

von der Gefangennahme durch Räuber redet. Ob das bona gratia sich schon im Original vorfand, natürlich hier nur im klassischen Sinne, darüber will ich nicht einmal eine Vermuthung aufstellen. Genug, hier begegnet das bona gratia dissolutum in einer Weise, die beweist, daß die Compileratoren schon den künftigen Begriff im Kopfe trugen. Wie dieselben dazu gekommen sind, einen alten Terminus für den neuen Begriff zu verwenden, ist nicht ganz klar. Vielleicht hat dazu Anlaß gegeben l. 60—62 D. 24. 1: indem die Compileratoren die Bezeichnung divortium bona gratia vorfanden bei Fällen, die mit dem, in ihrem Sinne zu diesem Begriff gehörigen zwar ganz und gar nicht übereinstimmten, aber doch gewisse Ähnlichkeit hatten, glaubten sie in ihr schon den künftigen Begriff enthalten zu finden.

Ueber Schein und Wirklichkeit an der legis actio sacramenti in rem.

Von Herrn Appellationsrath Münderloh in Eisenach.

Die legis actio sacramenti halten wir für eine Zeitalter der Selbsthülfe und der Legisaction. aus dem Criminalproceß entlehnte Form des Civilproceßes, nemlich entlehnt aus einem solchen Criminalproceß, durch welchen speciell das Verbrechen der ungerechtfertigten Selbsthülfe verfolgt wurde. Wir beschränken uns zunächst darauf, diesen Ursprung der legis actio sacramenti an der rei vindicatio nachzuweisen zu suchen.

Es ist bekannt, daß Asverus (über die legis actio sacramenti. 1837) den Versuch gemacht hat, die Formen der Legisaction als einen symbolischen, früher in Rechtshandeln praktisch gewesenem Zweikampf zu erklären. Diese Erklärung wird jetzt allgemein und gewiß mit Recht als ein Irrthum verworfen. Dennoch gebührt dem genannten Schriftsteller, wie wir glauben,

das Verdienst, den allgemeinen Gedanken angeregt zu haben, daß die Worte und Handlungen des Vindicationsprocesses Zeugniß ablegen über die untergegangene Proceßform einer früheren Periode. Im Gegensatz zu einer solchen Auffassung steht die Ansicht, daß die Formen der Legislation auch nicht entfernt einer prägnanten Deutung fähig sind, daß gar nichts dahinter steckt. Hierher glauben wir die Auffassungen von Kunze und B.-Hollweg rechnen zu sollen. Nach der Ansicht des Ersteren (Excurse S. 145) äußert sich in dem Scheinkampfe ein kindlicher Rechtsinn, welcher „die Worte mit symbolischer Plastik des Handelns ausstattet“. Der Letztere (Civilpr. 1 S. 132—134) läßt dem Scheinkampfe nur die adminiculirende Bedeutung einer Verstärkung des Ausdrucks bei Erklärung des Parteiwillens, indem er vergleichsweise auf die lebhafteste Gesticulation „des Naturmenschen, insbesondere des Südländers“ hinweist. Gleichwohl sind wir mit B.-Hollweg (S. 131) insofern einverstanden, als er es u. A. bemerkenswerth findet; daß der Kläger in der Hauptformel nicht einmal die Herausgabe des Besizes von dem Gegner verlangt. Diesen Umstand halten wir deshalb für bedeutungsvoll, weil es an ihm sich zeigt, daß bei der Legislation der Civilpunct, obgleich er materiell die Hauptsache ist, dennoch formell als Nebensache erscheint. Wenn B.-Hollweg weiter sagt, „die Legis Actio ist nicht ex maleficio, überhaupt nicht in personam, sondern in rem“, so halten wir dieses Wort für ganz richtig; nur behaupten wir, daß die Legislation ein fingirter Criminalproceß ist und daß der Proceß der früheren Zeit, welche der Legislation vorausging, ein wirklicher Criminalproceß war. Diese beiden Perioden mit ihren verschiedenen Erscheinungen werden wir im weiteren Verlaufe unserer Erörterung stets zu trennen haben. Von diesem Standpuncte aus erscheint es uns nur als eine halbe Wahrheit, wenn Rudorff (Rechtsgeschichte 2 S. 128) den Scheinkampf für eine Kundgebung fortdauernden Friedensbruchs erklärt, durch welche die Nothwendigkeit richterlichen Einschreitens constatirt werde. Das Unzureichende dieser Erklärung besteht unseres Erachtens darin, daß Rudorff scheinbaren Kampf und wirklichen Friedensbruch in eine coätane Verbindung bringt, ohne für Widerlegung des naheliegenden Einwands zu sorgen, daß ein Scheinkampf kein Friedensbruch ist, daß mithin ein Scheinkampf die Noth-

wendigkeit eines richterlichen Einschreitens nicht begründen kann. Da Rudorff (S. 127) mit Bezug auf die Legisaction ein Mult- und Sequestrationsverfahren über Friedensbruch annimmt, worin über den Civilanspruch nur durch Adhäsion entschieden werde, so könnten wir hierdurch das, was wir vertreten, bereits angedeutet finden, wenn wir von unserer Ansicht aus nicht einwenden müßten, daß der Criminalproceß mit Adhäsion nur der Vorläufer der Legisaction ist, den sie bereits abgelöst hat. Schon deutlicher berührt Dernburg (Heidelb. krit. Zeitschr. 1 S. 466) eine frühere Zeit der Eigenmacht und spricht von dem obrigkeitlichen Einschreiten als Folge von Gewalt. Aber un- deutlich scheint uns wiederum der Gedanke, daß „dieser Wille sich dem Prätor gegenüber durch feierliche Riten offenkundig gezeigt haben müsse, damit sich dafür ein Iudicium constituire“. Hierbei dürfte es sich zeigen, daß eine Stodwerfcheidung der Perioden nothwendig ist. Vor der Legisaction ist die Gewalt eine wirkliche, in der Legisaction ist sie bloßer Schein, durch welchen ein auf Gewalt gerichteter Wille als die wirkliche Gesinnung der Parteien sich nicht documentiren kann. Daß hingegen in der Legisaction der Schein hervorgebracht wird zu dem Zwecke, um das Verfahren des Zeitalters der Gewalt zu reproduciren, ist von Göppert (krit. Vierteljahresschrift S. 540) deutlich gedacht und ausgedrückt worden.

Das Eigenthümliche der Legisaction besteht in der Fiction der gegenseitigen Gewalt. Eine solche Fiction ist nicht ohne Zweck. Gewöhnlich haben die Fitionen ein Wirkliches hinter sich, welches durch sie abgeschafft und durch den Schein ersetzt werden soll. Daß man aber wenigstens den Schein beibehielt, ist in unseren Augen ein Zeichen dafür, daß der Legisaction ein Zeitalter vorausging, wo die Parteien in wirklichen Kämpfen lebten, bis ungerufen der Richter zwischen sie trat. Diese gleichsam unangerufene Intervention des Richters zu veranlassen, war wohl später der Zweck der Fiction; und insofern liefert uns letztere den Beweis der früheren Verfassung, nach welcher noch kein förmliches Magrecht existirte, sondern jeder Beschädigte auf die Selbsthülfe angewiesen war, bis der einschreitende Prätor im Wege der Adhäsion zur Entschädigung verhalf. Die Kämpfe der Selbsthülfe waren jedoch keine Zweikämpfe, noch weniger gerichtliche Zweikämpfe. Selbst der Begriff eines außergericht-

lichen Zweikampfes paßt nicht. Denn ein solcher würde wenigstens die Isolirung der beiden Kämpfenden voraussetzen. Diese Isolirung fand in unserem Falle nicht statt. Auf jeder Seite nahmen die Freunde an dem Kampfe Theil. Also nicht Zweikämpfe, sondern ein Krieg im Kleinen.

Jede Partei hat ihre Superstites bei sich oder stellt sich so, als ob sie ihre Superstites bei sich habe. Diese letzteren hält man gewöhnlich für Zeugen. Aber zu bezeugen ist nichts. An die Litiscontestatio viel späteren Ursprungs darf man hier ebenfalls nicht denken. Ueber die Identität des streitigen Grundstücks streiten die Parteien auch nicht. Superstes heißt ja zwar Zeuge, und nach dem Artikel des Festus (s. v. superstites) ist soviel gewiß, daß auch die Superstites des Vindicationsverfahrens in späterer Zeit lediglich für Zeugen gehalten worden sind. Dieser Umstand war, wie manche andere irrige Auffassung, durch den Mangel einer rechtshistorischen Tradition bedingt; er kann uns nicht hindern, die ältere Bedeutung des Ausdrucks zu ergründen zu suchen. Die hier allein anwendbare Bedeutung des Wortes ist die eines Beistandes, Helfers, Hintermannes oder Kampfgenossen. Superstes ist der Hintermann im Gegensatz zu dem Antistes, dem Vordermanne. Antistes ist auch die Bezeichnung eines priesterlichen Amtes. Hinter dem Priester (antistes) stehen die versammelten Laien (superstites)¹⁾. Von da aus gelangt der Ausdruck supersticio zu der Bedeutung des Aberglaubens, der blinden Befolgung priesterlicher Lehren. Superesse und superstitem esse, beides bedeutet das Gegenwärtigsein; ursprünglich sind beide Worte der Ausdruck für helfen und beistehen. In der älteren Zeit beschränkte sich die Function der Advocati auf bloße Assistenz vor Gericht. Für diese Function war superesse ein technischer Ausdruck (Gell. 1, 22, 6), welcher dadurch entstanden ist, daß es in noch früherer Zeit darauf ankam, einer Partei im Kampfe thätlichen Beistand zu leisten.

Vorläufiges über
die Unterweisung
der Parteien durch
den Prætor.

Unsere Erklärungsweise der Formalitäten der Legisaction ist diese, daß wir von dem hierbei gebräuchlichen Scheingefecht zurückschließen auf ein wirkliches Ge-

¹⁾ Verbunden sind die Ausdrücke praetor et Jovis antistes in der Inschrift bei Orell. I. 1533.

fehlt, welches in dem der Legisaction vorausgehenden Zeitalter stattfand. Wollten wir jedoch diese Erklärungsweise unterschiedslos befolgen und durchweg aus dem Scheinbaren der Legisaction in das Wirkliche der früheren Periode übersetzen, so würden wir in Verlegenheit kommen mit dem prätorischen Befehle, welcher lautet: *suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico: ite viam*. Mit diesem Befehle giebt der Prätor bei der Legisaction den Parteien Unterweisung, daß und wie sie das Scheingefecht vornehmen sollen. Demnach führt die unterschiedslose Uebertragung aus dem Scheinbaren zu einem widersinnigen Resultate. Das Unbegreifliche des Ereignisses, welches in solchem Falle als ein wirkliches der früheren Periode sich darbieten würde, besteht darin, daß der Prätor seine Stellung gänzlich verkennt, daß er den Kampf der Parteien, den er sieht, nicht nur nicht hindert, sondern auch Rath und Anschlag dazu erteilt; erst zuletzt scheint er sich zu besinnen, er verbietet mit drei Worten die Fortsetzung des Kampfes, und siehe da! diese Formel wirkt, indem die Parteien sofort von dem Kampfe ablassen. Aus der Unmöglichkeit dieses Ereignisses folgt nothwendig, daß, wenn auch der Friedensbefehl selbst uralter Bestandtheil des in der Zeit der Selbsthülfe hergebrachten Verfahrens war, doch die vorausgehenden Weisungen erst in der Zeit der Legisaction üblich geworden sind. In der Periode, wo die Gewalt noch eine wirkliche war, kann der Prätor nicht zu den Parteien gesagt haben „*ite viam, redite viam*“. Wollten wir dennoch annehmen, der Prätor habe in der Zeit, wo das Kämpfen der Parteien ein wirkliches war, den Kampf eine Zeit lang geduldet, ihn sogar verordnet, so würden wir auf die oben schon abgelehnte Vorstellung eines gerichtlichen Zweikampfes zurückverfallen, dessen Eigenthümlichkeit im germanischen Prozesse gerade darin bestand, daß unter Aufsicht des Richters gefochten wurde. Wir müssen nothwendig jene Reden des Prätors, mit denen er zum Kampfe auffordert, für die Periode der wirklichen Gewalt ganz wegdenken. Wir werden ihrer eingedenk bleiben, um später auf hoffentlich befriedende Weise zu erklären, wie erst in der späteren Periode, in der Zeit der Legislation, wo das Fechten nur noch ein scheinbares war, eine Veranlassung und ein Bedürfniß jener Weisung des Prätors hervortrat. Vor allen Dingen haben wir die Frage zu stellen, auf welche Weise

und durch welche Veranlassung damals, wo das Kämpfen ein wirkliches war, der Prätor in die Gesellschaft der Parteien zu kommen pflegte.

Anlaß und Folge
der richterlichen
Intervention. Zur Lösung der eben gestellten Frage wollen wir uns für einen Augenblick in die vorhistorische Zeit versetzen, wollen uns weit weg von dem Prätor und seinem Tribunale denken und annehmen, daß eine Partei von einer andern Partei auf dem zwischen ihnen streitigen Felde angetroffen wird. Jeder Theil sucht den andern zu verdrängen. Es kommt zum Gefecht, wobei jeder Partei ihre Freunde zur Seite stehen. Gelangte dann der Vorfall zur Kenntniß des Gewalthabers, den wir, nicht genau, Prätor nennen wollen, so begab sich dieser ungerufen und aus eigenem Antriebe auf den Schauplatz des Streites (praetores — proficisci vindiciarum dicendarum causa [ad] — res. Gell. noct. 20, 10). Der Prätor gebietet Frieden, worauf die Streitenden augenblicklich vom Kampfe ablassen. Damit aber der Friede ein dauernder und der Kampf nicht später erneuert werde, sobald der Prätor den Platz verläßt, so nimmt dieser den Parteien den Gegenstand des Streites weg. Beide Theile müssen das streitige Feld verlassen. Dasselbe ist hiermit confiscirt, wenn uns dieser mangelhafte Ausdruck gestattet ist. Der Eigenthümer, sei dies der eine oder der andere Streittheil, hat in Folge des prätorischen Einschreitens sein Eigenthum verloren. Es ist keine Ursache, vor dem Untergange des Eigenthums zu erschrecken oder ihn absurd zu finden. Denn der obliegende Eigenthümer wurde reichlich in Geld entschädigt; und weiter hat es überhaupt im römischen Civilproceß der obliegende Eigenthumskläger niemals gebracht, als daß er sich mit Geld begnügen und doch schließlich das Streitobject dem Verklagten lassen mußte, obgleich jener formelle Eigenthumsuntergang längst abgekommen war.

Das Sacramen-
tum. Göppert (Arit. Vierteljahresschrift 1872 S. 540) setzt in einem ursprünglichen Zustande einen Kampf der Parteien voraus, welcher richterliche Intervention und Strafe (sacramentum) für die unrechtmäßige Gewalt erfordere. Dieser ursprüngliche Zustand, das Wesen der Intervention und der Charakter der Strafe bedürfen jedoch einer näheren Beschreibung.

Das Sacramentum war ursprünglich keine Proceßwette, sondern eine Strafe. Diese Strafe wurde nicht etwa von beiden

Theilen erlegt, sondern nur von einer Partei. Die Staatsgewalt schritt ein gegen offenen Friedensbruch, wann und wo sie konnte. Ueberzeugte sie sich, daß ein Eigenthumsstreit der Anlaß zur Gewaltthat war, so nahm sie den Streitgegenstand einstweilen hinweg, erörterte standrechtlich die Eigenthumsfrage, gab dem ermittelten Eigenthümer die streitige Sache zurück und verurtheilte den andern Theil zur Erlegung eines Strafopfers. Sacramentum bedeutet ein Opfer. Wie dasselbe Wort in der Sprache der Römer zu einer zweiten Bedeutung des Eides gelangt ist, läßt sich unschwer erklären. In älteren Zeiten war mit jedem Eide ein Opfer verbunden. Der Eid bei Hercules wurde an der ara maxima geleistet (Danz sacraler Schutz S. 112 ff.), offenbar, weil der Schwörende opferte. Völkerverträge wurden durch feierliche Opfer besiegelt (Liv. I. 24). Es ist bezeugt (Gell. 11, 6), daß den Frauen die Fähigkeit, bei Hercules zu schwören, deshalb abging, weil sie dem Hercules nicht opferten. Wer dem Hercules nicht opfern konnte, war auch nicht fähig, bei diesem Gotte zu schwören, woraus dann mit Evidenz hervorgeht, daß ein Opfer nach altem Herkommen einen integrierenden Theil jeder Eideshandlung bildete²⁾. Opfer war die ursprüngliche Bedeutung des Wortes sacramentum. Die erst von da hergeleitete ist die des Eides. Bei der letzteren ist pars pro toto zu nehmen, indem hier, wie öfters, eine einzelne Handlung den Namen für das ganze Institut hergiebt. Für die Legisaction ist nur die Bedeutung des Opfers zu gebrauchen. Das Sacramentum ist hier ein Sühnopfer, eine den Göttern verfallene Strafe für denjenigen, welcher dem Eigenthümer einer Sache Gewalt angethan hat.

²⁾ Anders wird Gellius (11, 6) interpretirt von Danz (sacraler Schutz S. 68 f.). Hiernach soll die Frau beim Hercules deshalb nicht schwören können, weil sie von den sacris des Hercules ohnehin ausgeschlossen, folglich die Strafe des Eidesbruches, bestehend in dem Ausschlusse von den sacris, nicht anwendbar, und mithin ihr Eid beim Hercules unwirksam sei. Diese Auslegung ist deshalb fernliegend, weil Gellius nicht die sacra, sondern speciell das sacrificium erwähnt. Richtig ist ja, daß Frauen an den ganzen sacris des Hercules nicht Theil nahmen. Der nächstliegende und specielle Grund aber, weshalb die Frauen bei dem Hercules von vornherein nicht schwören konnten, war ihre Unfähigkeit, dem Hercules das mit dem Eide verbundene Opfer darzubringen.

Verwandtschaft
und Unterschied
zwischen sacra-
mento interro-
gari und sacra-
mento conten-
dere.

Demnächst dürfen wir einen vielbestrittenen Aus-
spruch des Festus nicht übergehen, welcher zu dem
Mißverständnisse verleiten kann, als ob der Sacra-
mentalproceß nach seinem Wesen und Namen aus
dabei geleisteten Eiden zu erklären sei. Festus (sacramentum)
behandelt den vorliegenden Gegenstand sachlich und sprachlich.
Sachlich ist ihm das Sacramentum ein Strafgehd. Sprachlich
berichtet Festus, es habe der Ausdruck seine besondere Veran-
lassung, derselbe sei deshalb aufgekornen, weil bei der Dürftig-
keit des Avaris in Verbindung mit der Menge der öffentlichen
Sacra es dahin gekornen sei, daß man jenes Strafgehd für
den Opferdienst verwendet habe. Der Autor des Festus glaubt
demnach an eine doppelte Neuerung; eine Neuerung ist es ihm,
daß jene Gelder zu Zwecken des Cults verwendet wurden, und
den Ausdruck sacramentum erachtet er für eine neuere Bezeich-
nung. Wir halten diese Erklärung für eine Conjectur, durch
welche, wie uns scheint, die geschichtliche und sprachliche Ord-
nung umgekehrt wird. Wenn wir darin nicht irren, daß das
Sacramentum ein Sühnopfer als Strafe des Friedensbruches
war, so ist auch die weitere Annahme unabweislich, daß von
vornherein die Sacramentgelder zu den streng sacralen, nicht zu
den eigentlich ävarischen Intraden gehörten, während umgekehrt
der Autor des Festus an eine besondere Zuwendung glaubt,
durch welche ein ursprünglich ävarisches Gefälle in ein sacrales
sich verwandelt hätte, ohne daß hierbei von Festus auch nur
annähernd angegeben werden kann, zu welcher Zeit dieselbe er-
folgt sei. Ueberdies würden wir es auch unglaublich finden,
daß nach einer solchen Zuwendung schnell die Sprache sich
herbeigelassen hätte, um dieses Gefälle mit einem neuen Namen
»sacramentum« zu belegen. Dieser Name im Sinne von Opfer
und Opfergehd scheint uns von unergründlich hohem Alter.
Während auch Karlowa (Civilproceß S. 18) dem Festus oder
Verrius Flaccus keine wirkliche Kenntniß über die Entstehung
des Namens zutraut, so beruft sich Danz (sacr. Schutz S. 156.
Zeitschrift f. R. 6. S. 349) auf diese Stelle, um für die von
ihm vertretene Eidestheorie eine Grundlage zu gewinnen. Aus
dem Umstande nämlich, den er nach Festus voraussetzt, daß
früher der Ausdruck sacramentum im Sinne eines Strafgeldes
unbekannt gewesen sei, sucht Danz die Wahrscheinlichkeit abzu-

leiten, daß das Wort *sacramentum* in der Wendung „*sacramento contendere*“ eine andere ältere Bedeutung, nemlich die des Eides haben müsse. — Nach diesen Vorbemerkungen kommen wir so kurz, wie es eben möglich ist, auf die Eingangsworte bei Festus p. 344 zu sprechen: *sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo, quis interrogatur sive contenditur*. Festus sagt hier, *sacramentum* bedeute ein Strafgeld, welches in zwei Fällen vorkomme, erstens *sive eo quis interrogatur*, zweitens *sive contenditur*. Wie nun der erste Fall zu denken ist, diese Frage setzen wir jetzt noch aus, um auf dieselbe bald zurückzukommen. In dem zweiten Falle ist der Civilproceß der *l. a. sacramenti* gemeint, und das *Sacramentum* ist hier identisch mit dem alten Opfer, welches als Strafe des Friedensbruches ursprünglich nicht von beiden Theilen, sondern nur von der erst überführten Partei erlegt und später in Geld entrichtet wurde. Von Danz (*sacr. Schuß* S. 165 ff. 174) hingegen wird der zweite Fall anders erklärt; der *Sacramentalproceß* soll es mit sich gebracht haben, daß beide Theile ihr Recht beschworen, wobei Danz das *sacramento contendere* als ein Streiten mittelst Schwures auffaßt. Gegen diese Auffassung an sich, welcher Karlowa (S. 17 ff.), jedoch unter Verzichtleistung auf das Zeugniß des Festus und mit der Modification, daß er den Eid schon in den Zeiten der späteren Republik als antiquirt ansieht, beigetreten ist, lassen sich unseres Erachtens mehrere Einwendungen erheben. Beide Rechtshistoriker nehmen an (Danz S. 166. 201 ff., Karlowa S. 17), durch die Eidesleistungen der Parteien sei eine richterliche Untersuchung darüber, welche von ihnen einen unwahren Eid geleistet habe, nothwendig geworden. Ehe wir nun die genannten beiden Rechtslehrer weiter hören, finden wir es bedenklich, daß das mäßige Stück Geld, welches *poenae nomine penditur*, als irgend eine genügende Strafe des falschen Eides hätte gelten können. Wie ist es möglich, anzunehmen, daß der *Sacramentalproceß* eine strafgerichtliche Untersuchung wegen falschen Eides gewesen sei? Wir wollen zusehen, ob es einem von beiden genannten Rechtslehrern gelungen sei, diese Schwierigkeit zu lösen, bezüglich zu vermeiden. Danz stellt gar nicht auf, daß die einzuleitende Untersuchung eine strafgerichtliche wegen Meineids gewesen sei, sondern ist der Ansicht (S. 171 ff.), ihr Zweck habe darin bestanden, eine

Expiation der Partei, welche fahrlässig falsch geschworen, herbeizuführen und ihr ein *Piaculum* aufzuerlegen, als welches er dann das Sacramentgeld betrachtet. Indessen ist es wohl zu bezweifeln, ob den Römern die Fahrlässigkeit beim Schwören für strafbar gegolten hat, und die Eidesformel *si sciens* (*prudens*) falló enthält einen entschiedenen Protest des Schwörenden gegen jede Verantwortlichkeit für den Irrthum und die Fahrlässigkeit. Unter den von Danz (*sacr. Schuß* S. 98 f. 168. Anm. 11) nachgewiesenen Fällen der Bestrafung der *imprudencia* betrifft keiner den fahrlässigen Eid. Außerdem ist gegen Danz von Karlowa (S. 19) der gewiß richtige Einwand erhoben worden, daß die Fälle in der Praxis verschieden liegen, daß bald bloße Fahrlässigkeit, bald ein wissentlich falscher Eid zu bestrafen und folglich die Untersuchung über den fahrlässigen Eid, wie sie Danz als das Wesen des Sacramentalprocesses betrachtet, nicht ohne Weiteres für alle Fälle anwendbar sein würde. Wie sucht nun Karlowa, da er das Sacramentum als die Strafe des falschen Eides schlechthin auffaßt, die für ihn vorhandene Schwierigkeit zu beseitigen? Er bezieht sich auf die von Danz (S. 54 ff.) erörterte Regel, wonach der Schwörende im Falle des falschen Eides nur diejenigen Güter verliere, welche er bei der Eidesleistung speciell genannt habe. So habe denn auch bei dem Proceßsacramentum der Schwörende als Strafe des falschen Eides nur bestimmte Objecte, einige Viehstücke, später Geld für verfallen erklärt. Demnach geht, wie uns scheint, die Ansicht Karlowa's dahin, daß die fragliche beschränkte Strafe beide Fälle des falschen Eides, den Fall des wissentlich und den Fall des fahrlässig falschen Eides gedeckt habe. Nun ist es richtig, daß der Eid der Römer ein genaues Verzeichniß der höchsten Güter zu enthalten pflegte, welche der Schwörende einsetzte (Danz S. 55). Aber aus der Beobachtung dieser Regel ergibt sich nicht mehr, als daß sie für den Fall der Unvollständigkeit der fraglichen Verzeichnung das Bedenken hatten, es sei in diesem Falle der Eidesact formell nicht vollkommen und nicht von der Wirkung, die Folgen des falschen Eides herbeizuführen. Daß hingegen die Römer fähig und nach ihrer Religion berechtigt gewesen wären, bei Bethuerung einer Behauptung unter Anrufung der Götter statt der ganzen rechtlichen Existenz weiter nichts als eine Parcellle des Vermögens an Vieh

oder Geld als Strafe auch des wissentlich falschen Eides einzusehen, ist weder erweislich, noch glaublich. Hierbei soll nicht unerörtert bleiben, ob nach der Ausführung von Hufschke (die *Multa* und das *Sacramentum*) der Einwand sich erledi-ge, daß das *Sacramentum* als Strafe des wissentlich falschen Eides nicht genügen würde. Er gedenkt (S. 379), „beim gerichtlichen Sacra-ment können nach der Natur des Rechtsstreites, zu dem die Parteien formell vermöge der *fides* des Staatsverbandes als berechtigt angesehen werden müssen und in dem sie eben durch das *Sacrament* ihre Privatan-sicht als eine möglicher Weise irrige dem *jov- dicitum* unterwerfen, von einem wissentlichen Frevel bei Anrufung der Gottheit als Zeugen ihres Rechts nicht die Rede sein und dasselbe habe also als falscher Eid nach den Grundsätzen des *jus sacrum* müssen geführt werden können“. Diese Aeußerung finden wir nicht stichhaltig, da es uns nicht einleuchtet, inwiefern der wissentlich falsche Eid durch den Um-stand unmöglich werden soll, daß die Parteien nur ihre „Privat-an-sicht als eine möglicher Weise irrige“ betheuern. Der Aus-druck „Privatan-sicht“ scheint uns ohne Berechtigung; was die Parteien nach Hufschke beschwören (S. 378 *fundum meum esse*), ist zwar ein zusammengefaßtes Resultat, aber doch kein Cre-dulitätseid im heutigen Sinne; und inwiefern im Sacramental-proceß der Eid, wenn ein solcher vorkäme, mehr als jeder andere Eid den Charakter des Privaten beanspruchen, wie dieser Privatcharakter den Thatbestand des wissentlich falschen Eides ausschließen könnte, ist nicht abzusehen. Wenn „auf die sub-jective Gewissensstellung des Schwörenden zu seiner Behaup-tung“, wie Hufschke (S. 378) annimmt, „nichts ankommen“ soll, dann ist der Begriff des Eides überhaupt preisgegeben.

Jetzt kommen wir auf die Frage zurück: was bedeutet der andere Fall, in welchem das *Sacramentum* als Straf-geld zur Anwendung kommt? Was ist das für ein Fall, den Festus mit den Worten ausdrückt: „*sive eo quis interrogatur*“? Diese Frage hat für uns ihre Schwierigkeit verloren, nachdem uns die neueren Erörterungen Hufschke's bekannt geworden sind. Das *sacramento interrogari* wird behandelt bei Festus v. *Sacramento* (D. Müller p. 344). Hier kommt im Texte das Wort „tra-derentur“ vor, welches gar keinen Sinn giebt. Hufschke (S. 357) unterwirft den Text einer Veränderung, hauptsächlich darin be-

stehend, daß er für *ad-erant* liest *postulaverant*, dann aber das *traderentur* in ein *interrogarentur* verwandelt, wodurch sich auf einmal ein ganz guter Sinn ergibt. Wir halten diese Textveränderung Hufschke's für richtig und unabweislich. Nachdem der Grammatiker den Ausdruck *sacramento interrogari* im Allgemeinen herangezogen hatte, war es seine Absicht, ein Beispiel aus einem Schriftsteller zu beschaffen, um daran die Anwendung des Ausdrucks zu zeigen; er brachte eine Stelle aus einer Rede des Cato. Natürlicherweise mußte in der letzteren der Ausdruck *sacramento interrogari* sich vorfinden; denn sonst, wenn *traderentur*, nicht *interrogarentur* darin zu lesen wäre, hätte es für den Autor gar keinen Zweck gehabt, diese Stelle aus Cato auszuscheiden. Den Sinn der letzteren, über welchen Hufschke (S. 357 Note 7) uns belehrt, müssen wir trotz der vorhandenen Lücken für sehr glaubwürdig halten: Angeeschuldigte provocirten auf legales Verfahren, indem sie darauf bestanden, *ut sacramento interrogarentur*³⁾. Wenn es demnächst gewiß auch richtig ist, was Hufschke im Weiteren (S. 358) bemerkt, daß die gedachte Stelle des Cato „nach ihren Ueberbleibseln nicht wohl anders als von obrigkeitlicher Bestrafung verstanden werden kann“, so ist das dankenswerthe Ergebnis dieses, daß Hufschke im Allgemeinen die technische Bedeutung des Ausdrucks *sacramento interrogari* festgestellt hat. In seinen weiteren Entwicklungen und im Speciellen haben wir jedoch mit Hufschke nicht übereinstimmen können. Das *sacramento interrogari* ist nach unserer Ansicht, zu der wir allerdings nur durch Hufschke gelangt sind, eine uralte selbständige Grundform des römischen Criminalprocesses; das *sacramentum* ist hier die alte Opferstrafe, und auf diese Strafe hin (*sacramento*) wird der Angeeschuldigte zur Verantwortung gezogen (*interrogatur*). Mit Rücksicht auf diese zu erkennende Strafe wurde auch der Criminalproceß der *Lex Calpurnia* und der *Lex Junia* ein *sacramento agere* genannt (*Lex Acilia* v. 23)⁴⁾. Ueber die Schuld-

³⁾ Die weiteren Worte des Cato *lege aest-imarentur* läßt Hufschke unverändert. Er benutzt sie sogar (S. 467) zum Zwecke einer besonderen Anschauung. Uns scheint hingegen der Ausdruck *homo lege aestimatur* unmöglich. Offenbar hat Cato ursprünglich geschrieben *leites aestimarentur*.

⁴⁾ Von Mommsen (Röm. Staatsrecht B. 2. Abth. 1 S. 204 und Note 1. S. 547 und Note 1) wird angenommen, das Verfahren bei Ver-

frage hatten die Centumviri zu entscheiden, sofern nicht specielle Gesetze etwa Vorschriften über Bildung einer besonderen Geschworenbank erteilten. Wenn Gesetze, wie die *Lex Silia* (Festus v. *Publica pondera* p. 246) oder das *Fragmentum Tudertinum* (Bruns: *Fontes* p. 117) bei Androhung unbestimmter bezüglich bestimmter Strafe von *multare*, bezüglich von *multa* sprechen, so ist es die Absicht, das gewöhnliche Multverfahren bei diesen Untersuchungen zur Anwendung zu bringen; gleichzeitig sagen beide Gesetze, daß sie auch gestatten wollen, das fragliche Straf- geld in *sacrum* zu *judiciren*, womit sie erklären, daß sie das ältere Criminalverfahren, das Verfahren des *sacramento interrogari*, nicht abschaffen, sondern ihm die alternative Concurrenz neben dem Multverfahren belassen. Auf diese Weise ist für uns das Original auch in der Ferne noch erkennbar, von welchem der Vindicationsproceß der *legis actio sacramenti* nur eine Nachbildung ist. Der Vindicationsproceß ist nur eine Fiction jenes Criminalprocesses. In dem letzteren ist das *Sacramentum* die Strafe selbst, dagegen im Vindicationsproceß dient es als Proceßeinleitungsmittel und nebenbei noch als *Succumbenzstrafe*. Dort hat nur eine Partei, nur der Angeklagte nach gesprochenem Urtheile das *Sacramentum* zu erlegen; hier im Vindicationsproceß besteht die zufällige Eigenthümlichkeit, welche sich auf eine besondere, weiter unten zu erörternde Weise erklärt, daß beide Theile das *Sacramentum* vor gesprochenem Urtheile erlegen. Nunmehr sind wir in den Stand gesetzt, die oft berregte Stelle des Festus zu erklären. Das *Sacramentum* wird als Strafe in zwei Fällen erlegt; erstens in demjenigen Criminalproceß, welcher technisch mit *sacramento interrogari* bezeichnet wird (*sive eo quis interrogatur*); zweitens im Civil-

folgung des Repetundenverbrechens nach diesen Gesetzen sei formell dem Civilverfahren nachgebildet, sei die *l. a. sacr. in personam*. Von unserem Standpunkte aus halten wir diese Annahme für irrig. Ist uns die *l. a. sacr.*, sowohl die in *rem* wie die in *personam*, nur die Fiction eines Criminalprocesses über das bestimmte Verbrechen der ungerechtfertigten Selbsthülfe, so wird es uns unmöglich, diese Fiction auf einen wirklichen Criminalproceß wegen eines ganz andern Verbrechens als angewandt zu betrachten. Ueberdies möchte es sich auch noch fragen, ob nicht Mommsen nach der im Allgemeinen (nicht im Speciellen) gelungenen Forschung Huschke's über das Institut des *sacramento interrogari* die obige Annahme fallen lassen wird.

proceß der legis actio sacramenti (sive contenditur). — Von entgegengesetzter Art sind in der weiteren Entwicklung die Aufstellungen von Fufste (S. 460 f. S. 465—468).

Nochmals die
Weisungen des
Prätors. Wir suchen jetzt zu erklären, wie die Veränderung möglich war, welche darin bestand, daß späterhin die Parteien nicht mit Waffen, sondern mit Worten sich befehden. In der Vorzeit — dies muß nochmals hervorgehoben werden — mischte sich der Prätor ganz zufällig ein und trat ungerufen zwischen die Parteien. Es bedurfte, um die Streitenden auseinander zu bringen, der dictatorischen Intervention eines mit höchster Autorität versehenen Herrschers. Später zur Zeit der Legislation sind die Parteien wie umgewandelt. Sie warten nicht, bis der Richter zufällig einschreitet, sondern wie verabredetermaßen, noch ehe es zwischen ihnen zu Thätlichkeiten gekommen ist, erscheinen sie vor ihm. Dann führen sie gegen einander gewisse Reden und machen Geberden, als ob sie wirklich mit einander im Kampfe lebten. Dieses thun sie, um dem Richter die hergebrachten Bedingungen seines Einschreitens zu unterbreiten. Also sie wünschen innerlich beide das richterliche Einschreiten. Frage und Antwort, Vindication und Contravindication, alles ist zwischen ihnen wie abgefartet. Woher kommt nun diese große Veränderung in der Handlungsweise der Parteien? Ist sie etwa Folge des Einflusses milderer Sitten und höherer Cultur? Gewiß wäre ohne diese Einflüsse die erwünschte Wandelung nicht möglich gewesen. Nur verlangt unser rechtshistorisches Interesse eine accuratere Antwort. Für die Zeit des allmäligen Ueberganges zur Legislation kann die processualische Verträglichkeit der Parteien lediglich in einem geheimen Compromisse ihre Ursache haben. Daß sie zu dem letzteren sich herbeiließen, dürfen wir nicht zu sehr und nicht ausschließlich ihrer Selbstbeherrschung zuschreiben. Sie hätten das Compromiß ohne den Zwang der Umstände niemals zu Stande gebracht. Wollte nach der älteren Verfassung der Verletzte zu seinem Rechte gelangen, so mußte er sich erst in einen wirklichen Kampf einlassen, was in Zeiten gesteigerter Cultur zu einer höchst lästigen Aufgabe werden mußte. Dieselbe Belästigung empfand auch der Gegner; auch dem Gegner war es unbequem, die zur Erhaltung seines Vermögensstandes notwendige Gegenwehr vorzunehmen. Bei dieser guten Stimmung

der Parteien war der Uebergang zu der Form der Legisactio sehr leicht. Sie kämpfen wohl immer noch mit wirklichen Waffen; aber es ist ihnen beiden kein rechter Ernst mehr. Für beide ist nichts so erwünscht als das zufällige Einschreiten des Prätors. In dem Momente, wo der beiderseits ersehnte Prätor erscheint, stellen sich die Parteien immer noch kämpfend, sie suchen den Richter zu täuschen, damit er gegen sie einschreite. Dem Richter ist diese versuchte Täuschung, welche er durchschaut, höchst willkommen. Denn sie ist ihm der Anfang einer neuen Ordnung der Dinge. Zuletzt verstehen sich Richter und Parteien vollkommen, und von keiner Seite macht man sich ein Hehl mehr daraus, daß ein bloßes Schauspiel aufgeführt wird, zu dessen richtiger Darstellung sogar der Prätor Anleitungen giebt. Diese Anleitungen sind enthalten in den Worten: *suis utrisque superstitionibus praesentibus istam viam dico. Ite viam. Redite viam.* In den Zeiten des wirklichen Waffenkampfes kann der Prätor eine solche Aufmunterung zu Thätlichkeiten niemals ausgesprochen haben. Jetzt aber, nachdem die Parteien von Thaten zu Worten übergegangen sind, läßt sich in den obigen Ausdrücken, welche Cicero (pro Mur. 12) als ein *carmen absurdum* bezeichnet, lediglich eine Nachhülfe des Prätors erkennen, um die Parteien in der richtigen Production des fingierten Kampfes zu unterstützen. Jene Worte gehören ursprünglich nicht zu dem Dialoge des Drama's sind vielmehr den vom Schauspielsdichter eingeschalteten Bühnenweisungen zu vergleichen. Ein späteres Zeitalter verlor das innere Verständniß der alten Formen und hielt das, was wir mit Bühnenweisungen vergleichen, für integrierende Theile des Dialoges selbst, auf welche sonach der typische Charakter des Ganzen mit übertragen wurde.

Das Einschreiten des Prätors hat in der Urzeit
In der Urzeit
 keine sachliche Ver-
 urtheilung einer
 Partei möglich. immer einen polizeilichen Charakter, den Zweck der Wiederherstellung der Ruhe. Aus demselben polizeilichen Zwecke erklärt sich auch die Maßregel, daß den Parteien sogleich die streitige Sache weggenommen wird. Im Interesse einer dauernden Beschwichtigung des Kampfes findet es der Prätor nicht für gut, einstweilen einer der Parteien die Sache zu gönnen und zu lassen. Kein Theil soll die Sache zwischen haben: *mittite ambo hominem.* Diese Confiscationsmaßregel des Prätors zieht ihm eine neue Verpflichtung zu.

Nunmehr ist es seine Obliegenheit, auch den Civilpunkt von Amtswegen zu reguliren. Er allein hat ja hierzu die Mittel, denn er — der Prätor — hat die streitige Sache. Von einer Partei, welche schließlich zu einer civilrechtlichen Leistung verurtheilt würde, kann demnach keine Rede sein. In Ansehung des Civilpunktes kann kein Streittheil condemnatus, keiner judicatus werden, und insofern kann man noch keinen Verklagten unter ihnen herausfinden.

Grund der Beider-
seitigkeit der fin-
girten Gewalt.

Zwischen dem Rituale der in jure cessio und dem Rituale der Legisaction besteht ein erheblicher Unterschied insofern, als dort nur ein Theil (der Erwerber) vindicirt, hier aber beide Theile vindiciren. Hier ist also der Gebrauch der Waffe (vindicta = hasta) ein gegenseitiger. Die Waffe steht in Beziehung zu dem Streitgegenstande, welcher mit der symbolischen Lanze berührt wird, so daß die Legisaction, wenn es um ein streitiges Feld sich handelt, das Ereigniß fingirt, daß beide Theile mit Waffengewalt das streitige Feld zu behaupten suchen. Dieses Ereigniß war viel häufiger als jene Begebenheit, welche sich in dem Rituale der in jure cessio abzeichnet, wo der Angegriffene sich gar nicht wehrt. Dieses Ereigniß der gegenseitigen Gewalt bietet sich dem Prätor in dem Momente seines Einschreitens dar. Die frißche That bedarf keiner Erörterung, da alles der Augenschein lehrt. Es kommt in den meisten Fällen lediglich darauf an, wer von beiden Theilen gerechte Sache hat, wer Eigenthümer ist. Standrechtlich wird jetzt die Eigenthumsfrage von dem Prätor selbst mit Beachtung der Stimme des Volkes erörtert. Je nachdem diese Erörterung entweder zu Gunsten des Algerius oder des Megidius ausfällt, wird entweder dieser oder jener bestraft, und dem straffreien Theil wird die durch den Friedensbefehl herrenlos gewordene Sache zugesprochen (addictio).

Wenn aber dieses das ursprüngliche Verfahren gewesen ist, wie wir noch durch weitere Gründe darzuthun hoffen, so liegt in der beiderseitigen fingirten Gewalt, welche in dem Rituale der Legisaction dargestellt wird, eine abstoßende Sonderbarkeit. Man sollte nemlich meinen, das Ritual der in jure cessio müßte auch für die Legisaction genügt haben, da man nur das Geständniß des Angegriffenen wegzulassen und ihm statt dessen ein Bestreiten des gegnerischen Eigenthums in den Mund zu

legen brauchte. Warum — so fragt man billig — genügt es der Legisaction nicht, daß Agerius der Fiction nach eine Gewalthandlung beging? Warum muß hinterher auch Megibius eine Gewalthandlung begehen? Es war, wie es scheint, viel natürlicher, nur auf einer Seite ein indicirtes Delict zu fingiren, so daß nur dieser eine Verdächtige in die Lage kam, entweder Strafe oder Absolution zu erhalten. Warum also muß es jedenfalls zu einer Verurtheilung entweder des einen oder andern Theils kommen? Warum muß jedesmal ein Opfer fallen? Warum muß zu letzterem Behufe auch Megibius die eventuell als Delict erscheinende Handlung nach dem Rituale der Legisaction vornehmen? Diese vorläufig berechtigten Fragen finden, wie wir glauben, auf folgende Weise ihre Lösung.

Wohl mit Recht erblickt Bülow (Lehre von den Proceß-einreden u. f. w. 1868. S. 268) in der Trennung des Richter-geschäftes nach jus und judicium eine sehr alte, nicht erst durch die Geschäftsüberhäufung des Prätors erzwungene Einrichtung. Jedoch sind wir daneben der Ansicht, daß diese Trennung nicht von Anfang eine fest organisirte gewesen sein kann und daß ihre gründliche Durchführung bedingt war theils durch die vermehrten Geschäfte, theils durch das Hinzukommen besonderer Umstände. So lange der Prätor standrechtlich unter Beirath der Stimme der Ältesten des Volks entschied, konnte äußerlich eine Theilung zwischen jus und judicium nicht hervortreten. Erst als durch Anwachsen des Gemeinwesens die Möglichkeit der standrechtlichen Entscheidung gemindert war, mußte der Prätor daran denken, mit Erörterung der Schuldfrage einen Ausschuß von Bürgern zu beauftragen. Auf diese Weise wurde die bisher unorganische, mehr beratende Theilnahme des Volkes nach und nach zu einer organischen und entscheidenden gemacht; und so wurde der Grund gelegt zu der späteren Trennung zwischen jus und judicium nach Zeit und Raum. Immerhin war die Operation nicht ohne Schwierigkeit. Denn die handhafte That nach standrechtlicher Erörterung der Eigenthumsfrage auf der Stelle zu strafen, von dieser hergebrachten Regel konnte der Prätor nicht ohne alle Umstände lassen. Um die Verhandlung abzubrechen und in einem späteren Termine, nachdem die Eigenthumsfrage durch den Bürgerausschuß gelöst, die eine oder andere Partei zu einem Strafoffer zu verurtheilen, hierzu fehlte es

an aller und jeder Fügigkeit. Vorladung der Parteien unter Androhung von Präjudicien war eine ganz unbekannte Einrichtung. Jetzt im Momente des richterlichen Einschreitens auf frischer That, jetzt oder niemals konnte ein Strafurtheil von dem Prätor gesprochen werden. Später wären die Parteien niemals wieder zu erlangen gewesen. Die Strafgewalt des Staatsoberhauptes beschränkte sich eben auf den Fall der frischen That und wurde herkömmlich nicht anders ausgeübt als so, daß sie der frischen That auf dem Fuße folgte. Hätte unter solchen Umständen diejenige Partei, gegen welche das Delict der Vergewaltigung indicirt vorlag, den Gegenstand des Strafsopfers einstweilen im Voraus geleistet, dann konnte die Erörterung der Eigenthumsfrage aufgeschoben werden. Denn hatte der Prätor nur erst das Opfer, zurückgeben konnte er dasselbe jederzeit, wenn nachher der Opfernde in der Eigenthumsfrage obtinirte. Gesezt nun, bloß eine Partei hätte Gewalt angewendet, bloß Agerius, so hätte sich dieser zu einer einseitigen Pränumeration des Opfers schwerlich herbeigelassen. Wie hätte Agerius zu der Stimmung gelangen sollen, aus bloßer Gefälligkeit gegen den Prätor, damit dieser die Verhandlung vertagen konnte, das Sacramentum zu pränumeriren? Agerius zog es in dem geschilderten Falle stets vor, den Ausgang abzuwarten, um dann im schlimmsten Falle das Sacramentum zu postnumeriren. Leichter würde er sich bereit finden, zu pränumeriren, wenn er an Megidius einen ebenfalls pränumerirenden Genossen fände. Schade nur, daß Megidius in dem geschilderten Falle gar nichts verbrochen, mithin nicht die geringste Veranlassung hatte, das Sacramentum zu pränumeriren. Doch der geschilderte Fall war nicht der gewöhnliche. Daß ein Angegriffener ganz gutwillig weicht, ist ja, wie es in der Natur der Dinge liegt, eine sehr seltene Ausnahme. Zum Glück für den Prätor lag der Fall, wenn er intervenirte, gewöhnlich so, daß der Angegriffene Widerstand leistete. In diesem regelmäßigen Falle des gegenseitigen Gebrauchs der Gewalt gelangte der Prätor zu dem einzig möglichen und einzig richtigen Auswege. Da nemlich zwei Handlungen vorlagen, von denen die eine oder die andere, welche es auch sei, bei etwaiger ungerechter Sache in Bezug auf das Eigenthum die Qualität eines Delictes hatte, da mithin das Delict bis auf Weiteres auf jeder Seite indicirt war,

so mußte es jedesmal dahin kommen, daß die Parteien in ihrem Eifer sich gegenseitig für straffällig erklärten. Nachdem der eine Theil geäußert hat „quando — sacramento te provoco“, so erwiedert der andere Theil „et ego te“. Ueber diese Lesart nach Studemund unterrichtet uns Lotmar (zur l. a. s. in rem S. 46), welcher zugleich mit Bezug auf den Vorgang von Scheurl und Dernburg das Wort *similiter* aus der Formel, nicht etwa übrigens aus dem Texte, hinausweist. Denken wir uns nun zurück in die Periode der Selbsthülfe, wo beide Parteien sich gegenseitig das *Delict* zum Vorwurfe machen. Jetzt proponirte der Prätor: gebt doch einstweilen beide das *Sacramentum*, damit die Verhandlung heute vertagt, die Eigenthumsfrage durch einen Bürgerausschuß erörtert und der hierbei obliegenden Partei ihr *Sacramentum* zurückgegeben, das andere *Sacramentum* als verfallen innebehalten werde (*qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat*. Varro l. L. 5, 180). Da diese Proposition einer gewissen Rechtsgleichheit der Parteien entsprach, so muß es zuweilen vorgekommen sein, daß sie von ihnen angenommen wurde; wo es nicht geschah, da blieb es bei dem bisherigen standrechtlichen Verfahren. Zwingen konnte der Prätor die Parteien zur Annahme nicht. Doch ist zu bedenken, daß sehr viele Fälle, welche an den Prätor herantraten, bereits von der Art waren, daß die Parteien den Friedensbruch nur noch simulirten. In solchen Fällen war es ja nur Sache des *officium nobile* des Prätors, wenn er so that, als ob ein wirklicher Friedensbruch vorläge und hierauf wie gegen Friedensbruch einschritt. Dieses *officium nobile* konnte er den Parteien, wenn sie seinen Vorschlag nicht annahmen, auch versagen, und er konnte ihnen erklären, daß er nach strenger Auffassung der bisherigen Rechtsverfassung nicht anders und nicht früher zur richterlichen Intervention sich veranlaßt sehe, als bis in Wirklichkeit ein Friedensbruch vorgefallen sei.

Es wird durch das Bisherige deutlich sein, aus welchen Gründen in späteren Zeiten, als man, den Kampf vermeidend, nur noch dessen Fiction beibehielt, beide Theile von der symbolischen Waffe Gebrauch machten. Damit der Prätor zwei *Sacramenta* einfordern konnte, mußten ihm zwei Handlungen in der Fiction dargestellt werden, von denen einstweilen jede als *Delict* indicirt war, bis nach Entscheidung der Eigenthumsfrage die

eine als Delict, die andere als erlaubte Handlung sich definitiv erwies. Wenn daher jeder der beiden Vindicanten zu dem anderen sagte: ecce tibi, vindictam imposui (Gaj. 4, 16), so lag in solcher Rede zwar sachlich ein Geständniß des eventuellen Delictes, welches von der fingirten Begehung des letzteren begleitet war (et simul homini festucam imponebat). Das Geständniß liegt aber nicht im nächsten Zwecke der erwähnten Parteirede. Es bedurfte auch keines Geständnisses, da schon der fingirte Augenschein eine fingirte gegenseitige Vergewaltigung lehrte. Auch deutet der an den Gegner gerichtete Ausdruck ecce tibi darauf hin, daß jeder Vindicant eine ihm vortheilhafte Behauptung aussprechen will, indem er sich seiner That eher zu rühmen als sie zu bekennen scheint. In der That diente die Erklärung jeder Partei, daß sie die symbolische Waffe angewandt habe, zu ihrer Rechtfertigung deshalb, weil die Legisaction nicht vor sich gehen konnte, wenn nicht jede von beiden Parteien eine Gewalthandlung fingirte.

„Secundum suam
causam.“

Wenn es einst der Fall war, daß der Prätor in der Stunde der Intervention die Schuldfrage untersuchte, also den Eigenthumspunkt auf der Stelle erörterte, so ist auch die Annahme von selbst gestattet, daß die eine oder andere Partei nicht unterließ, dem Prätor zu sagen, wie sie das Eigenthum erworben haben wolle. Mit dieser Annahme würde es nicht im Widerspruche stehen, wenn sich in dem Dialoge des Vindicationsprocesses eine Formel fände, welche bedeutet, daß eine der Parteien scheinbar dem Prätor die tatsächliche Entstehung ihres Eigenthums vorgetragen hat. In der That spricht bei der Legisaction Ulpianus die Worte aus: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui (Gaj. 4, 16. Probus: S. S. C. S. D. E. T. V. secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam⁵⁾).

Zunächst nehmen wir an, daß causa allerdings den Erwerbungsgrund bedeutet. Man hat gegen diese Bedeutung sprachliche Einwendungen erhoben. Unger (Zeitschrift f. R. 7 S. 201 Note 19) hat bemerkt, „die causa remota unseres An-

⁵⁾ Daß ecce tibi vindictam (Probus) auch ohne imposui (Gajus) einen Sinn hat, zeigt Karlowa Civilpr. S. 71 Note 3.

spruchs, also die causa unseres Rechts könne man doch unmöglich die sua causa des vindicirten Gegenstandes nennen.“ Aehnlich Lotmar (zur Legis Actio Sacramento in Rom S. 107). Diese sprachlichen Einwendungen beruhen, wie uns scheint, auf einem sprachlichen Uebersehen. Das Wort suus, a, um verliert in manchen Fällen alle und jede pronominentle Bedeutung und wird zu einem Adjectivum. Sua dies ist der Zahlungstag; sua morte decedere heißt eines natürlichen Todes sterben *). Die sui heredes sind wörtlich nur die ordnungsmäßig bestimmten Erben, was man versteht, wenn man den Ausdruck in eine innere Verbindung mit der Regel setzt, daß die sui heredes ipso jure erben. In allen diesen Fällen ist kein Subject gegeben, auf welches füglich das Wort suus, a, um als Pronomen bezogen werden könnte. Die adjectivische Bedeutung des Wortes wurde bereits von Götting (röm. Staatsverfassung S. 137 Note 5) bemerkt, wobei er auch der sui heredes gedachte. Wir können nur darin nicht einstimmen, daß die causa als eine necessaria justa aufzufassen sei. Die causa heißt sua, weil man bei der Vindication so thut, als seien ganz bestimmte tatsächliche Verhältnisse vorhanden und zur Sprache gekommen, aus denen das Eigenthum sich ergebe. Demnach ist die Redeweise secundum suam causam, sicut dixi zu übersetzen: „über den „Erwerb des Eigenthums an dem Slaven, welchen ich vindicire, „habe ich bestimmte Angaben gemacht, welche ich hiermit wieder- „hole.“ Selbstverständlich ist es gar nicht wahr, daß solche Angaben von Agerius, welcher die obige Rede führt, gemacht worden seien; auch in dieser Beziehung ist bei der Vindication alles nur Verstellung. In einer früheren Zeit, als die Parteien noch wirklich kämpften, und auch der intervenirende Prätor noch selbst unter Beirath der Notabeln des Volks die Entscheidung traf, war es ebenso unbedenklich als nothwendig, daß die Partei in derselben unförmlichen Weise, wie überhaupt in jener Periode alles Wirklichkeit und alle Erklärungen unförmlich waren, eine Erzählung darüber gab, auf welche Art sie das Eigenthum an der streitigen Sache erlangt habe. Später, wo die Parteien

*) L. 47 D. de V. O. 45, 1. L. 10. § 1. D. de rescind. vend. 18, 5. pecunia secundum legem suis diebus solutae. L. 28. pr. D. de bon. lib. 38. 2. Brisson. de V. S. sua die, sua morte.

auch noch kämpfen, aber der intervenirende Prätor schon in vielen Fällen nicht selbst über die Eigenthumsfrage entscheidet, sondern in den meisten Fällen beiden Theilen das Sacramentum abfordert und ein Judicium bestellt, da wird es immer noch so gehalten, daß eine der Parteien in Gegenwart des Prätors ihre Angaben über den Eigenthumserwerb macht. Vorsorglich mußte man in jener Periode dies auch thun, da man im Voraus nicht wußte, daß der Prätor den Ausweg treffen werde, die Eigenthumserörterung an ein Judicium abzugeben, während er die Macht und das Recht hatte, unter Weirath seines Umstandes selbst zu entscheiden. Aber in der weiteren Periode, wo der Kampf nur noch fingirt, wo ausnahmslos das Sacramentum beiderseits geleistet, die Eigenthumsfrage ausnahmslos einem Judicium übertragen wird, in dieser Periode hat es für die Parteien keinen Zweck mehr, in jure die Entstehung des Eigenthums zu erzählen, da hierzu in judicio die einzig richtige Zeit und Stelle ist. Nur um der Legalität zu genügen, glaubt man den fingirten Auftritt, welcher das Einschreiten des Prätors der Fiction nach veranlaßt, in seiner Totalität und Integrität darstellen zu müssen, kein Stück davon weglassen zu dürfen. Die obige Formel ist demnach die Fiction einer ganz bestimmten Geschichtserzählung über den Eigenthumserwerb.

Der weitere Dia-
log.

Nur Ugerius äußert bei der Legislation die beregten Worte *secundum suam causam, sicut dixi*. Gajus (4, 16) schreibt zwar: *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*. Indessen ganz gleichlautend ist die Rolle des Gegners nicht. Hätte Gajus berichtet *eadem dicebat*, so würde noch eher eine gänzliche Identität der gewechselten Reden anzunehmen sein. Er fügt aber *similiter* hinzu, um anzudeuten, daß N. Regidius nur ungefähr dieselbe Rede führt. Diese modificirende Bedeutung des Wortes *similiter* wurde von Lotmar (S. 65) in's Auge gefaßt, aber schließlich verworfen. Eventuell müßten wir wenigstens mit Lotmar (S. 126) es „zweifelhaft“ finden, „ob“ Gajus „sich über den Zweck dieser Worte im Munde des Beklagten Rechenschaft zu geben im Stande war“, womit Lotmar, wie wir ihn verstehen, einen Zweifel daran auszusprechen bezweckt, daß Gajus, wenn er etwa den Beklagten dieselben Worte sagen lassen will, dies mit vollständig genauer Instruction thue. Daß der Beklagte diese Worte nicht sagt,

ergiebt sich aus der späteren Frage des Klägers: *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*. Wir fassen mit Thering (Geist III, 1 S. 100 f.) diese Frage dahin auf, daß Kläger den Beklagten auffordert, seinen Erwerbungsgrund anzugeben. Dabei ist aber andererseits, was Thering nicht erwägt, der Umstand von Bedeutung, daß der Beklagte die Angabe seines Erwerbungsgrundes verweigert. Nach früherer Lesart lautet die Antwort des Beklagten *jus peregi sicut vindictam imposui*. Lotmar (S. 138) macht mit Grund darauf aufmerksam, daß nach Studemund's Apographum zu lesen ist „*jus feci sicut etc.*“ Wenn nun Lotmar (S. 142) diese Antwort auffaßt als die „trohige Behauptung des Beklagten, daß er recht gethan habe“, so sind wir hiermit einverstanden, glauben übrigens, daß die alte Lesart denselben Sinn ergeben haben würde. Jedoch im Weiteren ist unsere Ansicht mit der seinigen nicht ganz identisch.

Zwar geht schon aus Lotmar's Ausführung hervor, daß die Antwort des Regidius auf den Zweck hinauskommt, sich die Vortheile der Defensiv zu wahren und die Beweispflicht lediglich dem Algerius zu überlassen. Auch haben wir zu erwähnen, wie schon von B.-Hollweg (I. S. 139 Note 18) der Gedanke flüchtig erfaßt und freilich wieder fallen gelassen wurde, daß in jener Antwort eine Verweigerung der Angabe eines Erwerbsgrundes liege. Es bleibt jedoch zu erklären übrig, welchen Grund es hat, daß die Parteien in der Legisaction und zwar in jedem einzelnen Falle ohne Ausnahme zu dem in Rede stehenden Dialoge sich herbeilassen müssen. Diese Nothwendigkeit erklärt sich nach unserer Ansicht aus dem Bedürfnisse, den Präcedenzfall vollständig nachzuahmen, welcher überhaupt das Vorbild der Legisaction ist. Irgend einst, zur Zeit der Selbsthülfe, hatte irgend eine angegriffene Partei in Form der obigen Antwort die Freiheit von der Beweislast als ein Vorrecht ihrer Stellung als angegriffene Partei in Anspruch genommen. So war ein Muster gegeben, welches dann in der Legisaction jeder Regidius zu befolgen hat. Er kann freilich die erwähnte Antwort nicht ertheilen, wenn nicht zuvor Algerius die entsprechende Frage an ihn richtet. Dennoch ist dieser Dialog für jede Legisaction nothwendig. Hieraus folgt, daß jede Legisaction, wenn sie überhaupt stattfinden soll, die Einigkeit der Parteien über die Partierollen voraussetzt.

Die Streitfrage
der Duplicität. Durch das Bisherige sind wir bereits in den Stand gesetzt, uns über unser Verhältniß zu der Streitfrage über die Duplicität der legis actio sacramenti klar zu machen.

Die Simplicität der Legisaction ist unseres Erachtens eine absolute, und nur durch die fictionäre Nachahmung des Criminalprocesses der Selbsthülfe wird der täuschende Schein einer Duplicität der Eigenthumsklage verursacht. Wenn in der Zeit der Selbsthülfe die Eigenthumsfrage nicht zu lösen war und kein Theil sich als Eigenthümer legitimiren konnte, so machte der Prätor seine Entscheidung nur von der Frage abhängig, welche Partei in der Offensive, welche in der Defensiv gewesen war. Und dann wurde der Angreifer bestraft, der Angegriffene absolvirt. Dieses Verdict des Prätors war das erste und letzte. Der Proceß war durch dasselbe beendet, während die Regulirung der Schäden in einer abgesonderten Weise erfolgte. Da nun vor Ertheilung jenes Verdictes, welches den Proceß beendigte, eine förmliche Entscheidung darüber, welche Partei in der Offensive und welche in der Defensiv gewesen sei, noch nicht erfolgt war, mithin, formell genommen, jede Partei zu gewärtigen hatte, durch das erwähnte erste und letzte Verdict für den schuldigen Theil erklärt zu werden, so war durch diese Schwebung eine gewisse äußerliche Duplicität des Criminalprocesses in derselben Weise bedingt, wie man in jedem Criminalproceß von einer Duplicität dann sprechen kann, wenn von zwei Verdächtigen es noch ungewiß ist, welcher unter ihnen als schuldig angesehen werden wird. Durch diese Duplicität wurde aber der Vorzug gar nicht afficirt, welchen der angegriffene Theil hinsichtlich des Eigenthumsbeweises von vornherein hatte. Materiell genommen, war der angegriffene Theil für den Fall, daß Niemand sich als Eigenthümer legitimirte, schon damals seiner Freisprechung sicher; nur äußerlich und formell war es das souveräne Gutachten des Prätors, welchem er seine Freisprechung verdankte; und wenn dieser ungerecht richten wollte, so konnte er in dem gedachten Falle auch den angegriffenen Theil anstatt des Angreifers verurtheilen. Auch ging noch in der nemlichen ersten Periode diese eben erwähnte Duplicität verloren, als eine Trennung des Verfahrens in jus und judicium eintrat. Denn die Frage „wer hat angegriffen?“ gab der Prätor nicht aus der Hand; vielmehr ließ er den Centumviren

in allen Fällen unverhalten, daß und welche Partei in der Offensive, welche in der Defensivse sich befunden habe, so daß nunmehr der für die Beweislast leichter zu beurtheilende Litigant den Centumvirn im Voraus gekennzeichnet war. Noch viel weniger konnte in der späteren Zeit, wo die gegenseitige Vergewaltigung nur noch auf Verstellung beruht, von einer Duplicität des Verfahrens die Rede sein. Denn bei Simulirung der gegenseitigen Gewalt sind die Parteien vollkommen einig; die künstliche Darstellung der Bedingungen des prätorischen Einschreitens hat vor allen Dingen zur Voraussetzung einen gutwilligen Kläger, welcher gutwillig die schwierigere Rolle eines Vindicanten übernimmt. Hier führen die Parteien die Thatsache künstlich vor, daß der Vindicant angreift, der Contravindicant sich vertheidigt. Daher finden wir es nicht ganz genau, wenn Buchta (Inst. 2. § 161) lehrt, die Feststellung der Parteirollen sei schon durch die Handlungen bestimmt, welche dem vindicias dicere vorausgingen. Als eine Wirkung des Vindicirens und Contravindicirens können wir die Feststellung der Parteirollen nicht betrachten. Für richtig halten wir vielmehr, was Lotmar (S. 93) ausspricht und was wir wörtlich wiedergeben: „Durch das beiderseitige sich zeitlich folgende vindicare werden also die Parteirollen nicht allererst festgestellt, vertheilt, und jenes bezweckt nicht deren Feststellung, Vertheilung, sondern sie werden dabei bereits gespielt, ausgeübt.“ Hierneben giebt es aber noch einen Einwand, der uns zu seiner Widerlegung herausfordert. Gf (Doppelseitige Klagen S. 8 Note 28) und Thering (S. 302 Note 129c) erheben den Einwand, daß dann, wenn die Parteirollen bereits feststehen, nicht abzusehen sein würde, weshalb der Contravindicant das Eigenthum behaupten muß und warum er sich nicht mit einer einfachen Bestreitung des gegnerischen Eigenthums begnügen darf. Wenn es freilich richtig wäre, was Lotmar (S. 1 ff. S. 26 ff.) aufstellt, daß der Verklagte gar nicht das Eigenthum in Anspruch nehme, daß das Vindiciren des Verklagten nur ein „Gewalt zeigen“ bedeuete, dann wäre die obige Frage auf einmal erledigt. Diese neue Lehre halten wir aber nicht für die wahre; wir bleiben bei der bisher unbestritten gewesenen Ansicht, daß nach dem Rituale der Legisaction der Verklagte das Eigenthum behauptet. Also warum thut dieß der Verklagte? Oder mit an-

deren Worten: wie erklärt sich das, was Thering (S. 300) gelegentlich den Contravindicationszwang nennt? Göppert (S. 538) kommt wohl auf den Gedanken, welcher an sich nach unserem Dafürhalten der richtige ist, daß die Bedeutung des Contravindicanten eben die ist, kein bloßer Detentor zu sein, giebt uns jedoch keinen überzeugenden Grund, weshalb in der Zeit der Selbsthülfe der Detentor zur Uebernahme der Partierolle sich nicht eignete. Daß Jemand sich nicht „getraute“, das Eigenthum für sich in Anspruch zu nehmen, konnte doch, wie man meinen sollte, der aggressiven Partei auch in der früheren Zeit nichts nützen. Wenn der Angegriffene sich wenigstens getraute, das Eigenthum des Gegners zu bestreiten, das Eigenthum seines Verpächters zu behaupten und aus eigenen Mitteln seinerseits das Sacramentum einzusetzen, so war doch sein Standpunkt ein so fester und bestimmter, daß sich bis auf Weiteres nicht absehen läßt, warum er als Partei nicht angenommen wurde, warum er „einfach keinen obrigkeitlichen Schutz erhielt“. Wir glauben nicht, daß Göppert die Schwierigkeit ganz gelöst hat. Um dem Grunde nachzukommen, welcher für das Gelingen des Eigenthumsprocesses es erheischt, daß beide Theile das Eigenthum beanspruchten, müssen wir auf die primitive Beschaffenheit des Strafrechts Rücksicht nehmen, welches in der Periode der Selbsthülfe geübt wurde. Als ein straffälliger Maleficanus wurde bei der Selbsthülfe ein bloßer Mandatar nicht angesehen; die Verantwortung trug lediglich der Auftraggeber, der Eigenthümer. Hatte also der angegriffene Theil das streitige Grundstück lediglich im Auftrage eines Dritten vertheidigt, so wurde er nicht bestraft, und auch die freiwillige Annahme des Streites unter eventueller Uebernahme der Strafe wurde einem erklärten Detentor nicht gestattet, da man für die Eruldung öffentlicher Strafe keine Stellvertretung zuließ. Wenn derselbe freilich nicht im Stande war, den angeblich empfangenen Auftrag nachzuweisen, blieb er von der Strafe nicht verschont. Allein in diesem Falle kam es nicht etwa zu einer beiderseitigen Erlegung des Sacramentes; eine Erörterung der Eigenthumsfrage war ganz unnöthig. Vielmehr strafe in diesem Falle der Prätor ohne Weiteres den angegriffenen Theil, weil dieser sich zur Wehre gesetzt hatte, ohne zu der streitigen Sache in irgend einer rechtlichen Beziehung zu stehen. Er war weder Eigen-

thümer, noch konnte er für einen Detentor gelten. Wenn es ihm jedoch gelang, seinen Mandanten zu sistiren und hierdurch das behauptete Mandat zu bewahrheiten (*autoris laudatio*; vergl. Göppert S. 538), so nahm der Criminalproceß als über den Häuptern des *Agerius* und des wahren *Regidius* schwebend, seinen Fortgang. Diese ganze Rechtsverfassung brachte es nun mit sich, daß schon in der Stunde der Intervention jede Partei, die als bloßer Mandatar angesehen sein wollte, sich hierüber zu erklären hatte. Auch war, seitdem anstatt des Prätors die Centumviri entschieden, die diesfällige Feststellung niemals den Centumviri zu überlassen, da der einschreitende Richter von dem angegriffenen Theile selbst sofortige Auskunft erhielt; und sicher that er dem angegriffenen Theile nicht zu viel, sofern er ihm bei Strafe der Sachfälligkeit diese Auskunft abforderte. In der späteren Zeit, wo man den realen Conflict nur noch fingirte, blieb die Nothwendigkeit stehen, daß der angegriffene Theil sich über sein Verhältniß zu dem Streitgegenstande erklärte; er mußte, um den Proceß durchzuführen, seinen *animus domini* durch die Prätendirung des Eigenthums mit den Worten *hanc rem meam esse ajo manifestare*. Hätte er dies nicht gethan, so hätte er für einen Parteigänger gehalten werden können, welcher gleichwohl keinen Autor nachzuweisen vermag. Nicht als ob er solchenfalls in der Periode der eigentlichen Legislation noch für definitiv sachfällig erklärt worden wäre. Aber das Compromiß kam dann nicht zu Stande. Die Bedingungen zur Verweisung der Sache an die Centumviri waren nicht gegeben gewesen; und was in diesem Falle des nicht vollkommen ausgeführten Compromisses geschah, hierüber werden wir uns unten erklären. Das Compromiß ist nur dann gelungen, wenn der angegriffene Theil die Verantwortung eines im eignen Namen handelnden Prätendenten übernimmt, sich eventuell, d. h. für den Fall, daß er bei den Centumviri unterliegt, freiwillig für den schuldigen Theil erklärt; die Eigenthumsprätension Seitens des Contravindicanten bedeutet demnach die Uebernahme der vollen Passivlegitimation eines *Regidius*. Die geschilderten Verhältnisse hinterließen noch für spätere Zeiten den eigenthümlichen Satz, daß der mit der *rei vindicatio* Belangte, um der rechte Verklagte zu sein, den juristischen Besitz haben mußte. Dieser Satz hatte eigentlich schon zur Zeit der Legislation die innere

Nothwendigkeit verloren; allein er blieb bestehen, weil er durch das Ritual der Legisaction immer noch am Leben erhalten wurde. Nachdem man hingegen in der formula petitoria eine selbständige, von keiner Contravindicatio, auch von keinem Surrogate derselben abhängige Form der Versetzung des Verklagten in die Verklagtenrolle gewonnen hatte, ging der erwähnte Satz allmählig unter, so daß nunmehr auch der bloße Detentor als der rechte Verklagte galt (Ulp. L. 9. D. 6. 1).

Wie wurde es gehalten, wenn die Parteien über Vertheilung der Parteirollen nicht einig waren? Ed (S. 14) hat diese Frage aufgeworfen, um die vermeintliche Duplicität des Verfahrens hinsichtlich der Beweislast zu rechtfertigen und die Annahme zu vertheidigen, daß eine Geschiedenheit der Parteirollen nicht stattgefunden habe. Nach unserer Auffassung findet Ed's obige Frage ihre unschwierige Lösung. Die einzelnen Perioden sind streng zu sondern. In einer ersten Periode, wo es noch keine Klage giebt, ist die erwähnte Frage unpraktisch; hier ist Selbsthilfe ein Rechtsmittel und es findet lediglich ein Untersuchungsverfahren statt, wo der Civilpunkt im Wege der Adhäsion geregelt wird. In einer zweiten Periode kommt es zuweilen vor, daß die Parteien sich der Selbsthilfe enthalten und freiwillig auf das Verfahren der Selbsthilfe compromittiren. In dieser zweiten Periode ist mithin die erwähnte Frage ebenfalls gegenstandslos, da es bei Ermangelung eines Compromisses bei dem Verfahren der ersten Periode bewendet; wenn sich die Streitenden nicht zu dem Compromisse bequemen, so bleibt dem Beschädigten nur die Selbsthilfe. Eine dritte Periode bringt den Schutz des Besitzes mit den dazu dienlichen Interdicten. Seitdem der Prätor die letzteren eingeführt hat, zwingt er jeden Besitzer, gegen welchen Jemand als Kläger mit Eigenthumsansprüchen auftritt, zu dem Verfahren der Legisaction. Demzufolge ist nunmehr auf Seiten des Negidius das erwähnte Compromiß ein erzwungenes; durch das Interdict „quem fundum“ wird der Verklagte indirect genöthigt, das Ritual der Legisaction mit dem Kläger darzustellen und die processualischen Pflichten eines Verklagten zu übernehmen. Dabei wird freilich vorausgesetzt, daß ein Agerius sich findet, welcher gutwillig die schlechtere Rolle des Klägers übernimmt. Wenn Agerius dies nicht thut, dann kommt es zu keiner Legisaction und Agerius mag zusehen, ob er sich den Besitz verschaffen

fann. Versucht er das letztere, so macht er sich einer Besitzstörung schuldig, auf deren Grund Negidius das besitzerhaltende Interdict gegen ihn anstellt. Nach den hierbei gemachten Erfahrungen, nachdem er den Besitz an Negidius wieder hat herausgeben müssen, wird sich Ugerius endlich dazu verstehen, sich in die Rolle des Eigenthumsklägers zu schicken. Auf diesen Umwegen wird Ugerius gezwungen, zu klagen oder Ruhe zu halten. Daß die possessorischen Interdicte gleichzeitig mit der einseitigen Eigenthumsklage entstanden, wird schon von Karlowa (Beiträge S. 55) angenommen; aber er und Krüger (Kritische Versuche S. 79) erblicken erst in der actio in rem per sponsonem die erste Eigenthumsklage einseitiger Art. Nach unserer Ansicht muß eine Eigenthumsklage immer einseitig sein. Die Einseitigkeit der Legisaction wird bereits von Lotmar (S. 84) vollständig empfunden.

Das Schicksal des
Streitobjectes.

Wir verweilen einen Augenblick bei dem Momente der ersten Periode, wo die Selbsthülfe noch ausgeübt, aber nach dem Einschreiten des Richters die Verhandlung regelmäßig vertagt und beiderseits das Sacramentum erlegt wurde. Hier mußte sich dem Prätor die Frage stellen: was ist zu thun mit der streitigen, den Parteien weggenommenen, jetzt herrenlosen Sache? Einstweilen behalten konnte sie der Prätor nicht; die Last der Aufbewahrung, bezüglich Bewirthschaftung wurde vom Prätor nicht übernommen. Einstweilen einer der Parteien den Besitz übertragen, ging auch nicht, weil es mit der Rechtsgleichheit der Parteien sich nicht vertrug. Ueberdies bestand das Institut der possessorischen Interdicte noch nicht. Wenn also der Prätor einer der Parteien den interimistischen Besitz verliehen hätte, so wäre diese ganz schutzlos gegen Anmaßungen von dritter Seite gewesen; denn sie hatte ja ihr Eigenthum nicht mehr und possessorischer Schutz stand ihr auch nicht zu. Nothgedrungen mußte sich der Prätor zu einer raschen und durchgreifenden Maßregel entschließen, indem er den Streitgegenstand an den Meistbietenden verkaufte in der Absicht, den Steigerungserlös aufzubewahren und dereinst dem Sieger im Prozesse auszuzahlen. Die Härte dieses Verfahrens fand einige Milderung in der herkömmlichen Regel, wonach, wie noch später bei allen magistratischen Vicitationen, den nächsten Interessenten ein gewisses Verkaufsrecht eingeräumt wurde (Cic. Verr. II. 1,

54. § 142). Die nächsten Interessenten waren aber im vorliegenden Falle die Parteien, und eine abermalige Anwendung desselben Principes, daß der nächste Interessent den Vorzug hat, mußte dahin führen, daß der Prätor unter den bevorzugten Bietern, also unter den Parteien wieder diejenige auswählte, welche nach einer oberflächlichen Betrachtung die am nächsten theilhaftigste war. Dieses nähere Interesse konnte in der Eile nur derjenigen Partei beigelegt werden, welche im Momente des richterlichen Einschreitens sich in der Defensive befand, mithin schon vor ausgebrochenem Streite im factischen Besitze gewesen war. So entwickelt sich ein neuer Vorzug in der processualischen Stellung des Regidius, obwohl letztere noch immer nicht die eines Verklagten ist. Regidius erhält, wenn er eben so hoch bietet als Algerius, die streitige Sache zugeschlagen, während sie im umgekehrten Falle dem letzteren zugeschlagen wird.

Daß der Prätor die streitige Sache verkaufte, diese Annahme ist nicht ohne historischen Grund. Denn quellenmäßig ist der Umstand bezeugt, daß für den Werth der Sache Prädes bestellt wurden. Dieser Umstand weist auf einen öffentlichen Verkauf hin, da die Prädiatur lediglich bei Rechtsgeschäften des Staates zur Anwendung kam. Daß nun der Prätor an den Meistbietenden verkaufte, scheint eine willkürliche Annahme, ist aber durch innere Gründe beglaubigt. Hätte man die Prädiatur gleich anfangs angewandt, so hätte es einer Licitation niemals bedurft, sondern man hätte der einen oder anderen Partei das Streitobject für einen künftig zu ermittelnden Preis überlassen, für welchen Prädes zu stellen gewesen wären. Allein die Prädiatur war nicht von Anfang an für den Proceß eingeführt, wie ja daraus hervorgeht, daß beide Theile einst das Sacramentum baar erlegten (Varral. L. 5, 180). Nothwendig war also der Verkauf des Streitobjectes an den Meistbietenden, weil es an jedem andern Mittel fehlte, den wahren Werth der Sache und somit den Verkaufspreis festzustellen. In der Stunde des Einschreitens war der Prätor nicht in der Lage, eine Abschätzung durch Experten eintreten zu lassen. Mithin blieb kein Ausweg als die Licitation.

Eine der streitenden Parteien erstand das streitige Grundstück und bezahlte baar den Erstehungspreis. Nach Einführung der Prädiatur und seitdem man für unbestimmte Summen

Prädes anzunehmen kein Bedenken fand, war die Fügigkeit gegeben, die Licitatio zu umgehen. Seitdem wurde in der That ohne die Weiterung der Licitatio einer der Parteien der Streitgegenstand für einen erst künftig zu ermessenden Preis eigenthümlich überlassen. Und zwar wurde sie regelmäßig dem Megidius, wenn er wollte, überlassen in consequenter Anerkennung des Vorzugs, welchen der vorläufig nähere Interessent, Megidius, vor seinem Gegner hatte. Der künftig zu ermessende Preis, welcher, weil noch unbekannt, unmöglich baar erlegt werden konnte, wurde durch Prädes sichergestellt. Jedoch enthielt die Abmachung hinsichtlich des Preises nicht etwa ein Creditgeben im juristischen Sinne. Wie der Manceps niemals Schuldner für die Zukunft werden konnte, so wurde auch Megidius als Uebernehmer des Grundstücks zu nichts verbindlich. Die Bestellung von Prädes galt auch hier soviel wie Silber, so daß Megidius ganz frei ausging, auch wenn er unterlag, auch wenn später die Volksrichter sein Sacrament für verfallen (injustum) erklärten. Der staatsrechtliche Charakter der Prädiatur, vermöge dessen nur die Magistrate Prädes anzunehmen befähigt waren, schließt unbedingt die Annahme aus, als habe der Uebernehmer des Streitgegenstandes zu irgend einer Zeit seiner Gegenpartei Prädes gegeben; und obgleich Gajus (4, 16) diesen Satz aufzustellen scheint (praedes adversario dare litis et vindiciarum), so ist hiermit doch nur der ökonomische Effect, nicht die juristische Natur des Geschäftes bezeichnet (V.-Hollweg I. S. 142 Note 1). Im ökonomischen Effecte wurden ja in der That die Prädes dem Gegner bestellt, juristisch aber dem Magistrate. Wenn jedoch lediglich dieser den Prädes gegenüber berechtigt war und zwischen den Parteien kein Forderungsverhältniß bestand, so begegnet uns die Frage: wer haftet dem Agerius im Falle seines späteren Objiegens für das Pretium? Ihm haftet, sofern bei diesem staatsrechtlichen Verhältnisse der Ausdruck haften erlaubt ist, lediglich der Magistrat aus dem Aerarium. Denn der Magistrat war es ja, welcher den Streitgegenstand weggenommen und verkauft hatte. Also Megidius wurde nicht Schuldner des Magistrates, Agerius nicht Gläubiger des Megidius. Agerius hielt sich an den Magistrat, dieser an die Prädes, die Prädes hielten sich an Megidius. Was jedoch das Verhältniß des objiegenden Agerius zu dem Aerarium be-

trifft, so sind die Finanzeinrichtungen der Römer zu bekannt, als daß man annehmen könnte, jemals habe eine Partei aus öffentlichen Mitteln effective Baarzahlung erhalten. Vielmehr wurden die Prædes von Seiten des Magistrates dem Sieger für den Fall, daß sie nicht Zahlung leisteten, überwiesen.

Das Wort *arbiter* hat Rudorff (rom. Inst. S. 428) etymologisch dahin erklärt, daß es besteht aus *ar* für *ad* und *bitere* für *ire*. Wir halten diese Etymologie, welche Rudorff durch Beispiele belegt, für richtig. Wir werden ferner durch Rudorff (S. 429 S. 321 Note 236) auf die technische Bedeutung der Ausdrücke *mittere*, *ire*, *renuntiare* aufmerksam gemacht, welche sich auf das Vermessungswesen beziehen. Jedoch ist der *arbiter* kein Gangrichter, für den er von Rudorff anfangs gehalten wurde. Ebenso wenig sind wir einverstanden mit Huschke (Gajus S. 166 Note 172), sofern er den *arbiter* als einen solchen auffaßt, welcher von der Partei „angegangen“ wurde. Sehr richtig, wie uns scheint, definiert Karlowa (Civilproceß S. 54) den *arbiter* zunächst als „Jemanden, der hinzukommt“, als einen „Augen- und Ohrenzeugen“. Von hier aus geht jedoch Karlowa zu rasch auf die allgemeine Bedeutung eines „sachkundigen Beurtheilers“ über. In der Mitte liegt noch eine engere Bedeutung. Gerade mit Rücksicht auf die von Rudorff nachgewiesenen Terminologien halten wir den *arbiter* in einem engeren Sinne für einen *Voniteur*. Solche *arbitri* wurden einst von dem Prätor zur Ausmessung und Abschätzung des streitigen Grundstücks abgeordnet. Ein *arbiter* für diesen besonderen Zweck führte die Bezeichnung *arbiter liti aestimandae*. Wenn mehrere Schriftsteller wie Rudorff (2. S. 79), Buchta (Inst. 2. § 232 Note n.), Karlowa (Civilproceß S. 81) dem *arbitrium liti aestimandae* die Bestimmung beilegen, den Anspruch des Klägers gegen den in der Eigenthumsfrage bereits unterlegenen Beklagten *liquid* zu machen, so sind wir von dieser Bestimmung des Institutes zwar ebenfalls überzeugt; wir glauben jedoch, daß in der Vorzeit das fragliche *arbitrium* die erwähnte Bestimmung noch nicht hatte. In der Vorzeit wurde zwischen den Parteien durch das fragliche *Arbitrium* ein obligatorischer Verband nicht herbeigeführt. Die Bestellung einer Abschätzungscommission war damals nur eine Verwaltungsmaßregel des Prätors zu dem Zwecke, um die Verbindlichkeit des Prædes in

bezielter Weise festzustellen. Die Prädes mußten erfahren, wie viel sie dem Aerarium zu zahlen hätten, um sich gegen das letztere zu lösen. In der juristischen Idee zahlten dann die Prädes an den Prätor und dieser zahlte an den obsiegenden Algerius, wenn es sich auch von selbst versteht, daß der Prätor niemals selbst einkassirte, sondern daß factisch die Prädes immer an Algerius remittirten, um zuletzt gegen Megidius ihren Regreß zu nehmen. Diese Verhältnisse standen im engsten Zusammenhange mit der Proceßeinrichtung in der Periode der Selbsthülfe, indem der Prätor ungerufen intervenirte, den Streitgegenstand aufhob und für Staatsrechnung verkaufte, wodurch er sich die Verbindlichkeit zuzog, das Kaufgeld einzuheben und auf diese Weise für eine Entschädigung des obsiegenden Eigenthümers von Amtswegen zu sorgen. Erst mit der Gesetzgebung der XII Tafeln trat eine Neuerung ein. Hier wurde dem Algerius ein direct gegen Megidius abzielendes Rechtsmittel, die actio iudicati, verliehen (Gaj. 4, 21). Die äußere Form des letzteren, die manus injectio, war für andere Verhältnisse uralte und erhielt nur einen neuen Anwendungsfall⁷⁾. Erst durch die Einrichtung der actio iudicati erlangte Algerius das volle Recht des Klägers und vermöge der dem Megidius unmittelbar auferlegten Verpflichtung trat der letztere erst in die volle Stellung eines Verklagten ein. Hierdurch gelangte der Ausspruch der Arbitri, bisher nur ein Abschätzungsbericht, eine renuntiatio, zu der formalen Bedeutung einer Condemnation des Verklagten. Jedoch war das Amt der Arbitri auch jetzt noch ein niederes; sie waren jetzt Richter; aber nur Richter der Liquidationsinstanz.

Die Licitation des Streitgegenstandes erzielte regelmäßig, wie sich denken läßt, einen Preis, welcher weit über den einfachen Schätzungswerth hinausging. Denn die Eifersucht der Parteien gestattete nicht, daß die eine oder die andere das Streitobject zu einem billigen Preise erstand. Wenn dann später, seit Einführung der Prädialur, Megidius die Sache zu einem erst künftig zu bestimmenden Preise übernahm, so ließ hierbei der Magistrat den Parteien, wie den Prädes, unverhalten, daß der Preis nicht

⁷⁾ Dieselbe Neuerung der XII Tafeln bezog sich nicht bloß auf den dinglichen Proceß, sondern zugleich auf alle Condemnation aus persönlichen Klagen. In allen diesen Verhältnissen bestand früher nur die Verbindlichkeit der Prädes.

in der einfachen Tage, sondern in dem Duplum derselben zu bestehen habe. Die Beschränkung auf den einfachen Werth hätte den Kläger beschwert, welcher für dieses Simplum gern selbst die Sache übernommen hätte. Das Duplum gewährte ihm eine Entschädigung dafür, daß er jetzt nicht mehr die Möglichkeit besaß, welche ihm einst zur Zeit der Licitatio gegeben war, entweder selbst die Sache zu kaufen oder den Gegner über das Simplum zu steigern. Das Duplum der Tage bildete so das ganz ungefähre Resultat der Licitatio und wurde jetzt in Vausch und Bogen als die eventuelle Leistung der den Streitgegenstand übernehmenden Partei angenommen, welche Leistung durch die Gestellung von Prædes abgelöst wurde, so daß letztere für das fragliche Duplum verbindlich blieben.

Die prædes litis et vindictiarum. Diese Verpflichtung der Prædes erhielt noch einen Zuwachs in folgender Beziehung. Der Uebernehmer des streitigen Grundstücks hatte den Vortheil, daß dasselbe sofort eigenthümlich auf ihn überging, so daß ihm von jetzt an schon, also schon während des Processus die von dem Grundstück gewonnenen Ernten zufließen, während der Gegner immer noch kein Geld hatte, da die effective Bezahlung der doppelten Tage erst nach gesprochenem Urtheile, durch die Prædes zu erfolgen brauchte. Diese Ungleichheit wurde ohne Zuthun des Prätors durch die arbitri gehoben, indem letztere sich anmaßten, mit Rücksicht auf die während des Processus gezogenen oder zu ziehen gewesenen Früchte ihrer Tage einen Aufschlag zu geben, bestehend in der Bodenrente des Grundstücks für die Zeit vom Beginne des Processus bis zu dem Tage, wo die arbitri ihren Abschätzungsbericht (condemnatio) abgaben. Es blieb aber unausgesprochen, daß die arbitri so die Bodenrente zur Tage hinzufügten, indem jener Aufschlag unter dem Begriffe des Streitgegenstandes sich verborgen hielt. Daher blieb es auch in der classischen Zeit unzulässig, den Verklagten in einem Urtheile zu künftiger Entrichtung der Bodenrente für die Zeit vom Tage des Urtheils bis zum Tage der Befolgung oder Vollstreckung desselben zu condemniren. Man hätte ja — so sollte man glauben — den Verklagten auf die Zukunft hinaus für den Fall der verzögerten Restitution wenigstens in allgemeiner Weise zur Herausgabe der Früchte verurtheilen können. Allein die Form des Urtheils duldet dies nicht, weil letzteres seiner

Abkunft nach nichts als eine in sich fertige und abgeschlossene Lage des Grundstücks selbst vorstellte, bei welcher irgend eine Erhöhung für die Früchte nicht zum Vorschein kam, obgleich der Wirklichkeit nach eine solche rücksichtlich der von Zeit der Prozeßeinleitung bis zur Aestimation erwachsenen Früchte innerhalb der Tage vorhanden war (L. 1 § 2 D. 22, 1 Paulus notat: quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractatus?).

Eine lückenhafte Stelle des Festus (p. 376) lautet also: in XII: si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito.

Auf diesen Artikel des Festus pflegt man sich zu berufen, wenn man lehrt, daß dem Ausspruche der Centumviri ein arbitrium liti aestimandae nachgefolgt sei (Puchta Inst. 2 § 154. § 232 Note n. Keller Civilproceß § 7. Römer das Erlöschen des kl. Rechts S. 8. Karlowa Civilproceß S. 81). Wir halten zwar diese Lehre für richtig. Allein die Berufung auf jenen Artikel ist wohl nicht ohne Weiteres zutreffend. Die Relevanz des letzteren ist mit einem Argumente angefochten worden, welches nicht zu übergehen, sondern zu widerlegen ist. Das Zwölftafelgesetz handelt gar nicht von einer Abschätzung der Hauptsache, sondern verordnet nur die Abschätzung der Früchte. Aus diesem gewiß nicht zu übersehenden Umstande folgert Mayer (ad Gaji inst. comm. quarti §um 48 commentatio. Tub. 1853. pag. 77), es sei nicht wahr, daß ein separates arbitrium litis aestimandae stattgefunden habe, da ein solches doch ganz vorzüglich sich auf die Hauptsache hätte beziehen müssen. Desgleichen erachtet B.-Hollweg (I. S. 193) es für „nicht erweislich, daß eine Condemnatio auf den Werth der Hauptsache durch „diese arbitri“ erfolgt sei. Unser Standpunct ist hierbei folgender. Es ist ja ganz richtig, daß der fragliche Artikel lediglich von einer Abschätzung der Früchte und lediglich von der Duplion der Früchte, nicht von der Abschätzung der Hauptsache handelt. Dennoch kann man hieraus nicht schließen, daß ein die Hauptsache zugleich mit den Früchten treffendes arbitrium litis aestimandae nicht stattgefunden habe. Daß das Gesetz nur die Abschätzung der Früchte verordnet, hat seinen besonderen Grund, welcher im Nachstehenden zu erörtern ist.

Die Centumvirn haben den Verklagten für schuldig erklärt, sein Sacramentum zu bezahlen oder vielmehr, da letzteres in älterer Zeit deponirt wurde, sein Sacramentum nicht zurückzuempfangen. Das ist der Moment, welchen uns das Gesetz als relevant bezeichnet. Wer kann in diesem Momente etwas Besonderes wollen (*si velit is*)? Der Kläger kann nichts Besonderes wollen. Vom Kläger ist es ja ohnehin bekannt, daß er in dem ganzen Prozesse angreifender, antragstellender Theil ist. Sicher hat demnach der Gesetzgeber das Ueberflüssige nicht sagen wollen, daß nur auf Klägers Antrag eine Werthschätzung zu erfolgen habe. Aus diesem Grunde scheint uns die von B.-Hollweg (I. S. 193 Note 14) gebilligte Restitution Wehells (*Vindicationsproceß* S. 32): *si velit is qui vicit* nicht zulässig⁸⁾. Etwas Besonderes wollen kann hier nur der Beklagte; sein Interesse bewegt diesen, mit dem siegenden Kläger einen möglichst wohlfeilen Frieden zu machen. Der Beklagte will den Streitgegenstand fahren lassen, um nicht das Duplum des Haupt- und Nebenwerthes bezahlen zu müssen, da er im Falle der Rückgabe der Hauptsache von jeder weiteren Leistung frei zu kommen hofft. Noch heutzutage ist es die Art des Verklagten, bei hoffnungslosem Stande seines Processes den Hauptgegenstand zurückzugeben und die Früchte, welche er dem Kläger noch schuldig ist, gar nicht zu bedenken. In der That war bis zum Zwölftafelgesetze das Recht so beschaffen, daß, wenn Kläger die ihm vom Beklagten offerirte Hauptsache annahm, hierdurch der Proceß vollständig verendete. Denn solchenfalls war jede Veranlassung zu einem *arbitrium liti aestimandae* hinweggefallen⁹⁾. Eine Abschätzung der Hauptsache konnte eben so wenig Platz greifen, als wenn diese untergegangen wäre, und eine Abschätzung der Früchte war rechtlich unmöglich, weil eine solche nur bei Gelegenheit der Abschätzung des Hauptobjectes eintreten durfte.

⁸⁾ Die verschiedenen Versuche zur Ausfüllung der in der Stelle vorhandenen Lücken sind angegeben bei Bruns, *fontes* pag. 273 not. 1. 2. Gegen den Vorschlag D. Müller's (*Fest.* p. 378, 28) vgl. B.-Hollweg I. S. 193. Note 14.

⁹⁾ Die durchgebildete Ansicht eines Paulus, welcher kein Bedenken findet, eine *Aestimatio* nach Wegfall des Hauptobjectes bloß wegen der Nebenforderungen eintreten zu lassen (L. 16 D. 6, 1), darf doch wohl für die ältere Zeit nicht vorausgesetzt werden.

Diese Verhältnisse mußten die Folge herbeiführen, daß der Kläger die Hauptsache, welche der unterliegende Gegner ihm restituiren wollte, regelmäßig ausschlug. Wenn er annahm, so verlor er schon hundert Procent insofern, als er den Anspruch auf den doppelten Werth des Streitobjectes aufgab; er verlor aber, wenn er annahm, demnächst auch jeden Anspruch auf Ersatz der ihm entgangenen Früchte, weil wegen der letzteren allein keine Abschätzung eintrat. Unter solchen Umständen verordnete das Gesetz der zwölf Tafeln im Interesse des Verklagten was folgt: „Der Kläger soll, wenn ihm der in der Eigenthumsfrage überwundene Beklagte den Streitgegenstand ohne die Früchte anbietet, denselben annehmen dürfen und annehmen müssen. Der Anspruch auf Entschädigung für die entzogenen Früchte soll dem Kläger durch die Annahme des Hauptobjectes nicht verloren gehen. Vielmehr sollen künftig im Falle der bewirkten Restitution der Hauptsache die gewöhnlichen drei Arbitri wenigstens noch die Früchte abschätzen, und der Verklagte soll das Duplum dieser Abschätzung bezahlen.“ Der vorstehenden Disposition des Gesetzes entspricht folgende Ausfüllung des Textes: si vindiciam falsam tulit, si velit is *restituere*, Praetor arbitros tres dato eorum arbitrio *ille* fructus duplione damnum decidito.

Das Gesetz ist, wie gezeigt, im Ganzen nicht gegen den Verklagten gerichtet, hat vielmehr den Zweck, ihm eine Erleichterung zu verschaffen. Das Gesetz nöthigt den Kläger zur Annahme der noch nicht abgeschätzten Hauptsache und entzieht ihm so den Anspruch auf den doppelten Werth derselben. Nur insofern sorgt das Gesetz auch für den Kläger, als es ihm den Anspruch auf die Duplion der Früchte rettet. Trotz der bewirkten Restitution der Hauptsache sollen die gewöhnlichen drei Arbitri noch der Früchte wegen bestellt werden. Auf diese Weise wird in dem Gesetze für den Fall, daß die Restitution der Hauptsache nicht erfolgt ist, keineswegs etwa die Bestellung der Arbitri angeordnet. Mit diesem Falle beschäftigt sich das Gesetz nicht. Das Zwölftafelstatut enthält ja nicht etwa eine vollständige Proceßordnung; und daß im Falle der nicht bewirkten Restitution der Hauptsache ein arbitrium liti aestimandae bestellt werden muß, setzen die Verfasser des Gesetzes als bisheriges Proceßrecht und als so bekannt voraus, daß sie darüber kein Wort verlieren. So vereinigen sich zwei scheinbar

unverträgliche Dinge. Das Gesetz spricht bloß von Abschätzung der Früchte (Mayer, B.-Hollweg); und nichtsdestoweniger liefert das Gesetz indirect den besten Beweis, daß es nach der Entscheidung über das Sacramentum überhaupt und namentlich bei nicht erfolgter Restitution der Hauptsache zu einem arbitrium l. aest. kam. Es wird übrigens kaum nöthig sein, noch folgenden Einwurf zu widerlegen. Das Gesetz spricht, wenn die von uns vorgeschlagene Einschiebung gebilligt wird, nur vom Wollen, nicht vom Vollbringen. Unsere Interpretation führt also, wie es scheint, zu der Absurdität, daß der Kläger sich schon mit dem guten Willen des Beklagten, welcher restituieren will, begnügen muß. Dieser Einwurf ist grundlos. Selbstverständlich mußte der Beklagte, um zu der Erleichterung des Gesetzes zu gelangen, die Restitution der Hauptsache nicht bloß wollen, sondern auch zeitig ausführen. Man mißbraucht daher den zwanglosen Ausdruck des Gesetzes, wenn man ihn dergestalt buchstäblich nimmt, daß das bloße Wollen genügend und nicht zugleich das Restituieren erforderlich wäre. Durch die Worte *si velit is restituere* wird der Fall, auf welchen die Sorge der Gesetzgeber gerichtet war, natürlich entworfen, der Fall nemlich, daß der Beklagte die in Natur vorhandene Hauptsache restituieren will, aber der Kläger, was eben in der Praxis oft vorkam, die Annahme verweigert.

Es wird nunmehr möglich, den technischen Ausdruck *praedes litis et vindiciarum* zu erklären. Gaius (4, 16) giebt folgende Definition: *praedes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*. Nimmt man hier schlechtweg *res* für die Hauptsache und *vindiciae* für die Früchte (Savigny verm. Schriften 1. S. 310), so stößt man auf eine von den neueren Rechtslehrern, wie uns scheinen will, nicht berücksichtigte Schwierigkeit. *Res* nemlich umfaßt schon die Früchte (Paul. L. 35 § 1 D. 6, 1), gleichwie *lis* die Haupt- und Nebensache in sich schließt, so daß die *litis aestimatio* oder das *juramentum in litem* immer die Früchte, so oft letztere in Frage kommen, umfaßt. Wie erklärt sich dann die seltsame Tautologie? Warum bestellt der Beklagte Prädes für die Hauptsache mit den Früchten (*praedes litis, id est rei*) und daneben noch besonders Prädes für die Früchte (*praedes vindiciarum, id est fructuum*)? Diese Fragen finden ihre un-schwierige Lösung in dem so eben aufgestellten historischen Zu-

sammenhange. Vor den XII Tafeln machte die Restitution des Grundstücks die Prædes frei, weil ohne Hauptsache für Abschätzung von Früchten keine Gelegenheit blieb. Die XII Tafeln bestimmen aber, nach der Restitution der Hauptsache sollen die Früchte selbst in doppeltem Werthe eine Hauptsache bilden. Für dieses zu einer Hauptsache ernannte Duplum der Früchte mußten Prædes bestellt werden oder, was dasselbe ist, die Prædes der ursprünglichen Hauptsache, die praedes litis wurden auch für die neue Hauptsache als praedes vindiciarum besonders verbindlich gemacht. Als praedes litis wurden sie frei in Folge der Restitution der Sache selbst; nur als praedes vindiciarum hafteten sie dann noch für das Duplum der Früchte.

Wir wenden uns jetzt zu der Frage: was be-
Das vindicias dicere. deutet im Proceß der Legisaction diejenige Verfügung des Prätors, welche quellenmäßig als das vindicias dicere bezeichnet wird?

Um dieser Frage näher zu kommen, haben wir das Uebergangsstadium zwischen der Periode der Selbsthülfe und der Periode der Legisaction wieder kurz zu berühren. Der Uebergang ist das schon früher von uns beschriebene latente Compromiß. Während in der rohen Zeit der Prätor nur bei wirklicher Vergewaltigung intervenirte, so fiel es in der Uebergangszeit zuweilen vor, daß beide Parteien, um nicht die Beschwerden der Selbsthülfe zu bestehen, die Gewalt simulirten und so den Anlaß der prätorischen Intervention künstlich hervorbrachten. Diese Simulation war nicht möglich ohne das geheime Einverständnis der Parteien. Anknüpfend an diesen Uebergang, besteht die eigentliche Legisaction in einer analogen Simulirung der Gewalt, und diese hat ein analoges Einverständnis der Parteien zur Voraussetzung. Früher, in jener Zeit des Uebergangs, war das Compromiß ein freiwilliges, auf welches man gern einzugehen pflegte, um die Beschwerden und Gefahren der Selbsthülfe zu vermeiden; und obwohl auf diese Weise die Umstände auf den Abschluß desselben hindrängten, so war doch keine Partei von Rechtsnachtheilen bedroht, wenn sie nicht darauf einging. Jetzt, bei der Legisaction, wird das Compromiß durch Bedrohung mit Rechtsnachtheilen erzwungen. Jetzt sind es die Nachtheile des possessorisches Interdictsprocesses, welche den Kläger treffen würden, wenn er zur Selbsthülfe schreiten wollte,

anstatt sich zur Rolle des Vindicanten zu bequemen. Den Verklagten zwingt zur Annahme der Rolle des Contravindicanten der von Seiten des Interdictes „quem fundum“ drohende Verlust des Besizes. Die Parteirollenregulirung beruht mithin bei der Legisaction auf einem erzwungenen Compromisse. Der Einwurf, daß es ein Widerspruch sei, die Legisaction als gewöhnliche rei vindicatio zu betrachten und sie doch auf ein Compromiß zurückzuführen, wäre übereilt. Denn das Compromiß ist, obgleich ein Compromiß, doch nur ein erzwungenes. Daß es den Parteien auferlegt ist, in der sonderbaren Verkleidung der Formen der Legisaction sich über Verhältnisse einig zu zeigen, die sich bei der actio per formulam petitoriam ganz von selbst verstehen, diese erst mit der genannten jüngsten Klagform gänzlich überwundene Befangenheit erklärt sich durch den eigenthümlichen historischen Zusammenhang. Andererseits ist das Compromiß, obgleich ein erzwungenes, doch ein Compromiß. Durch die Simulation der Gewalt und Gegengewalt zeigen die Parteien ihr Einverständniß darüber, daß der Verklagte in allen Stücken so behandelt werden soll, wie zuletzt in der Periode der Selbsthülfe der angegriffene Theil behandelt wurde, daß mithin der Verklagte im Besitze und Eigenthume des Streitobjectes verbleiben und hinsichtlich der Beweislast im Vorzuge stehen soll.

Nach unserer Ansicht ist demnach das vindicias dicere nur eine Fiction. Einst in der Zeit der Selbsthülfe wurde durch prätorische addictio ein Besizer und Eigenthümer ernannt, nicht, wie Thering (Besitzeschutz S. 75) annimmt, ein interimistischer, sondern ein definitiver in der Person desjenigen Litiganten, welcher die Sache erstand und den Licitationspreis bezahlte, was vermöge des althergebrachten Gebrauchs, daß der Angegriffene bei der Licitation im Vorzuge stand, bald dahin führte, daß regelmäßig der angegriffene Theil den Streitgegenstand behielt und dagegen Prædes für die erst künftig zu bestimmende Aestimatio bestellte. Von dieser Einrichtung ist das vindicias dicere der Legisaction, welche das Bestehen der Interdicte voraussetzt, eine bloße, Seitens der Parteien extrahirte Fiction. Ueber nichts wird dabei von dem Prätor entschieden; weder über Eigenthum, noch über den Besitz wird verfügt, sondern für die Dauer des Processus bleibt alles beim Alten. Eine Entscheidung und Verfügung trifft der Prätor nur zum Scheine; und er

kann sie nur zum Scheine treffen, weil Einigkeit der Parteien über die Parteirollen sowohl, wie darüber, daß der Kläger ein Interimsbesitzer nicht werden soll, die erste Bedingung der *Legisactio* ist. Wir müssen zugeben, daß uns für diese unsere Auffassung Gajus (4, 16) keine Deckung gewährt. Doch glauben wir nicht, daß hieraus gegen uns ein triftiger Einwand erwächst. Gajus sagt zwar wörtlich: *interim aliquem possessorem constituebat*. Mit diesem Worte ist aber auch der Umstand nicht zu vereinigen, daß die *Usucapion* des Verklagten durch die *Vindication* nicht unterbrochen wird. Und über das erwähnte Wort des Gajus kommen auch diejenigen Rechtshistoriker nicht hinaus, welche, zwischen einer früheren und späteren Periode der *Legisactio* unterscheidend, für die spätere Periode das *vindicias dicere* nur noch als Solennität auffassen. Denn die Beschreibung, welche Gajus von den *Proceduren* der *Legisactio* liefert, ist von ihm als eine solche gemeint, daß sie auch für die späteste Zeit der Anwendung der *Legisactio* passen sollte. Wer also das *vindicias dicere* der letzten Zeit als eine Solennität auffaßt, der muß ebenfalls die Beschreibung des Gajus über die *Vindicien* für ungenau erklären, weil es ja nach der gedachten Auffassung nicht entfernt mehr der Fall ist, daß der Prätor einen Interimsbesitzer constituiert. Wir glauben an eine leicht erklärliche Verwechselung zwischen Schein und Wirklichkeit, welche dem Berichte des Gajus zu Grunde liegt. Er hielt sich nur an das äußere Phänomen, daß die Parteien successiv anfassen und auf Befehl wieder loslassen und dann der Prätor an eine von ihnen die *Vindicien* extradirt; und dabei entging ihm, daß einstmals, nemlich in der entferntesten Vorzeit der Selbsthülfe eine Neuerung nicht allein in Bezug auf den Besitz, sondern auch hinsichtlich des Eigenthums vor sich ging, wohingegen zur Zeit der *Legisactio* nur noch der Schatten dieser alten Einrichtung zurückgeblieben war. Die alte Einrichtung setzte zu ihrer Zeit eine doppelte Uneinigkeit der Parteien, nemlich eine Uneinigkeit über Besitz und Eigenthum voraus. Jetzt aber in dem Eigenthumsstreite der *Legisactio* wird eine der früheren analoge Uneinigkeit nur simulirt, indem die Parteien so thun, als ob jeder von ihnen daran liege, das den Streitgegenstand repräsentirende Ding zu erobern. Diese Simulation bezweckte, einen scheinbaren Friedensbefehl und einen weiteren Act des

Prätors zu extrahiren, welcher so aussieht, als hätte der Prätor aus freier Wahl die Sache auf den Beklagten übertragen, jedoch schon durch seinen Namen (*vindicias dicere*) als eine bloße Scheinmaßregel sich kennzeichnet. Aber warum war denn, wenn alles bloßer Schein war, an dem Friedensbefehle, an der Ertheilung der Vindicien so viel gelegen? Wenn zwischen den Parteien Einigkeit darüber herrschte, daß der Beklagte für jeden Fall die streitige Sache behalte, wozu dann die Weiterung, daß man sie ihm scheinbar wegnahm, um sie ihm in allen Fällen unausbleiblich zurückzugeben? Von ungefähr, aber nur ungefähr derselben Bedeutung wie diese Frage ist die Einwendung, welche von Karlowa (*Civilproc.* S. 84) gegen Leist (*Fortsetzung zu Glücks Commentar. Serie der Bücher 37. 38. Erster Theil. Nr. 32—34*) erhoben wird. Wenn „der Besitz und damit das Parteiverhältniß schon vorher regulirt“ ist, so vermißt Karlowa einen Zweck und Grund dafür, daß „die Besitzfrage für die Proceßdauer durch den Friedensbefehl wieder zu einer offenen gemacht wird“.

Dem erwähnten Einwande Karlowa's ist unsere Ansicht nicht ausgesetzt. Denn die Besitzfrage wird, wie wir annehmen, nicht wirklich, sondern nur scheinbar zu einer offenen gemacht. Demnächst wird man wenigstens noch die andere Frage aufwerfen wollen: zu welchem Zwecke wird die Besitzfrage scheinbar zu einer offenen gemacht? Der Zweck dürfte sich aus unseren früheren Erörterungen ergeben. Einst, in der Periode der Selbsthülfe, war der Friedensbefehl des Richters zur Wiederherstellung der Ruhe nothwendig; und die sofortige Beschlagnahme der streitigen Sache war zur Vermeidung wiederkehrender Streitigkeiten geboten. Aber durch diese Wegnahme der Sache, welche er nicht aufbewahren und nicht bewirthschaften konnte, sondern gleich verkaufte, zog sich der Prätor die Verbindlichkeit zu, die gerechte unter den Parteien zu entschädigen. So oft nun ein Verkauf der Sache stattfand, waren in dem Verkaufserlöse auch die Mittel zur Gewährung jener Entschädigung vorhanden. Späterhin übernahm regelmäßig der angegriffene Theil den Streitgegenstand für einen erst künftig zu ermittelnden Taxwerth. Siegte der angegriffene Theil in der hierauf zu erörternden Eigenthumsfrage, für diesen Fall war keine Abschätzung nöthig, weil für solchen Fall der Beklagte den Streit-

gegenstand schon hatte und sonst nichts zu fordern hatte. Wenn jedoch der angegriffene Theil in der Eigenthumsfrage unterlag, für diesen Fall mußte er im voraus Sicherheit für den Taxwerth durch Prædes leisten; und wenn der gedachte Fall eintrat, so war es nunmehr die Obliegenheit des Prätors, den Taxwerth durch die öffentlich angestellten Werthschäher (*arbitri*) zu ermitteln und im Interesse der obsiegenden Partei von den Prædes einzutreiben. So stand es zur Zeit der Selbsthülfe. Seitdem diese als Rechtsmittel abgeschafft und die gegenseitige Vergewaltigung nur eine simulirte, nur noch eine *vis dicta* war, seitdem fiel der polizeiliche Zweck des Friedensbefehls naturgemäß hinweg. Aber die Parteien extrahirten immer noch diesen Friedensbefehl, um, wie in früheren Zeiten, eine analoge Verwicklung und Verantwortung des Prätors herbeizuführen. Ohne diese Verwicklung und Verantwortung wäre man nicht zur Prædiatur gelangt, weil Prædes nur dem *populus Romanus* bestellt werden konnten. Ohne die Prædiatur wäre man nicht zu dem Abschätzungsberichte der Staatsgeometer (*arbitrium liti aestimandae*) gelangt. Ohne diesen Abschätzungsbericht hätte der Proceß keinen praktischen Ausgang gehabt. Für diesen Zweck genügte die bloße Fiction. Früher zur Zeit der Selbsthülfe ernannte der Prätor wirklich einen neuen Besitzer und Eigenthümer; jetzt zur Zeit der Legislation wird diese Maßregel nur fingirt, und der Verklagte behält den Besitz, gleichwie er, wenn er Eigenthümer ist, auch Eigenthümer bleibt und nicht etwa erst von Neuem dazu ernannt wird.

In dem Freiheitsproceß war es anders; dort hatte die Ertheilung der *vindictae* an und für sich noch wirkliche Bedeutung, welche durch die materielle Verschiedenheit des Freiheitsproceßes von dem gemeinen *Vindication*sproceß bedingt ist.