

schrieben. So ist doch wohl auf S. 212 Zeile 5 und 6 der Handschrift die Wiederholung der Buchstaben *dati* (Rest von *mandati*) *depositi fiduciae p[ro] socio tutelae* aufzufassen; wie im § 16 Auslassung einer ganzen Zeile die einfachste und darum wahrscheinlichste Erklärung des Verderbs ist, so hier zweimaliges Abschreiben einer ganzen Zeile. Das doppelt Geschriebene enthält aber je 32 Buchstaben. Unsere Ergänzung stimmt also zu der Zahl der Buchstaben einer Zeile der Vorlage und so kommen wir von dieser Seite her zu einer Erhärtung des sub b. als möglich Bezeichneten.

Es kann sein, dass das alles nur zufällig so zusammenstimmt. Ob eine solche Annahme mehr Wahrscheinlichkeit für sich habe als die, dass unsere Ergänzung der Lücke richtig sei, darüber möge nun der geneigte Leser sich schlüssig machen.

XIII.

Beiträge zur Publiciana.

Von

Herrn Professor Dr. **H. Erman**
in Lausanne.

I.

C. Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne. Paris 1889. 2 voll. (382 und 383 SS. Text).

Unter vorstehendem Titel hat der Professor des römischen Rechts an der Lyoner Rechtsfacultät C. Appleton eine tiefgreifende und meisterhaft klare Bearbeitung der Publiciana und aller an sie — zumal seit Schulin — anknüpfenden Streitfragen veröffentlicht.

Darüber sind Kritiken von Ferrini, Buonamici, Brezzo, Bonfante und neuestens von Audibert erschienen¹⁾.

¹⁾ Ferrini im Mailänder Monitore dei Tribunali vom 7./9. 1889. Buonamici und Brezzo im Archivio giuridico Bd. 43 S. 207—252 und

Brezzo bringt viel Selbstständiges, aber oft auch Anfechtbares. Seinen Widerspruch gegen Schulin-Appleton begründet er genauer in der tüchtigen Schrift: *Rei vindicatio utilis* (Torino 1889; 245 SS.).

Ferner ist Appleton nebst den Kritiken von Buonamici und Brezzo noch zum grossen Theil berücksichtigt bei

Evaristo Carusi *L'azione Publiziana in diritto Romano*
Roma 1889. 219 SS.

Eine Anfängerarbeit, gewidmet 'al mio maëstro Scialoja', aber klar und kritisch gedacht, flott geschrieben und mit guter Litteraturbenutzung ¹⁾).

Unter Berücksichtigung dieser Kritiken soll im Folgenden über Appletons Buch in Kürze berichtet werden, um dann einige Hauptfragen der Publiciana eingehender zu untersuchen.

Appletons Buch ist durch und durch sorgfältig.

So im Aeussern: systematisches und alphabetisches Register, Quellenregister, fortlaufende Nummern auf dem inneren Seitenrand. Ferner wenig Druckfehler, auch in den Citaten.

So vor allem inhaltlich. Er hat seit 1885 Aufsätze über die Publiciana veröffentlicht, und diese jahrelange Arbeit, die 'longue, patiente et parfois fastidieuse étude' (II p. 130) macht sich allenthalben geltend. Quellen und Litteratur, insbesondere die deutsche, sind sorgfältig erwogen. Jede Behauptung ist durchdacht und der massenhafte Stoff zum wohlgeordneten System ohne Lücken und ohne Abschweifungen zusammengearbeitet.

Aber auch die Schattenseite fehlt nicht. Bei diesem jahrelangen Mitsichherumtragen seiner Ideen hat er sich in sie eingelebt, und so sind trotz der besten Forschungsgrund-

S. 267—299, Bonfante, *Rivista italiana per le science giuridiche* 1890, p. 94—104, Audibert: *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 1890 S. 269—297.

¹⁾ Ein erster systematischer Theil behandelt die Edictsrestitution (52 SS.), die vorjustinianische Publiciana (51 SS.) und die justinianische (18 SS.), dann folgt ein exegetischer Commentar zu D. 6, 2. — Beiläufig: für D. (6, 2) 12 § 1 widerspricht der exegetische Theil (S. 210) dem systematischen (S. 102).

sätze und -Vorsätze¹⁾ ihm Dinge zu Gewissheiten geworden, die höchstens den Werth von Hypothesen haben²⁾.

Eine solche illusorische Gewissheit ist vor allem die Grundidee des Werkes 'la propriété prétorienne'.

Es ist das eine species nova, zusammengeschmolzen aus Ideen von Scheurl, Huschke und Schulin und manchem eigenen, aber Appletons Eigenthum vor allem durch die energische Zusammenfassung zur begriffsmässigen Einheit³⁾.

Die 'propriété prétorienne', das von der Publiciana geschützte Verhältniss zur Sache, ist für Appleton ein einheitliches Billigkeitseigenthum, was von den civilen Regeln nicht bloss für seine Begründung, sondern allenthalben unabhängig ist.

Sein Wesen werde durch das eine Wort 'relativ' bezeichnet.

Das Civileigenthum sei allenthalben absolut: es besteht gegen alle oder gar nicht, und es wird für immer übertragen oder gar nicht, und zwar noch unter und nach Justinian: *πρόσκαιρος . . . οὐκ ἐξέρχεται δεσποτεία* (Stephan. zu Bas. 16, 1, 4). Dagegen das prätorische Eigenthum sei nach beiden Richtungen hin relativ.

Persönlich, denn nicht allein der bonae fidei possessor

¹⁾ Z. B. I p. 22. 23: il faut de toute nécessité appeler à son aide une méthode très rigoureuse, pour éviter de se perdre dans le vague des conjectures plus ou moins plausibles. Il importe . . . de mettre toutes les doctrines . . . à l'épreuve du doute systématique . . . de ne rien laisser d'inexploré, si mince que puisse paraître le détail etc. — ²⁾ In einem mir zur Einsicht gesandten schriftlichen Nachtrag über Formelauslegung und Edictsrestitution nimmt denn auch Appleton neuestens mehrere der diesbezüglichen Aufstellungen seines Buches zurück. Darüber unten in diesen beiden Capiteln. — ³⁾ Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, München 1875, mit dessen Aufstellungen Appletons Theorie sich vielfach berührt, ist demselben leider unbekannt geblieben. Das zeigt sein Buch und das bestätigt ein Brief Appletons an mich. — Uebrigens fragt er darin nicht ohne Grund, ob nicht aus diesem Zusammentreffen 'il résulterait une certaine confirmation des idées de Brinz. Il faut qu'elles soient bien justes en effet puisqu'une autre personne . . . soit arrivée . . . par une voie parfois différente au même résultat'. Dass Appleton bei seiner ausgedehnten Litteraturbenutzung (p. VII—IX) diesen wichtigen Aufsatz übersehen hat, erklärt sich, da er anfänglich nur die Publiciana behandeln wollte und erst zuletzt hinter ihr die 'propriété prétorienne' erkannte (I p. 23).

werde nur relativ geschützt, sondern manchmal auch der Erwerber *a domino*, der Bonitarier. So z. B. der Käufer, dem ohne Preiszahlung oder Creditgewährung die Sache übergeben wurde, denn die *Publiciana*, die *Gaius D. (6, 2) 8* und die *Bas. (15, 2) 8* ihm zusprechen, versagt gegen den Verkäufer '*si forte . . iustam causam vindicandi habeat*' *D. (21, 3) 1 § 5*, also bei Insolvenz des Käufers: *D. (14, 4) 5 § 18* und bei Resolution des Kaufes (*Appleton Nr. 340*).

Und gerade weil das prätorische Eigenthum persönlich relativ war, habe man es auch unter Resolutivbedingung übertragen können mit *ipso iure* Rückfall. Bei dem gegen alle wirkenden Civileigenthum würde darin eine Aufopferung der Dritten gelegen haben¹⁾. Anders bei dem prätorischen Eigenthum, d. h. der *Publiciana*. Ihr Wiederaufleben habe gegen die Dritten nicht weiter gereicht, als die *replicatio doli* gegen deren Einrede des Eigenthums oder des *publicianischen* Besitzes, d. h. also gegen den Veräußerer, gegen seine Universal- oder Lucrativnachfolger und gegen seine Pfandnehmer: *D. (44, 4) 4 § 30*. Dagegen *oneroser* Erwerb eines Dritten habe das prätorische Eigenthum zerstört oder aber sein Wiederaufleben verhindert (*Appleton Nr. 327—330*).

Kann man den *bonae fidei possessor*, der noch beim *Usucapiren* ist, schon als Eigenthümer ansehen? Darauf antwortet *Appleton (Nr. 369)* mit einer eigenthümlichen Wendung des bekannten 'werdenden Eigenthums'.

Aller Eigenthumsschutz entspringt dem Gedanken, dass im Eigenthum die Person angegriffen wird. Angegriffen wird sie aber, weil durch die Gewöhnung an die Sache der Eigenthümer sie als Theil seiner selbst ansieht. Also das Eigenthum beruht auf der '*accoutumance*'. Daher die Ersitzung. Hier wird durch die *accoutumance* das alte Eigenthum zerstört und ein neues begründet. Aber der Ablauf der Ersitzungsfrist vollendet nur die Wirkung der Gewöhnung, begonnen hat dieselbe schon am Tage des Besitzererwerbs. An diesem Tage hat sich das Band zwischen dem Erwerber und der Sache zu knüpfen, das Band zwischen Eigenthümer

¹⁾ Aber auch die Hypothek, geschaffen vom Prätor und den Kaiserjuristen, opfert die Dritten auf! — ebenso *Audibert a. a. O. S. 291*.

und Sache zu lösen angefangen. Der Ablauf der Ersitzungsfrist bringt nur diese beiden Entwicklungen zum Abschluss¹⁾. Dies prätorische Billigkeitseigenthum überlebt nun nach Appleton das civile, so oft dessen Untergang unbillig wäre.

Hier folgt er Schulins Theorien, indess mit eigenartiger Begründung durch eine neue Formelauslegung (*anno* = seit einem Jahr) und dementsprechend mit wesentlichen Einschränkungen. Er nimmt die *Publiciana* (das prätorische Eigenthum) als fortbestehend an nach unbilliger Ersitzung, nach *pictura*, *accessio*, *specificatio*, endlich nach erzwungener oder resolvirter Veräußerung. Dagegen die gewöhnliche Veräußerung schneidet nach ihm — im Gegensatz zu Schulin — die *Publiciana* formelmässig und *officio iudicis* ab.

Diesen Aufstellungen würde man gern zustimmen, wenn nur ihre Grundlage, nämlich Appletons neue Formelauslegung, nicht als unannehmbar sich erwiese. Darüber später. —

Der eigentliche und letzte Ausgangspunkt aller Theorien Appletons liegt in Schulins Aufstellungen über die Eigenthumsverhältnisse an *mortis causa* verschenkten und besonders an resolutiv verkauften Sachen. Bekanntlich erklärt Schulin die fraglichen Stellen durch Combinirung der *Vindication* (die der Verkäufer behielt wegen nicht erfolgter '*solutio vel satisfactio*') mit der *Publiciana*, die der Erwerber durch Auflösung der *causa* verliert (*fundus inemptus*!), während sie für den Veräußerer wieder auflebt.

Diese Aufstellungen sind der wichtigste Theil von Schulins *Publicianasystem* und zugleich auch der weitaus ansprechendste. So hatten sie seiner Zeit Hölders vollen Beifall gefunden (*Krit. Vierteljahrsschr.* XVIII S. 197) als hinreichendes und höchst erwünschtes Mittel, um gegenüber den Stellen über resolutivbedingten Verkauf die allgemeine Bedingungslehre des römischen Rechts aufrecht zu erhalten.

Diese Aufstellungen haben denn auch Appleton gewonnen, und '*maintenir l'excellent système de Schulin*' für die Fälle

¹⁾ Ainsi ce n'est pas au jour de l'usucapion accomplie que se forme le lien entre le possesseur et l'objet, mais c'est à ce jour qu'il se consolide définitivement. Il ne change pas de nature, mais de force seulement. Appleton II, p. 315.

resolutivbedingter Veräußerung ist offenbar der Gesichtspunkt für seine ganze Arbeit gewesen.

Dieselbe ist zwar mit rühmlichster Unbefangenheit geschrieben. Ein bewusstes Beweisenwollen¹⁾ liegt nirgends vor. Doch aber wird oft genug die zwischen zwei Möglichkeiten unentschieden schwankende Wage durch die Rücksicht auf 'le système de Schulins' nach dieser Seite heruntergezogen.

Der Wunsch, Schulins System zu retten, war der Vater von Appletons Formelauslegung und liess manche Einwürfe dagegen übersehen, andere — bemerkte — leichter nehmen als sie wiegen.

Er liess die Publiciana wegen Baum, Maltafel und Wolle behufs Vermeidung der probatio diabolica unbedenklich hinnehmen, während doch von den beiden Elementen der diabolica probatio, bedeutender Werth und individuelle Erkennbarkeit, für diese Sachen nicht weniger als alle beide fehlen u. s. w.

So ist es denn nicht ungerechtfertigt, wenn Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig Appleton zu vieler Hypothesen beschuldigen und eine strengere Methode postuliren.

Meist allerdings mit Anführung von Appletons eigenen Aeusserungen. Wie alle Tugenden ist eben auch die ars ignorandi et dubitandi leichter zu predigen als zu üben. Und das zumal bei der Publiciana, die allenthalben zum Conjecturiren geradezu herausfordert: ein zerrüttetes und von Lenel überkühn restituirtes Edict, eine an Räthselfragen reiche Stelle: D. (17, 1) 57, und endlich daran anknüpfend Schulins weitgreifende Hypothesen, die die zweifelhafte Publiciana noch mit den Räthseln der vindicatio utilis und der Resolutivbedingungen in Verbindung setzt.

Hier ist nun Appleton in der That nicht stets methodisch streng verfahren. Zwischen 'möglich', 'wahrscheinlich' und 'sicher' unterscheidet er nicht mit der nöthigen Bestimmtheit. Er glaubt durch Prüfung aller Argumente sicheren Boden zum Weiterbau zu gewinnen (I S. 22), und so wächst mit jedem neuen Stockwerk das hypothetische Element. Offen lässt er fast nie eine Frage, während doch für ein so um-

¹⁾ Wer Recht behalten will und hat nur eine Zunge,
Behält's gewiss. Faust.

fangreiches Gebiet unsern Quellen nach nicht auf ein Drittheil halbwegs sicherer Ergebnisse gerechnet werden kann.

In diesem Streben nach Bestimmtheit überlastet er einige an sich durchaus richtige Wahrnehmungen, wie z. B. Jherings 'Gesetz der juristischen Oekonomie'. Daraus mag man schliessen, dass, wenn die *bonae fidei Publiciana* auch für den Bonitarier reichte, man es bei dieser einen Klage für beide wird haben bewenden lassen. Dagegen entnimmt Appleton zu viel daraus, wenn er wegen dieser Sparsamkeitstendenz für a priori wahrscheinlich erklärt, dass in den sämtlichen '*utiles in rem actiones*' eine und dieselbe Klage vorliege und zwar gerade die uns bekannte *Publiciana*. Denn wieviel kennen wir von den prätorischen Formelschöpfungen, die Gaius (4, 46) '*innumerabiles*' nennt und Cicero '*res infinita*' (Top. cap. 8)?

So ist denn von Appletons positiven Aufstellungen mehr als eine nachweisbar unrichtig.

Indess für die Wissenschaft als collective Thätigkeit ist wichtiger noch als die eigene Theorie einer Monographie die übersichtliche erschöpfende Ordnung des Materials und die gewissenhafte Prüfung der Quellen. Und dies beides bietet Appleton in zuverlässigster Weise.

Appletons Werk zerfällt in drei Theile.

Der erste (134 SS.) giebt den Begriff des prätorischen Eigenthums, seine Geschichte, d. h. die Geschichte der *Publiciana* nebst Edictsrestitution, und seine Gegenstände: *Publiciana* für Erzeugnisse oder Bestandtheile der erworbenen Sache, *Publiciana* für Provincialgrundstücke u. s. w.

Der zweite Theil (318 SS.) behandelt unter dem Titel 'Erwerb des prätorischen Eigenthums' die *Usucapionserfordernisse*. Eine schöne, an wichtigen, eigenen Gesichtspunkten reiche Untersuchung. Hier (wie auch sonst allenthalben) adoptirt Appleton die einfachste und consequenteste Hypothese, nämlich Stintzings nur durch *furtum* ausgeschlossene XII Tafel-*usucapion*.

Dem ist beizustimmen. Stintzings Herleitung des *bona fides*-Erfordernisses aus dem *vitium furtivitatis* ist in der That eine höchst wahrscheinliche Hypothese¹⁾.

¹⁾ Das einzige Bedenken gegen sie liegt in der *bona fides* auch bei der *Immobiliarusucapion*. Appleton verweist hier kurzweg auf die

Neu ist aber, dass und wie Appleton aus dem Furtivitätshinderniss auch die Nothwendigkeit des Titels ableitet.

Wie wehrt man heut den Diebstahlsverdacht ab? fragt er. Durch die Angabe eines bestimmten redlichen Erwerbes. So auch in Rom. Hier hätte er C. (6, 2) 5 von Alexander anführen können: *civile est quod a te adversarius tuus exigit ut rei quam apud te fuisse fatearis, exhibeas venditorem. nam a transeunte etiam ignoto emisse non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

Der *iustus titulus* wäre also ursprünglich nichts gewesen als der Umstand, der dem Geschworenen die Behauptung des *bona fide* Erwerbes glaubhaft machte, d. h. die Behauptung, nicht gestohlen zu haben.

Diese Vermuthung ist durchaus möglich und recht wahrscheinlich, zu beweisen ist sie indess nicht ¹⁾.

Zeugnisse über das *furtum* an Immobilien bei den veteres (G. 2. 51; Gell. 11, 18; J. 2, 6 § 7). Aber hier erhebt sich ein schwerer Einwurf: ist die Ausdehnung des *furtum a ferendo* D. (47, 2) 1 pr. auf Grundstücke nicht un-naiv und daher un-ursprünglich? Jedoch diesen an sich erheblichen Einwurf hat Stintzing entkräftet durch die Gegenfrage: ob etwa den späteren Juristen mit ihren etymologischen Liebhabereien diese etymologiewidrige Subsumtion leichter zuzumuthen sei. Das schlägt durch. Gemacht worden ist die Subsumtion, und da spricht die Wahrscheinlichkeit gegen die neueren, also für die alten Juristen. Damit aber fällt der einzige wirkliche Einwand gegen Stintzings Hypothese. Uebrigens konnte gerade bei einer *Usucapion* ohne *bona fides* die Idee eines Stehlens von Grundstücken leicht entstehen. Wenn z. B. ein Pächter einen entlegenen Acker an einen Helfershelfer verkaufte (vgl. Gellius 11, 18, 13) und dieser ihn in zwei Jahren ersass, dann war dem Herrn der Acker so gut 'gestohlen', wie die erste beste Mobilie. Da lag es denn nahe, gerade zur Verhinderung solcher *Usucapionen* zu proclamiren: *etiam fundi furtum fieri posse.*

¹⁾ Insbesondere ist gegen ein negatives Argument Appletons (Nr. 95) zu protestiren. Nämlich gegen die Behauptung, die schon vor ihm der Pariser Romanist Esmein aufgestellt hatte und der auch Appletons Kritiker Audibert a. a. O. S. 281 sich durchaus anschliesst, dass Stintzings Herleitung des *Usucapionstitels* aus der *Publicianatheorie* an sich undenkbar sei, ein historisches *ὑστέρων πρότερον*. Die *Publiciana* habe sich nach der *Usucapion* gerichtet und nicht umgekehrt. Das ist ein gut naturrechtlicher Gedankengang. Weil das Resultat der Rechtsgeschichte ein mehr oder weniger logisches System von Rechtssätzen ist, so sollen diese Rechtssätze sich auch in dieser logischen Ordnung und Reihenfolge herausgebildet haben. Dabei bleibt ausser Betracht, dass ein Rechts-

Im dritten Theil (310 SS.) behandelt Appleton die *Publiciana* nach Eigenthumsverlust oder wie er sagt: das das *Civileigenthum* überlebende prätorische Eigenthum. Die Grundidee dieses Abschnittes ist bereits dargelegt worden, weiteres über diese schwierigen und zweifelhaften Fragen später.

Vor seiner Lyoner Professur war Appleton Professor des französischen Rechts in Bern. So ist er aus einem kräftigen modernen Rechtsleben in das römische Recht gekommen und das macht sich allenthalben vortheilhaft geltend.

Vor allem in der Wärme, mit der er seine Aufgabe angreift und durchführt. Denn, wie er auf der ersten Seite ankündigt und im letzten Capitel nachzuweisen sucht, die *Publi-*

satz, und nun gar ein Rechtslehrsatz wie der vom *titulus*, in seinem ersten Ursprung nichts ist als der concrete Einfall eines concreten Juristen. Wie der Einfall in dessen Gehirn sich entwickelte, ob mehr aus Zweckmässigkeits- oder mehr aus logischen Erwägungen, ob logisch correct oder als Cirkelschluss, dass ist eine einfache Thatfrage, für deren vermuthungsweise Beantwortung die allgemeine Methode der betreffenden Jurisprudenz meist den einzigen schwachen Anhalt bietet. Die Lieblingsmethode der römischen Jurisprudenz war nun aber bekanntlich die analoge Anknüpfung des neuen Begriffs an irgend eine positive Satzung. So wurde der Pflichttheil aus der *lex Falcidia* gewonnen und der Grossjährigkeitstermin aus der *lex Plaetoria*. Da musste denn auch das Edict des *Publicius* mit seinem Tituluserforderniss (*qui bona fide emit*), was sehr wohl eine der *Usucapion* fremde, positive Neuerung sein konnte, ein willkommener Vorwand sein, um den *titulus* auch für die *Usucapion* zu fordern, vermöge des harmlosen Trugschlusses: 'weil die *Publiciana* den *Usucapionsregeln* folgt, so muss jede *Publicianaregel* auch als *Usucapionsregel* gelten'. Dies musste so vor sich gehen, falls bei Aufstellung des *publicianischen* Edicts die *Usucapionstheorie* noch in ihrer ursprünglichen Verschwommenheit und Gährung sich befand. Man wird also Stintzings Herleitung des *Usucapionstitels* aus der *Publicianalehre* nur dann (mit Esmein, Appleton und Audibert) verwerfen dürfen, wenn man der Ueberzeugung ist, dass das *titulus-Erforderniss* in der *Usucapionslehre* bereits feststand, als das *publicianische* Edict publicirt wurde. — Zu dieser Ueberzeugung (natürlich als rechtshistorischer, hypothetisch schwankender) kann man nun trotz aller Unsicherheit von *Publicius'* Prätur durch Appletons Vermuthung über die Herkunft des *Usucapionstitels* gelangen. Aber da deducirt man die Unwahrscheinlichkeit von Stintzings Hypothese aus der Wahrscheinlichkeit von Appletons, nicht aber (wie Appleton es versucht) die Wahrscheinlichkeit seiner Hypothese aus der Unmöglichkeit der Stintzingschen.

ciana soll trotz Schweigens des Code civil noch im heutigen französischen Rechtsleben ihre Stelle haben.

Hier nur soviel über dieses Capitel, dass Appleton die Leugner der Publiciana im französischen Recht, insbesondere den Belgier Laurent, mit ihren eigenen Waffen zu schlagen sucht und auch zu schlagen scheint.

Laurent verwirft die Publiciana, weil der Code sie nicht erwähne und demnach auch für den Eigenthumsprocess der Grundsatz Platz greife: *actori incumbit probatio*. Daher müsse der Eigenthümer selbst dem untitulirten Besitzer gegenüber Verjährung oder *dominium auctoris* beweisen. Die entgegengesetzte Praxis sei ungesetzlich.

Darauf erwidert Appleton: der Satz '*actori incumbit probatio*' stehe so wenig im Code, wie die Publiciana. Nur in Anwendung auf Obligationen spreche ihn Art. 1315 aus. Natürlich im Sinne seiner allgemeinen Anerkennung. Aber eben auch nur seiner Anerkennung, nicht seiner Abänderung und Verschärfung gegenüber dem französischen Recht von 1804. Dieses aber habe nach Pothier den Satz '*actori incumbit probatio*' im Eigenthumsprocess nur mit der Milderung der Publiciana gekannt, dass das *dominium auctoris* nur gegenüber einem titulirten Beklagten zu beweisen sei. Die dementsprechende Praxis sei also, ohne es zu wissen, durch die Tradition gerechtfertigt ¹⁾.

So bringt Appleton seiner Aufgabe das lebhafteste praktische Interesse entgegen. Wie schon der Titel '*histoire . . . de l'action Publicienne*' für dieses wesentlich systematische und dogmatische Werk es ausdrückt, ist ihm das Publiciana-recht der Pandektenjuristen nur eine Phase in der geschichtlichen Entwicklung, die ohne Unterbrechung von Publicius über Justinian und Pothier bis zur heutigen französischen Praxis führt. So spricht er denn auch gelegentlich geradezu von der '*séparation absurde*' zwischen dem römischen und französischen Recht in Rechtslehre und Rechtsanwendung.

¹⁾ Appleton II S. 352—361. Auf S. 378 sagt er über die Frage sehr treffend: *Il ne suffit pas . . . de vouloir ignorer la tradition pour s'en affranchir! Elle dicte leurs décisions même à ceux qui n'en ont point approfondi les origines, ils en subissent l'influence à leur insu; oeuvre de raison et d'expérience, elle devient un instinct, une raison qui s'ignore.*

Die französische Praxis hat ihm aber auch für die Publiciana selbst interessante Aufschlüsse gegeben. So über die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises bei Grundstücken, die aus einzelnen Parzellen zusammengekauft sind: les aliénateurs ne livrent pas leurs titres, quand ils n'aliènent pas la totalité de leur bien (II, p. 35). So ferner z. B. für die bekannte Controverse zwischen Neratius und Julian (Ulpian) über die Publiciana zwischen Erwerbern a duobus non dominis¹⁾. Hier bemerkt er, diese Controverse sei nichts als eine noch in der neuesten französischen Praxis offene Streitfrage, ob der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz den Vorzug verdiene (II p. 25).

So geht ein frisches praktisches Leben durch das Buch, dem Brezzo mit Recht un metodo sperimentale che è degno d'esempio nachrühmt.

Insbesondere stellt Appleton allenthalben die processualische und Beweisfrage in den Vordergrund²⁾.

Auch vom speciell romanistischen Standpunkt aus hält das Buch jeder Kritik Stand.

In den Formularprocess und das Exceptionen- und Replikenwesen ist Appleton durchaus eingelebt. Seine hypothetischen Formelrestitutionen sind einfach und wahrscheinlich³⁾.

Seine Quelleninterpretationen sind gründlich und zugleich, was selten damit zusammengeht, sehr unbefangen.

Hin und wieder verführt ihn allerdings seine rückhaltlose Verehrung der Pandektenjuristen dazu, ihren rasch und leicht hingeschriebenen Sätzen ganz specielle Beziehungen unterzuschreiben⁴⁾.

¹⁾ D. (6, 2) 9 § 4; D. (19, 1) 31 § 2. — ²⁾ So z. B.: en théorie on est propriétaire ou on ne l'est pas, en pratique la question de preuve complique beaucoup la situation; la preuve parfaite . . c'est dans l'immense majorité des cas un idéal, dont on cherche à se rapprocher, mais qu'on ne saurait espérer atteindre. (La Publicienne) renferme donc l'expression d'une vérité profonde et pratique, elle tient compte de cette notion d'expérience journalière: ne cherchons point l'absolu, il n'est point de ce monde (I p. 19. 21. 22). — ³⁾ So giebt er z. B. für die Publiciana wegen der Baumaterialien eines publicianisch erworbenen Hauses D. (6, 2) 11 § 6, wo Lenel, Edictum S. 132 die Construction der Formel für sehr schwierig erklärt, folgende wahrscheinliche Vermuthung: si caementa huius insulae quam Aus Aus emit et ea ei tradita est, anno possidisset, tum si ea caementa eius esse oportet ex iure Quiritium (I p. 274). — ⁴⁾ Wenn z. B. Ulpian D. (6, 2)

Indess eigentliche Künsteleien liest er in die Quellen nirgends hinein, denn was er den Classikern in erster Linie nachrühmt, ist ihr praktischer Sinn¹⁾ und die einfache Klarheit ihres Denkens. Und so giebt er allenthalben praktische und durchsichtige Erklärungen²⁾. —

Appletons Werk ist aus dem Rechtsunterricht hervorgegangen, aus einem 'cours du doctorat', dem 'Seminar' der französischen Facultäten. Mehrere Dissertationen über darin

7 § 14 sagt: *neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur*, und im § 17: *Julianus . . . scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri* — so wird er, oder sein Muster Pomponius, über die praktische Vereinbarkeit der nach dem Kauf fortgefallenen bona fides mit ihrer Nothwendigkeit im Traditionsmoment kaum viel gegrübelt haben. 'Neque postea' war ja jedenfalls richtig für den häufigen Fall der mit dem Kauf verbundenen Tradition. Daher gewiss zu fein Appleton 99 n. 13: *la bonne foi . . . n'est requise ni avant ni après c'est à dire dans le temps intermédiaire entre la vente et la tradition, mais il faudra qu'au jour de la tradition l'acheteur soit redevenu de bonne foi*.

¹⁾ I p. 19: *les Prudents . . . ne sont point des théoriciens d'école mais de grands praticiens, rompus aux affaires, connaissant . . . tous les rouages de l'administration et de la justice: des hommes pour qui le droit ne se sépare jamais de son application usuelle aux choses de la vie.* — Wobei aber das schulmässige Element, das 'quae didici' und 'quod vulgo traditur' unterschätzt wird. Ohne Schul- und Buchgelehrsamkeit, Schullehren und Schulbegriffe hätte der ungeheure Stoff nicht von Generation zu Generation sich fortpflanzen können, vgl. Schol. zu Iuv. 4, 77: *(Pegasus) iuris studio gloriam memoriae meruit ut liber vulgo non homo diceretur.* — ²⁾ Die bedeutendste Interpretation Appletons ist die von Vat. Fr. 283 (II p. 177—186, p. 379—383). Er stellt durch ein abgedrucktes Facsimile Scialojas fest, dass klar und deutlich *ad te proprietas* im Manuscript steht und widerlegt auch anderweitig die Vermuthung, es habe 'ad tempus' dastehen sollen. Er zeigt, dass mit 'ad tempus' der vom Niessbrauch handelnde Schluss der Stelle unerklärlich ist, während er sich mit 'ad te' erklärt: 'cum proprietas ad te transferri nequiverit', der Fragsteller war selbst nicht Eigenthümer geworden, daher hat er weder Eigenthum noch Niessbrauch übertragen können. Woher er nicht Eigenthümer geworden war, das wird in der Eingabe gestanden haben, von der hier nur die subscriptio erhalten ist. — Die Interpretation ist gewiss richtig. Gewonnen ist sie durch sorgfältiges, unbefangenes Lesen der ganzen Stelle. — Durchaus entsprechend ist die Pellat-Appletonsche Auslegung von D. (6, 2) 12 pr., von der später zu sprechen ist.

angeregte Fragen zeigen, wie dieser Unterricht gefasst hat. Sie bestätigen den Eindruck, den man beim Lesen von Appletons Buch von seinem juristischen Lehtalent erhält. Selbst bei den verwickeltsten und schwierigsten Fragen eine bewundernswerthe, durchsichtige Klarheit. Dazu ein aufrichtiger Eifer für die Sache, der den Leser erwärmt und mitreisst, und der bei aller Lebendigkeit mass- und geschmackvolle Stil der guten, französischen Litteratur — kurz die Form hält dem Inhalt durchaus die Wage, und der Beifall, den das Werk in Frankreich und Italien gefunden hat, ist durchaus verdient.

Französische Stimmen weisen Buch und Mann einen wichtigen Platz an in der im Werke begriffenen Herausbildung der 'Universität' Lyon durch immer kräftigere Entwicklung und Vereinigung der seit Napoleon vereinzelter Facultäten und damit in dem grossen Plan der Wiedergeburt Frankreichs durch die geistige Emancipation der Provinzen und die Wiederbelebung des municipalen Geistes.

Wir Deutsche haben allen Grund, diesem Fichteschen Unternehmen der 'Wiedergeburt durch die Universitäten' vollen Erfolg zu wünschen. Je kräftiger und gesunder die beiden grossen Nachbarvölker sich entwickeln, je hingebungsvoller sie ihrer gemeinsamen Culturaufgabe nachstreben, um so eher kann und wird, was sie jetzt trennt, geschlichtet und vergessen werden. Möge also die 'Universität Lyon' bald als erste französische Regionaluniversität sich aufthun und zu Frankreichs Ehre glänzen durch das ernste wissenschaftliche Streben ihrer Lehrer und Studenten, von dem Appletons im Unterricht entstandenes Buch ein schönes Zeugniß ablegt. Und möge der Geist des neidlosen Zusammenarbeitens und Austauschens mit der deutschen Wissenschaft die neue Universität beseelen, wie er Appletons ganzem Buche seinen Stempel giebt.

Als seinen Hauptzweck bezeichnet er, die Ergebnisse der neueren deutschen Publicianaforschung den Franzosen bekannt und zugänglich zu machen (Nr. 8; Nr. 5 Note 43). Aber das Buch giebt eben so viel, wie es entlehnt. Es zeigt, dass schon in der 'érudition', im Philologisch - Historischen die französischen Romanisten durchaus auf der Höhe und zur Mitarbeit befähigt sind. Und für das eigentlich Juristische

bestätigt es mehr als einmal die oft gemachte Wahrnehmung¹⁾, dass die Franzosen mit ihrem präzisen, positiven und eminent klaren Denken unsern antiken Meistern congenialer sind als der im Suchen und Grübeln sich ergehende deutsche Geist.

II.

Julians Publicianaedict.

Ueber Julians Publicianaedict ist mit unseren dürftigen und verdorbenen Quellen nicht zur Gewissheit zu gelangen. Als wahrscheinlich soll aber im Folgenden behauptet werden: ein und dieselbe Publiciana für den formlosen Erwerb a domino und für den gutgläubigen a non domino, also ein Edict und eine Formel.

Diese Annahme entspricht dem Edictsbericht und der Formel bei G. 4, 36 anerkanntermassen am besten. Aber die von Ulpian D. (6, 2), 1 pr. und 7 § 11 erhaltenen Edictsreste (Edict sensu lato) sollen damit im Widerspruch stehen. Auf Grund dieser Fragmente wird die eine Doppelpubliciana noch neuestens von den meisten verworfen, allerdings von sehr verschiedenen Standpunkten aus.

Brezzo²⁾ leugnet die Bonitarierpública ganz und behauptet schon für die classische Publiciana die justinianische Beschränkung auf den bona fide Erwerb a non domino.

Weit häufiger ist die umgekehrte Behauptung, bis zu Justinian habe es zwei verschiedene Publicianen gegeben, die eine für den Bonitarius, die andere für den bonae fidei emptor (a non domino). Und zwar nimmt man für diese zwei Klagen meist zwei Edicte an³⁾. Anders aber neuestens Lenel, der in

¹⁾ Insbesondere von Brinz in einer Rectoratsrede (von 1874?) über den Beschluss der Ausarbeitung des deutschen Civilgesetzbuches. Er misst es darin lediglich dem Code Napoleon zu, wenn die zur juristischen Führung Europas berufenen Franzosen dieselbe an die minder dazu befähigten Deutschen verloren hätten. — ²⁾ Rei vind. ut p. 55; Archivio XLIII p. 271 ff. — ³⁾ So vor allem Lenel, Beiträge S. 1 ff.; Edictum S. 129—132. Ihm beistimmend: Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Cohn, Krit. Vjschr. XXIV, S. 30—31 (er nennt das Bonitarieredict das 'gesichertste und bedeutendste Ergebniss' von Lenels Beiträgen). Für mindestens zwei Edicte auch Schulin, Röm. Rechtsgesch. (1889) S. 312—314; mindestens, denn er stellt dahin, ob nicht ein drittes Edict bestand für einen weiteren Anwendungsfall der Publiciana, auf den er zum ersten Mal

der Palingenesie neben dem Bonitarieredict eine blosse Formel für den *bonae fidei emptor* vermuthet¹⁾).

Von diesen Aufstellungen ist durchaus unwahrscheinlich die Brezzosche, die dem Bonitarier die *Publiciana* abspricht²⁾).

Sie beruht auf dem 'non a domino' D. (6, 2) 1 pr. und auf dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11, in seinem landläufigen Sinn (b. f. Erwerb = Erwerb a non domino).

Indess das non a domino ist tribonianisch aus den oft aufgezählten Gründen, von denen Brezzo auch nicht einen

dankenswerther Weise hinweist, nämlich für den Erwerb von einem prätorischen Universalerwerber: *honorum possessor* oder *honorum emptor*. Hierin vermuthet Schulin a. a. O. den überhaupt ersten Anwendungsfall der *Publiciana*. Der Prätor habe dem *usucapionsfähigen* Käufer eine Klage versprochen, um dem *honorum possessor* und *honorum emptor* die Verwerthung der ihnen überwiesenen *bona* schon vor abgelaufener *Usucapion* zu ermöglichen. Eine sehr wahrscheinliche Vermuthung. Dagegen spricht nichts. Dafür spricht, dass danach *Publicius* durch ein ganz specielles Bedürfniss der prätorischen Jurisdiction zu seiner Reform veranlasst worden wäre, entsprechend dem urrömischen: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, Pomp D. (50, 17) 36, und entsprechend z. B. der Einführung der *actio negotiorum gestorum* für das prätorische Jurdictionsbedürfniss der Processvertretung.

¹⁾ Paling. II p. 512 n. 3 zu D. (6, 2) 7 § 10 ssq.: *ad formulam haec quae sequuntur, non ad alterum edictum pertinet. Iam crediderim praetorem de eo solo edixisse, cui mancipi res a domino tradita esset, de eo autem qui bona fide emisset, solam formulam, quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem proposuisse.* Dazu Addenda II p. 1264: *del. verba quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem. Nam si praetorem prius de rerum mancipi traditione edixisse posueris, nil est quod mireris eum, cum ad huius edicti exemplum etiam bonae fidei emptori formulam proponeret, denuo non edixisse: quamvis alioquin eae formulae, quae edicto nullo praemisso in albo propositae erant, ad initia iuris praetorii pertinere videantur.* Die Ausführung und Begründung seiner neuen Aufstellungen über die *Publiciana* verspricht Lenel in einem bei Appleton Nr. 44 mitgetheilten Brief, demnächst in 'Nachträgen zum Edict' zu gehen. — ²⁾ Die Bonitarierpubliciana wird mehr oder weniger sicher bezeugt in folgenden Stellen: D. (44, 4) 4 § 32: *fundus — in bonis*; D. (19, 1) 31 § 2: *a non domino — a domino*, und doch offenbar dieselbe Klage; D. (39, 2) 18 § 15; D. (6, 2) 6; 7 pr.; 12 pr.; D. (17, 1) 57; D. (21, 2) 39 § 1 — all diese Stellen lassen sich nur gezwungen von Erwerb a non domino verstehen.

widerlegt hat¹⁾. Diese Interpolation aber wäre ziemlich unbegreiflich, wenn die Publiciana nicht bis zu Justinian dem Bonitarier zugestanden hätte. Dazu kommt die Unwahrscheinlichkeit von Brezzos eigener Hypothese, der Bonitarier habe statt mit Usucapionsfiction mit der Fiction der Mancipation oder in iure cessio geklagt²⁾. Die Usucapionsfiction entsprach der wirklichen Praxis, die für bonitarischen Erwerb stets auf die Usucapion als Perficierungsmittel abstellte. Sie war auch viel weniger kühn als die Fiction einer nicht erfolgten Mancipation. Zu dieser hätte man nachträglich kommen kön-

¹⁾ Dass Ulpian in dem Edict D. (6, 2) 1 pr. nicht non a domino las, ergibt sich bekanntlich zunächst aus D. (6, 2) 7 § 2 und 4, wo Ulpian dies Edict auf Fälle des Erwerbs a domino anwendet, ohne sie als edictwidrig zu bezeichnen. Ferner daraus, dass er zu dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11 ohne Rückverweisung auf das Edict bemerkt, der gutgläubige Käufer habe die Publiciana, selbst wenn er non a domino erworben habe. Sodann daraus, dass bei G. 4, 36 in der Formel und im Edictsbericht von einer Beschränkung auf den Erwerb non a domino kein Wort steht. Auf all dies erwidert Brezzo einfach: 'Né alla l. 7 §§ 2 e 4 § 11, né parimente in Gaio (IV, 36) si può trovare argomento per concludere che la Publiciana compete altresì nel caso dell'acquisizione a domino'. Und nicht besser ist es, wenn er das letzte und stärkste Quellenargument, das Fehlen eines Commentars zu non a domino mit der Bemerkung ablehnt: Qual necessità poteva presentarsi di un commento al parole non a domino? Denn Anlass zu Erörterungen boten die Worte genug, z. B. ob der Bonitarier trotz seines Erwerbs a domino das Edict anrufen könne. Im übrigen zeigen selbst unsere gekürzten Reste von Ulpians Edictscommentar, dass Ulpian grundsätzlich jedes Wort commentirte (vgl. Ulp. D. (5, 3) 20 § 6d: aptanda est . . . singulis verbis . . . congruens interpretatio). Indess eine kleine Lücke hat der allgemein adoptirte Schluss vom Fehlen des Commentars zu 'non a domino' auf die Unechtheit dieser Worte bei alledem doch. Nämlich die Compileren könnten Ulpians Commentar gestrichen haben wegen Anspielung auf das duplex dominium. Um hierüber wegzukommen, ist in der That etwas Glauben und Wagen nöthig. Aber nicht viel. Denn bei der Wichtigkeit des 'non a domino' für das justinianische Recht hätten die Compileren den Commentar dazu sicher lieber interpolirt als gestrichen. Wie andererseits diese selbe Wichtigkeit, nämlich die Abschaffung des duplex dominium die Interpolation für 'non a domino' dringend wahrscheinlich macht. — ²⁾ Eine Anspielung darauf sucht er bei G. 2, 41: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse ac si ea mancipata vel in iure cessa esset (!).

nen, für das schon völlig ausgebildete Institut des bonitarschen Eigenthums. Aber wozu hätte da der Prätor die herkömmliche Fiction ändern sollen?

Die Bonitariuspubliciana ist also, trotz ihrer neuesten Ablehnung durch Brezzo, als sicher anzusehen. Dagegen ist schwerer und weitläufiger nachzuweisen, dass eine und dieselbe Publiciana den Bonitarius und den b. f. possessor schützte. Die Behauptung der zwei verschiedenen Publicianen fusst auf der angeblichen Unvereinbarkeit von D. (6, 2) 1 pr. mit D. (6, 2) 7 § 11. Nach Lenel soll die erstere Stelle den Erwerber a non domino ebenso ausschliessen wie die zweite den Erwerber a domino. Aber diese beiden Behauptungen sind unhaltbar. Es wird sich zeigen lassen, dass jeder der beiden prätorischen Sätze ganz gleichmässig auf den Erwerb a domino und a non domino ging.

Zunächst D. (6, 2) 1 pr.:

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Nach Lenels in den Beiträgen aufgestellter und im Edictum und der Palingenesie beibehaltener Hypothese ist dies Edict interpolirt für

Si quis id quod mancipatur traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das wäre in der That ein exclusives Bonitarieredict.

Aber zunächst ist nicht erwiesen, dass das tribonianische 'non a domino' nicht völlig unecht ist, sondern nur eine Interpolation für 'a domino'. Nach der Palingenesie ist Ulpian's Commentar zu a domino in den Fragmenten 564—566 erhalten. Aber diese Ausführungen können ganz ebenso gut bei Erörterung des *em* mit der Formel geschrieben sein oder ohne speciellen Anhalt. Unwahrscheinlich ist jedenfalls, dass Ulpian ein Edict über a domino erworbene res mancipi darin erläuterte, denn in den Fragmenten 565 § 1 und 566 (medio § 1 und i. f. § 1) spricht er offenbar von res nec mancipi.

Ferner spricht gegen Lenels Bonitarieredict, ergänzt durch eine Formel für Kauf bona fide, in dem Sinne von Kauf a non domino auch das 'non solum emptori bonae fidei' in Ulpian's Commentar zu jenem angeblichen Bonitarieredict D. (6, 2) 3

§ 1. Die durch nichts unterstützte Behauptung in den Beiträgen (S. 39), jenes *bonae fidei* sei eine Interpolation, wiederholt Lenel in der Palingenesie nicht mehr.

Schluss: es spricht mancherlei gegen und gar nichts für das angebliche '*a domino*'.

Nun das '*id quod traditur*'.

Hier ist Lenel darin durchaus beizutreten, dass das *traditur* als Bezeichnung der Uebergabethatsache der Grammatik und dem Edictsstil durchaus zuwider ist, also sicher nicht echt.

Das ist in Kürze zu begründen, da Appletons drei italienische Kritiker Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig die Echtheit des *traditur* behaupten und zwar Carusi auch mit scheinbaren Gründen¹⁾.

Carusi giebt für das *traditur* eine '*spiegazione grammaticale molto semplice*'.

Das Präsens, zumal das unpersönliche, passive habe oft eine unbestimmte Bedeutung, in der es jede Zeit bezeichnen könne, ohne doch irgend eine zu präcisiren. Im Verhältniss zu dem Futurum petet sei das Präsens *traditur* Vergangenheit. Durchaus unserm Edict entsprechende Constructionen seien in den XII Tafeln häufig.

Aber hier wird übersehen, dass die Tempora für zwei sich folgende künftige Thatssachen davon abhängen, ob jene zwei Thatssachen sich unmittelbar folgen oder begrifflich durch einen Zeitraum getrennt sind. Folgen sie sich unmittelbar, so ist beim Eintritt der zweiten Thatssache die erste noch gegenwärtig. Da ist für sie ein Tempus der Gegenwart am Platz, das Präsens oder pedantischer das Futurum I.

Liegt dagegen zwischen beiden Thatssachen ein Zeitraum, so ist beim Eintritt der zweiten die erste schon vergangen, und jedes gesunde Sprachgefühl wird ein Tempus der Vergangenheit für sie fordern: das Perfectum oder das Futurum II.

Ein Beispiel aus den XII Tafeln. Warum heisst es: *uti legassit ita ius esto*, und wieder: *si intestatus moritur* ..

¹⁾ Carusi l'azione Publiciana p. 29—30. — Buonamici (Archivio XLIII p. 234) giebt gar keine Begründung und Brezzo (Archivio XLIII p. 273) eine handgreiflich falsche: für '*si quis id quod traditur petet*' soll eine relazione de tempi perfettamente identica sein G. 2, 43: *earum rerum usucapio . . competit quae . . tradita fuerint*.

agnatus . . familiam habeto? Warum nicht uti legat und si mortuus erit? Die Antwort liegt auf der Hand: weil das Vermögenhabensollen des Agnaten auf das intestate Versterben unmittelbar folgt, während zwischen Anfertigung und Rechtskraft des Testaments begrifflich ein Zeitraum liegt: das Lebensende und der Tod.

Genau so liegt in unserem Edict zwischen dem tradi und dem petere der Usucapionsbesitz des Klägers (nondum usucaptum) und der Besitzverlust. Also hätte auch ein Decemvir nicht anders geschrieben als: si . . quod traditum erit (est) petet. Traditur wäre richtig nur bei zwei Schlag auf Schlag sich folgenden Handlungen, z. B. si quis id quod traditur (tradetur) accipiet ¹⁾.

¹⁾ Eine Durchsicht der Reste von XII Tafeln und Edict bei Bruns (Ed. V) wird das Obige bestätigen und zugleich die Grundlosigkeit von Carusis Behauptung ergeben: 'nei testi delle XII tavole é noto come si usi . . . il presente in luogo del passato'. Die XII Tafeln gebrauchen das Präsens da, wo die späteren meist das Futurum I setzen: I, 1: si in ius vocat (Edict D (2, 8) 2 § 2: si in ius vocabit); VII, 8^a: si aqua pluvia nocet (Paulus D. (43, 8) 5: si nocebit). — Nämlich um die erste von mehreren unmittelbar sich folgenden künftigen Handlungen zu bezeichnen: I, 1: si in ius vocat ito, ni it antestamino etc. oder III, 4: ni suo vivit qui eum . . habebit etc. oder V, 4 si . . moritur, cui . . escit etc. etc. Dagegen wo begrifflich ein Zeitraum zwischen beiden Thatfachen liegt, wie nach naiver Anschauung zwischen Delict und Strafe, da steht die erste ausnahmslos in der Vergangenheit. Manchmal im Perfectum: II, 2: status dies . . quid horum vitium fuit, VIII, 3: si os fregit, VIII, 24: si telum . . fugit magis quam iecit, XII, 3: si vindiciam falsam tulit. Regelmässig dagegen, ganz wie im Edict, im Futurum II: II, 3: cui defuerit, III, 6: si . . secuerunt; IV, 2: si . . venum duuit, V, 3: uti legassit, VII, 7: ni . . delapidassint, VIII, 1: qui incantassit, VIII, 2: si . . rupsit, VIII, 4: si . . faxsit, VIII, 8^a: qui . . excantassit, VIII, 8^b: neve . . pellekeris; VIII, 12: si . . faxsit . . si . . occisit, VIII, 21: si . . fecerit, VIII, 22: qui . . sierit . . fuerit, X, 7: arduuitur; XII, 2^a: si . . faxsit . . noxist, Festus v. v. nancitor in XII tabulis nactus erit. — Im Edict steht statt des Präsens der XII Tafeln meist das Futurum I. Ausnahmen: si quis manumissus, manumissa moritur (Probus Einsidl.); qui . . iniuriarum agit certum dicat D (47, 10) 7 pr.; eos qui possident de possessione decedere iubebo D. (42, 4) 5 § 2. Ebenso steht einige wenige Mal statt des Futurum II das Perfectum: qui pecuniam debitam constituit D. (13, 5) 1 § 1; quod depositum sit D. (16, 3) 1 pr.; si quid in fraudem patroni factum sit D. 38, 5. Dagegen ein Prä-

Es bleibt also dabei: das Edict 'si quis id quod traditur . . . nondum usucaptum petet' ist in seiner hin und her taumelnden Unordnung der Tempora schlechterdings beispiellos¹⁾. Schwer begreiflich, wie es in das Edict gekommen sein sollte, noch unbegreiflicher, dass es darin geblieben wäre. Denn nachweisbar ist das Edict in der Kaiserzeit auch rein stilistisch überarbeitet worden (u. S. 244). Wer das 'traditur' also für echt erklären will, weil es doch nun einmal dasteht, der mache das grosse Fragezeichen daneben, was gewagte Hypothese bedeutet.

Auf diese Unmöglichkeit des 'traditur' stützt nun Lenel seine bekannte Vermuthung, das si quis id quod traditur sei entstanden aus mechanischer Interpolation eines ursprünglichen: si quis id quod mancipatur traditum, in: si quis id quod traditur traditum, wo dann das traditum gestrichen worden sei.

Hier erscheint gut beglaubigt die compilerische Streichung eines einst vorhandenen traditum. Dafür beruft sich Lenel auf Ulp. D. (6, 2) 3 § 1: ait practor: 'ex iusta causa petet'. qui igitur iustam causam traditionis habet, wonach Ulpian hier in der That ein 'traditum ex iusta causa petet' commentirt zu haben scheint.

Im übrigen ist Lenels Conjectur an sich durchaus möglich. Ebenso ist möglich das darauf errichtete Publicianaedict, so wie es Lenel jetzt in der Palingenesie annimmt. Darüber nachher bei dem 'qui bona fide emit'. Dort auch mancherlei Gründe gegen Lenel.

Hier nur ein Bedenken. Bei keinem uns erhaltenen Edict liegt der Verdacht einer annähernd ebeno gründlichen und

sens statt eines Futurum II (oder eines Perfectum) wird man im Edict gerade so vergeblich suchen wie in den XII Tafeln oder in den sonstigen Gesetzfragmenten bei Bruns.

¹⁾ Nur auf den ersten Blick erscheint verwandt Julian D. (21, 2) 39 § 1: si servus hominem emerit et duplam stipuletur deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit. Denn im Verhältniss zu emerit ist stipuletur richtig. Dagegen wäre in der That unlogisch und unserm traditur gleich die Folge: stipuletur vendiderit. Aber die liegt hier eben nicht vor, denn es steht 'deinde' dazwischen und das macht alles davor Stehende zum Vergangenen.

künstlichen Umarbeitung vor. Unpassende Edicte liessen die Compileren einfach fort. Warum sollten sie hier statt dessen so künstlich interpolirt haben?

Jedenfalls aber könnte Lenels Conjectur nur dann für einigermassen sicher gelten, wenn keine andere Erklärung des traditur sich böte. Eine solche bietet sich aber.

Wenig wahrscheinlich ist allerdings Huschkes Vermuthung (in der J. A. zu G. 4, 36), es liege eine nachjustinianische Verschreibung vor. Statt 'traditur ex iusta causa et' habe noch der Pandektentext gelautet 'traditum ex iusta causa est'¹⁾. Denn die hier vorausgesetzte doppelte Verschreibung ist unwahrscheinlich. Ferner klingt wenig edictal das nachhinkende est: id quod traditum ex iusta causa est. Endlich bliebe dabei unerklärt die wahrscheinliche Streichung des traditum D. (6, 2) 3 § 1.

Hier eine andere Möglichkeit.

Das Edict, in dem non a domino et interpolirt ist, lautete bei Ulpian ganz normal:

Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium dabo.

In einem in Noten geschriebenen Manuscript stand tradit'èr und das verlas der Schreiber der dem Compiler vorliegenden Ulpianhandschrift in traditur. Dann kann man hinzuvermuthen, der Compiler habe D. (6, 2) 3 § 1 von dem Stichwort 'traditum ex iusta causa petet' das traditum deshalb gestrichen, weil er es in seinem Text 'traditur ex iusta causa' nicht sah.

Für sicher soll diese Vermuthung natürlich nicht gegeben werden, denn jede Vermuthung hat die Wahrscheinlichkeit gegen sich: 'fallax . . opinio divinatrix' (Studemund). Aber

¹⁾ Hiergegen beruft man sich allgemein auf das übereinstimmende Zeugniß 'der Handschriften'. Aber im Zweifel haben wir doch nur eine Handschrift, nämlich die Florentina. Wie treu die Vulgathandschriften den florentinischen Text wiedergeben und zugleich wieviel Fehler dieser Text enthält, das zeigt ein Blick auf den Rand von Mommsens Pandekten zu D. 10, 1; 2 und 3, wo die unabhängigen Texte G. und N. eine Controlle der Florentina und der Vulgathandschriften gestatten. So könnte denn auch für unser Edict die Florentina ver-
schrieben und die Vulgathandschriften von ihr abgeschrieben sein.

sie ist durchaus möglich, und so zerstört sie Lenels bestes Argument für sein 'id quod mancipatur', die Frage nämlich: 'wie sollte das absurde traditur sonst entstanden sein'? —

Endlich das eigentliche Räthsel der Publicianarestitution: Ulp. Ed. 17 D. (6, 2) 7 § 11: Praetor ait: 'qui bona fide emit' ¹⁾).

Was ergibt zunächst rein äusserlich die Wortform über die Herkunft dieser Worte?

Bisher wurden sie meist einem Edictssatze zugeschrieben. Einem bona fide Kaufedict ²⁾ oder (von Schirmer) einem edictalen Uebergangssatz zwischen Edict und Formel ³⁾.

Dagegen aber jetzt Lenel in der Palingenesie (II, p. 512 n. 6): non possunt haec esse edicti verba: in edicto enim praetor aut 'emerit' dixisset aut 'emisse dicetur'.

Das ist in der That sehr berücksichtigenswerth. Jede Auffassung der Worte als edictal hat einen Wahrscheinlichkeitsgrund gegen sich. Mehr aber auch nicht. Lenels non possunt haec esse edicti verba ist zu absolut.

Zunächst besitzen wir Edicte mit dem Perfectum statt des normalen Futurum II ⁴⁾). Eine solche Ausnahme könnte auch unser emit sein ⁵⁾).

¹⁾ Sehr gewaltsam ist Pernices Verfahren gegenüber dem q. b. f. e.; er ist 'geneigt, die bedenklichen Worte als missverständliche Kürzung (?) Ulpian's oder der Compileren' wegzuerwerfen (Labeo II S. 161). —

²⁾ So z. B. Lenel in den Beiträgen und im Edictum; Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71. —

³⁾ Schirmer, Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 349. —

⁴⁾ D. (13, 5) 1 § 1: qui pecuniam debitam constituit (Paling. II, p. 577 n. 1).

D. (16, 3) 1 pr.: quod depositum sit (Paling. Ulp. 886).

D. 27, 5: de eo qui pro tutore negotia gessit (Paling. II, p. 1251 Nr. 126).

D. 38, 5: si quid in fraudem patroni factum sit (Paling. II, p. 1251 Nr. 151).

D. 42, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt (Paling. II, p. 1254 Nr. 268).

Und ganz entsprechend steht auch das Präsens statt des normalen Futurum I:

Probus Einsidl.: si quis manumissus . . moritur.

D. 14, 5: cum eo qui in aliena potestate est (Paling. II, p. 1250 Nr. 104).

D. (42, 1) 5 pr.: cuius de ea re iurisdictio est (Paling. Ulp. 1377).

Sonst bliebe behufs Unterbringung von *qui bona fide* emit in einem Edictssatz noch die Möglichkeit einer Veränderung aus *emerit* durch den seiner Gewohnheit nach aus dem Kopf citirenden Ulpian¹⁾ oder durch einen Schreiber vor oder bei der Compilation, oder auch nach ihr (o. S. 232 A. 1).

D. (42, 4) 5 § 2: *eos qui possident . . iubebo* (Paling. Ulp. 1388).

D. (47, 10) 7 pr.: *qui agit iniuriarum certum dicat* (Paling. Ulp. 1339).

(Lenel) *de iniuriis quae servis fiunt* (Paling. II, p. 1253 Nr. 194).

Natürlich könnten diese Citate von Ulpian oder von einem Abschreiber verdorben sein. Aber ganz dasselbe gilt eben auch von unserem 'qui emit'. — *) Auch neben dem oben als wahrscheinlich hingestellten: *si quis id quod traditum erit?* — Wenn dies unmöglich wäre, so würde daraus die Unrichtigkeit einer der beiden Annahmen folgen. Aber ist 'emit' neben 'traditum erit' in einem und demselben Edict wirklich undenkbar? Kaum. Denn das häufige Nebeneinanderstehen der directen Form und der mit *si dicetur* im selben Edicte ist doch kaum weniger incorrect.

¹⁾ Nachstehende falsche Edictscitate führt Ulpian durchweg mit einem 'ait praetor', 'verba praetoris', 'haec verba' wie echte ein. Wären wir nicht ganz zufällig in der Lage, sie mit dem Edict zu vergleichen, wir müssten und würden sie für wortgetreu halten:

1. D. (47, 10) 17 § 10 und § 18 (Lenel 1362—1365: *ipsi qui iniuriam acceperisse dicetur* [quod ait: qui iniuriam accepit] — die volle Analogie unseres emit!)
2. D. (43, 5) 1 pr. und § 10 (Lenel 1474—1475): *qua tabulas reliquisse dicetur* [reliquerit].
3. Von dem Retorsionsedict D. (2, 2) 1 § 1 citirt Ulpian D. (2, 2) 1 § 2 und fr. 3 § 5 den Satz *qui magistratum potestatemve habebit si quid in aliquem novi iuris statuerit* so: *quod statuerit qui iurisdictioni praeest*. Den Folgesatz giebt er einmal so an: *ipse . . eodem iure uti debet*, dann: *ut is eodem iure utatur*. — Vgl. dazu Lenel, Edictum S. 47; Paling. Ulp. 217—219.
4. D. (2, 4) 4 § 1 und 10 § 11 (Lenel 259. 263): *in ius sine [nisi] permissu meo ne quis vocet*.
5. D. (4, 3) 1 § 1 und 7 pr. (Lenel 383—385: *si alia actio non erit* [sit].
6. D. (43, 6) 1 pr. § 2 (Lenel 1482—1484): *in loco sacro facere . . . quid veto* [ne quid in l. s. fiat].
7. D. (43, 17) 1 pr. § 5 (Lenel 1536): *uti . . . nec vi, nec c. nec pr. alter ab altero possidetis* [perpetuo hoc interdicto insunt haec: quod n. v. n. c. n. pr. ab illo possides].
8. Von dem Cognitorendict D. (3, 2) 1, Lenel 277, citirt Ulpian

Wenn emit weniger gut in ein Edict passt als in eine Formel, so steht es gerade umgekehrt mit dem qui (bona fide emit). Das passt ins Edict, dagegen nur schlecht in eine Formel ¹⁾).

Aber hier bietet sich ausser den für emit dargelegten Möglichkeiten unabsichtlicher Entstellung, besonders durch ulpianisches aus dem Kopf Citiren, noch die eines Tribonianismus. Denn etwaige Spuren der Formelprovenienz mussten verwischt werden ²⁾. Da könnten denn die Compileratoren sehr wohl ein quem A^{us} A^{us} . . emit (vgl. G. 4, 36) in qui . . emit verwandelt haben. —

Der Wortform nach passt q. b. f. e. also besser in eine Formel als ins Edict. Aber nur etwas besser; die Edictszugehörigkeit ist auch durchaus möglich. Da müssen denn sachliche Gesichtspunkte entscheiden.

Zunächst der Wortsinn von 'qui bona fide emit'. In zwei Punkten steht dieser Satz wirklich oder scheinbar im Widerspruch mit dem allgemein auf traditio ex iusta causa abstellenden Edict (D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36. Er spricht nur von qui . . emit und nur von qui bona fide emit. Den ersten Widerspruch sucht Appleton neuestens ³⁾ durch die Annahme zu beseitigen, 'emit' stehe hier in seinem ursprünglichen Sinn für accipere. Aber das ist unmöglich.

Einmal war schon für Verrius Flaccus diese Bedeutung

ungenau fr. 2 § 2 und 6 § 5 (Lenel 278. 283) statt dimissus missus, statt damnatus condemnatus. Bedenklicher ist die Aeusserung fr. 2 § 5: ait praetor 'qui in scaenam prodierit infamis est'. Lenels Versicherung zu Ulp. 279: infamis est Trib. aut gloss. möchte ich nicht unterschreiben, denn so sicher er das infamia notatur D. (3, 2) 1 pr. als Interpolation nachgewiesen hat, ebenso sicher sind ähnliche Wendungen häufig echt und ulpianisch: D. (3, 2) 4 § 5, 6 §§ 1. 6, 7 und sonst passim daselbst.

Schluss: auf die Wortform von Ulpian's Edictscitaten ist sehr wenig Verlass, zumal bei den im Commentar als Schlagworte angeführten.

¹⁾ Carusi p. 66 conjicirt recht hübsch: Si A^{us} A^{us}, qui bona fide emit, hominem sibi traditum anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret. — ²⁾ Vgl. D. (9, 1) 1 § 11: eum qui für N^m N^m A^o A^o (Lenel, Edictum S. 155). — ³⁾ In dem schon erwähnten schriftlichen Nachtrag o. S. 214 A. 2.

des emere längst veraltet, vgl. Festus-Paulus unter *abemito*, *emere*, *redemptores*. So bezieht denn auch Gaius D. (6, 2) 8 und Ulpian D. (6, 2) 7 § 11 ssq. das fragliche *qui b. f. emit* nur auf den Kauf. Also hätte auch Julian es so auffassen und für 'empfangen' ein anderes Wort in das Edict setzen müssen.

Sodann: wenn *emit* hier *accepit* bedeutet hätte, dann natürlich auch in der Formel bei Gaius 4, 36: *emit et is ei traditus est*. Dieselbe hätte dann zweimal die Sachübergabe erwähnt, dagegen die *causa traditionis* gar nicht!

Der Gegensatz: Kauf — jede *iusta causa* hesteht also wirklich.

Dagegen ist gewiss nur scheinbar der fast ausnahmslos angenommene Gegensatz zwischen dem *bona fide emere* und der gleichmässig für Bonitarier und sog. *bona fide* Erwerber (*a non domino*) geltenden *Publiciana*. Dieser Gegensatz verschwindet, sobald man mit Brinz¹⁾ die *bona fides* objectiv nimmt, so dass sie auch den bonitarischen Erwerb umfasst.

So scheint noch Ulpian das Wort zu verstehen D. (6, 2) 7 § 11:

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

Also: *sufficit me b. f. emptorem fuisse quamvis non a domino emerim*. Da scheint Ulpian einen zweiten *b. f. emptor* vor Augen zu haben, der *a domino* erwarb.

Dieser Schluss wäre nun an sich bei Ulpians überrascher Schreibweise wenig sicher²⁾. Aber er erhält die erwünschte

¹⁾ Brinz zum Recht der *b. f. possessio* SS. 83. 86. 89. ff., 99 f. — Mit ihm einverstanden: Hartmann, Kr. Vjschr. XVIII S. 164; Bechmann, Kauf I S. 388. — ²⁾ Einen schlagenden Beweis dafür bietet der Schlusssatz unserer Stelle, wonach *dolus* des Verkäufers die *Publiciana* nicht ausschliesst. Hätte er dabei bewusst nur an Grundstücke gedacht, so würde er es gesagt haben, zumal angesichts der auf den *homo* abgestellten Musterformel, die er gerade erläuterte. Er wird also wohl in seinem Streben nach allseitiger Illustrirung des *qui bona fide emit* auch den Satz: '*licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi*

Bestätigung durch andere Umstände, insbesondere durch die von Brinz herangezogene Parallelstelle D. (48, 5) 28 (27) § 1 gleichfalls von Ulpian:

lex eum nominavit 'ad quem ea res pertinebit'. igitur bonae fidei emptorem quamvis ab eo emerit qui dominus non est, recte dicemus eum esse, ad quem ea res pertinet.

Die volle Bestätigung dieser beiden Stellen giebt D. (41, 4) 8 von Julian (Brinz S. 99):

Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturō pecuniam servos emit non usucapiet.

Die ganze Stelle, zumal das zweimal wiederholte servos emit zeigt, dass die Bonitarierusucapion in Frage steht. Von dieser sprechend behandelt also Julian, im Einklange mit den von ihm besprochenen älteren Juristen, als durchaus gleichbedeutend 'mala fide emptorem esse' und 'non usucapere' und 'bona fide emptorem esse' und 'usucapere'.

Dass der Bonitarier zur Usucapion bona fides brauche, darüber waren alle einig. Die Controverse drehte sich nur um den Inhalt dieser nöthigen bona fides. Nach den plerique, deren Ansicht Julian zum Siege brachte, lag diese bona fides schon objectiv in der Thatsache des Erwerbs vom Eigenthümer: quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?

Die Gegenansicht hatte auch für den Bonitarier eine specielle, rein moralische Redlichkeit gefordert.

Uns genügt, dass zu Julians und noch zu Ulpians Zeit der Ausdruck bona fide emptor keineswegs auf den Käufer a non domino beschränkt war, vielmehr, wenigstens im weiteren Sinne, auch den Bonitarier umfasste. Denn daraus er-

nocebit' rasch hingeworfen haben (schreibend oder wahrscheinlicher dictirend), ohne an den Elementarsatz zu denken, dass die dolo malo vom Nichteigenthümer verkaufte Sache furtiv wird und damit der Publiciana entzogen: J. (2, 6) 3; D. (6, 2) 9 § 5.

giebt sich a fortiori diese weitere Bedeutung für unser qui bona fide emit D. (6, 2) 7 § 11.

A fortiori, weil die fraglichen Worte (ob edictal oder formular) präsumtiv ein uranfänglicher Bestandtheil des Publicianaedictes sind. Denn da die Urpubliciana ganz gewiss auf Kauf ging¹⁾, so hat jeder auf Kauf gestellte Bestandtheil des Publicianaedicts, Formel wie Edict, die Vermuthung der Ursprünglichkeit für sich.

Damit aber auch die Vermuthung eines gewissen Alters. Zwar können wir von unserem Prätor Publicius nur soviel behaupten, dass es keiner der drei uns zufällig bekannten ist. Aber man darf ihn vermuthungsweise in das 2. Jahrhundert v. Chr. setzen²⁾. Damals also wird das qui bona fide emit geschrieben worden sein. Der Bonitarier sollte eben erst Klagschutz erhalten, er war noch nichts als ein durch exceptio rei venditae et traditae geschützter Usucapionsaspirant, ein vertrauensseliger Mann, der, statt durch die Rechtsform sich zu sichern, in Treu und Glauben formlos gekauft hatte. Er war ein bona fide emptor. Und da noch Julian und Ulpian ihn so nannten, so kann nicht nur, so muss Publicius 300 Jahre vorher ihn so genannt haben³⁾.

Da ist denn wohl in dieser von Brinz betonten Doppelbedeutung des bona fide emere der bestgesicherte Punkt für die ganze Publicianarestitution zu sehen. Ist er das aber

¹⁾ Positive Anhaltspunkte für diesen Glaubenssatz fehlen allerdings. Die auf Kauf abgestellte Formel bei G. 4, 36 (und D. (6, 2) 7 § 11?) beweist nicht gegen ein von Anfang an allgemeines Edict. Waren doch auch z. B. für die allgemeinen Injurienedicte die Formeln speciell, vgl. Lenel, Edictum §§ 190. 193; Wlassak, Edict und Klageform S. 78–79. Aber die allgemeine Entwicklung des römischen und zumal prätorischen Rechts von dem praktisch wichtigsten Einzelfall zur theoretischen Verallgemeinerung spricht entscheidend für eine auf Kauf abgestellte Urpubliciana. Ebenso spricht dafür die exceptio rei venditae et traditae, die vor allem für den Bonitarier berechnet und doch auf Kauf formulirt war. — ²⁾ Vgl. z. B. Pernice, Labeo II S. 158 A. 19. — ³⁾ Brinz a. a. O. S. 83: 'Vielleicht war auch das eine b. f., dass man im Vertrauen . . . von der Mancipation . . . Umgang nahm'. — Bechmann, Kauf I S. 388: 'dass auch in das bonitarische Verhältniss ein Moment der b. f., freilich in einem weiteren Sinne als den das klassische Recht mit dem Worte bei der Ersitzung verbindet, hereinwirkt'. —

wirklich, so sind die bisherigen Restitutionsversuche verfehlt. Denn sämtlich¹⁾ gehen sie aus von der justinianischen Bedeutung des *bona fide emere* = *a non domino emere*. Hier eine gedrängte Uebersicht über die hauptsächlichsten neueren Vermuthungen, unter Beiseitelassung von Brezzos die Bonitarierpubliciana ganz verwerfender Restitution (o. S. 226). Kürze halber wird mit diesen Autoren der Erwerb *a non domino* als *bona fide* Erwerb bezeichnet.

Das *ex omni iusta causa* Klage verheissende Edict bei Ulpian D. (6, 2) 1 pr. und bei G. 4, 36 ist mit dem *qui bona fide emit* D. (6, 2) 7 § 11 folgendermassen combinirt worden:

1. ein allgemeines Bonitarieredict mit Formel und ein *bona fide* Kaufedict mit Formel.

So Lenel in den Beiträgen und im Edictum. Anscheinend damit einverstanden: Wlassak und Schulin²⁾.

Dies System ist zu verwerfen.

Allerdings ist Lenels eigener Gegengrund in der Palinogenesie: *qui bona fide emit* weise auf eine Formel hin, im Edict hätte es *emerit* oder *emisse dicetur* heissen müssen, oben (S. 233 ff.) als nicht entscheidend befunden worden.

Dagegen schlagen durch Appletons Gründe gegen eine noch bei Julian auf Kauf beschränkte *bona fide Publiciana*. Vor allem Appletons (Nr. 27) Berufung auf Ulp. (Lenel 574) D. (6, 2) 11 § 3: *Interdum tamen licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore quo experiar furtivam matrem ignorem.*

Hier gewährt also Julian dem *bona fide* Beschenkten die *Publiciana*. Und zwar ohne weiteres, denn die Verwunderungsausdrücke: *interdum, licet, si modo*, gehen — soweit sie echt sind — offenbar nicht auf den Fall der Schenkung als solchen, sondern auf die hier vorliegenden Complicationen: Schenkung

¹⁾ Bis auf Brinz a. a. O. S. 101, dessen Restitution aber in der Form unhaltbar ist: *si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* —

²⁾ Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14. Schulin, Römische Rechtsgeschichte § 71.

einer gestohlenen Sache und Publiciana wegen ihrer Erzeugnisse.

Und zwar schrieb Julian diese Erörterung nicht, wie Appleton sagt, wenige Jahre später als die Edictsredaction, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach schon einige Jahre früher. Denn sie wird aus demselben 7. Buch Julians sein, was Ulpian D. (6, 2) 7 § 17 citirt. Dies aber schrieb Julian gewiss einige Jahre vor der Edictsredaction (131 n. Chr.: Hieronymus), da Buch 6 auf Grund von D. (5, 3) 20 § 6 vor 129 gesetzt werden muss¹⁾.

Also bestand schon vor der Edictsredaction die von G. 4, 36 — und beiläufig schon vor ihm von African D. (9, 4) 28 — bezeugte Praxis, wonach jeder bona fide Erwerber die Publiciana erhielt. Da erscheint unannehmbar, dass Julian bei seiner Edictsredaction die Beschränkung der b. f. Publiciana auf Kauf beibehalten hätte²⁾.

Weitere schwere Bedenken gegen Lenels frühere Annahme zweier Publicianaedictes entspringen den beiden Voraussetzungen dieser Annahme. Einmal ist überaus gewagt die Conjectur, auf der sein Bonitarierdict beruht: 'si quis id quod traditur . . non a domino' sei tribonianisch für: si quis id quod mancipatur traditum . . . a domino (s. o. S. 228 ff.), sodann ist, wie eben gezeigt, kaum annehmbar die Voraussetzung, auf der die Annahme des zweiten Edictes beruht, dass nämlich qui bona fide emit den Erwerber a non domino bedeute und den Bonitarier ausschliesse.

Diese beiden letzten Bedenken sprechen nun ganz ebenso auch gegen Lenels neue Hypothese, welche mit D. (6, 2) 11 § 3 im Frieden ist, nämlich:

2. ein Bonitarierdict mit Bonitarierformel (die bei G. 4, 36?) und dazu eine bona fide Kaufformel³⁾.

¹⁾ Fitting, Juristenschriften S. 5—7. — ²⁾ Allerdings hätte er bei Verallgemeinerung der b. f. Publiciana die zwei Edicte durch eins ersetzen müssen, und das war für römische Begriffe nichts Kleines. Auch hat Julian keineswegs jede von ihm gebilligte Praxis ins Edict aufgenommen, z. B. D. (39, 2) 7 § 2 und 9 pr. Aber trotz alledem, dieser Widerspruch zwischen prätorischer Satzung und prätorischer Uebung wäre zu stark gewesen, als dass ihn Julian vernünftiger Weise hätte bestehen lassen können. — ³⁾ Lenel, Palingenesie II p. 511 n. 1; p. 512 n. 3 ss.; p. 1264 corrigenda zu p. 512 (s. o. S. 226 A. 1).

Die angegebenen beiden Bedenken reichen zur Verwerfung dieses neuen Systems hin. Aber auch sonst spricht mehreres dagegen. Insbesondere ¹⁾, dass danach für die wichtige Publiciana für Erwerb a non domino noch bei Julian kein Edict gestanden hätte, sondern nur eine Formel. Lenel, Palingenesie II, p. 512 n. 3 suchte diesen Einwand durch die Vermuthung zu pariren, die b. f. Formel sei älter gewesen als das Bonitariedict. Aber in den Corrigenden II, p. 1264 nimmt er diese Vermuthung zurück. In der That ist ja auch die umgekehrte Entwicklung der Publiciana wahrscheinlicher: den formlosen Erwerb wollte Publicius schützen und erst folgeweise schützte er den Erwerb a non domino.

3. ein allgemeines Bonitariedict nebst ebenso allgemeinem bona fide Edict und zu beidem die Formel bei G. 4, 36.

So neuestens²⁾ Appleton. Aber diese Annahme beruht auf der unmöglichen Uebersetzung von 'emit' durch 'empfang' (o. S. 235) und ist daher schon desswegen zu verwerfen.

4. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa, nämlich das Edict D. (6, 2)

1 pr. ohne non a domino. Dazu zwei Formeln, nämlich die bei G. 4, 36 für den Bonitarier und eine zweite mit qui bona fide emit (o. S. 235 A. 1) für den Erwerber a non domino. So Carusi S. 65 f., aber sein Ausgangspunkt Erwerb bona fide = Erwerb a non domino erscheint verfehlt.

5. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa. Dazu als einzige die Formel bei G. 4, 36. Beides verbunden durch einen Ueber-

¹⁾ Eine auffallende Folge von Lenels System ist auch, dass danach noch bei Julian die Publiciana edictal auf res Mancipi beschränkt gewesen wäre. Denn neben dem auf id quod Mancipatur ausdrücklich abgestellten Edict hätte für den Erwerb a non domino eine Formel gestanden, die nach G. 4, 36 und nach Edictssitte ebenfalls eine res Mancipi zum beispielsweise Gegenstand gehabt hätte. Praktisch wäre natürlich die b. f. Publiciana a fortiori auch für res nec Mancipi gewährt worden. Aber dass Julian diese Verallgemeinerung nicht auch edictal zum Ausdruck gebracht hätte, das passt wenig zu dem theoretischen Verallgemeinerungsdrang der Kaiserjuristen. — ²⁾ In dem S. 214 A. 2 erwähnten schriftlichen Nachtrag.

gangssatz, wie: *ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo.*

So Schirmer und nach ihm Appleton in seinem Buch ¹⁾). Hier erscheint nur die Auffassung von *bona fide* = *a non domino* verwerflich. Die Idee selbst ist, wie sofort zu zeigen, durchaus nicht unannehmbar.

Zum Schluss ein eigener Restitutionsversuch.

Die eben besichtigte Kartenhäuser-Trümmerstätte ist nicht ermutigend für solche Neubauversuche. Sie bestätigt zu sehr Studemunds: *'fallax opinio divinatrix'*.

So wird denn von vornherein auf ein irgendwie sicheres Ergebniss verzichtet und weiter nichts beabsichtigt als klarzustellen, was hinsichtlich des julianischen *Publicianaedicts* als möglich, wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich anzunehmen ist.

Sehr wahrscheinlich und daher der Ausgangspunkt aller weiteren Vermuthungen ist, dass *qui bona fide emit* auf *Publicius* zurückgeht, und dass für *Publicius* '*bona fide emptor*' jeder *usucapionsbedürftige* und *usucapionsfähige* Käufer war.

Der Satz '*qui bona fide emit*' gehört also zu einer *Doppelpubliciana*, die den *Bonitarier* und den Käufer *non a domino* gleichmässig schützte.

Zu einer solchen *Doppelpubliciana* passt nun durchaus auch unser zweites Zeugniß: der *Edictsbericht* und die Formel bei G. 4, 36.

Ebenso passt dazu das *Edict D. (6, 2) 1 pr.*

Denn so unhaltbar Brezzos Behauptung ist, das '*non a*

¹⁾ Schirmer, *Krit. Vierteljahrsschrift* XVIII S. 349 ff. Er nimmt als *Edict D. (6, 2) 1 pr.* an mit Fortlassung von *non a domino*. Appleton Nr. 44, durch Lenel von der Unmöglichkeit des '*id quod traditur ex iusta causa*' überzeugt, und gegen Lenel von der Unmöglichkeit zweier *Edicte*, hatte folgendes *Edict* conjicirt, was er seitdem selbst aufgegeben hat:

Si quis id quod traditur vel mancipatur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Noch unmöglicher erscheint Bonfantes Conjectur (*Riv. p. l. scienc. giur.* 1890 p. 97), die er selbst '*non troppo felice*' nennt: *Si quis id quod mancipatur ex iusta causa traditum sibi, sive is qui bona fide emit id quod vel mancipatur vel traditur ex ea causa traditum sibi et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

domino' sei echt und bewaise den Ausschluss des Bonitarius, ebenso unhaltbar ist Lenels Versuch, aus dem 'non a domino' (Trib. für 'a domino') und dem 'id quod traditur' (Trib. für 'id quod mancipatur traditum') ein Bonitariedict zu erschliessen. 'Non a domino' kann ganz und gar interpolirt sein und 'traditur' kann z. B. in der oben dargelegten Weise aus 'traditum erit' (tradit' èr) entstanden sein. Es zwingt, ja sogar es berechtigt uns also schlechterdings nichts, das Edict D (6, 2) 1 pr. auf den bonitarischen Erwerb a domino zu beschränken¹⁾.

So kann denn die sachlich allein interessante Frage der Edictsrestitution, die Frage nämlich, ob eine oder zwei Publicianen, als gelöst angesehen werden und zwar als gelöst im Sinne der Einheit²⁾. Die Quellen und die allgemeinen Erwägungen (eine Usucapion, also eine Publiciana!) sprechen in vielem dafür und in nichts dagegen³⁾.

Was bleibt, ist eine blosse Wortfrage: wie lässt sich das 'qui bona fide emit' am besten mit dem Edict D. (6, 2) 1 pr. in Verbindung denken unter Berücksichtigung des Edictsberichts und zumal der Formel bei G. 4, 36.

Da das Edict nach D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36 auf Erwerb 'ex omni iusta causa' ging, so muss die Beschränkung unseres 'qui bona fide emit' auf Kauf mit der gleichen Beschränkung der edictalen Musterformel zusammenhängen. Und zwar bieten sich zwei Möglichkeiten, von denen wir vielleicht die eine als die wahrscheinlichere bezeichnen können, dagegen keine als schlechtweg unwahrscheinlich.

Nämlich 'qui bona fide emit' gehört entweder der Formel selbst an und ist bei G. 4, 36 irgendwie ausgefallen, oder es stammt aus einem Uebergangssatz von dem Edict D. (6, 2) 1 pr. — ohne non a domino — zu der Formel bei G. 4, 36.

Zuerst diese letztere, Schirmersche Idee.

¹⁾ Durchaus unanstössig ist in dem Edict (D. 6, 2) 1 pr. die abstracte Unbestimmtheit des Objects (id quod) und das Fehlen des Dativs bei traditum. Beides entspricht dem Edictsstil. — ²⁾ Auch Bonfante (Rivista p. l. sc. giur. 1890 p. 96) erblickt einen progresso felice Appletons gegenüber Lenel in der von ersterem vertretenen Einheit von Edict und Formel. — ³⁾ Ueber und gegen Lenels Behauptung, für den Bonitarius habe die b. f. Publiciana nicht genügt, später.

Sprachlich ist sie möglich, denn trotz Lenel kann 'qui bona fide emit' ein edictaler Satz sein (o. S. 233).

Sachlich hat man allgemein die Unerhörtheit solcher Uebergangssätze zwischen Edict und Formel geltend gemacht¹⁾.

Da uns kein einziges Edict mit Formel erhalten ist, wissen wir ja allerdings gar nichts von der Art ihrer Verbindung; aber 'ich weiss nicht, dass' und 'ich weiss, dass nicht' sind eben zweierlei. Im übrigen zeigt das Wenige, was wir von der formellen Einrichtung des Albums erfahren, dass von Einförmigkeit der Anordnung keine Rede war. Es genügt der Hinweis auf die wichtige Pfandklage, die als blosser Anhang der Serviana auftrat, die ihrerseits wieder ein Anhang war des auf der Anhangstafel der Interdicte figurirenden Salvianum.

Insbesondere aber scheinen die Einleitungen und Uebergänge in den älteren Edicten sehr bunt gewesen zu sein, und gerade hier die Kaiserprätoren, zumal Julian, im Sinne ihrer alexandrinischen Zeit auf Glätte und schematische Correctheit hingearbeitet zu haben.

Die drei uns erhaltenen älteren Edicte zeigen nämlich sämtlich eine lebendigere, naivere Fassung als die julianischen in den Pandekten. So das 'Uti possidetis' bei Festus mit seiner energisch unverbundenen Nebeneinanderstellung der Entscheidung und des Gewaltverbots. So vor allem die beiden Edicte bei Gellius.

Das Aedilenedict bei Gellius 4, 2:

Titulus (servorum) singulorum utei scriptus sit curato
ita utei intellegi recte possit quid morbi vitiive etc.

Diese anschauliche, aus dem Leben gegriffene Einleitung fehlt D. (21, 1) 1 pr.

Ferner Gellius 11, 17:

Qui flumina retanda publice redempta habent, si quis
eorum ad me eductus fuerit qui dicatur etc.

Eine naive, lebendige Einleitung, offenbar der Vorläufer des späteren, langweilig correcten: 'si dicetur'²⁾.

¹⁾ Lenel in einem Brief an Appleton (I, p. 88). Wlassak, Edict und Klageform S. 79, Carusi, l'az. Publ. p. 68, Ferrini und Bonfante (p. 97) in den o. S. 213 A. 1 angeführten Kritiken. — ²⁾ Und daher

Bei dem römischen Schematismus war dies Edict aber ganz sicher nicht das einzige mit 'si ad me eductus fuerit qui dicatur'. Die anderen müssen eben sämtlich von den Kaiserprätores, zumal von Julian modernisirt worden sein.

Und so werden wir uns denn überhaupt das ältere Album gerade im Punkte der Einleitungen recht bunt und mannigfaltig zu denken haben.

Vorausgesetzt also (was keineswegs bewiesen ist), dass Uebergangsworte vom Edict zur Formel, wie 'iudicium huiusmodi dabo', nicht allenthalben üblich waren, so könnten sie doch bei einzelnen Edicten sich gefunden haben und so speciell beim publicianischen. Und hier könnte Julian den Uebergangssatz beibehalten haben.

Ein doppelter Anlass liesse sich für Schirmers Zwischensatz 'ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo' denken. Einmal die starke Abweichung zwischen dem Edict D. (6, 2) 1 pr. mit jeder iusta causa und der Formel G. 4, 36 mit dem blossen Kauf.

Sodann und vor allem, dass wahrscheinlich dem allgemeinen Edict D. (6, 2) 1 pr. ein anderes speciell auf usucapionsfähigen Kauf (bona fide emptio) gehendes Edict vorherging, das Edict des Publicius (o. S. 238 A. 1). Von einem älteren Edict einen Rest festzuhalten in irgend welcher Form, z. B. als Formel-einleitung, das entsprach dem römischen Conservatismus.

Schirmers Uebergangssatz ist also durchaus möglich. Für ihn spricht, dass die Formel G. 4, 36 dabei unverändert bleiben kann, während sonst ein bona fide als darin ausgelassen angenommen werden muss.

Dahingegen spricht mehr für die Formelzugehörigkeit des bona fide emit Ulpians Commentar dazu D. (6, 2) 7 §§ 11 ff. Wendungen, wie: Publiciana 'bonam fidem solius emptoris continet' oder 'tempus emptionis continet' sind allerdings auch bei einer dem b. f. emptor nur versprochenen Klage denkbar, deren Formel die bona fides nicht enthielt. Aber besser passen sie entschieden zu einer in der Formel selbst auf bona fide emptio abgestellten Klage.

mit Unrecht mit diesem identificirt von Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I S. 467 A. 4 bei seiner Polemik gegen Dernburgs Alterskriterien.

Also: der Uebergangssatz (in Schirmers oder irgend einer anderen Form) ist möglich. Aber wahrscheinlicher ist die Formelzugehörigkeit des *(qui) bona fide emit*¹⁾.

¹⁾ Als Edictsbestandtheil aufgefasst, würde *'qui b. f. emit'* ein *'ei qui b. f. emit . . . dabo'* fordern. Was wäre da zu *dabo* hinzuzudenken? Schirmer und Appleton (Nr. 44) vermuthen: *ei formulam dabo*, Lenel (Beitr., Edict.): *ei iudicium dabo*. Ersteres ist wahrscheinlicher, denn *iudicium dare alicui* scheint dem correcten Edictsstil fremd zu sein. Bei dem Interesse, das sich seit Wlassaks folgenschwerer Entdeckung an *iudicium* = *formula* knüpft, sei es gestattet, diese Behauptung hier zu begründen, obwohl sie für die Publicianarestitution durchaus gleichgiltig ist. Die Edictsreste bei Bruns-Lenel zeigen *iudicium dare* 45 Mal, und nur 2 Mal wird daneben der Kläger (im Dativ) erwähnt, nämlich:

D. (47, 10) 17 § 10: Si ei qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur, et neque is cuius in potestate est, praesens erit, neque procurator . . . existat . . . causa cognita ipsi qui iniuriam accepisse dicetur *iudicium dabo*.

D. (21, 1) 1 § 1: quodsi mancipium adversus ea venisset . . . emptori omnibusque, ad quos ea res pertinet, *iudicium dabinus* ut id mancipium redhibeatur.

Liegt in diesen beiden Stellen die correcte Edictssprache vor, d. h. die ältere, republicanische? Kaum, da beide etwa kaiserzeitlich zu sein scheinen. Die erste wegen des doppelten *'si dicetur'* und noch mehr, weil sie in der Klagbefugniss der Haussöhne eine kaiserzeitliche Lockerung der väterlichen Gewalt zeigt. In der zweiten Stelle aber wird der emptor als Empfänger der Klage offenbar nur deshalb erwähnt, um das Klagversprechen für seine Rechtsnachfolger daran knüpfen zu können. Es scheint nun aber, dass diese Erwähnung der Rechtsnachfolger erst allmählich in das Edict eindrang, da sie noch in Julians Redaction meistens fehlt. Es kann also in dem *'alicui' iudicium dare* beider Stellen ein freierer Sprachgebrauch der Kaiserzeit vorliegen. Und dass er wirklich vorliegt, dafür spricht zunächst, dass 43 Mal im Edict neben *iudicium dare* die Erwähnung des Klägers fehlt, nämlich:

D. (3, 5) 3 pr.; D. (3, 6) 1 pr., dazu Bruns-Lenel S. 192; D. (4, 3) 1 § 1; D. (4, 5) 2 § 1; D. (4, 9) 1 pr.; D. (6, 2) 1 pr.; D. (9, 3) 1 pr.; 5 § 6; D. (9, 4) 21 § 2; D. (11, 3) 1 pr.; D. (11, 5) 1 pr.; D. (11, 7) 12 § 2; D. (13, 6) 1 pr.; D. (14, 1) 1 § 19; D. (15, 2) 1 pr.; D. (16, 3) 1 § 1; D. (21, 1) 1 § 1; 38; 42; D. (27, 6) 7 pr.; D. (39, 2) 4 § 7; 7 pr.; D. (39, 4) 1 pr.; 12 § 1; D. (42, 5) 9 pr.; D. (43, 4) 1 pr.; D. (43, 16) 1 pr.; D. (47, 8) 2 pr.; 4 pr.; D. (47, 9) 1 pr.; D. (47, 10) 15 §§ 2. 34.

Sodann sprechen für eine absichtliche Vermeidung von *'alicui iudicium dare'* die folgenden Stellen, die den Kläger beim Klagversprechen ausdrücklich nennen, aber das *iudicium dare* stets anderweitig umschreiben:

Dafür der Commentar D. (6, 2) 11 § 7 ff. Dafür ferner die Form 'emit', die in ein Edict nur allenfalls, in eine Formel dagegen ohne weiteres passt.

- D. (3, 3) 33 § 3: cuius nomine actionem dari sibi postulabit.
 D. (25, 4) 1 § 10: quas actiones me daturum polliceor his
 ... eas .. ei non dabo.
 D. (42, 8) 1 pr.: ei cui actionem dare oportebit ... actionem dabo.
 D. (42, 8) 10 pr.: si eo nomine ... actio ei ex edicto meo competere esseve oportet.
 D. (47, 12) 3 pr.: in eum in factum iudicium dabo ut ei ad quem pertineat ... condemnetur ... quicumque agere volet ei ... actionem dabo ... si plures agere volent ... ei agendi potestatem faciam ... si quis habita- verit ... in eum ... iudicium dabo.

Die letzte Stelle ist besonders charakteristisch. Die Klagverheissung erfolgt zweimal mit iudicium dabo, aber wenn der Kläger genannt werden soll, so geschieht es dreimal mit anderweiten Umschreibungen. Hiernach liegt in dem Fehlen des Klägers neben iudicium dare mehr vor, als das allgemeine prätorische Streben nach Kürze, was allerdings auch gerade in Weglassung von Dativen sich äusserte. Denn in diesen Stellen wird der Kläger ja 7 Mal genannt, aber es tritt für iudicium dare ein anderer Ausdruck ein. Dafür muss denn der Grund in dem Worte selbst liegen. Es muss also in iudicium = formula, wenigstens für den correcten prätorischen Sprachgebrauch, der Sinn des für beide gegebenen unparteiischen Gerichts zu sehr nachgewirkt haben, um es schlechtweg dem Kläger als persönliche Befugniß zuzuschreiben. Iudicium dare in aliquem sagte man allerdings, dagegen für iudicium dare alicui trat actionem (und natürlich auch formulam) dare alicui ein. Entsprechend scheinen auch noch die Pandektenjuristen iudicium für Klagbefugniß zu vermeiden, wenigstens fehlt es in den Büchern D. 2. 3. 4. Interessant ist, als anscheinend absichtliche Vermeidung, Paulus D. (3, 5) 46 (47) pr.: actio n. g. illi datur cuius interest hoc iudicio experiri. Von den Gesetzfragmenten steht mit dem behaupteten Sprachgebrauch nicht im Widerspruch lex Rubria c. 23: 'inter eos qui de familia erceiscunda deividunda iudicium sibi darei ... postu- laverint', denn hier ist iudicium nicht = einseitige Klagbefugniß. Noch auch lex Urson. 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132: eiusque pecuniae cui ... volet recipatorio iudicio apud duumvirum ... actio petitio persecutio esto. Dagegen scheint in der That iudicium = Klagbefug- niß (nämlich iudicium iudicemve dare alicui) vorzukommen lex agraria l. 30. Das wird aber nur eine Annahme sein und behauptet werden dürfen, dass im correcten Sprachgebrauch iudicium nicht die Klag- befugniß bedeutete, insbesondere also für alicui iudicium dare regel- mässig alicui actionem (oder formulam) dare eintrat. — Dies zur Er-

Gegen die Formelzugehörigkeit spricht das Fehlen des 'bona fide' in der Formel bei G. 4, 36. Wie weit geht die Genauigkeit des Gaius und zwar unseres, veronesischen Gaius in Wort- und Formelfragen? Mehrere Auslassungen zeigt unser § 36, insbesondere Auslassung des *ex iure Quiritium* in der Formel. Dieselbe Auslassung bekanntlich G. 4, 92. *Ex fide bona* fehlt G. 4, 60 und 131^a, wobei dahingestellt bleiben muss, ob durch Schuld des Schreibers oder des Gaius selbst. Dass Gaius manchmal absichtlich die Formeln kürzte, zeigt die Weglassung der *exceptio vitiosae possessionis* im *Uti possidetis* und *Utrubi*. Aber hier weist er selbst darauf hin (*summa conceptio . . haec est* G. 4, 160). Dagegen giebt er ohne Warnung G. 4, 59 die unmögliche *demonstratio* 'quod ego de te emi'.

Da könnte denn auch in unserer Formel ein *bona fide* vom Schreiber oder von Gaius selbst ¹⁾ weggelassen worden sein.

Sachlich erscheint das *bona fide* für die gajanische Formel recht überflüssig, da schon die *Usucapionsfiction* den *mala fide* Käufer ausschloss. Aber *superflua non nocent*. Und gerade diese Ueberflüssigkeit konnte Gaius zur Weglassung veranlassen.

Und noch mehr ein anderes: die altmodische Doppelbedeutung, in der *Publicius* das Wort 'bona fide emptio' gebraucht und in der *Julian* es beibehalten hatte. Für Gaius und seine Institutionisten war *bona fide emptor* nur der *emptor a non domino* (G. 2, 43). Da lag es nahe, das *bona fide* wegzulassen, damit sie die *Publiciana* als auch für den *Bonitarier* gültig erkannten.

gänzung von Wlassak, *Processges.* I S. 77; *Litiscont.* S. 28, und zugleich zur Rechtfertigung der obigen Behauptung, dass, wenn unser *q. b. f. e. edictal* ist, ein 'ei formulam dabo' hinzuzuvermuthen wäre.

¹⁾ Aber ohne Warnung. Denn das 'veluti', womit er anscheinend die Formel einleitete, darf nicht, mit *Carusi*, l'az. *Publiciana* Note 61, als Hinweis auf die bloss auszugsweise Angabe der Formel aufgefasst werden. Denn dies 'veluti' geht mehr als vollkommen auf in der doppelt beispieleweisen Bedeutung der Formel bei G. 4, 36: Kauf statt *omnis iusta causa* und der *homo* mit *Jahresersitzung* gegenüber der auch für Grundstücke mit zweijähriger *Ersitzung* geltenden *Publiciana*.

Als wahrscheinlichste Restitution von Julians Publiciana-edict erscheint also:

Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium (huiusmodi) dabo:

Si quem hominem A^{us} A^{us} bona fide emit et is ei traditus est etc.

III.

Die Einheit der Publiciana.

Das im Vorigen geltend gemachte Hauptargument für die Einheit der Publiciana, nämlich der allgemeine den Bonitarier umfassende Sinn von 'qui bona fide emit' ist Appleton entgangen, da ihm Brinz' Buch unbekannt geblieben ist (o. S. 214 A. 3). Dagegen hat er für diese Einheit verschiedene gute Gründe beigebracht, die hier in Kürze dargelegt werden sollen, unter Vervollständigung und manchmal unter Berichtigung des Quellenbeweises.

Lenel hatte in den Beiträgen S. 49 ff. für seine Bonitrierpubliciana (si quem hominem a domino emit) geltend gemacht, sie habe dem Kläger einen ausgiebigeren Schutz gewährt, als die der exceptio dominii ausgesetzte bona fide Publiciana. Und ferner, sie habe ihm für den Sklavenerwerb die vortheilhaftere Behandlung als Bonitarier gesichert. Aber diese beiden Argumente widerlegt Appleton.

Hinsichtlich des Sklavenerwerbs macht er mit Recht geltend (Nr. 26), dass jeder Sieger in der Publiciana die volle Restitution ganz wie im Eigentumsprocess erhält: in Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus (Ulp. D. (6, 2) 7 § 8).

Ebenso zeigt er (Nr. 25), dass die bona fide Publiciana dem Bonitarier den ausgiebigsten Schutz gewährte, insbesondere gegen die exceptio dominii die replicatio rei venditae (donatae etc.) et traditae.

Vielleicht wird Lenel hiergegen geltend machen, die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae habe ursprünglich nur zwischen den Contractsparteien gegolten¹⁾. Indess

¹⁾ Lenel, Edictum S. 405, wo aus dem 'proderit' und 'nocebit' Hermogenians D. (21, 3) 3 geschlossen wird: 'der Uebergang der ex-

selbst wenn dies so gewesen sein sollte, hätte der Bonitarier den nöthigen Schutz gefunden in der ziemlich gut bezeugten Regel, dass der Prätor die *exceptio dominii* nur *causa cognita* ertheilte¹⁾).

ceptio auf die Successoren wird aus dem Musterformular wohl nicht zu erkennen gewesen sein; er dürfte auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen sein'.

¹⁾ Pap. D. (17, 1) 57: *cum exceptio dominii causa cognita detur*. Diese Stelle mit Savignys Auslegung, die später als allein möglich zu vertreten sein wird, ist allerdings das einzige Zeugniß für die *causae cognitio* bei der Eigenthumseinrede. — Was Appleton Nr. 211—213 sonst noch (nach Huschke) an Beweisen für diesen Satz beibringt, ist ohne überzeugende Kraft.

1) Gar nichts ist zu entnehmen aus der abgerissenen Bemerkung D. (6, 2) 16 Pap. X quaest. Paulus notat: *exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est* (vgl. z. B. *condicendi sunt* D. (12, 1) 4 § 1).

2) Kaum besser ist der Schluss aus dem angeblich wechselnden Wortlaut der *exceptio dominii* auf ihre *causa cognita* Natur.

Causae cognitio soll gleichbedeutend sein mit Nichtproponirung im Edict wegen G. 4, 118: *exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas alias causa cognita accommodat*.

Und der wechselnde Wortlaut unserer Einrede soll deren Nichtproponirung beweisen. Aber wechselt denn ihr Wortlaut wirklich und wird nicht vielmehr als stehender und daher möglicher Weise edictaler Wortlaut bezeugt:

si non (extra quam si) ea res N¹ N¹ est ex iure Quiritium, was durchaus in die Publicianaformel bei G. 4, 36 paßt.

Für *si non ea res N¹ N¹ est* sprechen: Neratius D. (6, 2) 17: *exceptio: 'si ea res possessoris non sit'*, Julian D. (44, 2) 24: *exceptionem: 'si non eius sit res'*, Ulpian D. (44, 4) 4 § 32: *adversus excipientem: 'si non suus esset'*. Dagegen führt man an African D. (9, 4) 28: *adversus excipientem: 'si dominus eius sit'*. Aber das ist offensichtlich eine blosse Inhaltsangabe. Seit wann wird formular der Eigenthümer als '*dominus*' bezeichnet? Seit wann beginnt ferner eine *exceptio* mit '*si*'? Wenn African die Exception so zurichtete, so kann er sie auch statt auf die Sache incorrecterweise auf den Eigenthümer als Subject abgestellt haben. Solche ungenauen Citate sind ja auch für zweifellos edictale Formeln häufig, z. B.:

G. 4, 59: *Quod ego de te hominem Erotem emi*.

Papinian D. (6, 2) 14: *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*.

Marcian D. (20, 4) 12 pr.: *exceptio . . . 'si non mihi antea pignori . . . sit res obligata'*.

Ja diese Regel selbst dürfte für die Einheit der Publiciana zeugen. Für eine bloss dem Nichteigenthümer zugedachte Publiciana erscheint dieselbe schwer erklärlich.

Vorbehalt der *causae cognitio* für die Eigenthumseinrede hätte hier den Prätor in den Verdacht gebracht, er bezwecke 'ut res domino auferatur', Neratius D. (6, 2) 17. Denn dass der Nichteigenthümer den Eigenthümer besiegen solle, war ein seltener Fall, dem mit der *replicatio rei venditae et traditae* hinreichend Rechnung getragen war. Anders wenn nur eine Publiciana bestand. Hier sollte eine ganze Classe von Eigenthümern, die bloss *quiritarischen*, der Publiciana immer unterliegen. Hier war daher eine dahingehende allgemeine Regel ebenso am Platz, als sie für jene seltenen Fälle des Sieges eines Nichteigenthümers unzweckmässig und unrömisch gewesen wäre:

ad ea potius debet aptari ius quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt (Celsus D. (1, 3) 5).

Aber der Bonitarius musste nicht bloss siegen, wenn der Verklagte als Eigenthümer auftrat, sondern a fortiori auch, wenn er bloss publicianischen Erwerb behauptete. Bei Lenels Formel: 'si quem hominem A^{us} A^{us} a domino emit' wäre er des Sieges sicher; ist ers auch bei der nach Appletons Vorgang hier angenommenen Ausrüstung mit der *bona fide Publiciana*?

Appleton bejaht es; gegen die Einrede publicianischen Besitzes sei dem Bonitarius und sonstigen gleichgestellten Publicianaklägern die Replik gestattet gewesen: *se a domino emisse*. Hiergegen ist aber von Brezzo Widerspruch erhoben worden¹⁾. Die Frage ist daher noch einmal genau zu prüfen, um so mehr, als sie direct präjudicirlich ist für die nach vieler Vorgang auch von Appleton aufgestellte Behauptung, in der Kaiserzeit habe der Eigenthümer mehr und mehr die Publiciana der Vindication vorgezogen. Denn diese Gewohnheit hätte sich jedenfalls nicht einbürgern können, wenn der Besitzer durch Erbitung einer publicianischen Exception, also durch die blosse Behauptung titulirten Erwerbs den Eigenthümer entwaffnet hätte und gezwungen, statt der Publiciana die Vindication zu postuliren.

¹⁾ Appleton Nr. 217 ff. — Brezzo, *Rei vind. ut. p.* 124 ff.; *Archivio* XLIII p. 285.

Es ist indess Appletons Behauptung einer Einrede publicianischen Besitzes mit Replik des Erwerbs a domino durchaus beizutreten.

Für die exceptio possessionis Publicianae spricht das von Ulpian für den Superficiar aufgestellte Princip:

dicendum est exceptione utendum in factum data, nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit D. (43, 18) 1 § 4.

Also: weil der Prätor dem Superficiar eine actio (in factum) verheißt, so hat derselbe auch eine exceptio in factum. Genau ebenso beim Pfandrecht, aus der actio in factum quasi Serviana folgte eine in factum redigirte exceptio pignoris (Marcian. D. (20, 4) 12 pr.)¹⁾.

Da kann und muss auch neben der actio Publiciana eine publicianische Exception gestanden haben²⁾, und zwar wird

¹⁾ Wie vollkommen die Juristen die exceptio und actio quasi Serviana auf eine Linie stellten, erhellt z. B. aus folgenden zwei Stellen:

1. Gaius D. (20, 4) 11 § 4: si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem cum per eum fiat ne pecunia solvatur. — Hat der zweite Gläubiger (gegen den ersten) die Pfandklage, d. h. versagt dem ersten gegen den zweiten die exceptio pignoris? fragt Gaius. Und er antwortet: ja, der erste hat keine Pfandklage mehr (statt 'keine Pfandeinrede').

1. Severus C. (8, 32 (33)) 1: Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit. — Die exceptio pignoris greift nicht durch, wird ausgedrückt durch intentio dati pignoris non tenebit. —

²⁾ Dafür auch der a fortiori Schluss von der exceptio dominii. Wenn der Prätor dem Eigenthümer zu Liebe nicht cognoscirte noch die Publiciana denegirte, sondern ihm einfach eine Exception gab, wird er um einen blossen publicianischen Besitzer nicht stets selbst cognoscirt haben. So mit Recht Appleton II p. 12. — Dagegen allerdings Brezzo (Archivio XLIII p. 285): der Prätor habe den publicianischen Besitzer nur und immer durch Klagdenegation geschützt. Aber seine Begründung ist unzureichend: la prova del dominio è ben più lunga e complicata che non quella di un acquisto di b. f., e . . . il confrontare la

Appleton Recht haben, wenn er sie nach dem Muster der Klage fictisch redigirt denkt:

nisi si eundem hominem N^{us} N^{us} anno possedisset tum si eum hominem eius ex iure Quiritium esse oporteret¹⁾.

Wie aber gegen die Publiciana actio die exceptio dominii Platz griff, genau so vermuthet Appleton mit Recht eine Replik des Erwerbs vom Eigenthümer gegen diese publicianische Einrede.

Die Ausdrucksweise der bekannten beiden Stellen über den Conflict zwischen zwei publicianischen Erwerbern bestätigt durchaus diese Annahmen Appletons.

D. (6, 2) 9 § 4 Ulpian Lenel 570:

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit (ὁ πρῶτος ἡγοραζώς), et Iulianus scripsit ut si quidem ab eodem non domino emerint potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.

Nach dem Schluss: melior causa sit possidentis quam

data dei titoli, fosse anche per esame sommario di testi, non pare che esorbiti dai limiti della praetoria causae cognitio. — Zugegeben selbst, dass der Prätor mit der blossen causae cognitio hätte durchkommen können, so würde doch die Analogie der Eigenthumseinrede, der exceptio pignoris und superficiei entscheidend für das Bestehen einer publicianischen Einrede sprechen.

¹⁾ Appleton I p. 58 n. 15, II p. 13. Dagegen Brezzo R. vind. ut. p. 125: es sei undenkbar, dass dieselbe Formel für Kläger und für Verklagten Eigenthum angenommen hätte. — Aber das lag ja auch in der Publiciana mit exceptio dominii vor. Intentio und exceptio standen eben in keinem inneren, logischen Zusammenhang. War die exceptio begründet, so war die Klage stets und ohne weitere Erörterung abzuweisen. Da kam denn der Geschworene gar nicht dazu, zu untersuchen, ob und wie intentio und exceptio sich inhaltlich mit einander vertrügen. Bei alledem bleibt Appletons doppelte Fiction natürlich auffallend und in unseren Quellen beispiellos. Aber für den Formularprocess sind 'unsere Quellen' eben durchaus unzulänglich. Und das soeben festgestellte Princip der gleichen Formulirung von actio und exceptio spricht für die Anwendung der gleichen Fiction auch für die publicianische Klage und Einrede.

petentis, handelt es sich um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern. Da ist denn die Frage: quis magis Publiciana uti possit? so zu verstehen wie unsere obigen Stellen über die exceptio pignoris, die von der actio und der intentio pignoris sprechen, wo sie die Pfandeinrede meinen (o. S. 252 A. 1). Genau so steht hier Publiciana gegen Publiciana, nämlich exceptio P. gegen actio P.

Potior sit cui priori res tradita sit erklärt sich durch die replicatio rei venditae et traditae gegen die exceptio Publiciana.

Bezeugt diese Stelle die publicianische Einrede, so tritt bei Neratius auch die Replik des Erwerbs vom Eigenthümer hervor.

D. (19, 1) 31 § 2 Nerat. Lenel 21:

Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio is ex nobis tuendus est qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Der Schlusssatz zeigt, wie Appleton Nr. 223 mit Recht betont, die beiden Prätendenten im Process mit einander.

Da fällt denn auch für den Anfang der Stelle die wenig natürliche Auslegung Savignys, wonach Neratius hier erörterte, welcher von zwei publicianischen Erwerbern gegen einen dritten Besitzer klagen könne¹⁾.

Ganz wie in der vorigen Stelle handelt es sich auch hier um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern, 'is tuendus est' heisst einfach, es muss ihm mit exceptio oder replicatio der Sieg verschafft werden²⁾.

¹⁾ Neratius' Entscheidung ist und bleibt also im Widerspruch mit der des Julian und Ulpian D. (6, 2) 9 § 4 und des Paulus D. (50, 17) 128 pr. (ad Publicianam Lenel 298): in pari causa possessor potior haberi debet. — Appleton II p. 24—25 formulirt die Streitfrage gut dahin, ob zwischen zwei titulirten Erwerbern, von denen keiner das Eigenthum seines auctor beweist, der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz entscheide, und II p. 336—340 zeigt er dieselbe Controverse als in der neuesten französischen Jurisprudenz anhängig: Aubry & Rau II § 219 Note 10 mit Julian, Ulpian und Paulus für den Besitz, der Arrestist bei Dalloz 66 I 5 Note mit Neratius für den älteren Titel. —

²⁾ Tueri bedeutet keineswegs immer einen ausserordentlichen, cog-

Im übrigen scheint Neratius in der ganzen Stelle an eine und dieselbe Klage zu denken, welche also den Käufer a non domino ganz ebenso beschützte wie den Käufer a domino (nämlich von bloss tradirten res Mancipi). Der letztere soll 'omnimodo' geschützt werden, also als Kläger wie als Beklagter. Da wird er denn wie als Beklagter exceptionsweise, so als Kläger replicirend auf die actio oder exceptio Publiciana haben antworten können, er habe vom Eigenthümer erworben.

Die Stelle bestätigt also Appletons Vermuthung über die Art, wie der Bonitarius in der b. f. Publiciana den ihm gebührenden absoluten Schutz fand.

Den Nachweis, dass die b. f. Publiciana für den Bonitarius ausreichte, verstärkt nun Appleton (Nr. 25) noch durch die Feststellung, dass Lenels Bonitarierpública praktisch sehr unzweckmässig gewesen wäre. In der That hätte dieselbe von dem Bonitarius a limine und jedem Besitzer gegenüber den Beweis des dominium auctoris gefordert. Das ist nicht wahrscheinlich. Allerdings übertreibt und verallgemeinert Appleton die Schrecken der diabolica probatio. Hier indess ist ihm Recht zu geben. Denn die Objecte, wegen deren hauptsächlich die Bonitarierpública stattfand: Grundstücke und Sklaven, waren zugleich die, für welche der Eigenthumsstreit am häufigsten und damit der Eigenthumsbeweis am

nitionsweisen Schutz. Hier einige Stellen, die es in der oben vorausgesetzten Weise für die Hülfe durch die gewöhnlichen Processmittel anwenden:

- D. (6, 2) 14 (Pap. bei Ulp.): ein Mandatar hat verkauft, emptorem tuebitur praetor sive possideat, sive petat rem ... exceptione .. 'Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.
- D. (10, 2) 44 § 1 (Paul.): si .. communi dividundo actum sit (imperio continenti iudicio) adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando.
- D. (8, 5) 16 (Iul.): bei Kauf des Tropfenfallsrechts: 'an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim?
- D. (41, 1) 41 (Ulp.): im Besitz der Statuen: tuendi cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.
- D. (20, 1) 18 (Paul.): bei Pfandbestellung eines Nichteigenthümers: sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam.

schwierigsten war. Gerade für Grundstücke und Sklaven suchte man nach Gaius, Ulpian und Diocletian¹⁾ diesen Beweis durch ein Interdict von sich ab und auf den Gegner zu überwälzen. Da wird denn auch die Publiciana gesucht haben, dem Bonitarier diesen Beweis ganz abzunehmen (wenn der Gegner mit der exceptio dominii antwortete) oder ihn doch wenigstens bis aufs äusserste hinauszuschieben (wenn der Gegner seine publicianische Einrede bewiesen hatte und nun der Bonitarier seine Replik des Erwerbs a domino beweisen musste). —

Die den Quellen am besten entsprechende Annahme einer einzigen Doppelpubliciana erscheint also auch nach processualischen und praktischen Rücksichten als die weitaus wahrscheinlichste.

IV.

Die Terminologie für die Inhaber der Publiciana.

Wie die Usucapion so galt auch die Publiciana für den materiell unvollkommenen Erwerb a non domino und für den bloss formell unvollkommenen Erwerb a domino²⁾. Im vorigen wurde behauptet, dass entsprechend der einen Usucapion auch eine einzige Publiciana für diese beiden Kategorien von Erwerbern galt und ebenso der Name bonae fidei emptor ihnen beiden gemeinsam war.

Hier soll nun festgestellt werden, was die Quellen über die Benennung der Publicianainhaber ergeben. Es handelt sich meist um negative Feststellungen, also bei der Beschaffenheit unserer Quellen um unsichere. Aber jedenfalls widersprechen dieselben, so wie sie sind, der Annahme von Brinz

¹⁾ Gaius 4, 150, 160; Ulpian D. (43, 17) 1 § 3; Diocletian C. (3, 32) 13: Ordinarii iuris est ut Mancipiorum orta quaestione prius exhibitis Mancipiis de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur. — ²⁾ Also für den Erwerb von res Mancipi durch blosser Tradition, für die prätorische Ueberweisung von Sachen (dem missus ex II^{do} decreto giebt wenigstens Paulus D. (39, 2) 18 § 15 die Publiciana) und — worauf Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71 dankenswerther Weise hinweist — für den Erwerb von einem prätorischen Erwerber. Insbesondere von einem bonorum possessor und bonorum emptor.

und Appleton¹⁾, dass noch die Pandektenjuristen die beiden Usucapionsaspiranten als wesentlich gleichartig, nach Appleton als prätorische Eigenthümer, aufgefasst hätten. Die Terminologie zeigt vielmehr eine fortschreitende Erkenntniss und Anerkennung ihrer materiellen Verschiedenheit.

Allerdings gab es für Ulpian und Paulus ein prätorisches Eigenthum (*dominium schlechtweg*), aber darunter fiel nur der praktisch unentreissbare Erwerb, nicht dagegen der *bona fide* Erwerb vom Nichteigenthümer.

Zunächst die Terminologie für den Erwerber *a domino*.

Dass er '*bonae fidei emptor*' genannt wurde noch bis zu Julian und Ulpian, zeigen die oben (S. 236 ff.) besprochenen Stellen: D. (41, 4) 8; D. (6, 2) 7 § 11; D. (48, 5) 28 (27) § 1, sowie vor allem der Passus über *bona fide emere* in Julians *Publicianaedict* (*Edict sensu lato*), wenn man denselben in der oben vertretenen Weise auffasst.

Ein *bonae fidei emptor* muss nun auch, scheint es, '*bonae fidei possessor*' genannt werden. Allerdings dürfte, wie oben vermuthet wurde, *bonae fidei emptio* für Publicius den Kauf auf Treu und Glauben bedeutet haben, die *bona fides* also vom Kauf prädicirt worden sein und nicht vom Käufer. Aber in der entwickelten Publiciana- und Usucapionslehre, und zumal im Munde Julians und Ulpian, ging der Ausdruck natürlich auf die Redlichkeit des Käufers: *quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit*, Jul. D. (41, 4) 8.

Da könnte man es denn nur für Zufall halten, wenn unsere fragmentarischen und hinsichtlich des Bonitarius interpolirten Quellen seine Bezeichnung als *bonae fidei possessor* nicht zeigen. Wahrscheinlicher ist aber, dass kein blosser Zufall vorliegt. Bei den späteren Classikern war in der That, wie sofort zu zeigen, der Erwerber *a domino* von dem *a non domino* schon so sehr differencirt, dass sie ihn kurzweg *dominus* nannten. Da vermieden sie denn wohl die Bezeichnung *bonae fidei possessor* für ihn, während durch das publicianische Edict die Doppelbedeutung des *bonae fidei emptor* sich etwas mehr im Gebrauch erhalten mochte.

¹⁾ Brinz z. R. d. b. f. p. S. 80, S. 138; Appleton Nr. 3—369 (oben S. 215).

Jedenfalls: unsere Quellen, die den Erwerber a domino dreimal bonae fidei emptor nennen, bezeichnen ihn kein einziges Mal als bonae fidei possessor.

Als Beweis für das Gegentheil wird vor allem ¹⁾ D. (11, 7) 14 § 1 angeführt von Brinz, unter voller Beistimmung Hartmanns, und unabhängig von ihnen von Appleton ²⁾.

D. (11, 7) 14 § 1 Ulpian Lenel 750:

Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit hoc pro debita pensione teneri.

Sed et si res legatae sint a testatore de cuius funere agitur nec sit unde funeretur, ad eas quoque manus mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari quam aliquos legata consequi. Sed si adita fuerit postea hereditas, res emptori auferenda non est, quia bonae fidei possessor est et dominium habet qui auctore iudice comparavit. Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnitas ab herede praestari: quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici.

Daraus entnommen:

D. (50, 17) 137: qui auctore iudice comparavit bonae fidei possessor est.

In dem als b. f. possessor bezeichneten Käufer sieht man

¹⁾ Ausserdem beruft sich Brinz z. R. d. b. f. p. S. 86 noch auf D. (22, 1) 45, Pomp. ad Q. Mucium: fructus percipiendo uxor . . . ex re donata suos facit illos . . . quos suis operibus adquisierit . . . : nam si pomum decerpserit . . . non fit eius, sicuti nec cuiuslibet b. f. possessoris; aus den letzten Worten ist in der That mit Brinz und Pernice (Labeo II S. 166 A. 49) zu schliessen, dass für Pomponius (und Q. Mucius) gewisse b. f. possessores alle Früchte erwarben, andere nur die erarbeiteten. Willkürlich ist es aber, wenn Brinz in den ersteren die Bonitarier sieht und in den quilibet die Erwerber a non domino. Da Schenkung unter Ehegatten vorliegt, das Paradigma des Erwerbs ohne causa (z. B. D. (41, 7) 5 pr.), so liegt es weit näher, mit Pernice den Gegensatz auf b. f. possessio mit und ohne iusta causa zu deuten. —

²⁾ Brinz z. R. d. b. f. p. S. 84 ff.; Hartmann, Krit. Vjschr. XVIII S. 163 f.; Appleton Nr. 4.

ganz allgemein einen prätorischen Erwerber a domino. Aber dabei wird die offenbar absichtliche Steigerung in der Stelle nicht beachtet: erst verpfändete Sachen, dann veräußerte, nämlich (per vindicationem) legirte. Nur von diesen spricht der Schluss der Stelle. Nur ihr Erwerber (anders Brinz) wird b. f. possessor genannt und zwar erst: si adita fuerit hereditas. Dann aber besitzt er in der That die namens der Erbschaft an ihn verkauften Sachen a non domino, denn vom Erbschaftsantritt an wirkt das Legat und gehören, nach beider Schulen Ansicht, die Sachen nicht mehr zur Erbschaft: G, 2, 195. 200. Hier konnte und musste also von wahrer b. f. possessio gesprochen werden, vgl. z. B.:

Marcian D. (34, 5) 15 (16): si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: . . si . . non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit.

Das 'et dominium habet' unserer Stelle ist also auf alle Fälle missverständlich. Wer es hinzufügte, war in demselben Irrthum wie die modernen Ausleger, dass ein nur formell mangelhafter Erwerb a domino vorliege. Da die Worte in der Parallelstelle fehlen, so darf ihre tribonianische Herkunft als sicher behauptet werden¹⁾. Denn schwerlich hätten die Compilatoren ein ulpianisches 'dominium habet' weggelassen, um eine regula iuris aus D. (11, 7) 14 § 1 zu machen. Viel eher hätten sie da den bonae fidei possessor gestrichen, der ja für sie unbedingt nur den Erwerber a non domino bedeutete. Denn dass man auctore iudice (praetore)²⁾ nur b. f. possessio erwarb, kam zwar oft genug vor, aber doch nur als Ausnahme. Als Regel war zu lehren: 'dominium habet qui auctore iudice comparavit'.

¹⁾ So auch Pernice, Labeo II, S. 189 A. 47 ('sicher'), Lenel, Paling. II, p. 565 N. 1. — ²⁾ Zu 'auctore iudice' statt 'praetore' bemerkt Pernice, Labeo II S. 189 A. 47: 'Eine Interpolation ist möglich'. Mir scheint: nein, da 'iudice' auch in der Parallelstelle vorkommt, während doch die Titel D. 50, 16 und 17, soweit zu sehen, durchweg aus den Originalwerken direct compilirt worden sind. Auch konnte Ulpian sehr wohl iudex für den Prätor sagen, da schon Gaius es that, 3, 125: si iussu iudicis satis accipiatur, wo doch vor allem an prätorische Satisfaktionen zu denken ist. Uebrigens begegnet dem Gaius unmittelbar vorher (G. 3, 121. 122) ein noch ärgerer Provincialismus: in Italia . . . in ceteris provinciis!

Ferner spricht für die Interpolation, dass nur bei Streichung des 'et dominium habet' Ulpian's Gedankengang verständlich wird: *res emptori auferenda non est quia bonae fidei possessor est, qui auctore iudice comparavit*, d. h. 'weil er ein solcher b. f. possessor ist, welcher (die fremde Sache) auf richterliche Autorität hin erwarb'. Zu Grunde liegt der Gedanke, der auch sonst öfter in den Pandekten anklingt, dass es doch eigentlich billig wäre, wenn der gutgläubige Käufer stets bei der Sache erhalten würde^{1 2)}.

In D. (11, 7) 14 § 1 ist der Ausdruck 'dominium' für den publicianisch geschützten Erwerb tribonianisch, ist er es da allenthalben³⁾?

Die Frage ist an sich von Interesse, wegen der Differenzierung zwischen dem Usucapionsbesitz *a domino* und *a non*

¹⁾ Vgl. z. B. Ulp. D. (4, 4) 13 § 1 i. f. *aequius esse . . succurri, etiam adversus ignorantem, quamvis b. f. emptor est*; Pomp. D. (16, 1) 32 § 1: *petitionem dandam ei . . et adversus b. f. emptorem*; Ulp. D. (44, 4) 4 § 31: *sufficit . . si . . b. f. emptor . . non patitur doli exceptionem ex persona auctoris*. — ²⁾ Wie ist übrigens der Schlusssatz von D. (11, 7) 14 § 1 zu verstehen: *legatarium tamen legato carere non oportet etc.*? Wer soll die Sache haben, wenn der Erbe zahlen kann: der Käufer? oder der Legatar? Brinz (a. a. O. S. 86) sagt: der Legatar. M. E. mit Recht. Denn *indemnitas praestari* kann Ulpian nur von dem Käufer sagen, da er betont, der Legatar wolle nur lucriren, der Käufer dagegen fürchte ein *damnum*. — Also bekommt, wenn der Erbe zahlen kann, der Käufer eine Summe Geld und muss die Sache herausgeben. Ein Beweis mehr dafür, dass er sie *a non domino* erwarb, also der *bonae fidei possessor* der gewöhnliche Erwerber *a non domino* ist und 'et dominium habet' eine missverständliche Interpolation. — ³⁾ Die in Frage kommenden Pandektenstellen sind meines Wissens folgende: D. (7, 1) 7 § 1; D. (9, 4) 26 § 6; D. (10, 3) 5; D. (11, 7) 14 § 1; D. (23, 5) 1 pr.; D. (37, 1) 1; D. (39, 2) 10; D. (39, 2) 15 §§ 16. 17. 33; D. (47, 2) 47; D. (50, 16) 49. In Lenel's Palingenesie wird ausser in D. (11, 7) 14 § 1 das *dominium* in keiner dieser Stellen für tribonianisch erklärt. Ebenso wenig von Burckhardt *cautio d. inf.* S. 556 ff. für die 7 Stellen, die dem *missus ex secundo decreto* 'dominium' zuschreiben. — Ausser Betracht bleiben einstweilen die Stellen über *dominium* des Käufers mit *addictio in diem*: Ulpian D. (18, 2) 4 § 3; Paulus D. (39, 3) 9 pr. Schulin und mit ihm Hölder und Appleton verstehen den Ausdruck von der dem Käufer zustehenden *Publiciana*. Ob mit Recht, das ist in dem zweiten Theil dieser Beiträge über 'die *Publiciana* nach Eigenthumsverlust' zu untersuchen.

domino, die die Bezeichnung des ersteren als dominium schon für die classischen Juristen bekunden würde. Besonders wichtig ist sie aber wegen der beiden (in der letzten Anmerkung citirten) Stellen, die den Käufer mit *addictio in diem* als dominus bezeichnen. Schulin-Appletons ganze Theorie über die Publiciana nach Eigenthumsverlust beruht auf der Voraussetzung, dass dominium in diesen Stellen die Publiciana (verstärkt durch die *replicatio rei venditae et traditae*) bedeutet. Diese ganze Theorie wäre also a limine zu verwerfen, wenn es feststände, dass die Pandektenjuristen mit dominium nur das Civileigenthum und nie das prätorische bezeichneten.

Dies hat nun Pernice in der That sehr energisch behauptet¹⁾. Für ihn spricht, dass die Interpolation ausser in D. (11, 7) 14 § 1 auch noch in D. (10, 3) 5 durchaus wahrscheinlich ist²⁾.

¹⁾ Labeo II S. 188—189. — S. 188 bemerkt er zu D. (9, 4) 26 § 6 *placuit domini adquisitione exstingui actionem*: 'Selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von *adquirere dominium* geschrieben haben'. Dann in der Anmerkung 45: 'Die Idee des doppelten Eigenthums ist überhaupt nur eine doctrinäre Abstraction mit dem Werthe eines Schulschemas Wie weit jene Abstraction über Gaius zurückgeht, wird sich nicht bestimmen lassen'. — Endlich Anm. 47 über D. (11, 7) 14 § 1: 'Sicher .. scheint mir, .. dass die im Fr. 137 fehlenden Worte *et dominium habet* eingeschoben sind. Sie beruhen auf derselben Erwägung, wie die Interpolationen im Titel *de damno infecto*, dass nach Aufhebung des *duplex dominium* die prätorische Zuweisung sofort volles Eigenthum verleihe. Wie sie da stehen, ergeben sie für das classische Recht so lange Unsinn, als nicht nachgewiesen ist, dass der sogenannte bonitarische Eigenthümer jemals dominus genannt wird'. —

²⁾ D. (10, 3) 4 § 4 Ulp.: *scribit Iulianus si missi in possessionem damni infecti simus et antequam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo iudicio consequi me non posse* — Fr. 5 (Iul.): *sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nancisceremur, respondit Proculus communi dividundo iudicio partem eius impensae me servaturum esse*. Gegen die Echtheit des '*et ex hoc dominium .. nancisceremur*' spricht, dass ohne diesen Zwischensatz Julians Erörterung sich glatter liest. Ferner das wenig classisch präzise *ex hoc*. Endlich das *nancisceremur* statt *nancti fuerimus* oder *sumus*. *Nancisceremur* wäre sprachlich richtig nur als Hinweis auf die noch unvollendete *Usucapion*. Aber wozu hätte Julian auf sie hinweisen sollen, vgl. D. (10, 3) 7 §§ 2. 9.

Aber in zahlreichen anderen Fällen ist *dominus* für den prätorischen Eigenthümer sicher oder höchst wahrscheinlich echt. Der Schluss, was zweimal interpolirt ist, ist es allenthalben, greift also hier nicht durch. Diese Interpolationen sollten eben nicht den Classikern eine byzantinische Terminologie unterschieben, sondern lediglich eine denselben schon geläufige Terminologie verallgemeinern. Am nächsten liegt es da, in den fraglichen Interpolationen in den Text aufgenommene vorjustinianische Glossen zu sehen. Dazu passt ihre Einschiebselform durchaus.

Vor Erörterung der Zeugnisse für *dominium* = prätorisches Eigenthum einige allgemeine Bemerkungen.

Mit der von Pernice geleugneten Ausdehnung des *dominus* über den Civileigenthümer steht es ganz anders als mit der Ausdehnung anderer Civilbegriffe, z. B. mit der Ausdehnung des *heres* über den Civilerben hinaus. *Dominus* ist 'der Herr' in der vollen Vieldeutigkeit dieses Wortes. Es genüge an 'dominus — cognitor' zu erinnern und an die Bezeichnung des Kridars in der prätorischen Concursordnung als *dominus* (vgl. Lenel, *Edictum* S. 340 A. 8). Da ist es denn von vornherein unwahrscheinlich, dass dies vieldeutige Wort, auf Eigenthumsverhältnisse angewandt, nur das quiritische Eigenthum bezeichnet hätte. Ohne *ex iure Quiritium* passte *dominus* und *dominium* für jede Sachherrschaft. So brauchte man es vom Provincialgrundeigenthum z. B. *Fragm. Vat.* 315. 316, was doch den Juristen nur *possessio et usus-fructus* war: *G.* 2, 7. Da denn gewiss auch von dem *missus ex secundo decreto* und von dem bonitarischen Erwerber italienischer Grundstücke.

Noch unvermeidlicher war die Bezeichnung als *dominus* für den prätorischen Eigenthümer von Sklaven. Wie die Sklaven selbst ihn ihren 'Herrn' nannten, so mussten es auch die Dritten thun, denn alle materiellen Herrschaftsbefugnisse: Jurisdiction, Vertretung gegen Klagen, Erwerb, Freilassung, hatte wenigstens in der Kaiserzeit der Bonitarier.

Im Leben wird man also zweifellos den Bonitarier, den *missus ex secundo decreto* und ihresgleichen als *dominus* bezeichnet haben. Die römische Rechtssprache stand aber der Sprache des Lebens bekanntlich weniger fern als die heutige.

Und jedenfalls war ein Anlass, der zur Herübernahme des landläufigen Ausdrucks *dominus* in die Rechtssprache führen musste. In zahlreichen Rechtsregeln und Rechtssatzungen nämlich war der materiell Herrschaftsberechtigte (mit oder ohne *ius Quiritium*) kurzweg als *dominus* bezeichnet, statt wie es pedantisch correct gewesen wäre als '*is cuius in bonis res est*' oder '*is ad quem ea res pertinet*'.

So in all jenen alttraditionellen Rechtsregeln, deren Formulierung vor dem Aufkommen des in *bonis* als berücksichtigungswerther Erscheinung lag: der Sklave erwirbt dem *dominus*: G. 3, 167; die Noxalklage geht unter *aquisitione dominii*: D. (9, 4) 26 § 6, 37; die *actio furti* geht bei *mutatio dominii* auf den neuen *dominus* über D. (47, 2) 47, 67 (66) § 1 u. s. w. So im S. C. Claudianum G. 1, 84, 160, Ulp. 11, 11; Paul. (2, 21^a) §§ 1. 10. 17. So durchgängig im Edict: D. (9, 3) 5 § 6; D. (39, 2) 7 pr.; D. (39, 4) 12 § 1; D. (47, 8) 2 pr.; D. (47, 10) 15 § 34.

Ganz besonders interessant ist die *lex Iunia Norbana*. Hier erhellte nämlich die Subsumtion des Bonitarius unter den *dominus* aus dem Gesetze selbst. Denn natürlich wurde bei Abgrenzung der Befugnisse von Quiritarier und Bonitarier letzterer als '*is cuius in bonis servus est*' bezeichnet: G. 1 § 167, § 35; Dositheus 9 (dass hier das Gesetz citirt wird, dafür spricht Dositheus 7, 8, 12).

Trotzdem aber war die eigentliche Freilassungsbestimmung, die gewiss aus dem Edict abgeschrieben war (G. 3, 56), in der Sprechweise des Edicts auf die *voluntas domini* abgestellt Dosith. 7, 15, vgl. Dosith. 5; Ulp. 1 § 12.

Hier allenthalben konnten nun die Juristen gar nicht anders, als dem Worte *dominus* auch den prätorischen Eigenthümer zu subsumiren, d. h. also in allen hierher gehörigen Fragen von ihm als von dem *dominus* zu sprechen. Damit aber war das *dominium* des Bonitarius u. s. w. in die technische Rechtssprache eingeführt.

Da ist es denn nicht zu verwundern, dass schon längere Zeit vor Gaius die Idee des *duplex dominium* sich feststellte, welche dieser meinem Gefühl nach ¹⁾ als herkömmliche und vollständig formulierte vorträgt: G. 1 § 54; 2 § 40.

¹⁾ Anders Pernice s. o. S. 261 A. 1.

Ebenso konnte Ulpian D. (50, 16) 49 mit Recht sagen: in bonis nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. — Mit 'quae domini nostri sunt' bezeichnet er hier auch das prätorische Eigenthum, an das er selbstverständlich gedacht haben muss und das er nicht unter dem bona fide besessenen verstanden wissen wollte (o. S. 258).

Von den Zeugnissen für dominus = prätorischer Eigenthümer sind unsicher wegen möglicher Interpolation die anscheinend auf formlos veräusserte res Mancipi bezüglichen¹⁾.

Sicher echt aus äusseren und inneren Gründen scheint mir das dominium des bonorum possessor bei Ulpian D. (37, 1) 1 und Paulus D. (47, 2) 47. Doch ist von hier kein unmittelbarer Schluss auf den Bonitarier, den missus u. s. w., da der bonorum possessor zufolge der Erbschaftsfiction die Eigenthumsklage mit unveränderter intentio anstellte; da konnte Ulpian denn mit Fug sagen, dass die bonorum possessio 'dominium rerum' tribuit.

Dem missus ex secundo decreto schreiben 7 Stellen dominium zu. Eine derselben — Julian D. (10, 3) 5 — haben wir als gewiss interpolirt erkannt. Trotzdem spricht Pernice mit Unrecht von den 'Interpolationen im Titel de damno infecto', denn für die übrigen Stellen ist die Echtheit des dominium sicher oder fast sicher.

An Gründen, den missus als dominus zu bezeichnen, fehlte es nicht. Zunächst war er dominus bei Provincial-

¹⁾ Schulin, Resolutivbedingungen S. 174 ff. führt Diocletian C. (3, 32) 15 an: Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorum. — Aber die Stelle ging auf ein Provincialgrundstück (§ 1 apud praesidem provinciae, auch possessionem emisse) also im Zweifel auf ein nichtmancipables. Dieselbe Möglichkeit des nichtitalischen Charakters liegt nun bei allen Grundstücksstellen vor. Man wird daher Stellen über bloss tradirte Sklaven heranziehen müssen. Hier zwei davon: Dioclet. C. (3, 32) 12: Mancipium quod tradidisti et hoc modo dominium eius transtulisti. Hier ist aber die Tradition ohne Beifügung der causa sehr wahrscheinlich eine interpolirte Mancipation. Diocl. C. (4, 38) 6: si . . . titulo venditionis sine quadam fraude dominium Mancipii transtulisti . . . vindicare minime prohiberis. Diese Stelle ist besser. Wenn auch der Gedanke an eine Mancipation nicht ausgeschlossen ist, so ist er doch m. E. durch nichts nahe gelegt.

grundstücken. Sodann enthielt das Edict über *damnum infectum* selbst einen *dominus*, dem der Eingewiesene vorkommenden Falls zu subsumiren war, nämlich: *si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfari iubebo*, D. (39, 2) 7 pr. Und gerade von der Cautionspflicht des *missus* spricht eine der verdächtigten Stellen, Ulpian D. (39, 2) 15 § 17¹⁾.

Ist der *dominus* hier echt, so wird er es in dem Paragraph vorher auch sein: Ulpian D. (39, 2) 15 § 16: *Julianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur non prius incipere per longum tempus dominium capere quam secundo decreto a praetore dominus constituatur.* „

Gegen die Vermuthung, Ulpian habe geschrieben: *non prius incipere usucapere quam . . . possessor constituatur*, spricht, dass der Compiler schon nicht mehr bloss geschlafen, sondern geträumt haben müsste, wenn er hintereinander *dominium capere* und den justinianischen, der Ersitzung weder bedürftigen, noch fähigen *dominus* interpolirt hätte. Ulpian dagegen konnte *usucapere* und *dominus* sehr wohl nebeneinander stellen, er ging eben vom *dominium duplex* aus. Ebenso konnten die Compiler, wenn *usucapere* und *dominus* schon dastanden, sie nebeneinander stehen lassen mit mechanischer Interpolation des *usucapere*. Aber selbst für sie unwahrscheinlich ist, dass sie bewusst und absichtlich den *missus* allenthalben zum *dominus* (des justinianischen Rechts) neu gestempelt hätten und trotzdem nicht weniger als 8 Stellen über die *Bonitarierusucapion* des *missus* interpolirt und inhaltlich

¹⁾ Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem *missus* fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere. Si vero iam constituto domino eo . . . Titius damni infecti sibi caveri desiderabit, cessante primo cavere solus Titius erit in possessione. 'Cessante primo cavere' — cavet non satisfacit, er wird als *dominus* behandelt, da konnte ihn Ulpian auch so nennen. Und dass er ihn hier so genannt hat, ergiebt sich m. E. aus der Unwahrscheinlichkeit der sonst anzunehmenden Interpolation. Constituto domino für constituto possessore wäre möglich; durchaus unwahrscheinlich ist dagegen, dass der Compiler aus einem aequaliter ambo aedes iubentur possidere, den dastehenden langen und — trotz des häufig compilerischen scilicet — recht gut stilisirten Satz gemacht hätte. Wozu das?

unverändert aufgenommen hätten, statt sie zur Hälfte wegzulassen und zur anderen Hälfte durch ein *non a domino* unschädlich zu machen¹⁾. Ihre Aufmerksamkeit muss eben auf das *dominium* des *missus* gar nicht besonders gerichtet gewesen sein.

Diese Erwägungen scheinen mir durchschlagend und damit die Echtheit des *dominus* in fr. 15 § 16 erwiesen.

In zwei weiteren Stellen ist das *dominium* des *missus* unverdächtig, weil der Jurist durch den Gegensatz des *Ususfructus* darauf geführt wurde²⁾.

In einer weiteren Stelle kam man zu dem Wort *dominium* durch den Begriff der *alienatio*. Wissentlich das zweite Decret heraufbeschwören war eine *alienatio* (Ulpian D. (27, 9) 3 § 1: '*alienationes*'). Veräußern und übereignen sind aber

¹⁾ Die fraglichen Stellen sind D. (39, 2) 5 pr.: *per longi temporis spatium in suum dominium capere*; fr. 12: *per longum tempus rem capere*; fr. 15 § 16: *per longum tempus dominium capere*; fr. 15 § 26: *dominium capere possidendo*; fr. 15 § 27: *dominium per longum tempus adquiri*; fr. 18 § 15: *possidendo dominium capere*; fr. 44 § 1: *possidendo dominium cepit*; D. (41, 2) 3 § 23: *per longam possessionem capere*. — ²⁾ D. (39, 2) 10 Paulus: *nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Iulianus scribit*. Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit ius domini ad eum transferri oportet. Das ist offensichtlich echt. Aber dies ius domini transferre ist doch nichts als das sonst für den *missus ex secundo decreto* eintretende Verfahren. Da konnte man denn auch von diesem sagen: *ius domini ad eum transfertur, oder aber dominus constituitur, iure domini possidet*. So die zweite *Ususfructus*stelle:

Ulp. 17 ad Sab. D. (7, 1) 7 § 1: unde (fructuarius) etiam mitti . . in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit et iure domini possessurum eas aedes si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usufructu.

Hier liegt in dem '*nec quicquam amittere finito usufructu*' (kein blosser *Ususfructus* an dem überwiesenen Hause!) eine dem iure domini possessurum durchaus entsprechende Wendung. Ein blosses '*possessurum*' wäre daneben zu schwach. Das i. d. possidere ist also hier echt. Da mag es denn auch echt sein bei Ulpian D. (39, 2) 15 § 33: *posteaquam autem quis possidere iure domini a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo, ceterum nullus inquit finis rei invenietur*. Indess wenn hier nichts gegen die Echtheit spricht, so spricht auch nichts Specielles für sie. Es könnte daher auch, wie D. (11, 7) 14 § 1 und D. (10, 3) 5 eine Interpolation vorliegen, am wahrscheinlichsten durch Aufnahme der Glosse '*iure domini*' in den Text.

nahe verwandt, da ist denn gewiss echt Paulus D. (23, 5) 1 pr.: *interdum lex Iulia de fundo dotali cessat: si ob id quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.*

Possessor vicinus fit würde zwischen 'iussus . . possidere' und 'haec alienatio' doch sehr dürftig sein.

Dass Ulpian und Paulus den missus ex secundo decreto mitunter 'dominus' nannten, dürfte hiernach unleugbar sein¹⁾.

Da erscheint denn auch durchaus unanstößig die Bemerkung des Paulus D. (9, 4) 26 § 6 über die ausnahmsweise Gestattung, einen noxae causa fortgeführten Sklaven nachträglich zu vertheidigen: *sed et actori his casibus succurrendum est, quia placet dominii acquisitione extinguere actionem, iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.*

Allerdings könnte der Jurist bloss 'placet extinguere actionem' geschrieben haben. Aber mit dominii acquisitione liest sich die Erörterung besser und ist sie dem Wortlaut der traditionellen Regel entsprechender (o. S. 263). Und für den missus haben wir ein sicher echtes 'dominii adquisitio' gefunden.

Jedenfalls erscheint nach dem obigen unhaltbar die Behauptung von Pernice: 'selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von *adquirere dominium* geschrieben haben'.

¹⁾ Nicht für die Auffassung der *possessio ex secundo decreto* als *dominium* beweist D. (10, 3) 7 § 9, wo Ulpian von einer *vindicatio* des missus spricht. Denn als die *vindicatio*, der die *actio comm. div.* parallel geht, bezeichnet er hier sogar die Publiciana des b. f. possessor arg. fr. 7 § 2 und 3 (*ex (quibus) autem causis vindicatio cessat*), vgl. Lenel, *Edictum* § 82. Ebenso lässt z. B. D. (39, 1) 9 den Pfandgläubiger Servituten 'vindicare'. — Auf der anderen Seite beweist nicht gegen die Auffassung des missus als *dominus*, dass in den betreffenden Stellen die Juristen diesen Ausdruck für den Hauseigentümer anwenden, und zwar nicht bloss vor der *missio*: D. (39, 2) fr. 5 § 1; fr. 7 § 2; fr. 9 §§ 4, 5; fr. 10; fr. 15 §§ 20, 21, 22, 23; fr. 19; fr. 22 § 1; fr. 27, sondern auch nach der *missio* Ulp. D. (39, 2) 15 § 23: *ubi quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit.* Es ist eben *dominium duorum in solidum*, nämlich *duplex dominium*. Genau so in der sofort zu besprechenden Stelle D. (9, 4) 26 § 6.

Es erübrigt noch, die Terminologie für den usucapionsfähigen Erwerber *a non domino* festzustellen, für den *bonae fidei possessor*.

Hier ist unbestreitbar, dass man ihm ein *rem in bonis habere* zuschrieb, ganz wie dem Erwerber *a domino*.

Dafür zunächst und entscheidend die unbedenkliche Subsumtion des *bonae fidei possessor* unter die quasi Serviana, welche auf in *bonis habere* abgestellt war (Lenel, *Edictum S. 396 A. 8*):

Paulus D. (20, 4) 14: *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.*

Paulus D. (20, 1) 18: *si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam¹⁾.*

Gegen diese Hineinrechnung des *b. f. possessor* unter das in *bonis habere* der Pfandklage spricht nicht D. (20, 1) 21 § 1, wenn man sie nach Lenels²⁾ wohl begründeter Vermuthung auf das *Salvianum* bezieht.

Die allgemeinen Stellen bestätigen durchaus diese Einrechnung der *b. f. possessio* in die *bona*. So Modestins Definition D. (41, 1) 52. So ferner ausdrücklich zwei Erläuterungen der '*bona*' des *Concursusdicti* bei Ulpian 1383 D. (50, 16) 49 und bei Celsus 204 D. (50, 17) 190: '*quod evincitur in bonis non est*', was man³⁾ dahin verstehen kann, aber nicht muss: 'erst nach vollendeter *Eviction* hören (*bona fide* erworbene) Sachen auf, in *bonis* zu sein'.

Von den sonstigen Zeugnissen für die Annäherung des

¹⁾ Wofern nicht etwa das plumpe '*quia dominium non habuit*' interpolirt worden ist, zugleich mit dem '*non a domino*' D. (6, 2) 1 pr. Die Stelle ist aus Paulus 19 ad *Publicianam* Lenel Paulus 296. Lenel beanstandet das '*quia d. n. habuit*' nicht. Es ist auch in der That trotz seiner stilistischen Ungeschicklichkeit — '*non habebat*' wäre doch mindestens nöthig — gerade bei Paulus nicht unmöglich, vgl. z. B. den bekannten Schlusssatz von D. (46, 1) 36. — ²⁾ Lenel, *Edictum S. 395*; Ulpian 1632. — ³⁾ Mit Brinz z. R. d. b. f. poss. S. 78 und Appleton Nr. 4.

b. f. possessor an den Bonitarier ist das werthvollste die von Brinz S. 80 herangezogene, bei Appleton fehlende Stelle D. (6, 1) 17 § 1, wo Ulpian von dem b. f. possessor sagt, dass er durch die Usucapion plenum ius incipit habere, was bekanntlich für die Bonitarierusucapion der stehende Ausdruck ist: G. 1, 15; 2, 41; 3, 80.

Der Bezeichnung der beiden Publicianakläger als bonae fidei emptores entspricht also ein beiden zugeschriebenes rem in bonis habere. Aber bei der Vieldeutigkeit des letzteren Ausdrucks folgt daraus ihre theoretische Gleichstellung noch keineswegs. Wogegen wenigstens für die späteren Classiker ihre theoretische Differencirung aus den oben festgestellten terminologischen Erscheinungen sich ergibt, nämlich aus dem anscheinenden Vermeiden von b. f. possessor für den Bonitarier und aus seiner sicheren Bezeichnung als dominus.

Bonae fidei possessor der eine, dominus der andere, das war schon ganz die justinianische Terminologie, trotz der die Gegensätze noch äusserlich zusammenhaltenden altmodischen Bezeichnung beider als bonae fidei emptores in der Publiciana D. (6, 2) 7 § 11.

Aber wurde nicht vielleicht auch der bonae fidei possessor dominus genannt?

Dafür ¹⁾ Appleton Nr. 4: 'dès lors il n'y a point de raison de refuser le nom de propriétaire à l'acquéreur de bonne foi, tant qu'il ne se trouve pas en présence de personnes ayant un droit égal ou supérieur au sien'. Aber einen Quellenbeweis versucht er nicht einmal. Derselbe dürfte auch unmöglich sein.

Allerdings wird D. (11, 7) 14 § 1 als dominus ein bonae fidei emptor a non domino bezeichnet (o. S. 259), aber D. (50, 17) 137 beweist die Unechtheit dieser Bezeichnung.

Etwas besser wäre die Berufung auf Ulpian D. (18, 2) 4 § 3: ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. Daraus könnte man deduciren:

bonae fidei possessio = verpfänden können,
verpfänden können = dominium,
also b. f. possessio = dominium.

¹⁾ Im Zusammenhang der oben S. 214 ff. erwähnten Hypothese.

Aber Ulpian bei seiner raschen Schriftstellerei will schon bei dem, was er ausdrücklich sagt, nicht stets beim Wort genommen sein. Ein solches dialectisches Quälen gelegentlicher Aeusserungen würde er sich daher wohl sehr verbeten haben.

Nicht ergiebiger ist endlich C. de rebus alienis non alienandis (4, 51) 3 von Diocletian: *venditrici succedenti hereditario iure perfectam recte venditionem rescindere ac dominium revocare non licet: sed et si hoc ex persona sua vindicet etc.* — Es liegt vor: Beerbung der verkaufenden Nichteigenthümerin durch den Eigenthümer. Dessen Vindication wird ein '*dominium revocare*' genannt. Vielleicht weil der Käufer durch die *exceptio rei venditae et traditae* geschützt, also absoluter Herr der Sache ist. Wahrscheinlicher ist, dass eine bloss thatsächliche, ungenaue Redeweise vorliegt.

Jedenfalls ergibt weder diese Stelle noch sonst eine die Terminologie b. f. *possessor* = *dominus*.

V.

Die Publiciana und das Provincialgrundeigenthum.

Im folgenden sollen zwei Fragen erörtert werden, die Lenel in der Palingenesie aufgeworfen hat. Beide auf *praedia stipendiaria vel tributaria* bezüglich und beide von grosser Bedeutung für Schulin-Appletons System der Publiciana nach Eigenthumsverlust, welches den Gegenstand des zweiten Theils dieser Beiträge bilden wird.

Vorweg einige Worte über die Bedeutung der Provincialgrundstücke.

Dass dieselben an Flächenraum und Werth die italischen Grundstücke, die in den Provinzen inbegriffen, übertrafen, liegt auf der Hand. Ein grosser Theil davon gehörte schon unter der Republik Römern, und andererseits gewannen in der Kaiserzeit die Provincialen und ihre Rechtsverhältnisse immer mehr Bedeutung und Berücksichtigung, da müssen denn in der Praxis der Juristen und Kaiser des zweiten und dritten Jahrhunderts die *praedia stipendiaria* und *tributaria* häufiger und wichtiger gewesen sein als die italischen, mancipationfähigen Grundstücke. In der Rechtslehre überwogen aller-

dings die italischen Grundstücke und die sie betreffenden Civilrechtssätze, dafür genügt der Hinweis auf den breiten Raum, den die Grundstücksusucapion in den Pandekten einnimmt¹⁾. Aber zwischen der Rechtslehre der Kaiserjuristen und der wirklichen Praxis war bekanntlich oft genug ein grosser Unterschied, wofür im Grossen auf die *leges iudicio populi receptae* (Julian D. (1, 3) 32 § 1) und im Kleinen z. B. auf die trotz thatsächlicher *desuetudo* (Ulpian D. (47, 2) 93) nach wie vor gelehrte Diebstahlsprivatklage verwiesen sei. Trotzdem also die Rechtslehre der Kaiserzeit immer noch die italischen Grundstücke in den Vordergrund rückte, so ist es doch durchaus irrig, insbesondere praktischen Stellen gegenüber, jeden *fundus* von vornherein für einen *fundus italicus* zu halten. Wo nicht ein besonderes Merkmal, vor allem die Usucapion diese Eigenschaft bezeugt, da ist mindestens ebensoviele Wahrscheinlichkeit, dass ein nichtmancipirbares Provincialgrundstück vorliegt. Das zeigt z. B. der Codextitel 3, 32 de rei vindicatione, wo von 14 auf Grundstücke irgendwie bezüglichen Stellen 5 mit Sicherheit auf Provincialgrundstücke gehen, eine auf italische (fr. 24), während bei 8 kein zufälliges Merkmal ihre Beziehung verräth²⁾.

¹⁾ In den Vaticana fragmenta wird der *fundus italicus* allein berücksichtigt: fr. 45, 47 aus den theoretischen *manualia* des Paulus; ferner in zwei Responsen fr. 94 und 263. Sonst allenthalben (fr. 61. 252^a. 268. 285. 313) werden sicher oder wahrscheinlich beide Grundstücksarten berücksichtigt, sei es ausdrücklich, sei es durch Wendungen wie *'mancipatio vel traditio'*. Dagegen gehen wahrscheinlich oder sicher nur auf Provincialgrundstücke fr. Vat. 29. 259. 283. 293. 312. 315. 316, vgl. die folgende Anm. — ²⁾ Nachstehend das Ergebniss der die meiste Ausbeute versprechenden Quellenabschnitte. Allerdings das Ergebniss nicht für provincieller Grundstücke (*stipendiariae* und *tributariae*), sondern nur für in der Provinz gelegene Grundstücke. Darin stecken also auch die der Gemeinden mit *solum Italicum* (Ulp. D. (50, 15) 8 § 7). Aber dieses an sich nicht sehr bedeutende Zuviel wird mehr als aufgewogen durch das grosse Zuwenig, was durch die zahlreichen Provincialgrundstücksstellen entsteht, bei denen kein zufälliges Merkmal uns diese ihre einstige Beziehung verräth. Von den benutzten Kriterien sind manche unsicher, das ist dann bei jedem hervorgehoben.

1. Ausdrücklich bezeichnete *praedia stipendiaria vel tributaria*.

Gaius 2; 7, 21; Papinian Vat. fr. 259; Caracalla C. (3, 34) 3; Ulpian Vat. fr. 61; Diocletian Vat. fr. 283. 285. 286. 293. 313. 315. 316; Justin. J. (2, 1) 40.

Dies vorausgeschickt, wird man Lenels' erste Frage für sehr gerechtfertigt halten. Sie betrifft mehrere Stellen aus Ulpian 17 ad Edictum, welche von Schulin und Appleton auf die Publiciana bezogen werden, darunter D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29, zwei Hauptstützen für Schulins Versuch, die Eigenthumsverhältnisse bei *addictio in diem und mortis causa donatio* durch das Eingreifen der Publiciana zu erklären.

2. Grundstücke 'in provincia'.
Modestin D. (18, 1) 62 pr.
3. 'in (eadem — alia) provincia'.
Dioclet. C. (3, 19) 1; Constant. C. (3, 19) 2.
4. 'ager militibus assignatus'.
Ulp. D. (6, 1) 15 § 2.
5. Der praeses provinciae als Richter.
Severus C. (8, 15) 2; Alex. C. (4, 44) 1; C. (8, 29) 1; Gordian. C. (3, 32) 5; C. (8, 13) 9; C. (8, 29) 4; Philippus C. (3, 34) 5; Claud. C. (3, 34) 6; Dioclet. Vat. fr. 312; C. (3, 32) 15, 17; C. (3, 34) 9, 10; C. (3, 36) 14; C. (4, 44) 5; C. (4, 46) 2; C. (4, 49) 5, 8; C. (4, 50) 5; C. (4, 51) 5; C. (7, 32) 5, 6; C. (7, 33) 3; C. (8, 23) 2; C. (8, 34) 2; Constant. ad pr. prov. Lugd. C. (4, 47) 2.
6. Ein procurator als Richter (das kann seit Nerva wohl nur in der Provinz vorkommen: Mommsen, Staatsrecht II^{2A} S. 195 A. 1; S. 980—982).
Vat. fr. 29; Dioclet. C. (3, 34) 7.
7. Donatio perfecta durch blosse Tradition.
Dioclet. C. (4, 38) 3, 9.
8. Longae temporis praescriptio angerufen (nicht ganz sicher, obwohl wahrscheinlich, soweit die Usucapion reichte, die daneben stehende l. t. pr. nicht oft benutzt wurde).
Paulus D. (18, 1) 76 § 1; Alex. C. (2, 50) 3: Grundstück eines Soldaten, also gewiss eines Provincialen; Gordian. C. (3, 32) 4: ebenso; Dioclet. C. (7, 35) 6.
9. Dominus durch blosse Tradition (unsicher, da auch der Bonitarius dominus genannt wurde).
Alex. C. (3, 32) 3; C. (4, 50) 2; Gordian. C. (3, 32) 6; Valer. C. (4, 50) 4.
10. Tributum erwähnt (unsicher, seit Diocletian Italien dem tributum unterwarf, Marquardt. St.-Verw. II^{2A} S. 224).
Scaevola D. (19, 1) 52 pr.; Alex. C. (4, 47) 1 [Dioclet. C. (3, 32) 25], Constant. ad praes. Baeticae C. (4, 46) 3.
11. Capitatio erwähnt (wie Nr. 10).
[Dioclet. C. (4, 49) 9].

Diese Stellen nun beansprucht Lenel für die Provincialvindication, allerdings nur zweifelnd: Paling. II p. 515 n. 5:

Fr. 585—589 sub hac rubrica non sine dubitatione collocavi: moveor autem eo, quod in his omnibus de fundo agi videtur non per mancipationem, sed per traditionem ad alium translato.

Sicher ist nun, wegen der Erläuterung von stipendium und tributum bei Ulpian 17, D. (50, 16) 27 § 1, dass er in diesem Buch die Provincialvindication behandelte. Aber ebenso auch die Publiciana: D. (6, 1) 37, 73 pr. Und für diese passt die blosse Tradition des fundus natürlich genau ebenso gut. Unmöglich wird dadurch nur die Civilvindication, dagegen sind die Publiciana und die Provincialvindication ganz gleichmässig bloss durch die Tradition bedingt. In den vorliegenden Stellen aber spricht mancherlei gegen die Provincialvindication, also für die Publiciana. Zwar, dass von Lenel das pr. von D. (6, 1) 39 — über eingebaute caementa — auf die Vindication oder die Publiciana bezogen wird (Ulp. 577), dagegen der § 1 derselben Stelle auf die Provincialvindication (Ulp. 585), das ist nur ein kleiner Anstoss, trotzdem er Ulp. 580. 583 D. (6, 1) 73. 75 zwischen beiden Paragraphen hergenommen sein lässt. Denn der Compiler konnte aus inhaltlichen Rücksichten die Fragmente 73 und 75 ans Ende von D. 6, 1 stellen wollen, und dann mussten natürlich die für D. 6, 1 noch bleibenden Ausschnitte aus Ulpian 17 Ed. hintereinander abgeschrieben werden.

Schwerer wiegt aber, dass in D. (6, 1) 41 pr. Ulp. 586 zwar am Schluss von einem fundus die Rede ist, der Eingang dagegen ganz allgemein lautet: si quis hac lege emerit ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti.

Und Ulp. 588 D. (6, 1) 41 § 1 schliesst sogar von dem fundus ausdrücklich auf die res: si domini rem tradat. Das passt schlecht zu einer Grundstücksklage.

Noch weniger passt dazu Ulpian 587 D. (39, 6) 29. Da ist schlechtweg nur von res donata die Rede. Allerdings wurde nun das Provincialgrundstück manchmal res tributaria genannt und dies als 'res' tribonianisirt: Vat. fr. 315 (C. 3, 32) 15 § 2. Aber häufig war dieser Ausdruck unseren Quellen

nach nicht. Und vor allem: pflegt man gerade Grundstücke *mortis causa* zu verschenken?

So braucht denn auf den Inhalt von D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29 gar nicht eingegangen zu werden, um zu sehen, ob dies Wiederaufleben der Klage besser zur *Publiciana* passt als zu der — uns gänzlich unbekannten — *Provincialvindication*.

Es kann schon jetzt als sicher behauptet werden, dass diese beiden Stellen, und überhaupt Ulpian 585—589, auf die *Publiciana* gehen können, als wahrscheinlich, dass sie beide wirklich darauf gingen. Schulins System sind also diese beiden Stützen durch Lenel nicht entzogen worden.

Lenels zweite Frage greift Schulins System mittelbarer, aber nicht minder gefährlich an. Er bezweifelt die Anwendbarkeit der *Publiciana* auf *Provincialgrundstücke*, d. h. auf die weitaus wichtigsten *res nec mancipi*.

Wäre dies begründet, so würden die von Schulin für die *addictio* in diem u. s. w. angenommenen Manipulationen mit der *Publiciana* praktisch nicht sehr viel weiter gereicht haben, als die Manipulationen mit dem in bonis bei *res mancipi*. Denn der Natur der Sache und den Quellen zufolge kamen für alle Eigenthumsfragen, insbesondere auch für die in diem *addictio*, hauptsächlich zwei Arten von Sachen in Betracht: Sklaven und Grundstücke. Eine Klage, die von vornherein für den grösseren Theil der letzteren versagt hätte, wäre also zur Herstellung einer allgemeinen Rechtseinrichtung wie die in diem *addictio* ungeeignet gewesen.

Indess auch hier erscheinen Lenels Zweifel als unbegründet. Er äussert dieselben zu D. (6, 2) 12 § 2 Paulus 295: *In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita est.* Dazu die Note 2: *‘si forte b. f. mihi tradita est’, non videntur esse Pauli quem suspicor scripsisse: Publiciana non competit.*

Also: in praediis quae usucapi non possunt *Publiciana* non competit. Das würde nicht schlecht passen zu zwei Aeusserungen Ulpians:

D. (6, 2) 9 § 5: *Haec actio in his quae usucapi non possunt . . . locum non habet.*

D. (6, 2) 11 § 7: . . si ipse fundus Publiciana peti non potest.

Ferner spricht in etwas für Lenel die Wortform von: si forte bona fide mihi tradita est. 'Si forte' zur Anführung einer stets nothwendigen Voraussetzung klingt nicht classisch präcis, sondern nach jener Unbestimmtheit, die das Lebens-element der Compileren ist. 'Bona fide tradita' ist auffallend, dem Empfänger wird sonst die b. f. nachgesagt. Endlich das 'est', was sehr wohl der Eile des ändernden Compilers zugeschrieben werden kann. Also: si f. b. f. m. t. est könnte in der That eine flüchtig hingeschriebene Interpolation sein.

Aber auch nur könnte; denn 'est' kann ein Copist für 'sunt' verschrieben haben, bona fide tradita findet sein Seitenstück in dem sehr classischen bona fide servire, und wenn man es dennoch hässlich findet und das 'si forte' auch, so gilt doch für alle diese Interpolationsfragen, dass die Classiker, zumal Paulus und Ulpian, der einreissenden Barbarei schon sehr nahe standen, ja eigentlich schon mitten darin. Da sind denn stilistische Unschönheiten ein wenig sicheres Merkmal von Interpolationen.

Aber weiter: selbst wenn das 'si forte b. f. mihi tradita est' compilerisch wäre, so wäre Lenels 'Publiciana non competit' dadurch noch nicht bewiesen. Denn auch wenn Paulus die Klage gewährte, konnte er sich mit einem blossen 'competit' kaum begnügen. Er hätte ihre Formel angegeben und damit den Compiler leicht zur Interpolation veranlasst.

Spricht § 2 nur wenig für Lenel, so sprechen die §§ 3 und 4 erheblich gegen ihn. Der § 3: Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero, sieht durchaus echt aus und doch müsste er bei Lenels Conjectur gleichfalls interpolirt sein. Denn an 'Publiciana non competit' konnte er sich kaum anschliessen. 'Non competit si bona fide emero', bei mala fides doch erst recht nicht!

In etwas gegen Lenel auch § 4: si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur ne contra leges faciat. 'Eo casu' ist anscheinend absichtlich vorangestellt und betont. In diesem Fall versagender Usucapion

versagt auch der Prätör die Publiciana, das setzt als Gegensatz voraus: in den oben besprochenen Fällen versagt zwar die Usucapion, die Publiciana aber steht trotzdem zu.

Der Gesamteindruck von D. (6, 2) 12 spricht also gegen Lenels 'Publiciana non competit'. Und die oben angeführten Aeussierungen Ulpians sprechen nicht sehr für ihn.

Das Princip: wo keine Usucapion, da keine Publiciana, verleugnet Ulpian selbst für die Servituten D. (6, 2) 11 § 1. Und für 'si ipse fundus Publiciana peti non potest' giebt die lex Iulia et Plautia eine durchaus genügende Erklärung.

Gar nichts, weder für noch wider, wird anzufangen sein mit der auffälligen Thatsache, dass die Compileren diese wichtige Notiz, interpolirt oder nicht interpolirt, dem Paulus entnahmen, der sonst nur Ergänzungen zu dem Hauptgewährsmann Ulpian lieferte.

Ein erhebliches Argument für die Zulässigkeit der Publiciana bei Provincialgrundstücken liegt dagegen in ihrer Fortexistenz im justinianischen Immobilienrecht, statt dass sie mit dem nudum ius Quiritium und der Grundstücksusucapion untergegangen wäre. Mit Lenels Conjectur liesse sich dies wohl nur durch die Annahme vereinigen, dass nach Paulus die Publiciana auf Provincialgrundstücke ausgedehnt worden wäre. So dass schliesslich nur das fraglich wäre, wann diese Ausdehnung erfolgte, ob vor Julian, vor Paulus, vor Diocletian oder noch später.

Für vordiocletianisches Bestehen der Provincialgrundstückspubliciana scheint mir in etwas Diocletians C. (7, 35) 6 — quibus non obiciatur longi temporis praescriptio — zu sprechen:

Ab hostibus captus ac postliminio reversus actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando (longi) temporis adversarii possessionem frustra times, cum adversus eos qui restitutionis auxilio quacumque ratione iuvantur huiusmodi factum non optuletur.

Die Stelle beweist allerdings nur dann, wenn man wegen der l. t. pr. Provincialgrundeigenthum vermuthet und unter der 'quaelibet alia in rem actio' die Publiciana versteht, allein oder doch wenigstens neben der restitutorischen Klage aus

dem Edict D. (4, 6) 1 § 1. Beide Annahmen sind unbeweisbar, aber nicht unwahrscheinlich.

Alles in allem ist also die Anwendung der Publiciana auf bona fide a non domino erworbene Provincialgrundstücke nicht widerlegt und wenn auch nicht bewiesen, so doch immerhin recht wahrscheinlich.

Dagegen wird nicht beizutreten sein einer Vermuthung Appletons Nr. 47. Er denkt sich (nach Lenel, Edictum S. 132 A. 6) die Provincialpubliciana ficticisch: 'si fundus Italici iuris esset'¹⁾ und vermuthet dazu, diese so hergerichtete Publiciana sei die einzige Provincialgrundstücksklage gewesen auch für 'a domino' erworbene Grundstücke. Für diese Vermuthung beruft sich Appleton auf Jherings Gesetz der 'juristischen Oekonomie' (Geist § 56). Diese Begründung reicht schwerlich aus (o. S. 217 f.), denn das Alter der Provincialgrundstücksklage spricht gegen ihre Identificirung mit der Publiciana. In der That wird man derartige Ausnutzungen der Publiciana zu ursprünglich ihr ganz fremden Zwecken kaum in republikanische Zeit setzen, während der Provincialgrundbesitz schon in der lex agraria von 111 als rechtsbeständig, also wohl als längst durch Klage geschützt erscheint. Ja, die lex agraria, die den Provincialgrundbesitz als 'habere, possidere, frui licere' unterschiedslos mit dem italischen ager publicus zusammenstellt, berechtigt zu der Vermuthung, man habe gerade die den ager publicus schützende, uns allerdings unbekannte Klage auch für den Provincialgrundbesitz verwendet.

Nach Lenel (Ed. § 71) wäre die Provincialgrundbesitzklage direct auf 'habere possidere frui licere' formulirt gewesen.

(Fortsetzung und Schluss im nächsten Heft.)

¹⁾ Was unbeweisbar ist, aber durchaus möglich. Audibert (s. o. S. 213 A. 1) p. 277 leugnet diese Möglichkeit. Er wendet ein, bei der Fiction 'si Italici iuris esset' hätte der verklagte Besitzer eines Provincialgrundstückes die Usucapion anrufen können. — Aber galt denn gegenüber der Publiciana die Berufung auf Usucapion? Nach D. (17, 1) 57 galt sie nicht, wie demnächst auszuführen, d. h. nicht formelmässig und officio iudicis. Nur der Prätor schützte den publicianisch verklagten Usucapienten. Und bei Provincialgrundstücken hätte er diesen Schutz natürlich unterlassen.