1. 5 r. 1. 3. . 6 (7) 8. . 11. 6, 2. 4 (6) 8. . 10. 7r. 1
 (2. 3) 4. 6. 7. 8. 9r. 2. 3. 4. 10, 3. . 5. 9. 10. 12. . 14.
 11. 12r. (1) 2. 13r. 1. 2. 4. 5. 14r. 1. . 3 (4) 5. 15r.
 1. 2. 4. 5. 16r. 1. 2. 4. 7. 17. 18³²), 1. 2. 4. . 10. 12.
 15 (17) 19. (22. 25. 20) 20, 2. . 6. 8. . 12. 17. . 19. 21r.
 1. 5. 8. . 12. 21. 22. 23pr. 1. 4. 24, 2. . 5. 7. 25r. 1.
 5. 6. 26r. 1. 3. . 5. 8. 28r. 1. 6. 7pr. 29, 1. 3. 5. 23.
 30, 2. . 4. 8. 9 (11) 12. 31, 4 (9) 12. 14. 32, 1. 2. 6. 7
 (10) 11. 15 (16) 17. 23. 24. 25. 28. 33r. 1. 2. 4. 34r.
 1. . 4. 6 (8) 9. 10. 35, 1. 7. 9 (11) 12. 13. . 16 (17) 18.
 19. 37r. (1) 3. 5. 38r. 1. . 3. 6. 8. . 12. 39r. 1. 3. . 7.
 43. 44r. 1. . 5. 9. 10. 45r. 1. 2. 48r. 1. . 5. 49r. 1.
 3. 4. 6. 7. 11. 12. 13. 15. 16. 50. 51r. 1. 2. 5 (6. 7.
 52r. 3) 5. 54, 1. 2. 8. 58r. 1. . 3. 60r. 1. 64, 2. 65r.
 1. 3. 5. 6. 9. . 12. 14 (15. . 19) 20. 22. 25. 26. 28 (29. 30.
 33. 66r.) 2.
 1, 1. 2 (3) 4 (5). 3, (3) 8. 10. 13. 14. 4, 2. 5. 8. 9.
 13. 5, (2). 4. 6 (7) 8. 6 r. 1. 2 (5. 6. 8). 9, 3.

Ueber das *interdictum quod vi aut clam*.

Von

Herrn Oberappellationsrath Dr. Schmidt zu Rostock.

Der Verfasser dieser Zeilen hat schon früher einen Aufsatz über diesen Gegenstand geschrieben¹⁾, und darin dies Interdict auf folgende Weise zu erklären gesucht. — Wer durch ein opus in solo factum den bestehenden Zustand verändert, kann dazu berechtigt sein; es kann darin aber auch ein eigenmächtiger Eingriff in die Rechtssphäre eines andern liegen, und dieser dann das Recht haben, sich gegen einen solchen Eingriff in sein Recht selbst, und zwar dadurch zu schützen, daß er die Veränderung

³²) 18r. ist wohl nur aus Versehen im Pistor. ausgefallen.

¹⁾ Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. 1 S. 347—386.

nöthigen Falls mit Gewalt verhindert. Dies geschieht durch die Prohibition, welche in einer factischen Verhinderung oder in symbolischer Gewaltanwendung, *jactus lapilli*, oder in einer entsprechenden mündlichen Erklärung bestehen kann, und durch welche der Prohibent zu erkennen giebt, daß er in der von seinem Gegner intendirten Veränderung einen eigenmächtigen Eingriff in sein Recht erblickt, welchen er nicht dulden, und gegen welchen er sich grade durch die Prohibition schützen will. — Eine solche Prohibition ist nun, wenn die von dem Gegner intendirte Veränderung wirklich einen eigenmächtigen Eingriff in das Recht des Prohibenten involvirt, erlaubter Selbstschutz, *quia naturali jure vim vi repellere licet*. Im entgegengesetzten Falle übt der Prohibent seiner Seits eine widerrechtliche Eigenmacht; es liegt darin, wenn der Prohibirte sich im Besitze des fraglichen Grundstücks befindet, eine Besitzstörung; und es versteht sich daher von selbst, daß der Prohibent wegen einer widerrechtlichen Prohibition von dem Besitzer mit dem *intd. uti possid.* belangt werden kann, und in diesem Prozesse zur Praestation des Interesses verurtheilt wird.

Die Prohibition setzt also einen Rechtsstreit darüber voraus, ob der Prohibirte zu der von ihm intendirten Veränderung berechtigt ist, oder durch dieselbe ein Recht des Prohibenten verletzt, und der Prohibent will grade durch die Prohibition das eigenmächtige Vorgehen des Prohibirten verhindern und den *status quo* bis zur gerichtlichen Entscheidung aufrecht erhalten. — Wer nun in der Sache selbst Recht hat, darüber läßt sich natürlich erst nach vorausgegangener gerichtlicher Erörterung des Streits entscheiden; und von dieser künftigen Entscheidung hängt zugleich die Beantwortung der Frage ab, wer von beiden, wenn der eine die Veränderung durchsetzen, der andere dieselbe nicht dulden will, sich einer *vis* schuldig gemacht hat. — Zur Zeit ist Beides ungewiß; und die Frage, um die es sich handelt, ist also einfach die, wie es, wenn beide Theile einander eines eigenmächtigen Vorgehens beschuldigen, einstweilen und bis dahin, daß sich übersehen läßt, wer von beiden hier das Recht oder den Besitz des andern verletzt, gehalten werden soll.

Wollte man darauf antworten, es komme darauf an, wer von beiden mit seiner Behauptung Recht hat, weil derjenige,

der im Unrecht ist, sich einer vis schuldig macht, und der Gegner nach dem Grundsatz *vim vi repellere licet*, sich wider die gegen ihn geübte Gewalt zu schützen berechtigt ist, so wäre damit Nichts gewonnen. Denn beide Theile behaupten grade, daß der andere sich einer widerrechtlichen Eigenmacht schuldig mache; der Prohibent will sich durch die Prohibition wider die eigenmächtige Verletzung seines Rechts, und der Prohibirte, der dies Recht bestreitet, wider die in der Prohibition liegende Besitzstörung schützen. Davon, wer in der Sache Recht hat, kann also die Beantwortung der Frage nicht abhängig gemacht werden, weil jenes erst durch die demnächstige Entscheidung ermittelt wird, und es sich grade darum handelt, wie es bis zu dieser Entscheidung gehalten werden soll, und wer von beiden Theilen dieselbe herbeizuführen, also die Klägerrolle zu übernehmen hat. Enthielte das Recht daher für den vorliegenden Fall keine andere Norm, so würden beide Theile, zumal wenn sie beide in gutem Glauben sind, sich in ihrem vermeintlichen Rechte mit Gewalt zu schützen suchen, weil sie grade in Folge ihres guten Glaubens überzeugt sind, daß der Richter ihre Handlung für erlaubten Selbstschutz, die des Gegners aber für Eigenmacht erklären wird, und es würden daraus, weil jeder sich zur Anwendung von Gewalt berechtigt und zur Wahrung seines Rechts genöthigt glaubt, Gewaltthatigkeiten hervorgehen, denen das Recht doch nothwendig begegnen muß.

Eben so wenig wird die Schwierigkeit dadurch gelöst, daß man sagt, der Prohibent müsse doch wenigstens den Besitz des Prohibirten respectiren, und der Besitzer bleibe doch unter allen Umständen berechtigt, sich in seinem Besitze nöthigen Falls mit Gewalt zu schützen. Denn eines Theils kann grade auch dieser Besitz streitig sein, so daß dann also wieder Beide sich in ihrem vermeintlichen Besitze zu schützen suchen würden. Andern Theils kann dieser Besitz, wenn er unbestritten ist, für den vorliegenden Rechtsstreit irrelevant und der Prohibent vollkommen berechtigt sein, sich der vom Besitzer intendirten Veränderung als eines eigenmächtigen Eingriffs in sein Recht mit Gewalt zu widersetzen, wie z. B. wenn durch das *opus* der natürliche Lauf des Regenwassers gestört, oder eine *servitus altius non tollendi*, oder sein Pachtrecht verletzt wird. — Der Grundsatz *vim vi repellere licet* steht daher dem Besitzer einer Prohibition gegenüber

keinesweges unbedingt zur Seite. Denn er setzt voraus, daß diejenige Handlung, welche vi repellirt werden darf, wirklich vis ist, und das ist grade, so lange nicht feststeht, daß der Prohibent in mala fide ist, oder daß das Recht, zu dessen Schutz er prohibirt, nicht existirt, ungewiß. Der gutgläubige Prohibent hat jedenfalls gar nicht die Absicht, den Besitz des Prohibirten zu stören; er will sich im Gegentheil nur gegen eine vom Prohibirten intendirte Veränderung des bestehenden Zustandes und den darin nach seiner Meinung liegenden eigenmächtigen Eingriff in sein Recht schützen, und er ist, wenn er Recht hat, nicht der Angreifer, sondern der Angegriffene. Er kann freilich Unrecht haben, und dann ist er derjenige, der durch seine Besitzstörung dem Gegner Gewalt zufügt. Allein ob dies der Fall, ob er also durch die Prohibition den Besitz des Prohibirten stört, und eine vis ausübt, welche der Prohibirte vi zurückweisen darf, bedarf wiederum erst einer vorgängigen Untersuchung und ist zur Zeit ungewiß.

Soll daher durch das Recht den sonst unausbleiblichen Gewaltthätigkeiten begegnet, und sollen die Parteien nicht genöthigt werden, sich zur Wahrung ihres Rechts auf einen mißlichen Faustkampf einzulassen; so bleibt kein anderes Auskunftsmittel übrig, als daß man einstweilen von der eine vorgängige Erörterung erfordernden Rechtsfrage ganz abstrahirt, und sich vorläufig nur an die unbestrittenen thatsächlichen Verhältnisse hält. Diese unbestrittenen Thatsachen sind, daß der Prohibirte den gegenwärtigen Zustand verändern, und der Prohibent, der darin einen eigenmächtigen Eingriff in sein Recht erblickt, diese Veränderung nicht dulden will, und daß grade das Recht des Prohibirten zur Vornahme dieser Veränderung den Gegenstand des Rechtsstreits bildet. — Die Frage ist also, wer hier vorläufig nachgeben muß, ob der Prohibent, obgleich nach seiner Behauptung diese Veränderung ein eigenmächtiger auch durch die Besitzverhältnisse nicht gerechtfertigter Eingriff des Prohibirten in sein Recht ist, sich nichts desto weniger diese Veränderung gefallen lassen und auf Wiederherstellung des bisherigen Zustandes klagen muß, oder ob nicht umgekehrt der Prohibirte, sobald und weil der Prohibent jene Behauptung aufstellt, sich vorläufig und bis zur Entscheidung des Streits des thatsächlichen Vorgehens enthalten muß. — Die Antwort auf

diese Frage kann schon nach der allgemeinen Rechtsregel in *pari conditione melior est causa prohibentis* nicht zweifelhaft sein, und das *intd. q. v. a. cl.* beruht daher auf dem einfachen Gedanken, daß bei einem Streite der fraglichen Art vorläufig alles in *statu quo* verbleiben muß, und daß derjenige, welcher trotz der Prohibition d. h. der Erklärung seines Gegners, daß er in der Veränderung einen factischen Eingriff in seine Rechtssphäre erblicke, dennoch eigenmächtig diese Veränderung vornimmt, auch dann, wenn das materielle Recht auf seiner Seite ist, ein formelles Unrecht begeht. Das *Interdict* geht also einfach davon aus, daß derjenige, *qui prohibitus fecit, vi fecit*, und bestimmt, daß derjenige, der dies thut, so wie derjenige *qui clam fecit*, d. h. welcher um keiner Prohibition zu begegnen, die Veränderung heimlich vornimmt, ohne Rücksicht darauf, ob er abgesehen von jener Prohibition das Recht zu dieser Veränderung hatte, den früheren Zustand wiederherstellen soll, *propter quod vi aut clam fecit*, d. h. weil er durch das verbotswidrige oder heimliche Handeln jedenfalls ein formelles Unrecht beging.

Diese meine von verschiedenen Autoritäten gebilligte Ansicht ist in neuerer Zeit mehrfach bestritten, und namentlich Stölzel²⁾ behauptet, daß der Prohibent neben dem verbotswidrigen oder heimlichen Handeln auch sein Recht oder sein rechtliches Interesse beweisen müsse. Da auch Windscheide³⁾ sich dieser Theorie angeschlossen hat, so verdient die Sache wohl eine nochmalige genauere Prüfung, zumal der Haupteinwand, der gegen meine Ansicht erhoben ist, auf einem reinen Mißverständniß beruht. Wenn ich mich dabei besonders gegen Stölzel wende, so geschieht dies, weil diese Schrift bei ihrer Ausführlichkeit die beste Gelegenheit giebt, die Quellenwidrigkeit und Unhaltbarkeit ihrer Resultate, so wie die Widersprüche, zu welchen jede Abweichung von dem einfachen Grundgedanken des *Interdicts* führt, nachzuweisen, und man bei der Gelehrsamkeit, welche der Verfasser entwickelt, versucht sein könnte, seinen Ansichten ein größeres Gewicht beizulegen, als sie verdienen.

²⁾ Die Lehre von der *operis nov. nunciat.* und dem *interdictum quod vi aut clam*, und *Jhering Jahrbücher* Bd. 8 S. 139 bis 178.

³⁾ Lehrbuch des Pandectenrechts Bd. 2. §. 465.

I. Zunächst bedarf es zur Feststellung der Streitfrage einer Berichtigung des bereits angedeuteten Mißverständnisses. Weil ich gesagt habe, die Nichtachtung der Prohibition oder die heimliche Vornahme sei das alleinige Fundament der Klage aus dem Interdict, so meint Stölzel S. 493 und 494, nach meiner Ansicht brauche der Kläger nicht einmal ein Interesse oder doch nur ein factisches Interesse an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes zu haben⁴⁾, und findet, daß diese Ansicht schon durch die von ihm aufgefundenen und wie er meint von allen bisherigen Schriftstellern über diesen Gegenstand übersehene L. 21 D. de aqua pluv. arc. widerlegt werde. Es ist mir indeß gar nicht eingefallen, eine so absurde, und durch die L. cit. allerdings widerlegte Ansicht aufstellen oder Hassse unterschieben zu wollen; ich stimme vielmehr mit Stölzel darin überein, daß nur derjenige, welcher behauptet, daß durch das intendirte opus ein ihm zustehendes dingliches oder persönliches Recht verletzt werde, mit Rechtseffect prohibiren kann, und daß nur den in den Quellen genannten Personen in Bezug auf die daselbst angeführten Rechtsverhältnisse das Interdict zusteht. Wenn ich daneben behaupte, daß das verbotswidrige oder heimliche Handeln das alleinige Fundament der Klage aus dem Interdict bilde, so erklärt sich dies folgendermaßen.

Die Prohibition setzt, wie bereits gesagt, ebenso wie die operis novi nunciatio einen Rechtsstreit voraus; zu beiden gehört die Behauptung des Prohibenten, beziehungsweise Nuncianten, daß durch das vom Gegner intendirte opus ein ihm zustehendes Recht verletzt werde, und beide sollen bewirken, daß die Sache bis zur Entscheidung über das Widerspruchrecht in statu quo bleibe. Wenn daher der Prohibent selbst gar kein Widerspruchrecht behauptet, oder sich auf ein Recht beruft, das juristisch nicht construirbar ist⁵⁾; so ist seine Prohibition ebenso wirkungslos wie die o. n. n. von Seiten dessen, der kein Eigenthum oder Realrecht behauptet. — Ist dagegen ein Widerspruchrecht behauptet, und dieses juristisch möglich; so bewirken

⁴⁾ Auch Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 95 nimmt dies irriger Weise an.

⁵⁾ Dies ist der Fall der L. 21 cit., wenn jemand meint, daß durch das Abgraben der Quellen sein Eigenthum verletzt werde.

die Prohibition und die o. n. n., daß der Gegner vorläufig mit der Errichtung des opus innehalten muß.

Bei der o. n. n. gestaltet sich nun nach der bisherigen auch von Stölzel angenommenen Ansicht die Sache einfach so, daß darüber, ob dem Nuncianten das Widerspruchsrecht, auf Grund dessen er nunciirte, wirklich zusteht, in dem nachfolgenden Rechtsstreite verhandelt und entschieden wird, daß davon aber die Wirkung der o. n. n. nicht abhängig ist. Der Nunciant wird durch diese auch dann zur Sistirung des Baues gezwungen, wenn der Ausgang des nachfolgenden Rechtsstreits zeigt, daß der Nunciant kein Widerspruchsrecht hatte, und er wird, wenn er vor der Entscheidung dieses Streits oder vor erfolgter Remission weiter bauet, durch das intd. demolitorium zur Wiederherstellung angehalten. Bei der Klage aus dem intd. demolitorium braucht der Kläger also nur zu beweisen, daß der Beklagte trotz der o. n. n. weiter gebauet habe, und der Beklagte kann in diesem Proceß weder von dem Kläger den Nachweis seines Widerspruchsrechts verlangen, noch die Klage dadurch elidiren, daß er sich excipiendo auf sein jus aedificandi beruft⁶⁾.

Bei der Prohibition verhält sich nun die Sache nach meiner Ansicht, — und das ist der Kern dieser letzteren, — grade so, wie bei der o. n. n. — Ob die Prohibition begründet war, darüber wird auch hier in dem nachfolgenden Rechtsstreit entschieden, der hier auch ein possessorischer sein kann. Einstweilen aber muß die Prohibition respectirt werden, und das intd. quod.

⁶⁾ Baron (Beffer und Pözl kritische Vierteljahrschrift Bd. 7 S. 523) leugnet jetzt freilich auch dies und behauptet, daß der Richter beim intd. demolitorium die Aufgabe habe, das jus prohibendi zu untersuchen. Wie dies schon aus den Worten des Edicts folgen soll, ist mir nicht klar. Denn durch dies Edict ist nach L. 20 §. 1 D. h. t. ja grade ausgedrückt, daß nach der o. n. n. nichts geschehen soll, bevor die Nunciation remittirt oder vice nunciationis missae Cautio bestellt ist, und die L. 1 pr. h. t. sagt ebenso mit klaren Worten: Hoc edicto promittitur, ut sive jure sive injuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nunciasset, non haberet. Auch weiß ich nicht, welchen Nutzen die o. n. n. überhaupt haben soll, wenn ihre Wirksamkeit von dem Nachweise des jus prohibendi abhängig gemacht wird, so wie ob und warum der Nunciant, wenn er bei der Klage aus dem intd. demolitorium dies jus prohibendi bewiesen hatte, daneben noch verpflichtet sein soll, die actio negatoria oder confessoria anzustellen. —

vi aut clam hat hier denselben Zweck und dieselbe Funktion wie das *intd. demolitorium* bei der *op. nov. nunc.* Es wird also bei dem *intd. quod vi aut clam* grade so wie bei dem *intd. demolitorium* nur untersucht, ob der Beklagte *contra quam prohibitus fuit* oder *clam* gehandelt hat, und es kommt darauf, ob er hiervon abgesehen das Recht zu diesem *facere* hatte, nichts an. *Sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit.* —

Allerdings besteht nun zwischen der *o. n. n.* und der Prohibition der wichtige Unterschied, daß der Nunciant seiner Seits die gerichtliche Entscheidung über sein Widerspruchsrecht, und zwar mittelst der petitorischen Klage herbeiführen muß, und die Nunciation daher, wenn er dies nicht rechtzeitig thut, remittirt wird, der Prohibent dagegen das Weitere abwarten kann, auf diese Weise seinen Gegner zur Klage zwingt, und sich die Beklagtenrolle sichert. — Dieser Unterschied aber ist kein willkürlicher, sondern hat seinen guten und vernünftigen Grund. Derjenige, dessen Recht durch ein von seinem Gegner intendirtes *opus* verletzt wird, kann sich dagegen auf doppelte Weise schützen. Er kann seiner Seits die Klägerrolle übernehmen und den Gegner mit der *actio negatoria* oder *confessoria* belangen, er kann aber auch gegen das eigenmächtige Vorgehen des Gegners Selbstschutz üben, indem er den Gegner factisch hindert, und diesen dadurch zur Klage zwingt; und die Frage, welche Vertheidigungsweise im einzelnen Falle rathsam wird, hängt von der Beschaffenheit der in Betracht kommenden Rechts- und Besitzverhältnisse ab. Wer zwar das Recht, nicht aber auch den Besitz des Gegners bestreitet, und sich durch ein factisches Verhindern desselben einer Besitzstörung schuldig machen würde, handelt thöricht, wenn er prohibirt; denn er würde sich in diesem Falle dem *intd. uti poss.* und einer Verurtheilung zur Prästation des Interesses aussetzen, ohne daß er in diesem Proceß Gelegenheit erhielte, sein Widerspruchsrecht zu beweisen. Er muß sich daher zur Anstellung der petitorischen Klage entschließen. Die *o. n. n.* gewährt ihm in diesem Falle den Vortheil, daß der Gegner trotz seines unbestrittenen Besitzes einstweilen nicht weiter bauen darf, er ist nun aber natürlich auch verpflichtet, die Klage innerhalb der dazu bestimmten Frist anzustellen. Wer dagegen neben dem Recht des Gegners auch dessen Besitz be-

streitet, oder trotz des letzteren das Vorgehen des Gegners für ein eigenmächtiges hält, dem gegenüber er sich selbst schützen darf, prohibirt grade deshalb, weil er sich nicht die Klägerrolle obtrudiren lassen will. Die Prohibition ist daher, wo der Prohibent das *intd. uti possid.* nicht zu fürchten hat, vortheilhafter als die *o. n. n.*, weil wir *op. nov. nunciatione adversarium possessorem facimus*; der Prohibent setzt sich damit aber auch dem *int. uti possid. aus*; und wenn er voraussieht, daß er in diesem unterliegen, und zum Schadensersatze verurtheilt wird, so ist die Prohibition nicht rathsam, und es wird also die *o. n. n.* nothwendig (*o. n. n. crit necessaria*). — Weil nun in der *o. n. n.* eine Anerkennung und in der Prohibition ein Bestreiten eines den Gegner zu der fraglichen Veränderung berechtigenden Besitzes, folglich der Verpflichtung zur Uebernahme der Klägerrolle liegt; so sagt auch die *L. 7 § 2 D. h. t.* ganz consequent, daß derjenige, welcher durch eine von ihm vorgenommene *o. n. n.* den Besitz des Gegners und seine Verpflichtung zur Uebernahme der Klägerrolle bereits anerkannt hat, hinterher nicht mehr mit Rechtseffect prohibiren kann, weil der Gegner *hoc ipso possessor constitutus est*.⁷⁾

Im Gegensatz zu dieser meiner Ansicht, behauptet nun Stölzel im Anschluß an die Franke'sche Lehre, daß der Kläger beim *intd. quod vi aut clam* neben dem verbotswidrigen oder heimlichen Handeln auch sein rechtliches Interesse, d. h. sein Widerspruchrecht beweisen müsse, und der Unterschied zwischen dem Interdict und der mit derselben concurrirenden Klage (*actio negatoria, confessoria, conducti*) soll nur darin bestehen, daß beim Interdict der Beklagte mit der *exceptivischen* Berufung auf sein *jus faciendi* ausgeschlossen sei.

II. Vergleichen wir nun diese beiden Ansichten mit den Quellen; so berufe ich mich für die meinige einfach auf den klaren Wortlaut der die Hauptstelle über unser Interdict bildenden *L. 1. D. h. t.* und auf den Umstand, daß es im ganzen *Corpus Juris* keine Stelle giebt, welche das Gegentheil sagt, und uns zu einer dem Wortlaut widersprechenden anderen Interpretation berechtigte.

⁷⁾ Das Gewicht ist hier nämlich nicht auf *possessor*, sondern auf *constitutus*, also darauf zu legen, daß hier der Besitz streitlos ist.

Die Worte des Edicts lauten kurz und bündig: quod vi aut clam factum est, id restituas, fordern also weiter nichts als daß die fragliche Veränderung vi aut clam vorgenommen sei; und Ulpian drückt sich bei der Interpretation des Edicts grade so allgemein und bestimmt aus. Nach einer kurzen Bemerkung in §. 1, daß durch dies Edict der calliditas derer begegnet werde, qui vi aut clam quaedam moliantur, beginnt er sofort in §. 2 mit der Bemerkung, darauf ob der Beklagte das jus faciendi habe, komme wenig an, sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit, — in welchen Worten, wie mir scheint, wiederum bestimmt und klar ausgesprochen wird, daß der Kläger nur dies, nicht aber auch daneben noch sein Widerspruchsrecht zu beweisen brauche — und erklärt dann in §. 3, daß dem Beklagten nicht einmal die exceptio, quod non jure meo fecerim, zugestanden werden könne. — Es bleibt also hiernach nur noch die Frage übrig, was denn eigentlich vi aut clam factum ist, und auf diese Frage erhalten wir denn in den betreffenden Stellen wiederum die kurze und bündige Antwort: vi fecit, qui prohibitus fecit, clam fecit, qui controversiam timuit vel timere debuit, nec denunciavit.⁸⁾

Daß der Kläger auch ein Recht zur Prohibition gehabt haben, und dieses neben dem vi aut clam facere beweisen müsse, ist nirgends angedeutet, und wenn über den Sinn der L. 1. D. h. t. dennoch ein Zweifel sein könnte, so braucht man dieselbe nur mit der von dem intd. demolitorium handelnden und ebenfalls von Ulpian herrührenden L. 20 D. de o. n. v. zu vergleichen. Seine Ausdrucksweise ist in beiden Stellen fast genau dieselbe, und wir dürfen daher auch wohl nicht zweifeln, daß er in beiden Stellen dasselbe sagen will.

Stölzel dagegen findet in §. 2 und 3 dieser Stelle grade eine Bestätigung seiner Behauptung, daß der Beklagte mit der exceptio aus seinem jus faciendi ausgeschlossen sei, und meint, daß Ulpian nur dies habe sagen wollen. — Diese Interpretation ist indeß meines Erachtens juristisch und sprachlich gleich un-

⁸⁾ Wer eine Veränderung vornimmt, hat nämlich offenbar nicht bloß dann eine controversia zu fürchten, wenn er wirklich ein Recht des Gegners verletzt, sondern auch wenn er weiß, daß der Gegner ein solches Recht zu haben behauptet, weil er voraussichtlich in diesem Falle grade so gut wie in jenem widersprechen wird.

möglich. — Ein besonderes selbstständiges *jus faciendi* giebt es meines Wissens nicht; vielmehr ist das *jus faciendi*, von dem in L. 1 §. 2 cit. die Rede ist, nichts als der Ausfluß eines anderen Rechts, — des Eigenthums, Besitzes u. s. w. — vermöge dessen der Inhaber dieses letzteren das Recht zur Vornahme der streitigen Handlung hat. — Das *jus prohibendi* des Prohibenten und das *jus faciendi* des Prohibirten stehen sich also auch nicht wie Klage und Einrede einander gegenüber, sondern sind Gegensätze, die einander ausschließen. — Wenn der Kläger das *jus prohibendi* hat, so kann der Beklagte unmöglich das *jus faciendi* haben, und umgekehrt, wenn dieser das *jus faciendi* hat, so kann der Kläger unmöglich das *jus prohibendi* haben. Die Worte *parvi refert, utrum reus jus habuerit faciendi an non*, besagen folglich ganz dasselbe, als wenn er gesagt hätte *parvi refert utrum actor jus habuerit prohibendi an non*; und der Nachsatz *tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit* bildet zu beiden den gleichen Gegensatz. Müßte der Kläger neben dem *vi aut clam facere* des Beklagten auch sein Verbotungsrecht beweisen; so wäre die Berufung des Beklagten auf sein *jus faciendi* keine *exceptio* im römischen Sinne, sondern ein Bestreiten des Klaggrundes. Von einer *exceptio, quod non jure meo fecerim* kann also überhaupt nur dann die Rede sein, wenn eben der Kläger nicht sein Recht, sondern nur das *vi aut clam facere* des Beklagten zu beweisen braucht. Dieser Klage, aber auch nur dieser gegenüber, bildet die Berufung des Beklagten auf sein Recht eine wirkliche *Exception*. — Auch ist die Interpretation Stölzels sprachlich unmöglich. Nach derselben wäre schon in §. 2 von der *exceptio* aus dem *jus faciendi* die Rede, und §. 2 und 3 besagten eigentlich nur dasselbe. Nun zeigen aber die Eingangsworte des §. 3 *Denique est quaesitum*, daß Ulpian hier auf einen anderen Gegenstand übergeht. Ueberdies hat er in §. 2 schon bestimmt genug ausgesprochen, daß es auf das *jus faciendi* des Beklagten nicht ankommt; und wenn er damit hätte sagen wollen, der Beklagte kann daraus keine Einrede hernehmen, so könnte er doch unmöglich denselben Satz noch einmal mit den Worten: *denique est quaesitum etc.* einleiten.

Gesetzt aber auch die Stelle ließe sich so interpretiren, wie

Stölzel meint; so stände doch immer noch nicht darin, was Stölzel behauptet, nämlich, daß der Kläger neben dem *vi aut clam* *facere* noch sein Widerspruchsrecht beweisen muß; vielmehr würden die Worte *tenetur interdicto propter quod vi aut clam fecit*, *implicite* noch immer das Gegentheil sagen. Eine andere Stelle, welche jenes gradezu sagt, hat Stölzel ebenso wenig nachzuweisen vermocht; und er sucht daher seine Behauptung auf indirectem Wege zu beweisen, indem er S. 380 ff. von dem Satze ausgeht, daß das gewaltsame oder heimliche Handeln des Beklagten unmöglich eine Klage erzeugen könne, wenn dadurch nicht zugleich ein rechtliches Interesse des Klägers verletzt werde, und daraus den Schluß zieht, daß der Kläger neben dem gewaltsamen oder heimlichen Handeln doch jedenfalls dies rechtliche Interesse beweisen müsse. — Was Stölzel sich nun unter diesem rechtlichen Interesse denkt, und wie dasselbe sich von dem durch die Errichtung des *opus* verletzten Rechte des Prohibenten unterscheiden soll, bleibt unklar, indem er sich darüber S. 380, 381, 391, 392, 473 und 475 verschieden ausdrückt. — Seine schließliche Meinung scheint zu sein, daß der Kläger das Recht, welches durch das *opus* verletzt sein soll, bei dem *intd. quod vi aut clam* gerade so beweisen muß, wie er es bei der concurrirenden Klage (*actio negatoria*, *confessoria*, *conducti* u. s. w.) darzuthun hat, da der Unterschied zwischen beiden nach S. 475 in dieser Beziehung nur darin bestehen soll, daß bei dem *Interdict* der Beklagte mit seinen Einreden aus dem *jus faciendi* ausgeschlossen ist.

Diese ganze Deduction läßt sich jedoch sehr leicht widerlegen. Daß derjenige, welcher aus dem *intd. q. v. a. cl.* klagt, auch ein rechtliches Interesse an der Wiederherstellung des früheren Zustandes haben muß, ist allerdings unbestreitbar. Die Frage ist nur, worin dasselbe besteht, und da scheint uns denn die Antwort sehr einfach zu sein, daß derjenige, welcher behauptet, daß durch die intendirte Veränderung sein Recht verletzt werde, und aus diesem Grunde prohibirt, auch ein rechtliches Interesse daran hat, daß der gegenwärtige Zustand bis zur gerichtlichen Entscheidung über sein Widerspruchsrecht aufrecht erhalten werde. Dies Interesse muß der Kläger allerdings haben; es folgt aber auch aus seiner Prohibition von selbst, und bedarf daher, wenigstens in der Re-

gel keines besonderen Beweises. — Sollte dagegen noch ein anderes rechtliches Interesse vorhanden sein und bewiesen werden müssen; so wäre es doch ganz unerklärlich, daß wir keine einzige Stelle im *Corpus Juris* finden, welche dies sagt.

III. Eine sichere Probe für die Richtigkeit der beiderseitigen Ansichten bildet die Beantwortung der Frage, wie der Besitzer sich einer unbegründeten Prohibition gegenüber zu verhalten hat. Nach meiner Ansicht kann er den Prohibenten mit dem *intd. uti possid.* belangen; einstweilen aber muß er die Prohibition respectiren, weil die Prohibition, durch welche der Prohibent sich nur gegen die von dem Prohibirten intendirte Veränderung schützen will, nur dann eine Besitzstörung ist, wenn er kein Prohibitionsrecht hatte, diese Frage aber grade einer weiteren Untersuchung bedarf. — Stölzel hält es für undenkbar, daß der Besitzer durch ein Verbot gezwungen werden könnte, einzuhalten, bis er seinen Gegner mit dem *intd. uti possid.* besiegt habe, und nimmt daher an, daß der Besitzer den Prohibenten zwar mit dem *intd. uti possid.* belangen kann, daß er aber auch berechtigt ist, die Prohibition unbeachtet zu lassen und eine factische Verhinderung mit Gewalt zurückzuweisen.⁹⁾

⁹⁾ Gegen meine Ansicht erhebt er S. 495 den Einwand, daß danach der Besitzer zur Zeit des alten Interdictenverfahrens eigentlich jedes Schutzes gegen eine Prohibition beraubt gewesen wäre. Denn das Interdict wirkte nur gegen künftige Störungen, und wenn der Besitzer in Veranlassung einer Prohibition dasselbe erwirkte, so konnte er nach Stölzels Meinung einer Seits, so lange die Prohibition nicht zurückgenommen war, nicht fortfahren, anderer Seits, so lange sie nicht wiederholt wurde, auch nicht aus dem *intd. uti possid.* klagen, war also dem Prohibenten gegenüber, so lange dieser sich passiv verhielt, schutzlos. — Dieser Einwand widerlegt sich indeß schon dadurch, daß, wenn die Wirkung der Prohibition fort dauert, dann auch die darin liegende Besitzstörung fort dauert, der Prohibent also auch nach der Erwirkung des Interdicts fortfährt, den Besitzer zu stören. — Freilich behauptet Stölzel S. 416, zur Klage aus dem Interdict sei nöthig gewesen, daß die Besitzstörende Handlung wiederholt werde; diese Ansicht aber beruht, wie es scheint, nur auf einem Uebersetzungsfehler, da *perseverare* nicht wiederholen, sondern beharren heißt. Seine Ansicht möchte auch zu sonderbaren Resultaten führen. Gesezt es quartiert sich jemand in einer Stube des von mir besessenen Hauses ein, und ich erwirke gegen ihn das *intd. uti possid.* Sollte mir das nichts nützen,

Der §. 416 ff. versuchte Beweis dieser Behauptung scheint mir indeß mißlungen. Wenn Stölzel nämlich zunächst aus der Entstehungsgeschichte des Interdicts folgert, daß ein Rechtsmittel, welches grade zum Schutze des Besitzers eingeführt worden, keinen Falls gegen den Besitzer angewendet werden könne, so dürfen wir diese angebliche Entstehungsgeschichte wohl auf sich beruhen lassen, da Stölzel die Quellen, aus welchen er dieselbe geschöpft, nicht angegeben hat. Wenn derselbe ferner daraus, daß eine unberechtigte Prohibition eine Besitzstörung ist, welche den Besitzer zur Klage aus dem intd. uti possid. berechtigt, den doppelten Schluß zieht, daß der Besitzer das Recht, was er klagend verfolgen könne, auch excipiendo müsse geltend machen dürfen, und daß er berechtigt sein müsse, einer rechtswidrigen Besitzstörung nöthigenfalls mit Gewalt zu begegnen; so wird der erste Schluß schon dadurch widerlegt, daß auch nach Stölzels Interpretation der L. 1 §. 2, 3 D. h. t. dem intd. q. v. a. cl. gegenüber der Beklagte sich excipiendo auf sein jus faciendi, das beim Besitzer doch nur ein Ausfluß seines Besitzes ist, nicht berufen darf. Im Uebrigen aber scheinen mir die beiden Sätze, daß der Besitzer den Prohibenten aus dem intd. uti possid. belangen könne, und daß er die Prohibition nicht zu respektiren brauche, in einem Widerspruche mit einander zu stehen, weil wenigstens die mündliche Prohibition nur dadurch zu einer Besitzstörung wird, daß der Besitzer dieselbe respektiren muß. Gesezt nämlich ein dritter prohibirt die von dem Besitzer intendirte Errichtung eines Werkes und erklärt dabei zugleich, daß er sich auf diese mündliche Prohibition beschränken und auf keine Gewaltthatigkeiten einlassen, sondern eventuell den Prohibirten aus dem intd. q. v. a. cl. belangen werde; so scheint mir nur folgende Alternative möglich zu sein: entweder der Besitzer muß diese Prohibition respectiren, und dann involvirt sie aus diesem Grunde eine Besitzstörung, wegen welcher der Prohibent mit dem intd. uti possid. belangt werden kann, oder der Besitzer braucht sich an dieselbe nicht zu kehren, und dann involvirt das Reden des Prohibenten auch

so lange mein Gegner sich passiv verhält, d. h. ruhig in der Stube bleibt, und ich warten müssen, bis er einmal das Haus verläßt und nun von Neuem eindringt?

keine Besitzstörung. Sehen wir daher, wie in den Quellen einer Seits beim *intd. q. v. a. cl.* jeder Prohibition die gleiche Wirkung beigelegt, und anderer Seits beim *intd. uti possid.* jede unberechtigte Prohibition ohne Unterschied für eine Besitzstörung erklärt wird; so läßt sich dies nur daraus erklären, daß jede unberechtigte Prohibition eine Besitzstörung ist, weil der Besitzer durch jede in gleicher Weise an der Fortsetzung des Werkes gehindert wird.

Ueber die L. 7 §. 2 D. h. t., auf welche Stölzel sich ferner beruft, und nach welcher derjenige, welcher durch eine o. n. n. schon den Besitz des Gegners und seine Verpflichtung zur Uebernahme der Klägerrolle anerkannt hat, nicht mehr prohibiren kann, habe ich mich bereits ausgesprochen. Wenn Stölzel sich aber noch auf die L. 3 §. 4 D. *uti possid.* beruft, so verdient diese Stelle eine genauere Betrachtung, weil sie, wie mir scheint, sehr bestimmt gegen Stölzels Ansicht und für die meinige spricht.

Dieselbe lautet:

Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid juris sit? Et ait Pomponius posse te ei denunciare et vites praecidere, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quominus eas vites praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quominus possideas, etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius.

Nach meiner Interpretation besagt die Stelle Folgendes: wenn der auctor meines Nachbarn meine Reben in suas arbores transduxit, so kann ich denunciiren, und, — vorausgesetzt natürlich, daß derselbe dann nicht prohibirt, — die Reben abschneiden. Eine vorgängige Denunciation ist nöthig, weil ich aus dem transducere sehe, daß der auctor meines Nachbarn sich ein Recht auf die Reben beilegt, ich also *controversiam timere* debeo; und daraus folgt denn auch von selbst, daß wenn auf meine Denunciation eine Prohibition erfolgt, ich die Reben nicht abschneiden darf, sondern mich des *intd. uti possid.* bedienen muß — *debere eum uti etc.*, denn, sagt der Jurist, *si vim tibi*

fecerit, quominus eas vites praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quominus possideas.

Stölzel dagegen versteht, die Stelle so: Der Besitzer kann in dem gedachten Falle mit dem *intd. uti possid.* auftreten, er kann aber auch denunciiren, und die Reben eigenmächtig abschneiden, ohne daß der Gegner ihn irgendwie daran zu hindern im Stande wäre. Denn wollte er Einsprache einlegen, oder sonst seiner Seits Gewalt gebrauchen, so würde er doch den Besitzer nicht nöthigen, sein Recht zum Abschneiden erst zu erstreiten, weil der Besitzer an eine etwaige Prohibition, welche einen gewaltsamen und darum unstatthaften Eingriff in seinen Besitz enthält, nicht gebunden ist.

Bei dieser Interpretation entsteht nun natürlich zunächst die Frage, warum der Besitzer denn überhaupt denunciiren soll. Stölzel hält eine solche Denunciation auch für überflüssig, und meint: daß der Jurist mit den Worten *posse te ei denunciare et vites praecidere* nicht die Nothwendigkeit einer Denunciation habe ausdrücken wollen, gehe aus dem Nachsage, worin er eine Prohibition für eine unerlaubte Besitzstörung erkläre, hervor! — Wir würden demnach also anzunehmen haben, daß das Wort *denunciare* dem Juristen nur unversehens in die Feder gekommen ist, daß er eigentlich habe sagen wollen, du kannst die Reben ohne Weiteres, also auch ohne zuvorige Denunciation abschneiden, und es ist nur ein unglücklicher Zufall gewesen, daß er grade das Gegentheil von dem sagt, was er sagen wollte. — Sodann läßt Stölzel unbeachtet, daß da, wo von dem *intd. uti possid.* die Rede ist, das Wort *dehere* gebraucht, also eine Situation vorausgesetzt wird, wo der Besitzer sich dieses Interdicts bedienen muß. — Endlich aber ist gar nicht zu begreifen, wie bei der Stölzelschen Interpretation hier überhaupt von dem *intd. uti possid.* die Rede sein kann, da nicht der *vicinus*, sondern dessen *auctor* die Reben hinüber gezogen hat. Auch zeigt der für die Zulässigkeit dieses Interdicts angegebene Grund *nam si tibi vim fecerit, quominus praecidas vel transducas*, daß da, wo von dem *intd. uti possid.* die Rede ist, eine in Folge der Denunciation stattgefundene Prohibition vorausgesetzt ist. Der Gedankengang der Stelle ist also einfach der, daß ich in dem proponirten Falle zunächst denunciiren muß, und daß dann das Weitere von dem Ver-

halten des vicinus abhängt. Schweigt er, so kann ich die Neben abschneiden; prohibirt er, so muß ich mich des *intd. uti possid.* bedienen.

IV. Ein Hauptgewicht legt natürlich auch Stölzel auf die bekannte L. 5 §. 10 D. de o. n. n., in welcher gesagt ist, daß wenn jemand in *nostro aliquid faciat*, es besser sei, eum *per Praetorem vel per manum prohibere*, weil wir durch die o. n. n. *adversarium possessorem faciemus*, daß aber si in suo quid faciat quod nobis noceat, o. n. n. erit necessaria. Der Grund, weshalb die o. n. n. in diesem Falle nothwendig wird, ist nicht gesagt, und ergiebt sich, wie mir scheint, — auch ohne daß man einen Widerspruch zwischen dieser Stelle und der L. 1 D. h. t. annimmt, — durch die Erwägung, daß die Prohibition in diesem Falle zwar ebenfalls zulässig ist, und der Prohibirte dadurch zur einstweiligen Sistirung des Werks gezwungen wird, daß aber derjenige, welcher es auf einen Besitzstreit nicht ankommen lassen will, mit derselben seinen Zweck, Sistirung der Veränderung bis zur Entscheidung über sein Widerspruchsrecht, nicht erreicht, sondern sich nur den Nachtheil zuzieht, daß er wegen seiner Besitzstörung zum Schadensersatz verurtheilt, und zur Geltendmachung seines Widerspruchsrechts in *petitorio* verwiesen wird.

Diese Erklärung hat Stölzel unbefriedigt gelassen¹⁰⁾; er

¹⁰⁾ Was er dagegen S. 497 einwendet, ist mir freilich ganz unverständlich. — Jencs, meint er, sei ein eigenthümlicher Grund der Nothwendigkeit. „Mit gleichem Rechte könnte man sagen, die Nunciation sei (dem Berechtigten gegenüber) unpraktisch, weil der Nunciant die Negatorienklage zu fürchten habe“, und die Prohibition könne, falls sie gegen den Besitzer bis zur Entscheidung in *possessorio* wirksam sei, doch auch diesem gegenüber nur als ein sehr praktisches Schutzmittel bezeichnet werden. Beides ist mir gleich unverständlich. Zu fürchten habe ich die Klage meines Gegners nur, wenn ich voraussehe, daß ich in dem Rechtsstreite unterliegen werde; und wer dies voraussieht, dem kann man nur rathe, daß er eine solche Klage nicht veranlaßt. Steht dem Nuncianten daher das Widerspruchsrecht, zu dessen Schutz er nunciierte, wirklich zu, so braucht er auch die Klage des Gegners nicht zu fürchten. Hat er aber Grund eine solche Klage zu fürchten, weil ihm eben in Wirklichkeit kein Widerspruchsrecht zusteht; so thut er auch am besten, daß er ruhig geschehen läßt; was er nicht hindern kann, also auch von einer o. n. n. abstrahirt. Ebenso bleibt dem Besitzer gegenüber die Prohibition insofern immer prak-

zieht also die Auslegung vor, daß die o. n. n. hier deshalb nothwendig werde, weil gegen den, qui in suo fecit, das intd. q. v. a. cl. überhaupt nicht statthaft ist, und sieht sich dadurch zu einer umfänglichen Untersuchung darüber veranlaßt, wann jemand in suo, und wann er in alieno handelt. — Aus derselben ersehen wir nun, daß die Begriffe suum und alienum sehr flexibel sind, und daß der Eigenthümer, der auf dem ihm gehörigen und von ihm besessenen Grundstück ein opus errichtet, entweder in suo, oder in alieno fecit. Denn auch dieser handelt, nach S. 442 u. 449, wenn er durch seinen Bau eine servitus altius non tollendi oder die Rechte seines Miethers verletzt, dem Servitutenbesitzer beziehungsweise dem Miether gegenüber in alieno, weshalb denn auch der Miether in einem solchen Falle „zweifellos den Vermiether prohibiren respective mit dem intd. q. v. a. cl. belangen“ kann.

Das Resultat dieser Untersuchung scheint mir demnach folgendes zu sein. Wer vermöge seines Eigenthums, Besitzes oder sonstigen Rechts zu der Errichtung des fraglichen opus berechtigt ist, handelt in suo, und „gegen den in suo Handelnden ist das intd. q. v. a. cl. ausgeschlossen“. Wer dagegen dadurch ein dem Gegner zustehendes Recht verletzt, handelt in alieno; und gegen ihn ist daher die Prohibition und das Interdict zulässig. Franke, der ebenfalls von der Unterscheidung zwischen dem Handeln in suo und in alieno ausgeht, kommt denn auch zu dieser Consequenz, und nimmt keinen Anstand, dieselbe zu ziehen. Was dagegen Stölzel mit dieser ganzen Untersuchung bezweckt, und was er mit den dadurch gewonnenen Resultaten eigentlich will, ist nicht zu begreifen. — Auf der einen Seite nämlich beweist er hier, daß derjenige in suo fecit, welcher das Recht zu diesem facere hatte, und daß das Interdict gegen ihn nicht statthaft ist. Auf der andern Seite

tisch, als dadurch dieser bis zur Entscheidung in possessorio zum Innehalten gezwungen wird. Allein, wenn der Prohibent voraussieht, daß er hinterher den Schaden erstatten muß, so ist es thöricht, wenn er prohibirt, und sich unter solchen Umständen auf ein intd. uti possid. einzulassen, war nach römischem Rechte — vergl. Gaius IV. 167, 175 — doppelt thöricht. — Der Fall, den Ulpian im Auge hat, wo er die o. n. n. für nothwendig erklärt, ist eben der, wo derjenige, der den Bau hindern will, voraussieht, daß er in possessorio unterliegen, in petitorio aber siegen werde.

aber besteht nach seiner Ansicht die Eigenthümlichkeit des Interdicts grade darin, daß der Beklagte sich excipiendo auf sein *jus faciendi* nicht berufen darf, und das schließliche praktische Resultat ist demnach, daß das Interdict gegen den, qui suo jure fecit, nicht zulässig ist, daß der Beklagte sich aber, wenn er dessen ungeachtet aus dem Interdict belangt wird, darauf nicht berufen darf, also trotz der Unzulässigkeit des Interdicts verurtheilt wird.

V. Gegen die Ansicht von Stölzel erheben sich daher auch ebenso wie gegen die von Franke, ganz abgesehen von der Frage, wie dieselben sich zu den Quellen verhalten, die allergrößten praktischen Bedenken.

Wie frei man auch die betreffenden Quellenstellen interpretiren zu dürfen glaubt, so viel steht nach den Worten des Edicts *quod vi aut clam factum est, id restituas*, und der Bemerkung Ulpian's, *tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit*, fest, daß das *vi aut clam facere* des Beklagten der eigentliche Grund des Interdicts ist, und daß, wie Ulpian dies auch in L. 1 §. 1 D. h. t. ausdrücklich sagt, durch dies Interdict dem *vi aut clam facere* begegnet werden soll. — Dieser Zweck wird nun durch das *intd. q. v. a. cl.*, wenn meine Auffassung desselben richtig ist, unzweifelhaft erreicht, und der *calliditas derer, qui vi aut clam quaedam moliantur*, wirksam begegnet. Diejenigen, welche sich darin nicht finden können, mögen dagegen einwenden, daß dies Mittel denn doch zu heroisch sei, das aber werden sie nicht leugnen, daß der obige Zweck dadurch erreicht wird. — Wenn der Prohibent, um die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu erlangen, nur zu beweisen braucht, daß der Gegner *vi d. h. contra quam prohibitus fuit*, oder *clam* gehandelt habe, so wird kein verständiger Mensch nach der Prohibition mit dem *opus* fortfahren, oder der Prohibition durch ein heimliches *facere* zuvorzukommen suchen; und anderer Seits kann der Prohibent, wenn der Prohibirte sich an die Prohibition nicht kehrt, ihn einstweilen ruhig fortfahren lassen, weil er, sobald er nur durch Zuziehung von Zeugen für den Beweis der Prohibition Sorge getragen hat, völlig sicher ist, schon dadurch die Wiederherstellung des jetzigen Zustandes zu erzwingen.

Dieser Zweck aber wird sofort und zwar vollständig bereit, sobald man an dem Interdict das Geringste ändert, und

von dem Prohibenten neben dem Beweise, daß der Gegner verbotswidrig oder heimlich gehandelt habe, noch den Beweis des Rechts, zu dessen Schutz er prohibirt hat, verlangt. — Die Rechte, zu deren Schutz er prohibirt, sind regelmäßig schon durch andere Klagen — *actio negatoria*, *confessoria*, *conducti* etc. geschützt, und wer sein Recht beweist, kann die Wiederherstellung des jetzigen Zustandes schon durch die für dasselbe eingeführten petitorischen oder possessorischen Klagen erreichen, bedarf dazu also das *intd. q. v. a. cl.* nicht weiter. — Sollte er, um mit der Klage aus diesem letzteren durchzudringen, ebenfalls den Beweis seines Rechts führen müssen, so thäte er offenbar besser, die concurrirende Klage anzustellen, weil er hier mit diesem Beweise ausreicht, und bei dem *Interdict* daneben noch den Beweis des *vi aut clam facere* führen muß. — Dazu kommt noch folgende Erwägung. Der Prohibirte, welcher das Widerspruchsrecht des Prohibenten nicht anerkennt, und sich daher vor der concurrirenden Klage nicht fürchtet, würde sich vor dem *intd. q. v. a. cl.*, wenn der Prohibent hier sein Recht ebenfalls beweisen müßte, ebensowenig zu fürchten brauchen. Er würde daher, wenn er voraussetzt, daß der Prohibent sein Recht nicht beweisen, also mit dem *intd. q. v. a. cl.* ebensowenig, als mit der concurrirenden Klage etwas ausrichten kann, die Prohibition unbeachtet lassen und die Klage erwarten können. Auf der anderen Seite würde der Prohibent, der in der Vornahme des *opus* einen eigenmächtigen Eingriff in sein Recht erblickt, dem gegenüber er zum Selbstschutze berechtigt ist, und der grade prohibirt, weil er diesen Eingriff nicht dulden und sich die Klägerrolle nicht obtrudiren lassen will, sich den Fortbau unmöglich ruhig gefallen lassen können. Ihm würde in diesem Falle ja doch die Klägerrolle, und zwar eine Klägerrolle, bei welcher er sein Recht beweisen muß, obtrudirt, und bis zu diesem Beweise sein Recht vom Gegner eigenmächtig verletzt. Wenn er daher überzeugt ist, daß er sich selbst schützen darf, und der Gegner, möge er nun petitorisch oder possessorisch klagen, mit seiner Klage abgewiesen werden wird; so wäre er ein Thor, wenn er sich die Nichtachtung seiner Prohibition ruhig gefallen ließe. Er wird und muß, um sein Recht zu salviren, zur Gewalt schreiten; und das *intd. q. v. a. cl.* wäre dann ein ganz überflüssiges Rechtsmittel, das weder Zweck noch Sinn hat.

Stölzel giebt nun der Sache freilich eine neue und allerdings höchst eigenthümliche Wendung, indem er behauptet, das Characteristische des *Interdicts*, wodurch es sich von der concurrenrenden Klage unterscheide, bestehe darin, daß bei demselben der Beklagte mit seiner *exceptio* aus dem *jus faciendi* ausgeschlossen sei. — Daß es mit der Quellenmäßigkeit dieser Ansicht schwach bestellt ist, und dieselbe sich lediglich auf eine falsche Interpretation der L. 1 §. 2, 3 D. h. t. gründet, ist bereits hervorgehoben, ebenso, daß, wenn der Kläger sein rechtliches Interesse nachweisen muß, die Berufung des Beklagten auf sein *jus faciendi* keine *Exception*, sondern ein Bestreiten des Klaggrundes ist. Stölzel spricht sich darüber auch nicht weiter aus, was er sich unter jener *exceptio* eigentlich denkt, ob er darunter eine *exceptio* im römischen oder jede Einrede im heutigen Sinne versteht. Das von ihm gewählte Beispiel, an welchem er S. 476 seine Ansicht erläutert, zeigt das Gegenthere; er geht damit aber jedenfalls über den Inhalt der L. 1 §. 3 cit. hinaus, welche nur von einer *exceptio* im römischen Sinne spricht, und wenn er dem Beklagten nicht vielleicht auch das Recht des Gegenbeweises abschneiden will, so dürfte es ihm schwer werden, die Gränze zwischen der dem Beklagten gestatteten und nicht gestatteten Vertheidigung zu ziehen. — Doch das sind Kleinigkeiten im Vergleich zu der Thatsache, daß das *Interdict* so wie Stölzel dasselbe darstellt gegen den obersten Grundsatz der Rechtspflege, das *audiatur et altera pars*, in einer Weise verstößt, von der wir sonst in unserem ganzen Rechtssysteme kein Analogon haben, und daß, wenn der Kläger zwar sein rechtliches Interesse darthun, der Beklagte aber mit seiner Vertheidigung nicht gehört werden soll, die Einleitung einer Verhandlung über das rechtliche Interesse des Klägers eine reine Farce ist. — Dies alles zeigt sich am besten an dem Beispiel, an welchem Stölzel S. 476 seine Ansicht erläutert. — Das Beispiel ist folgendes. A hat sich von B eine *servitus altius non tollendi* bestellen lassen. B erhöht das Gebäude (ein Gartenhaus) um einige Fuß, und A läßt diesen Zustand die Verjährungszeit hindurch ohne Widerspruch bestehen. Hierauf reißt B das Gartenhaus ab, um an dessen Stelle ein neues zu bauen. Als der Bau bis zur ursprünglichen Höhe des früheren Gartenhauses vorgeschritten ist, legt A auf Grund seiner *servitus altius non tollendi* Wider-

spruch gegen ein ferneres Höherbauen ein, B kehrt sich daran nicht, und wird von A mit dem *intd. q. v. a. cl.* belangt. „In diesem Proceß kann B nicht geltend machen, er sei in Folge von *usucapio libertatis* berechtigt, bis zur Höhe des abgebrochenen früheren Gartenhauses zu bauen, weil A diese Höhe während der Verjährungszeit geduldet habe. Den Streit über diese Frage hat A, der eben deshalb prohibirte, weil seiner Ansicht nach die *usucapio* Seitens des B noch nicht vollendet war, dadurch abgeschnitten, daß er neben dem Beweise seines *jus altius non tollendi* den der Prohibition übernahm.“

Der Fall ist also der, daß dem A eine *servitus altius non tollendi* bestellt war, diese aber durch spätere *usucapio libertatis* modificirt und in tantum erloschen ist. Die *servitus altius non tollendi* existirt also in dem früheren Umfange nicht mehr, das Recht des A wird durch den B, welcher nur bis zu der Höhe des abgebrochenen Gebäudes bauen will, nicht verletzt, und A hat dasjenige rechtliche Interesse, dessen Nachweis Stölzel beim *intd. q. v. a. cl.* fordert, in Wirklichkeit nicht. Würde er also mit der *actio confessoria* klagen, so würde er abgewiesen werden. Auf der anderen Seite handelt B nach der Stölzelschen Theorie unzweifelhaft in suo, weil er auf seinem Grundstücke bauet, und in die Rechtssphäre des A nicht eingreift, und es ist daher gegen ihn nach Stölzels Lehre das *intd. q. v. a. cl.* nicht statthaft. Daneben ist er Besitzer, und nach Stölzel „undenkbar, daß der Besitzer durch ein Verbot gezwungen werden könnte, einzuhalten, bis er seinen Gegner mit dem *intd. uti possid.* besiegt hat“. — Er handelt also anscheinend ganz nach der Stölzelschen Theorie, wenn er sich an die Prohibition des A, der weder Recht noch Besitz hat, nicht kehrt; und wenn alles ehrlich und ordentlich zginge, so würde A auch mit dem *Interdictum* abgewiesen werden müssen, weil er in Wirklichkeit kein rechtliches Interesse hat. — Eine Verurtheilung des B kann A also nur dann erreichen, wenn es ihm gelingt, den Prätor über den wahren Sachverhalt zu täuschen. Mit der *actio confessoria* geht dies nicht, weil hier der Beklagte nicht ungehört verurtheilt wird, und leicht nachweisen kann, daß das Recht, auf welches der Kläger sich beruft, in Wahrheit nicht existirt. Beim *Interdictum* ist dies anders; A verfällt daher auf den schlaun Ausweg, zu prohibiren, und B, der in die Falle geht, wird zur Restitution verurtheilt, weil das

Charakteristische des *Interdicts* grade darin besteht, daß der Prätor hier auf die einseitige Darstellung des Klägers hin entscheidet, und dem Beklagten nicht gestattet, die Arglist des Klägers aufzudecken, der den Prätor dadurch täuscht, daß er sich auf ein früheres aber gegenwärtig nicht mehr existirendes Recht beruft, und nur prohibirt hat, um dem Beklagten seine Vertheidigung abzuschneiden. — Danach wäre das *intd. q. v. a. cl.*, wie uns scheint, ein sauberes Institut. Wo der Prohibent wirklich Recht hat, also die Einwendungen des Gegners nicht zu fürchten braucht, gewährt das *Interdict* ihm keinen Nutzen. Er reicht hier mit der concurrirenden Klage aus, und diese verdient den Vorzug, weil er bei ihr nur sein Recht darzuthun und daneben nicht noch den Beweis der Prohibition oder Elandestinität zu führen braucht. Wo er Unrecht hat, also mit der concurrirenden Klage nicht durchdringen kann, weil diese auf Grund der Einwendungen des Beklagten abgewiesen werden muß, da gewährt ihm allerdings das *Interdict* den Vortheil, daß er durch Anstellung desselben jene Einwendungen abschneidet, und auf diese Weise eine dem materiellen Rechte widersprechende Verurtheilung des Beklagten erreicht. Der wirkliche Nutzen des *Interdicts* reducirt sich also darauf, daß denjenigen, *qui potius ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperant quam ex causa veritatis*, welche sonst hiefür in dem *judicium calumniae* verurtheilt werden, hier die Gelegenheit geboten wird, unter dem Scheine Rechts etwas zu erreichen, was sie auf gradem und ehrlichen Wege nicht erreichen können.

Daneben entsteht bei dem Verhältniß, in welchem nach Stölzels Theorie das *Interdict* zu der concurrirenden Klage steht, noch die schwierige Frage, welchen Einfluß die Anstellung der einen Klage auf die andere hat. Kann der Prohibent, der mit dem *Interdict* rechtskräftig abgewiesen ist, noch die concurrirende Klage erheben, oder umgekehrt der rechtskräftig verurtheilte Prohibirte seiner Seits das *intd. uti possid.* oder die *actio negatoria* anstellen, und wird, wenn letzteres der Fall, die ganze Sache noch einmal verhandelt, oder beschränkt sich die Verhandlung auf die Einreden, mit denen der Prohibirte beim *Interdicte* nicht gehört wurde? — Die Beantwortung dieser Fragen hat ihre Schwierigkeit, weil die Rechtsfrage bereits in *judicium de-*

ducirt, aber in einer Weise, von der wir sonst kein Beispiel haben, auseinander gerissen ist; und wenn die Quellen uns auf jene Fragen keine Antwort geben, so läßt sich dies, wie mir scheint, nur dadurch erklären, daß die römischen Juristen das Verhältniß des Interdicts zu der concurrirenden Klage anders ansehen als Stölzel, und daher auf jene Fragen gar nicht kommen.

VI. Zum Schluß habe ich noch zwei Bemerkungen zu machen.

Die erste betrifft die Frage, ob der Prohibirte die Wirkung der Prohibition durch Cautionsbestellung beseitigen kann. Es wird dies gewöhnlich angenommen, und Hesse ¹¹⁾, welcher glaubt, daß sich nur hieraus die Prohibition erklären lasse, entnimmt daraus auch einen Einwand gegen meine Ansicht. Indeß scheint mir jene Annahme unrichtig zu sein. — Bei der o. n. n. steht es allerdings fest, daß der Nunciat durch Cautionsbestellung eine Remission der o. n. n. erwirken kann; und hier entspricht dies auch der Sachlage, weil der Besitz des Nunciaten unbestritten ist, und ihm als dem Besitzer das Recht des Weiterbauens gegen Caution unbedenklich zugestanden werden muß. Bei der Prohibition dagegen wird dem Prohibirten grade ein eigenmächtiges, auch durch seinen etwanigen Sachbesitz nicht gerechtfertigtes Handeln vorgeworfen, wogegen der Prohibent sich schützen will; und es ist doch wohl nicht denkbar, daß jeder, der zur Cautionsbestellung bereit ist, sich dadurch das Recht zum eigenmächtigen Vorgehen verschafft. — Auch würde in diesem Falle bei der Prohibition grade so wie bei der o. n. n. ein besonderes Remissionsverfahren eintreten müssen, weil der Prohibent die Annahme der Caution verweigern kann, und die Beseitigung des Verbots nothwendig constatirt werden muß. Wir finden aber davon in den Quellen nichts.

Die L. 3 §. 5 und die L. 6 D. h. t. auf welche man sich gewöhnlich beruft, sagen dies meines Erachtens aber auch gar nicht. Die L. 6 cit. gehört überall nicht hierher; denn sie spricht nicht von einer satisfactio, sondern von dem Falle, wo das Interdict gegen mehrere Personen zulässig ist, und sagt nur, daß die übrigen befreit werden, wenn der Kläger von dem einen seine Befriedigung erlangt hat. — Zweifelhafter ist allerdings

¹¹⁾ Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, Bd. 2 S. 67. — Das Einspruchsrecht S. 17.

die L. 3 §. 5 cit. Betrachtet man indeß den Wortlaut und Zusammenhang der Stelle etwas genauer, so scheint der Ausdruck *interdicendum putant* absichtlich gewählt zu sein, und die Stelle sich nur auf den Fall zu beziehen, wo es in Folge eines nichtabgelehnten Cautionserbietens zu keiner bestimmten Prohibition gekommen ist. Die L. 3 ist anscheinend eine Fortsetzung der L. 1 D. h. t., in der Ulpian bereits bestimmt gesagt hatte, daß jedes verbotswidrige Handeln *vis* sei, und sie behandelt in §. 2 bis 6 einige Fälle, wo von einer solchen *vis* nicht die Rede sein kann, §. 2 bis 4, weil eine Erlaubniß ertheilt, und §. 6, weil hier nur wegen Nichtbestellung der *cautio damni infecti* prohibirt, und der Grund des Verbots durch Erbieten zu dieser *cautio* beseitigt ist. — Unter diesen Umständen ist anzunehmen, daß auch der §. 5 erörterte Fall ein solcher ist, in welchem der Prohibirte voraussetzen darf, daß er nicht gegen ein Verbot des Gegners handle, sondern dieses in Folge seines Cautionserbietens überall nicht erlassen oder zurückgenommen sei. Sollte wirklich die Prohibition durch Erbieten zur Cautio beseitigt werden können; so wäre es doch höchst auffallend, daß hiervon im Edicte nichts gesagt ist, und daß ein so wichtiger Satz auch sonst in den Quellen nicht klarer und bestimmter ausgesprochen, und uns namentlich nicht gesagt ist, wie sich die Sache gestaltet, wenn der Prohibent trotz des Cautionserbietens bei seiner Prohibition beharrt, da der Prohibirte, wenn er unter diesen Umständen das *opus* fortsetzt, nach den Worten des Edicts und den Definitionen, welche die Juristen von dem *vi factum* geben, als *vim faciens* anzusehen ist.

Die zweite Bemerkung betrifft die heutige Anwendlichkeit des Interdicts. Dieselbe ist von mir in meinem früheren Aufsatze bestritten, weil das Interdict nicht in die Praxis eingedrungen sei. Dies hat sich inzwischen geändert; ich muß daher in dieser Beziehung meine frühere Behauptung zurücknehmen, und füge in Bezug auf die Praxis der mecklenburgischen Gerichte hinzu, daß diese bisher der von mir vertretenen Ansicht gefolgt ist und daß das Oberappellationsgericht zu Rostock sich noch kürzlich in einem Falle, in welchem das vorige Gericht sich der Stölzel'schen Theorie angeschlossen hatte, für jene Ansicht ausgesprochen hat¹²⁾.

¹²⁾ Entscheidungen des OLGerichts zu Rostock, herausgegeben von Buchka und Budde, jetzt Budde und Schmidt. Bd. 6, pag. 64.