21 *nos dicimus*, (43. 18) 1⁴. ⁸ *damus, dabimus* und dazu oben 102.

quiritur korrekt, weil nicht der Freiheitszustand, sondern sein Eintritt in dem Gedanken von 1⁶ figuriert. — *Post interuallum modicum aditae hereditatis* wird gestützt durch (40. 5) 26³ *post quinquennium mortis testatoris*, aber *modicus* ist, obgleich bei Longo unbelegt, in den Digesten öfters emblematisch. — *Indulgere* kommt zwar auch in den Digesten, häufiger aber wohl in den Konstitutionen vor, Justinian hat das Wort ca 30 mal.

Zu 1⁴ 3. *Continuo* und *cito* müssen sagen wollen *continuo (cito) post aditam hereditatem*, sie drücken diesen Begriff mit dilettantenhafter Undeutlichkeit aus. *Posse et debere* ist tautologisch.

Zu 1⁵. *Dom in eo mutatur* ist von demselben Autor wie 1⁶.

Wir folgern, daß 1⁶ gänzlich, 1⁴ 1⁵ 3 zum Teil justinianisch sind. 1⁴ wird im Urtext so gelautet haben:

Sed ubi <condicio extitit ante aditam hereditatem> [libertas competit continuo], dicendum est posse [et debere] hanc actionem dari aduersus eum, qui <momento aduandae hereditatis> peruenit ad libertatem.

1⁵ mag ursprünglich so ausgegangen sein:

dicendum est huic actioni locum non esse.

3 ist so herzustellen:

Labeo putauit sub] condicione manumissum rem amouentem, si <ante aditam hereditatem> [cito] condicio extitit, hac actione conueniendum.

Da übrigens 3 sicher nicht, wie ihre Inskription behauptet, dem 13., sondern, wie Lenel annimmt, dem 38. Buche des ulpianischen Ediktskommentares angehört, d h demselben Buche wie die anderen Stellen, so kann sie im Originale unmöglich von 1⁴ getrennt gewesen sein, und das Allerwahrscheinlichste ist vielleicht, daß nicht nur 1⁴, sondern auch schon der durch seinen lebhaften Gesprächston auffällige 1³ gänzlich Tribonianswerk sind und die herausgeschnittene Lex 3 ersetzen, die im alten Zusammenhange etwas anders stilisiert gewesen sein mag. Weshalb aber hat Tribonian diese Lex herausgeschnitten? Weil er — ähnliches läßt sich ihm auch sonst nachweisen — unmittelbare Benützung des Labeo vortäuschen wollte. Freilich hätte er dann die Inskription von 3 fortlassen müssen. Er ist aber unachtsam gewesen.

In 1⁷ verneint Ulpian die Frage, ob der Erbe die Freilassung eines geerbten Sklaven, dem *fideicommissaria libertas* gegeben ist, und der *ante aditam hereditatem* sich an der Erbschaft vergriffen hat, bis nach vollzogener Koerzition aufschieben darf. Am Schlusse heißt es dann *arbitror igitur et hic posse hanc actionem competere*. In Wirklichkeit konnte nach dem Ediktswortlaute, den Lenel Ed²

p 322 sicher mit Recht fast wörtlich in 1^p reproduziert glaubt, von einem *competere hanc actionem* im Falle des 1⁷ keine Rede sein. Doch mag Ulpian eine analoge Formel gefordert haben, vielleicht unter der Bedingung einer *causae cognitio*.

Das Wort *cito*, welches von den Kompilatoren in (47. 4) 3 eingefügt ist, kommt noch in zwei anderen Digestenstellen vor.

1) (4. 4) 11⁵ Ulp 11 ed. (Ein *minor* tritt eine solvente Erbschaft an, die nachher durch Sklavensterben oder Häuserbrand insolvent wird. Marcell verweigert die *restitutio*.) *sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales uel praedia urbana, aes autem alienum graue, quod non prospexit posse euenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, uel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.*

Hier ist sprachlich anstößig das ungewöhnliche *haec res, quod*, die Trennung von *haec res* und *quod* durch den langen *si*-Satz und das konstitutionale *haec quae multis casibus obnoxia sunt*. Der Inhalt der Stelle aber widerspricht dem gesunden Menschenverstande. Man lehnt eine Erbschaft nicht ab, weil ihre Sklaven sterben und ihre Häuser einstürzen können, noch ist es ein Gebot ordentlicher Wirtschaft, daß man seine Sklaven und Häuser aus solcher Furcht versilbert. Kein Zweifel, daß das Stück *sed haec res — obnoxia sunt* nachklassischen Ursprungs ist. Tribonian möchte ich es nicht zutrauen. Der wird aus Versehen, eines andern neben den Text geschriebene Torheit mit aufgenommen haben.

2) (33. 7) 27¹ Scaeuola 6 (Lenel 16) dig. *Adfini suo ita legauit: fundum Cornelianum Titio ita ut est instructus cum omnibus rebus et mancipiis et reliquis colonorum dari uolo. haec testatrix Romae litis causa ex Africa ueniens mancipia quaedam ex fundo supra scripto, quo citius per hiemem operam elegeret, secum abduxit: quaesitum est, an rell.*

In dieser Stelle steht *citius* in einer Tatbestandsbeschreibung, die sich deutlich an den Wortlaut der Anfrage eines afrikanischen Konsulenten anschließt. *Cito* kommt also bei den klassischen Juristen überhaupt nicht vor. Übrigens sind die Worte *quo citius per hiemem operam elegeret* nicht zu ändern. Die afrikanische Dame nimmt für ihre Reise die Bedienung (das heißt *opera*) von dem Gute, auf dem oder in dessen Nähe sie sich gerade aufhält, aus der Wirtschaft heraus. Sie ist genötigt, unverzüglich abzureisen, und die Herbeischaffung der erforderlichen Sklaven von anderswoher würde bei dem winterlichen Zustande der Wege zu viel Zeit kosten. *Elegeret* ist wie *Romae* richtig überliefert und Sprachfehler des Afrikaners.

(47. 7) 8¹. 2. 3 Paul 39 ed. *Furtim arborem caedit, qui clam caedit. Igitur si ceciderit et lucri faciendi causa contractauerit, etiam furti tenebitur lignorum causa et condictio et ad exhibendum. Qui per uim sciente domino caedit, non incidit in hanc actionem.*

Der letzte Satz gehört hinter *Igitur*.

(47. 10) 15^{11.12} Ulp 77 ed. *Ex his apparet non omne maledictum conuicium esse: sed id solum, quod (in coetu) cum uociferatione dictum est, siue unus siue plures dixerint, [quod in coetu dictum est,] conuicium est: quod autem non in coetu nec uociferatione dicitur, conuicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.*

Diese Stelle ist an einen verkehrten Ort geraten. Sie gehört hinter

15⁴. *Conuicium autem dicitur uel a concitatione uel a conuentu, hoc est a collatione uocum. cum enim in unum complures uoces conferuntur, conuicium appellatur quasi conuocium.*

(47. 10) 15^{29. 30} Ulp 77 ed. *(Papinianus ait:) si quis libello dato uel principi uel ali cui famam alienam insectatus fuerit, iniuriarum erit agendum [Papinianus ait]. Idem ait eum, qui euentum sententiae uelut daturus pecuniam uendidit, [fustibus a praeside ob hoc castigatur] iniuriarum (teneri) [damnatum uideri]: utique (enim) [autem] apparet hunc iniuriam ei fecisse, cuius sententiam uenditauit (, siue obtulerit ei pecuniam siue non obtulerit).*

(47. 20) 3¹ Ulp 8 off proc. *Stellionatum autem obici posse his qui — [ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus.] maxime autem in his locum habet: — et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.*

Das Eingeklammerte ist aus dem Schlusse gemacht.

(48. 18) 1²⁷ Ulp 8 off proc. *Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est. — et extat epistula diuorum fratrum —, qua continetur liberandum eum, qui in se fuerat confessus, cuius post damnationem de innocentia constitisset. cuius uerba haec sunt: —. [hac*

epistula significatur, quasi servus damnatus, si fuisset restitutus, ad eum pertinebit, cuius fuisset, antequam damnetur. sed praeses provinciae eum quem damnavit restituere non potest, cum nec pecuniariam sententiam suam revocare possit. quid igitur? principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiae constitit.]

Significatur, quasi. Ratio innocentiae constitit. Sachlich richtig gehört der ganze Passus nicht zum Thema und wird nachklassische Zutat sein.

Verzeichnis der Quellenstellen.

Gai 2 ¹⁹⁵	60	Dig (2. 14) 10 ²	108	Dig (4. 6) 26 ³	77
2 ²⁰⁰	39	(3. 1) 1 ⁵	71	26 ⁴	77
3 ⁴⁶	37	(3. 3) 25	5	(4. 7) 3 ⁴	53
3 ¹²⁴	37	40 ²	61	(5. 1) 15 ¹	77
3 ²⁰⁰	61	73	41. 62	38	11
4 ¹⁵	70	(3. 4) 6 ¹	103	(5. 3) 30	42. 63
4 ¹⁷	15	(3. 6) 5 ¹	71	38	35
4 ⁷⁴	70	(4. 2) 9 ^p	55	40 ^p	63
4 ^{74a}	70	9 ¹	53. 71	45	38
4 ^{131a}	90	9 ²	72	49	64
		9 ³	72	(6. 1) 5 ⁵	14
Paul 2. 3	53	9 ⁴	73	9	16. 20
4. 10. 1	71	9 ⁶	73	10	41
5. 25. 1	70	9 ⁷	74	11	41
		9 ⁸	74	12	41
Coll 10. 8. 1	4	10	75	23 ⁵	34
		11	75	27 ¹	14
Uat 11	83	14 ¹	75	27 ³	27
		14 ³	48. 75	38	114
Inst (2. 7) 2	27	14 ⁵	75	42	28
(3. 1) 14	27	14 ⁹	73	47	56
(3. 5) 1	27	14 ¹¹	81	51	36
(4. 1) 4	7	16 ^p	76	52	27
(4. 17) 3	18	18	76	69	28
		21 ²	76	71	28
Dig (1. 5) 14	4	21 ⁴	76	72	111
(1. 8) 8 ¹	70	(4. 3) 1 ²	76. 110	73 ¹	103
(1. 16) 7 ¹	98	15 ³	76	74	103
(1. 18) 16	5	18 ¹	62	(6. 1) 75	103
(2. 2) 1 ^p	47	39	28	80	14
(2. 2) 1 ²	47	(4. 4) 7 ²	41. 103	(6. 2) 12 ²⁻³	103
(2. 3) 1 ¹	13	9 ⁶	41	(7. 1) 60 ¹	57
(2. 7) 3 ^p	4	11 ^p	41	(7. 4) 1 ^p	103
(2. 8) 7 ²	13. 41	11 ⁵	116	(7. 5) 5 ¹	40
(2. 13) 4 ⁵	41. 42	16 ^p	77	6 ^p	39
6 ¹	61	18 ¹	20	8	37
(2. 14) 1 ^p	52	27 ^p	57	(7. 6) 5 ^{p1}	78
7 ¹²	53	46	57	(7. 8) 4 ^p	64
7 ¹⁵	84	(4. 6) 18	54	22 ²	79
9 ¹	41	21 ¹	54	(7. 9) 7 ^p	23

Dig (7. 9) 12	24	Dig (10. 4) 9 ^p	36	Dig (14. 1) 1 ¹⁸	82
(8. 2) 13 ^p	55	9 ¹	25. 37	(14. 2) 2 ¹	82
(8. 3) 6 ¹	79	9 ²	38	(14. 4) 3 ¹	5
(8. 5) 11	79	9 ³	23	(15. 1) 9 ⁴	90
(9. 2) 25 ²	54	9 ⁴	36. 38. 81	32 ^p	4
27 ¹¹	48	9 ⁵	18. 40	38 ^p	11
30 ³	48	9 ⁶	17	38 ³	58
40	79	9 ⁷	17. 40	(16. 2) 10 ²	9
42	23	9 ⁸	17. 40	(16. 3) 1 ⁶⁻⁷	83
(9. 4) 21 ²	33	11 ^p	40	1 ³²	10. 32
21 ⁴	12	11 ¹	40	1 ³⁶	41
22 ³	12	12 ¹	21	1 ³⁷	41
(10. 1) 4 ¹⁻²	64	12 ²	8	5 ²	41
(10. 2) 4 ³	41	12 ³	41	7 ¹	28
5	41	13	8	12 ¹	41
10	103	15	25. 26	24	83
(10. 3) 11	55	16	21	32	48
(10. 4) 1	11. 33	17	11. 23	33	11. 24
2	13	19	7	(17. 1) 29 ⁴	49
3 ^p	34	20	3	46	84
3 ¹	34	(11. 6) 1 ¹	35	48 ^p	84
3 ²	34. 54	(11. 7) 14 ⁷	65	48 ¹⁻²	84
3 ⁶	2. 15	14 ⁸	65	59 ⁴	21. 57
37	2. 64. 100	14 ^{13, 14}	64	(17. 2) 59 ^p	66
3 ⁸	2. 13	(11. 8) 5 ¹	99	(18. 1) 3	86
3 ⁹	1. 29	(12. 2) 5 ^p	80	7 ¹	85
3 ¹⁰	1	5 ²	80	(18. 2) 1	85
3 ¹¹	5. 19. 29.	9 ^p	80	2 ^{p-1}	85
3 ¹²	31. 44	9 ¹	80	4 ^p	85
3 ¹³	7. 9	33	80	4 ³	53. 87
3 ¹⁴	29	(12. 3) 2	28	4 ⁵	85
3 ¹⁵	31. 34	(12. 4) 15	25	6 ¹	86
4	21. 26. 36	(12. 6) 23 ³	109	9	86
5 ^p	20. 21. 22. 24	(13. 1) 7 ¹	42	19	49
5 ¹	18. 21	10 ^p	80	(18. 3) 1	86
5 ²	15. 18	(13. 3) 4	29	(19. 1) 3 ¹	89
5 ³	18. 25	(13. 4) 2 ⁸	65	11 ¹	83
5 ⁴	15. 18. 25	4 ¹	65	13 ²⁶	83
5 ⁵	25. 26	(13. 5) 16 ²	80	17 ⁶	19
5 ⁶	18. 26. 35	16 ⁴	80	25	19
7 ^p	35	18 ^p	81	(19. 2) 9 ^p	35
7 ¹	26	31	56	11 ³	50
7 ²	35	(13. 6) 1 ^{p-1}	54	13 ¹	50
7 ³	16. 20	2	11 ^p	13 ⁴	27
7 ⁴	16. 36	(13. 7) 3	9	19 ⁵	42
7 ⁵	16	16 ²	103	55 ²	5
7 ⁶	16. 36	17	104	60 ²	42
7 ⁷	35	27	24	(19. 5) 16 ^p	19. 31
8	36	41	82	17 ⁴	58
		(14. 1) 1 ²	48	(20. 1) 13 ³	103

Dig (20. 1) 16 ³	28. 66	Dig (27. 7) 1 ¹	50	Dig (39. 4) 1 ⁶	12
16 ⁴	66	(27. 9) 9	99	2	12
16 ⁶	66	(27. 10) 1 ^p	103	3 ^p	12
21 ³	66	17	94	3 ²	3
27	9	(28. 4) 2	94	(39. 5) 31 ¹	52
(20. 4) 15	104	(28. 5) 37 ^p	59	(39. 6) 18 ²	109
(20. 5) 1	9	(28. 7) 27 ^p	37	42 ^p	96
(21. 1) 18	87	(29. 4) 10 ^p	47	(40. 4) 10 ¹	57
25 ⁷	54	26 ^p	50	61 ^p	5
(21. 2) 32 ¹	56	(30) 74	95	(40. 5) 24 ¹⁰	53
74 ^p	84	86 ⁴	104	26 ³	115
75	37	(31) 61 ¹	95	(40. 7) 3 ¹¹	67
(21. 3) 1 ^p	88	63	34	(40. 12) 24 ^p	67
2	111	(32) 11 ^{16, 17}	59	(41. 1) 44	11
(22. 1) 4 ^p	88	33 ²	37	(41. 2) 3 ¹	97
13 ^p	109	37 ³	97	18 ^p	98
(22. 2) 3	83	37 ⁴	95	18 ¹	57
(22. 3) 9	53	39 ^p	20	20	67
15	55	39 ¹	55	34	68
(22. 6) 1 ¹	57	65 ³	52	52 ²	98
9 ^p	55	99 ^p	54	(41. 3) 16	21
(23. 3) 9 ³	24	(33. 5) 8 ³	23. 26	(41. 10) 5 ^{p-1}	98
(23. 4) 2	83	(33. 6) 2 ¹	42	(42. 5) 24 ²	24
30	83	(33. 7) 27 ¹	116	(42. 8) 10 ³	51
(24. 1) 32 ⁴	90	(34. 3) 3 ¹	95	(43. 5) 3 ⁵	11
(24. 3) 14 ¹	91	3 ²	109	3 ⁹	12
22 ⁶	66	(34. 4) 3 ¹⁰	37	(43. 16) 1 ⁶	42
64 ⁹	91	(34. 7) 1 ^{p-1}	82	17	43
(25. 2) 3 ¹⁻²	91	(35. 1) 81	95	1 ⁸	43
22 ¹	19	(35. 2) 30 ^p	51	1 ³²	19
(25. 3) 1 ³	57	(36. 1) 9 ²	56	14 ⁷	99
1 ⁵	57	23 ¹	47	3 ⁶	99
1 ¹⁵	58	23 ³	35. 51	3 ¹³	99
(25. 4) 1 ⁵	54	23 ⁵	37	3 ¹⁶	100
(26. 4) 5 ¹	92	26 ^p	52	12	5. 67
(26. 7) 3 ⁶	92	52	52	(43. 17) 1 ³	83
3 ⁸	92	(36. 3) 1 ¹⁷	38	3 ⁷	105
5 ^p	92	(37. 6) 8	46. 90	4	105
5 ⁷	84	(38. 2) 8 ³	56	(43. 18) 1	100. 105.
7 ^p	92	(39. 1) 3 ³	104	114	
7 ²	93	(39. 2) 9 ¹	19. 26	(43. 19) 1 ¹¹	106
7 ³	93	9 ²	19. 25	3 ¹⁰	107
7 ⁴	93	9 ³	19. 25	(43. 22) 1 ⁴	57
7 ⁸	93	9 ⁴⁻⁵	104	(43. 24) 7 ³	5
7 ¹¹	93	13 ⁸	104	7 ⁵	56
9 ⁶	93	15 ³	54	15 ⁵	5
36	93	18 ⁴	104	(43. 29) 3 ⁴	107
(26. 10) 1 ^p	34	19 ^p	17. 105	3 ⁸	13
3 ³	50	(39. 3) 2 ⁶	114	3 ¹³	8
(27. 1) 17 ⁵	53	11 ²	67	(43. 30) 3 ¹	13

Dig (44. 3) 14 ⁵	83	Dig (47. 1) 3	9	Dig (48. 5) 28 ¹⁰	54
(44. 4) 2 ³	5	(47. 2) 36 ^p	2	(48. 10) 9 ^p	70
2 ⁴	86. 107	44 ²	113	27 ¹	55
2 ⁵	51. 107	46 ^p	59	(48. 11) 7 ³	68
4 ⁶	110	48 ⁵	90. 113	(48. 17) 1 ²	55
4 ²⁶	51. 68	48 ⁶	90	(48. 18) 1 ²⁷	117
4 ³¹	51	55 ¹	60	(48. 22) 7 ²²	71
4 ³²	110	57 ⁴	94	(49. 1) 4 ⁵	57
4 ³³	108	62 ²	83	(49. 4) 1 ¹³	60
(45. 1) 1 ⁶	53	81 ^p	43	(49. 15) 12 ⁵	52
36	83. 107	81 ¹	44	(50. 13) 6	78
38 ¹⁷	35	81 ²	43	(50. 16) 22	13
51	52	(47. 3) 1 ²	44	37	32
78 ^p	112	2	113	246	13
83 ⁵	111	(47. 4) 1 ^{p. 3. 4. 5. 6}	113	(50. 17) 18	112
99 ¹	111	1 ⁷	115	75	46
(45. 3) 40	112	3	114	131	28
(46. 1) 33	35	(47. 7) 8 ^{1. 2. 3}	117	156 ¹	102
39	37	(47. 10) 11 ⁷	60		
49 ^p	112	15 ⁴	117	Cod (2. 3) 5	109
49 ²	84	15 ^{11. 12}	117	(3. 42) 2	3
70 ²	37	15 ^{20. 39}	117	8	24
(46. 3) 39	68	17 ⁴	29	(4. 31) 14 ¹	31
(46. 4) 8 ^p	112	(47. 11) 9	56	(4. 34) 1	4
(46. 7) 21	114	(47. 15) 2	54		
(47. 1) 1 ^p	11. 43	(47. 20) 3 ¹	117	Theophilus (4. 1) 4	7

REV15

ÚK PrF MU



3129S05534