

Staates ausgesetztes; aus einem Acte des öffentlichen Willens entsprungen nimmt das Testament an der Kraft des öffentlichen Willens theil und die in ihm enthaltene Exheredation schliesst gleich jeder Expropriation als rechtsförmliche Aufhebung eines Privatrechtes zugleich eine Anerkennung seiner Existenz in sich.

XII.

Zur Geschichte der Besitzklagen.

Von

Herrn **H. W. Münderloh**,

Oberlandesgerichtsrath in Jena.

I. Das Utipossidetis.

Die vis ex conventu.

Einst hatte Bruns¹⁾ ohne Erfolg die Vermuthung ausgesprochen, dass die sogenannte vis ex conventu dem Verfahren des Utipossidetis angehöre. Nachdem in neuerer Zeit mit Hülfe Studemunds ein Artikel des Gajus²⁾ lesbar geworden war, dessen einschlagende Bedeutung zuerst Krüger³⁾ hervorhob, so war hierdurch Bruns⁴⁾ in den Stand gesetzt, die früher nur vermuthete Thatsache als eine erwiesene auszugeben. Je grösser die Gewissheit dieser Thatsache ist, desto mehr dürfte es der Mühe werth sein, ihre Bedeutung näher zu erörtern.

Ihr Verhältniss zur deductio.

Ich komme zunächst auf die Controverse über die Identität zwischen der vis ex conventu und der deductio quae moribus fit. Bruns⁵⁾ hält die letztere höchstens für eine besondere Art

¹⁾ Besitz im Mittelalter S. 46. — ²⁾ 4, 70. — ³⁾ Kritische Versuche S. 83 ff. — ⁴⁾ Besitzklagen S. 32. — ⁵⁾ Besitzklagen S. 42.

der Anwendung der ersteren. Keller⁶⁾, B.-Hollweg⁷⁾ und Huschke⁸⁾ machen keinen Unterschied. Krüger⁹⁾ hingegen unterscheidet, indem er die *vis ex conventu* dem Besitzprocesse, die *deductio quae moribus fit* dem *Petitorium* und zwar, wie Keller und B.-Hollweg, der *actio in rem per sponsionem* zuweist¹⁰⁾. Nach meiner Ansicht lässt sich diese Unterscheidung nicht aufrechterhalten, da ihr mehrere Aeusserungen Ciceros in der Rede pro Caecina im Wege stehen. Wenn z. B. Cicero mit Rücksicht auf die zwischen Caecina und Aebutius getroffene Verabredung, dass der erstere von dem letzteren deducirt werden sollte¹¹⁾, im Weiteren bemerkt: . . . Caecina ad eum fundum profectus est, in quo ex conventu vim fieri oportebat¹²⁾, so ist es unverkennbar, dass nach Ciceros Auffassung der Begriff der *deductio* mit dem Begriffe der *vis ex conventu* sich vollkommen deckte.

Zeitpunkt der *vis ex conventu*.

Karlowa, Krüger und Bruns sind darin einig, dass sie die *vis ex conventu* dem Besitzprocesse und zwar dem *Uti possidetis* zuweisen. Dagegen besteht zwischen Karlowa einerseits und Krüger, Bruns andererseits eine Streitfrage über den Zeitpunkt, zu welchem die genannte Procedur erfolgt. Nach der von Karlowa¹³⁾ vertretenen Ansicht geht sie lediglich dem Erlasse des *Interdictes* voraus, während Krüger¹⁴⁾ und Bruns¹⁵⁾ erst nach dem Erlasse des *Interdictes* die Zeit und Gelegenheit zur Vornahme einer *vis ex conventu* für gekommen erachten. Für jede der beiden Meinungen sprechen wichtige Gründe. Die zweite Meinung hat eine wesentliche Stütze an der prohibitorischen Verfassung des *Uti possidetis*, aus welcher unabweislich zu folgen scheint,

⁶⁾ Zeitschrift f. g. R. 11 S. 289 ff. — ⁷⁾ Civilprocess 2 S. 235. —

⁸⁾ Die Multa und das Sacramentum S. 484 ff. — ⁹⁾ Kritische Versuche S. 83 ff. S. 77. — ¹⁰⁾ Hinsichtlich des Zweckes weichen B.-Hollweg und Krüger wiederum ab von Keller und Huschke. Während die letzteren die *deductio* über Besitz und Parteilrolle entscheiden lassen, geben die ersteren ihr lediglich den Zweck der Feststellung der Identität des Streitobjectes. — ¹¹⁾ Cic. pro Caec. cap. VII. § 20. — ¹²⁾ Cap. VIII § 22. — ¹³⁾ Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 26 f. — ¹⁴⁾ Kritische Versuche S. 84 f. 87. — ¹⁵⁾ Besitzklagen S. 32. 40.

dass vor erlassenen Interdicten eine Uebertretung desselben nicht gedacht werden könne; und ausserdem ist mit Krüger¹⁶⁾ auf den durch Studemund lesbar gewordenen Text von Gajus 4, 170 Rücksicht zu nehmen, wo die Eventualität behandelt ist, dass die *cetera ex interdicto* nicht zur Ausführung kommen, dass z. B. eine Partei zu dem *vim facere* sich nicht herbeilässt. Vorausgesetzt nämlich, dass dieses *vim facere* nichts anderes ist als eine *vis ex conventu*, so würde sich, was Krüger ausführt, wenn Karlowa zugleich recht hätte, eine *vis ex conventu* vor und eine abermalige nach dem Erlasse des Interdictes, folglich — um mit dem Ausdrucke Krügers zu reden — „des Guten zuviel“ ergeben. Als demnächst Karlowa¹⁷⁾ zu bestreiten gesucht hatte, dass unter dem von Gajus 4, 170 behandelten *vim facere* eine *vis ex conventu* zu verstehen sei, so empfing hierdurch Bruns¹⁸⁾ die Veranlassung, für Krüger mit der treffenden Entgegnung einzutreten, dass es dem Prätor, welcher nach ertheiltem Interdicten die Unterlassung des *vim facere* als *Contumaz* behandelte, doch schwerlich begehen konnte, der betreffenden Partei zur Vermeidung der durch *interdicta secundaria* zu verhängenden *Contumacialnachtheile* mehr als eine nur symbolische Gewalt anzusinnen und ihr die Vornahme einer ernstlichen Gewalt zur Pflicht zu machen. Obgleich hiernach gegen Karlowa feststehen möchte, dass die *deductio* oder *vis ex conventu* dem Erlasse des *vim fieri veto* niemals vorauszugehen, sondern immer nur nachzufolgen habe, so wird dieses Ergebniss doch wieder zweifelhaft durch die Rücksicht auf den von Karlowa angezogenen Eingang der Rede pro Caecina. Denn wir werden dadurch zu der Frage hingeführt, wie es denn zu erklären sei, dass Cicero ohne Weiteres und ohne mit einem Worte von dem Erlasse eines *Uti possidetis* zu sprechen, die zwischen Caecina und Aebutius geplante *deductio quae moribus fit* mit dem Besitzprocesse in Verbindung bringt, indem er von Aebutius sagt: *si vis facta esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset*¹⁹⁾. Dass der Ausdruck *superiorem esse in possessione retinenda* nicht, wie Keller²⁰⁾

¹⁶⁾ Kritische Versuche S. 87. — ¹⁷⁾ Civilprocess zur Zeit der Legislationen S. 104. — ¹⁸⁾ Besitzklagen S. 32 f. — ¹⁹⁾ Cic. pro Caec. cap. I § 1. — ²⁰⁾ Zeitschr. f. gesch. R. 11 S. 297 Note 17.

und Witte²¹⁾ annahmen, den Obsieg im Petitorium, sondern den Obsieg im Processu des Uti possidetis bedeutet, hiervon muss man sich durch die Ausführungen von Karlowa überzeugen. Wollte man etwa auf die erwähnte Frage antworten, es bleibe immerhin möglich, dass zwischen Caecina und Aebutius schon vor der Zeit, wo die vis ex conventu stattfinden sollte, ein Uti possidetis erlassen worden sei und nur zufällig Cicero davon nichts erwähnt habe, so glaube ich diese Möglichkeit bestreiten zu dürfen. Schon Krüger selbst²²⁾ bemerkt sehr richtig, „die Erzählung des Hergangs in beiden Reden“ — nemlich pro Caecina und pro Tullio — „lasse ganz deutlich erkennen, dass der deductio noch keine gerichtliche Verhandlung der Parteien vorausgegangen war.“ Nachdem Aebutius dem Caecina bei gelegentlichem Zusammentreffen auf dem Forum zu Rom erklärt hatte, fundum illum suum esse seque sibi emisse, consultierte Caecina den Juristen C. Aquilius und letzterer ertheilte ihm nicht etwa den Rath, zunächst erst das prätorische vim fieri veto zu extrahiren, sondern sein Rath ging einfach und direct dahin, sich von Aebutius deduciren zu lassen. In unmittelbarer Befolgung dieses Rathes verabredete Caecina mit Aebutius einen Tag zur Ausführung der Deductio. Er fand sich auch an Ort und Stelle ein; aber die Deductio erfolgte nicht, sondern es kam zu einem Excesse, welcher dann die Veranlassung gab, dass Caecina mit dem interdictum de vi armata gegen Aebutius klagte²³⁾. Ebenso wie hier ist auch in der Sache des Tullius die Annahme ausgeschlossen, als ob der Erlass eines Interdictes im Mittel liege. Tullius und Fabius hatten noch gar nicht miteinander processirt: da verabredeten sie gleich bei ihrer ersten Begegnung, dass zwischen ihnen eine Deductio vorgenommen werden sollte²⁴⁾. — So unversöhnlich auch nach alledem die Gegensätze scheinen, welche zwischen Bruns, Krüger einerseits und Karlowa andererseits bestehen, so halte ich doch eine Erklärung für möglich, bei welcher mit Einschränkungen jede von beiden Ansichten neben der andern bestehen kann. Es ist m. E. nach den Zeitaltern zu unterscheiden. Die Zeit des Gajus kennt

²¹⁾ Das Interdictum Uti possidetis S. 35 f. — ²²⁾ Kritische Versuche S. 87. — ²³⁾ Cicero pro Caecina cap. VII § 20; cap. XXXII § 95. — ²⁴⁾ Cic. pro Tullio cap. VIII § 20.

die vis ex conventu nur als eine dem Erlasse des Interdictes nachfolgende Handlung. Anders im Zeitalter Ciceros, wo sie lediglich vor dem Erlasse des Interdictes gebräuchlich war. Cumulativ (vorher und nachher) hat sie natürlich niemals stattgefunden. Was aber eine dem Erlasse des Utipossidetis vorangehende vis ex conventu trotz der prohibitorischen Eigenschaft dieses Interdictes bedeutete und bezweckte und wie es gekommen ist, dass die fragliche Procedur später ihren Standort wechselte, dass sie aus einer vorangehenden in eine nachfolgende sich verwandelte, bis sie zuletzt ganz zu existiren aufhörte, hierüber Nachweise zu geben kann ich nur mit Hülfe einer umständlicheren Erörterung versuchen.

Interdictum und actio.

Durch das Verbot des Prätors vim fieri veto werden zwar alle eigenmächtigen Handlungen gleichmässig betroffen, sie mögen auf Störung oder auf Entziehung des Besitzes abzielen²⁵⁾. Jedoch in dem Zwecke, der Entziehung des Besitzes zu steuern, muss man den prävalirenden nächsten — nicht letzten — Zweck der Einführung des Utipossidetis dann erblicken, wenn man — mit Puchta²⁶⁾ und Vangerow²⁷⁾ — gegen Witte²⁸⁾ und Bekker²⁹⁾ — davon ausgeht, dass das interd. Unde vi später entstanden ist. Für letztere Annahme dürfte u. A. die Erwägung streiten, dass in materieller Beziehung die Einführung des recuperatorischen Interdictes eine weit stärkere Ausnutzung des prätorischen jus edicendi erforderte als die Einführung des Utipossidetis. Von Brun's³⁰⁾ und A. Schmidt's³¹⁾ ist schon gesagt worden, wie der Gebrauch der Form des Interdictes bei allen Interdicten sich daraus erkläre, dass der Prätor erst mit der Zeit zu dem Fortschritte gelangte, in seinen Schöpfungen die Form der Actio zur Anwendung zu bringen. Daneben dürfte aber auch der bedeutsame materielle Unterschied zu erwägen sein, welcher zwischen den Interdicten unter einander selbst, nemlich zwischen den prohibitorischen und restitutorischen

²⁵⁾ Vgl. B.-Hollweg Civilpr. 2 S. 373. — ²⁶⁾ Instit. 2 § 225. —

²⁷⁾ Pand. 7. Aufl. 1 S. 680. — ²⁸⁾ Das interd. Utiposs. S. 43 f. —

²⁹⁾ Recht des Besitzers 1881. S. 99. 121. — ³⁰⁾ Besitz im Mittelalter S. 45 Note 1. — ³¹⁾ Interdictenverfahren S. 314 f.

insofern besteht, als jedes restitutorische Interdict, keineswegs aber jedes prohibitorische Interdict bereits eine Actio in praktischer Hinsicht ist. Gelegentlich bemerkt A. Schmidt³²⁾, das Interdict im Edicte könne wie eine Lex benutzt werden. Diese Bemerkung ist richtig bei den restitutorischen Interdicten; und sehr treffend scheint mir das Hinzufügen von A. Schmidt³³⁾, in jedem restitutorium interdictum des Edictes liege mittelbar das Verbot einer bestimmten Handlung für Jedermann. Materiell hat namentlich auch das Undevi die Eigenschaft eines Gesetzes, durch welches mittelbar die gewaltsame Entziehung des Besitzes bereits verboten ist. Anlangend hingegen das Utipossidetis, so lässt sich nicht ohne Weiteres einsehen, dass von ihm in dem Edicte schon eine Gesetzeskraft ausgehe. Nach der Form des Utipossidetis ist anzunehmen, dass wenigstens ursprünglich das Edict über dasselbe nur die Verheissung der Ertheilung eines Verbotes im einzelnen Falle, noch nicht aber die wirkliche Ertheilung eines solchen involvirte. Nicht als ob jedes restitutorische Interdict jünger sein müsste als jedes prohibitorische. Jedoch aus dem erwähnten Verhältnisse zwischen den beiden speciell dem Schutze des Besitzes gewidmeten Interdicten in Verbindung damit, dass die unter der Form des Edictes gehaltene legislative Thätigkeit des Prätors erst allmählich zur Reife gekommen ist, wird wohl auf die Alterspriorität des Utipossidetis geschlossen werden können. So lange also das letztere ohne Concurrenz des recuperatorischen Interdictes bestand, musste der Besitzer eines streitigen Grundstücks das dringende Bedürfniss empfinden, ohne Zögerung sich einen Ersatz für den fehlenden gesetzlichen Schutz des Besitzes zu verschaffen, d. h. seinen Gegner unter den Bann des prätorischen vim fieri veto stellen zu lassen. Die Besorgniss Krügers³⁴⁾, dass man bei einem derartigen Stande jeden Beliebigen hätte vorführen können, um gegen ihn den Erlass eines Interdictes zu erwirken, halte ich für übertrieben, weil, wie Bruns³⁵⁾ ausführt, der Provoquant nicht unter allen Umständen auf die Ertheilung des Interdictes zu rechnen hatte, dieselbe vielmehr von dem

³²⁾ Interdictenverfahren S. 315. — ³³⁾ Interdictenverfahren S. 315 Note 38. — ³⁴⁾ Kritische Versuche S. 107. — ³⁵⁾ Besitzklagen S. 43. 46.

Erkennen des Prätors abhängig blieb. — Von einigen Schriftstellern³⁶⁾ ist es wahrscheinlich gefunden worden, dass in der älteren Zeit der Prätor sein eventuelles Verbot nur dem Gegner des nachsuchenden Theiles, nicht zugleich dem letzteren auferlegt habe. Jedoch vom Gesichtspunkte der Stellvertretung des Gesetzes erweist sich die Zweiseitigkeit des Verbotes wohl als von vornherein nothwendig, da die Gleichheit vor dem Quasigesetze nicht duldete, dass der einen Partei noch erlaubt bliebe, was der anderen verboten wurde.

Hülfsmittel zur Erzielung rückwirkender Kraft.

Hülflos oder doch auf die Vindicationsklage beschränkt war der zeitherige Besitzer, wenn er gezögert hatte, das Interdict auszuwirken und ihm nun der Gegner durch Occupation des Grundstücks zuvorkam. Aus denselben Gründen, von denen aus Viele den recuperatorischen Zweck des Uti possidetis³⁷⁾ bestreiten, muss ich annehmen, dass derselbe nicht in der angeborenen Natur desselben lag. Jedoch künstliche Mittel scheint man, durch die Noth gezwungen, frühzeitig versucht zu haben, um das Hinderniss zu beheben, welches die rein prohibitorische Form des Interdictes einer restitutorischen Verwendung desselben entgegenstellte. Auch das interdictum de itinere actuque privato ist rein prohibitorisch³⁸⁾; und dennoch überliefert Ulpian Beispiele von Veranstaltungen, durch welche ausnahmsweise ein rückwärts wirkender Erfolg des genannten Interdictes erzielt wurde. War Jemand durch Ueberschwemmung an der Ausübung des Wegerechts im letzten Jahre verhindert gewesen, so dass ihm hierdurch die Möglichkeit benommen ist, den Besitzstand hoc anno zu behaupten,

³⁶⁾ Rudorff in der Zeitschr. f. g. R. 11 S. 334. A. Schmidt Interdictenverfahren S. 187. Eck doppelseitige Klagen S. 31. Karlowa Civilprocess zur Zeit der Legislationen S. 102. — ³⁷⁾ Die Literatur ist angegeben bei Windscheid Pand. § 159 Note 10. Dazu kommen noch für die recuperatorische Wirkung im Sinne von Fitting: A. Pernice in Goldschmidts Zeitschrift 20 S. 642 f. und mit Beschränkung auf den Fall der bezweckten Vorbereitung des Eigenthumsprocesses Bekker Recht des Besitzes S. 257. 241, gegen dieselbe Wächter Pand. Theil 2 S. 89—90. 82. — ³⁸⁾ L. 18 1 D. de itinere actuque privato 43, 19.

so wird mit Hülfe einer Restitution das genannte Interdict repetita die ertheilt³⁹⁾. Noch näher liegt für gegenwärtige Erörterung ein anderes Beispiel. Ulpian schreibt: sciendum est, si dilatione data adversario futurum est, ut causa interdicti mei deterior fiat, aequissimum esse, repetita die reddi interdictum⁴⁰⁾. Dieser Artikel wird auf folgende Weise zu interpretiren sein. Der Provocant hatte den Provocaten durch in jus vocatio vorzuführen bezweckt. Der letztere wusste die Vorführung abzuwenden, indem er Vadimonium leistete. Es blieb jedoch nicht bei dem durch das Vadimonium festgesetzten Termine, vielmehr wurde dem Provocaten von Seiten des Provocanten eine dilatio bewilligt. In Folge dieser Hinausschiebung des ersten Termines war naturgemäss auch der Erlass des Interdictes unterblieben. Alsdann traten Umstände ein, unter welchen es im gerechten Interesse des Provocanten gelegen hätte, wenn der Erlass des Interdictes bereits vor ihrem Eintritte erfolgt wäre. Um dieses Interesse des Provocanten nicht untergehen zu lassen, wird aus Billigkeitsgründen das genannte Interdict in einer zurückdatirten Form (repetita die) ertheilt⁴¹⁾. Es scheint fast, als sei in diesem Falle nicht einmal Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erforderlich gewesen. Doch lassen wir dies unerörtert. Das Charakteristische ist die Zurückdatirung, ohne welche die Wiedereinsetzung an sich noch gar nicht zum Ziele geführt hätte. Eine ähnliche Technik wird vom Prätor auch in dem Falle angewandt worden sein, wenn eine von den Parteien bewirkte vis ex conventu vorlag. Zu einer Restitution fehlte hier das Bedürfniss, indem schon der Consens der Parteien auf die Zurückdatirung abzielte. Da ursprünglich alles auf freier Vereinbarung beruhte und die Handlung vor Ertheilung des Interdictis erfolgte, so wäre nicht abzusehen, was die Parteien eigentlich wollten, wenn sie nicht die Zurückdatirung wollten. Mit der erwähnten Technik zur Erzielung

³⁹⁾ L. 1 § 9 eod. tit. — ⁴⁰⁾ L. 1 § 10 eod. tit. — ⁴¹⁾ Die Bedeutung des Ausdrucks repetita die ergibt sich auch aus der Redeweise in L. 3 D. de fide instrumentorum 22, 4: repetita die cautionem interponere = eine Urkunde über ein Cautionsversprechen mit rückwärts gelegtem Datum ausstellen.

der rückwirkenden Kraft stimmt auch die besondere Art, wie auf geschehene vis ex conventu die Formel der Pönalstipulation eingerichtet wurde. Nach der überzeugenden Erklärung von Bruns⁴²⁾ handelt Cicero pro Caec. cap. XVI § 45 von dem Falle einer intendirten, aber nicht ausgeführten vis ex conventu. Der supponirte Fall hat thatsächlich das Besondere, dass der Gegner des Besitzers nicht nur die geforderte Deductio unterlässt, sondern auch den letzteren (im Wege der Prohibition) dejicirt. Ausserdem jedoch ist der Fall, wie ich annehmen muss, noch dadurch ausgezeichnet, dass zu der Zeit, wo die Thatsachen sich ereignen, noch gar kein Interdict erlassen war; denn da die vis ex conventu, welche Cicero kennt und behandelt, allem gerichtlichen Processiren vorausgeht, so hat er das aufgestellte Beispiel nicht anders als so verstehen können, dass der Prätor bis dahin noch gar nicht thätig gewesen sei. Nun soll, wie Cicero andeutet, in Fällen wie der geschilderte, der Besitzer insofern gewonnenes Spiel haben, als er mit Aussicht auf Obsieg im Sponsionsprocesse des Utipossidetis den Gegner anhalten kann, ihm das Versprechen der processmässigen Conventionalstrafe auf den Fall zu leisten: „ni adversus edictum praetoris vis facta esset.“ Diese Sponsion war nach der motivirten Ansicht von A. Schmidt⁴³⁾ nicht bloß bei dem Utipossidetis, sondern bei allen mit vim fieri veto concipirten prohibitorischen Interdicten in Gebrauch. Jedoch gewöhnlich lautet sie am Schlusse „facta est“, während sie in Fällen, wie der oben geschilderte, wegen Mangels eines zuvor ertheilten Interdictes in „facta esset“ sich umsetzt. Man wird einwenden wollen, dem Sinne nach sei esset nichts Anderes als est und nur die sprachliche Regel habe die Anwendung der gebeugten Form esset gefordert. Jedoch absolut geboten war letztere Form durch die übrige Construction des Redesatzes nicht. Sprachlich wäre es ja erlaubt gewesen, um der Treue der Wiedergabe willen das est unverändert beizubehalten. Von ähnlicher Erlaubniss machte Cicero beispielsweise Gebrauch, indem er schrieb⁴⁴⁾: cum ei dicerem, tibi videri sponsonem illam nos sine periculo facere posse „si

⁴²⁾ Besitzklagen S. 39. — ⁴³⁾ Interdictenverfahren S. 240. — ⁴⁴⁾ Cic. ad div. 7, 21.

bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit.“ Wie er hier nicht der Form dedisset sich bedient, so wäre es an sich auch in obiger Stelle pro Caecina nicht nöthig gewesen, zu sagen: „facta esset.“ Daher ist nicht ausgeschlossen, dass letztere Form ihren besonderen Grund hatte. Sie enthält m. E. die Fiction, welche man zu Hülfe nahm, um eine vor dem Erlasse des Interdictes geschehene Entziehung des Besitzes der Herrschaft des Interdictes zu unterwerfen, sei es nun dass solche Entziehung durch deductio künstlich und friedlich oder nach geforderter, jedoch nicht geleisteter deductio im Wege der realen Prohibition verübt worden war. Wahrscheinlich hatte der Provocat die übliche Busse auf den Fall zu versprechen, dass er, als der Provocant — was ja eben zu untersuchen ist — besass, gegen denselben eine Handlung unternommen habe, welche als Gewalt und mithin als Verletzung des Edictes dann erscheinen würde, wenn zu der Zeit das Edict bereits wirklich ertheilt gewesen wäre. Die erwähnte Fiction wird durch die Form „facta esset“ nur noch elliptisch angedeutet, vielleicht weil eine durch lange Zeiten fortgesetzte Uebung immer mehr dahin geführt hatte, eine Weitläufigkeit abzukürzen, mit welcher man ursprünglich den später wohl kaum noch empfundenen Zweck verfolgte, sich mit der rein prohibitorischen Verfassung des Interdictes nothdürftig abzufinden. — Es kann noch ein anderer Fall aus der Praxis Ciceros angeführt werden, in welchem der präjudiciellen Sponsion eine abweichende hypothetische Fassung gegeben wurde und zwar ebenfalls zu dem Zwecke, damit durch das Mittel der Fiction der Inhalt des in Frage stehenden Präjudicialpunktes einen veränderten Sinn erhalten konnte. Als Vertreter des Quinctius in dessen Processsache mit Naevius referirt Cicero den Wortlaut der betreffenden Sponsion wie folgt: si bona ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent⁴⁵⁾. Zwar vertauscht er später bei einer nochmaligen wörtlichen Anführung des Inhalts der Sponsion die Form possessa non essent mit der Form possessa non sunt⁴⁶⁾. Indessen ist der Gebrauch der letzteren Form weit eher für zufällig zu halten als der

⁴⁵⁾ Cic. pro Quinctio cap. VII § 30. — ⁴⁶⁾ Cap. XXVII § 84.

Gebrauch der ersteren. Denn die thatsächlichen Verhältnisse⁴⁷⁾ lagen so, dass Grund vorhanden war, im Interesse des Naevius die Sponsion so einzurichten, dass die Regel zur Geltung gelangte, welche nach Ulpian⁴⁸⁾ lautet: *quamvis possessa non sint bona, quia forte nihil fuerit quod possideatur aut sine controversia non possideatur, creditor, qui in possessionem missus est, perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent.*

Das Vertreibungsrecht.

Wie schon der Name *vis ex conventu* erkennen lässt, hatte das Institut seinen Ursprung in der freien Entschliessung der Parteien. Jedoch eine Disposition der letzteren zu der Handlung würde sich nicht denken lassen, wenn nicht das sogenannte Vertreibungsrecht bestanden hätte. Es geschieht häufig und ist der gewöhnliche Anfang der Besitzstreitigkeiten, dass eine vorübergehende Abwesenheit des Besitzers benutzt wird, um in das Grundstück einzurücken. Das solchenfalls dem Besitzer zustehende Vertreibungsrecht ist nach der Ansicht von Bruns⁴⁹⁾, welche Eck⁵⁰⁾ billigt, nur mittelst Gewalt an Sachen, nicht mittelst Gewalt gegen die Person gestattet. Windscheid⁵¹⁾ erklärt sich hierüber unentschieden. Dagegen wird ein ungeschmälertes Vertreibungsrecht von Meischeider⁵²⁾, Brinz⁵³⁾ und Bekker⁵⁴⁾ aus Gründen wieder in Schutz genommen, welche ich für zutreffend halte. Genanntes Recht beruht auf dem Principe der einstweiligen Fortdauer des Besitzes; und dieses Princip hat die — auch schon von Baron⁵⁵⁾ hervorgehobene — Bestimmung, die nach erlangter Kenntniss erfolgende Vertreibung des Occupanten als Behauptung eines bis dahin noch unverlorenen Besitzes erscheinen zu lassen, wodurch die Handlungsweise des Besitzers unter einen Gesichtspunkt gestellt ist, welcher die von Bruns angenommene Beschränkung auf Gewalt an Sachen nicht zu gestatten scheint, nemlich unter den Gesichtspunkt

⁴⁷⁾ Cap. VI § 27; cap. XXIX § 89. — ⁴⁸⁾ L 13 D. de rebus auct. jud. poss. 42, 5. — ⁴⁹⁾ Besitzklagen S. 146–154. — ⁵⁰⁾ Holtzendorffs Rechtslexion 3. Aufl. 1 S. 339. — ⁵¹⁾ Pandekten § 156 Note 8. — ⁵²⁾ Besitz und Besitzschutz S. 329 ff. — ⁵³⁾ Pandecten 2. Aufl. 1 § 183. S. 751 Note 45. — ⁵⁴⁾ Recht des Besitzes S. 281–283. — ⁵⁵⁾ Gesamt-rechtsverhältnisse S. 99.

der Vertheidigung. — Auch wenn im Edicte noch kein interdictum Unde vi existirte, hatte das Vertreibungsrecht für den Besitzer sein Gutes; wer im Stande der Vertheidigung, also der Nothwehr sich befindet, ist schon deshalb moralisch und und rechtlich günstiger gestellt als der Gegner, weil nicht er, sondern der letztere in Gefahr ist, bei dem Conflict ein Verbrechen zu verüben. — Ob Labeo den Grundsatz der einstweiligen Fortdauer des Besitzes anerkenne oder verwerfe, ist bekanntlich bestritten; es kommt darauf an, wie man einen kritischen Theil der L. 6 § 1 D. de poss. 41, 3 zu lesen und auszulegen hat. Das Erstere wird von Witte⁵⁶⁾ und Bruns⁵⁷⁾, das Letztere von Savigny⁵⁸⁾ und A. Pernice⁵⁹⁾ angenommen. Mag ich nun ein Uebergewicht der Gründe auf der Seite der ersteren Annahme mit Recht oder Unrecht vermuthen, so lässt sich eventuell wenigstens behaupten, dass auch für die zweite Annahme keine volle Gewissheit besteht. Dann wäre das Resultat: wir wissen nicht, ob Labeo für Anerkennung oder Verwerfung votirte. Durch andere Beweismittel hingegen lässt sich darthun, dass erwähntes Princip, wie Baron⁶⁰⁾ behauptet, sogar schon dem republikanischen Rechte eigenthümlich war. Den Beweis liefert die causa Caeciniana. Piso, der Sachführer des Aebutius, hatte in verschiedenen Stadien zwei ganz verschiedene Vertheidigungsmomente vorgestellt. Anfangs sagte er, unerlässliche Voraussetzung einer Dejection sei, dass der Dejicirte sich zur Zeit derselben auf dem Grundstücke befinde und da nun Caecina zur kritischen Zeit nicht dort gewesen sei, so könne derselbe eine Dejection nicht erlitten haben⁶¹⁾. In dieser Vertheidigung lag zunächst eine Verleugnung unseres in Frage stehenden Principes. Aber Cicero wusste demselben Anerkennung zu verschaffen; um zu zeigen, dass man auch bei dem Fehlen der von Piso für unerlässlich erklärten Voraussetzung dejicirt werden könne, wählte er dasselbe Beispiel, welches später Juristen wie Ulpian⁶²⁾ und Paulus⁶³⁾ zu dem gleichen Zwecke

⁵⁶⁾ Zeitschrift für C. u. P. N. F. Bd. 18. 1861. S. 257 f. — ⁵⁷⁾ Besitzklagen S. 137 Note 1 S. 144 f. — ⁵⁸⁾ Besitz S. 352 f. — ⁵⁹⁾ M. A. Labeo 2. 1878. S. 186 Note 29. — ⁶⁰⁾ Pandecten 2. Aufl. § 118 a. E. — ⁶¹⁾ Cic. pro Caec. XII § 35. cap. XXIII § 64. cap. XXXI § 90. — ⁶²⁾ L. 6 § 1 D. de poss. 41, 2. — ⁶³⁾ L. 3 § 8 D. eod. tit.

gebrauchten, nemlich das Beispiel, dass Jemand sich aus seinem Hause entfernt und, als er zurückkehrt, auf bewaffnete Leute stösst, welche ihn nicht hineinlassen⁶⁴). Gegenüber solchen von Cicero jedenfalls in einem früheren Termine schon einmal ausgesprochenen Deductionen hatte sich Piso — nicht gleichzeitig mit dem ersten, sondern, wie aus der Rede deutlich hervorgeht, successiv — noch eines zweiten Vertheidigungsmomentes bedient. Da er nicht fortfahren konnte, von dem erwähnten Principe keine Notiz zu nehmen, urgirte er die für Anwendung desselben bestehende Erforderlichkeit des Besitzes auf Seiten des angeblich Dejicirten und stellte in Abrede, dass Caecina besessen habe. Unter diesem Besitze, den er vermisste, konnte Piso mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des vorliegenden Falles keinen andern als den bei entzogener Detention nur noch geistig retinirten Besitz verstehen; denn darüber war ja kein Streit, dass bei und vor dem thätlichen Conflict nicht Caecina, sondern Aebutius das Grundstück besetzt hielt. Sonach involvirte die zweite Vertheidigung nicht eine Fortsetzung und Beibehaltung der ersten, sondern ein — von Cicero bestens acceptirtes — Fallenlassen derselben und eine indirecte Anerkennung jenes mehrerwähnten Principes⁶⁵).

⁶⁴) Cic. pro Caec. cap. XXXI § 89. Gegen Ruhstrat in Iherings Jahrb. XIX. 1881. S. 149 f. ist zu bemerken, dass Cicero weit entfernt ist, auf das Eigenthum den Nachdruck zu legen, gleichwie auch Ulpian und Paulus ohne Nebenabsicht von dem Eigenthümer sprechen, der ihnen für das Beispiel nicht mehr werth ist als der Pseudodominus. —

⁶⁵) Cic. pro Caec. cap. XXXI § 90. Anders wird der Dualismus in dem Vertheidigungssysteme des Piso erklärt von Keller Sem. p. 379. 380 Note 6. Dieser Erklärung stehen folgende Bedenken entgegen: I. Keller muss dem Autor (Cicero) den Vorwurf machen, er habe die Aeusserungen des Piso geflissentlich in entstellter Weise wiedergegeben. II. Ein recuperatorischer Schutz gegen bewaffnete Gewalt zu Gunsten eines Inhabers in fremdem Namen würde den sonstigen Anschauungen der Römer widerstreben. Durch den Umstand, dass in dem interd. de vi quotidiana die Clausel quum ille possideret nicht fehlt, während sie in dem interd. de vi armata fehlt, haben sich zwar A. Schmidt in Richters Jahrb. 1844 S. 693, B.-Hollweg 2 § 98 Note 89 und Rudorff Zusatz Num. 121 bewegen lassen, für letzteres Interdict den juristischen Besitz mit Keller für entbehrlich zu achten. Allein der gedachte Umstand beweist nichts. Denn die Abwesenheit der Clausel in dem letztgenannten neueren Interdicte erklärt sich sehr einfach, wenn schon

Die Lage des Deducendus.

Einem Besitzer fehlt die Detention, während er den Besitz noch animo retinirt; das allein ist die Lage, in welcher sich Jemand befinden muss oder doch glauben muss, zu befinden, wenn er ein Interesse daran haben soll, dass ihn der Gegner, bei welchem das Leibliche des Besitzes ist, deducire. So war denn auch Cicero als Sachführer der Caecina bestrebt, einen Thatbestand aufzuklären, welcher keine andere Deutung zulässt als dass Caecina bis dahin, wo er kam, um sich deduciren zu lassen, in der erwähnten Lage, sei es wirklich oder sei es nur putativ, gewesen sei. Nachdem derselbe mit Aebutius über Erbtheilung schon länger processirt hatte, begab sich etwas Neues insofern, als ihn der genannte Gegner gelegentlich mit dem schon erwähnten Worte überraschte „fundum illum suum esse seque sibi emisse“⁶⁶⁾. Vor Jahren war Aebutius, wie Caecina behauptete, von der Erblasserin beauftragt worden, ein bestimmtes Grundstück für sie zu kaufen; auf dieses Grundstück bezog sich das ebengedachte, von Aebutius gesprochene Wort. Dasselbe wurde von Cicero, welcher zu sehr nach Argumenten für den Besitzstand seines Clienten haschte, als eine Bedrohung mit Vindicationsklage zu erklären gesucht⁶⁷⁾. An dieser Deutung haben B.-Hollweg⁶⁸⁾ und Ruhstrat⁶⁹⁾ keinen Anstoss genommen, wogegen Keller⁷⁰⁾, Dernburg⁷¹⁾ und Karlowa⁷²⁾ der Ansicht sind, es habe nicht eine Ankündigung der petitorischen Klage, sondern eine einfache Denunciation oder Protestation im Sinne der Erklärung gelegen. Nach Kellers Meinung⁷³⁾ sollte dadurch

bei Einführung desselben diejenige Begriffsentwicklung, welche B.-Hollweg erst der späteren Jurisprudenz zuschreibt, eingetreten war, woneben es nicht verwundern kann, dass man nicht gleich damals das Edict über das Interdict de vi quot. revidirte, um hier die Clausel sofort auszustossen. III. In der causa Caeciniana wäre überdies, wie Savigny S. 427 und Ruhstrat in Iherings Jahrb. XIX S. 178 f. ausführen, gar keine Veranlassung gewesen, von einem alieno nomine possidens zu sprechen, weil Caecina ein Pächter des Grundstücks weder war noch sein wollte. — ⁶⁶⁾ Cic. pro Caec. VII § 19. — ⁶⁷⁾ Cic. pro Caec. cap. VII § 20; cap. XXXII § 95. — ⁶⁸⁾ Civilprocess 2 § 125 Note 13. — ⁶⁹⁾ Iherings Jahrb. XIX S. 146. — ⁷⁰⁾ Semestrien p. 355—358. — ⁷¹⁾ Kritische Vierteljahrsschrift V. 1863 S. 515. — ⁷²⁾ Beiträge S. 40. — ⁷³⁾ Semestrien p. 361.

das fragliche Grundstück dem Bereiche des *judicium fam. herc.* entzogen werden. Dernburg und Karlowa nehmen an, es sei nur bezweckt worden, dem Caecina zu imponiren und ihn möglichst zur Unterlassung von Besitzhandlungen zu bestimmen. Ich muss die letztere Ansicht deshalb für richtig halten und kann namentlich an eine Drohung mit petitorischer Klage deshalb nicht glauben, weil in dem Falle, wenn Aebutius sich bereit gezeigt hätte, im *Petitorium* als Kläger aufzutreten, der von dem Juristen C. Aquilius ertheilte Rath, sich von Aebutius deduciren zu lassen⁷⁴⁾, ganz unbegreiflich erscheinen würde. Im gedachten Falle hätte Aebutius nur ruhiges Abwarten der petitorischen Klage und einstweilige unbedingte Passivität anrathen können. Diese bessere und bequemere Rolle ohne Weiteres dem Caecina zu überlassen, dazu hätte sich ein geriebener Mann, wie Aebutius, nicht verstanden. Petitorisch wollte er nicht klagen, sondern höchstens sich verklagen lassen. Umgekehrt war auch Caecina nicht Willens, die Rolle des Klägers zu übernehmen. Er verlangte von Aebutius deducirt zu werden; diese Aufforderung war, wie Cicero⁷⁵⁾ besonders hervorhebt, die Antwort auf das obige Wort des Aebutius; und so antwortete Caecina in Gemässheit des von Aquilius gegebenen Rathes. Den letzteren kann ich, weil die *Deductio* auf das *Utiposs.* zu beziehen ist, mit Karlowa⁷⁶⁾ nur dahin verstehen, dass Caecina mit Hülfe der *deductio* den Process des *Utiposs.* vorbereiten sollte. Die Zweckmässigkeit eines solchen Planes lässt sich auch nicht bezweifeln, wenn man erwägt, dass Caecina seiner Behauptung nach, als er nach dem Tode der Erblasserin auf den erb-schaftlichen Gütern Umgang hielt, auch den streitigen Fundus begangen hatte⁷⁷⁾. Unter der Voraussetzung der Wahrheit dieser Behauptung konnte Aquilius recht wohl annehmen, Caecina habe einstmals den Besitz erworben⁷⁸⁾. War es nun

⁷⁴⁾ Cic. pro Caec. cap. XXXII § 95; cap. VII § 20. — ⁷⁵⁾ Cic. pro Caec. cap. XXXII § 95. — ⁷⁶⁾ Beiträge S. 40 Note 67. — ⁷⁷⁾ Cic. pro Caec. cap. XXXI § 94. — ⁷⁸⁾ Von Savigny Besitz S. 425 f. Note 4 und Keller Semestrien p. 352 wird die Abmachung mit dem Pächter, welche nur der Vergangenheit gegolten habe, als eine für den Besitz-erwerb unbehufige Handlung angesehen. Darin ist ihnen auch beizupflichten. Aber mit Recht hat B.-Hollweg 2 S. 840 auf die ausserdem

in der Folge dem Aebutius gelungen, sich durch heimliche Besetzung die Detention zu verschaffen, weswegen derselbe auch plötzlich die, von Aquilius wohlverstandene, herausfordernde Sprache führte „fundum suum esse seque sibi emisse,“ so handelte Caecina, wenn er nicht Gewalt brauchen wollte, im Sinne einer zu versuchenden richtigen Processpolitik, indem er von Aebutius deducirt zu werden verlangte, um darauf hin ein zurückdatirtes Utipossidetis zu extrahiren.

Dem Deducirenden wird durch die Deductio, wie selbstverständlich, in Bezug auf die Legitimation des Deducirten noch in keiner Weise präjudicirt. Der Obsieg des letzteren bleibt immer abhängig von der Führung des Beweises, dass er zur Zeit der verabredeten Deductio besessen habe. Hiermit scheint eine Ausführung Ciceros in Widerspruch zu stehen, durch die er zu begründen sucht, die Bereitwilligkeit des Caecina, sich deduciren zu lassen, spreche für den Besitzstand des letzteren „ipse porro cur se moribus deduci volebat —?“⁷⁹⁾. Dass auf vorstehende Argumentation zu Gunsten des Caecina kein grosser Werth zu legen ist, haben Keller⁸⁰⁾ und B.-Hollweg⁸¹⁾ bereits kürzlich angedeutet. Indessen glaube ich dieselbe eingehender behandeln zu sollen, weil sie den von mir in Betreff des Wesens der Deductio eingenommenen Standpunkt bei näherem Betrachten wesentlich unterstützt. Wenn freilich die fragliche Behauptung des Autors den Sinn hätte, welchen ihr Rudorff⁸²⁾ beilegt, dass die Procedur der deductio nur an dem Besitzer möglich sei und folglich der Deducirte durch die Procedur als Besitzer anerkannt werde,

noch von Seiten des Caecina damals erfolgte Begehung des streitigen Grundstücks hingewiesen. In dieser konnte Aquilius allerdings einen Act der Besitzergreifung erblicken, wenn auch etwa mit Ruhstrat in Iherings Jahrb. N. F. VII S. 140. 145. 151. 153 anzunehmen ist, dass er es nicht anders als unter der weiteren Voraussetzung konnte, Aebutius sei einst wirklich beauftragt gewesen, das Grundstück für die Caesennia zu kaufen. Was die von Ruhstrat wegen des Pachtverhältnisses gehegten Bedenken betrifft, so halte ich sie für unbegründet und deshalb für gegenstandslos, weil, wie Keller Sem. p. 354 ausführt, aller Wahrscheinlichkeit nach der Colonus nach dem Tode der Caesennia abgegangen war. Er ging, nachdem er mit Caecina abgerechnet hatte. — ⁷⁹⁾ Cic. pro Caec. cap. XXXII § 95. — ⁸⁰⁾ Semestrien p. 366. — ⁸¹⁾ Civilpr. 2 § 89 Note 11. — ⁸²⁾ Jahrb. für wissenschaftl. Kritik. 1843. 2 S. 600.

dann würde Cicero vor dem Richterstuhle des Verstandes sich nicht vertheidigen lassen, weil er als Gegner Menschen vorzusetzen würde, welche fähig wären, dem Provocanten, der deducirt zu werden wünscht, durch Gewährung dieses Wunsches den Obsieg im Possessorium einzuräumen. Allein der Sinn der obigen Worte des Autors wird durch Rudorffs Uebersetzung unnöthig verschärft. Mehr mit B.-Hollweg muss ich annehmen, dass Cicero hierbei ohne grosse Prätension auftritt. Es war nur darauf abgesehen, ein ungefähres und adminiculirendes Moment für den Besitz des Caecina mit Rücksicht darauf beizubringen, dass Jemand, der nicht besitzt, etwas Erfolgloses unternehmen würde, wenn er zur Vorbereitung des Utipossidetis sich deduciren liesse. Aus der Beharrlichkeit, mit welcher Caecina seinen Besitz behauptete, indem er schon vor dem jetzigen Processe (*interdictum de vi armata*) zur Vorbereitung des Utiposs. die *deductio* verlangt hatte, aus dieser Beharrlichkeit in Verbindung mit dem von Aquilius ertheilten Rathe suchte Cicero ein Anzeichen für die Wahrheit jener Behauptung zu entnehmen. Eine solche Argumentation leidet zwar stark an dem Fehler der *petitio principii*, aber perplex ist sie nicht und es ist auch ein derartiger Fehler nach den Erfahrungen des täglichen Lebens keineswegs ohne Gleichen. Nichtsdestoweniger würde ich an der gedachten Aeußerung des Autors unter der Voraussetzung noch ein Hinderniss finden, dass unter dem Besitzer, für welchen Caecina sich ausgab, ein Vollbesitzer, d. h. ein Besitzer, welcher auch die Detention hat, verstanden werden müsste. Denn wunderselten wird ein Vollbesitzer zu dem Entschluss kommen, sich deduciren zu lassen, um hierdurch den Besitz bis zur *fructus licitatio* zu Gunsten seines Gegners zu verlieren. Hierher gehört auch eine Aeußerung Krügers. Gegen Keller⁸³⁾, nach dessen Meinung der Deducent für die Dauer des petitorischen Processes der *actio in rem per sponsonem* als Besitzer anerkannt wird, erhebt Krüger⁸⁴⁾ das Bedenken, dass es solchenfalls von Seiten Ciceros geradezu albern gewesen wäre, den Beweis anzutreten, dass Caecina

⁸³⁾ Zeitschrift für gesch. Rechtsw., 11 S. 291 ff. — ⁸⁴⁾ Kritische Versuche S. 76.

besessen habe. Wenn ich dieses Bedenken dem von mir eingenommenen Standpunkte analogisch gegenüberstelle, so erleidet dasselbe schon eine wesentliche Gewichtsverminderung deshalb, weil nach diesem Standpunkte der Deducens, falls er etwa noch nicht Besitzer war, den Besitz nicht für die Dauer des Vindicationsstreites und nicht mit dem wichtigen Vortheile der Freiheit von der Beweislast in letzterem Streite, sondern nur für eine kurze Instanz des possessorischen Processes, nemlich bis zur *fructus licitatio* erlangt. Aber vollständig erledigt ist meinem Standpunkte gegenüber das Bedenken Krügers und gänzlich beseitigt ist das obige Hinderniss, wenn wir erwägen, dass Caecina als Vollbesitzer gar nicht in Frage kam. Caecina war höchstens Besitzer ohne Detention. Das Leibliche des Besitzes hatte dormalen Aebutius, während Caecina den Besitz höchstens noch *animo retinirte*. In der Anwendung auf ein solches getheiltes Verhältniss sagte Cicero, obwohl er von dem Fehler der *petitio principii* nicht frei war, doch nichts Unvernünftiges, indem er sagte: „aus dem Umstande, dass Caecina die *deductio* verlangte, ist auf seinen Besitzstand zu schliessen, da nur ein Besitzer gerechte Veranlassung hat, sich *deduciren* zu lassen.“ Ein detentionsloser Besitzer, welcher den Namen eines Besitzers nur noch mit Hülfe des Principis der einstweiligen Fortdauer des Besitzes verdient, opfert nur ein problematisches Gut, wenn er sich den Besitz durch *deductio* entziehen lässt; und des mässigen Opfers werth ist der nützliche Erfolg, dass die *deductio*, vorausgesetzt, dass sich der *Deducirte* nachher als den gewesenen Besitzer ausweist, vermöge des *repetita* die zu ertheilenden *Uti possidetis* als eine *vis contra edictum* angesehen wird. Es könnte ja sein, dass der *Deducirte* zur Zeit, wo er die *deductio* verlangte, den Besitz bereits durch Vernachlässigung verloren hätte; in diesem Falle fehlt ihm die Eigenschaft des Besitzers, ohne welche er stets unterliegen muss. Wenn jedoch die Vernachlässigung noch nicht eingetreten war, so ist er nunmehr durch die erlittene *deductio* aus der Gefahr erlöst, seinen Besitz durch Vernachlässigung in einer Weise zu verlieren, dass ihm das *Interdict* nicht mehr zusteht. Hätte er im Sinne Rudorffs⁸⁵⁾, dieses

⁸⁵⁾ Zusatz zu Sav. Bes. Num. 109.

Vertreters einer absoluten recuperatorischen Wirkung, ohne Weiteres und ohne die vorgängige Vermittelung der vis ex conventu das Utip. angestellt, so hätte er nach dem Rechte der früheren Zeit den Process verlieren müssen. Mindestens schon mit der in jus vocatio, durch welche er Kenntniss von der geschehenen Occupation verrieth, hätte er seinem Besitze den sicheren Untergang bereitet. Denn nach erlangter Kenntniss ist der Besitzer nicht allein befugt, den Gegner auszutreiben, sondern der älteren Ansicht zufolge, welcher noch Celsus II anhing ⁸⁶⁾, war er auch verbunden, ohne lange Zögerung zur Vertreibung des Ingredienten zu schreiten, wenn er nicht den Verlust des Besizes und ein Convalesciren desselben auf Seiten des Gegners erleben wollte ⁸⁷⁾.

⁸⁶⁾ L. 18 § 3 D. de poss. 41, 2. — ⁸⁷⁾ Auch Fabius, der Gegner des Tullius, hatte beantragt, dass dieser ihn deducire. Da nun Fabius aller Wahrscheinlichkeit nach gar nicht besass, so finden wir durch vorliegendes Beispiel nur bestätigt, was ganz natürlich ist, dass missbräuchlich auch ein ganz Unberufener deducirt zu werden verlangen konnte, so gut wie auch jeder Pseudodominus den freien Willen hat, mit der rei vindicatio zu klagen. Zufällig stellte Fabius seinen Antrag mit den Worten „ut aut ipse Tullium deduceret aut ob eo deduceretur (Cic. pro Tullio VIII, 20). Die alternative Form des Antrags ist von B.-Hollweg 2 S. 236 Note 11 und Karlowa Civilpr. S. 103 zu einem Bedenken gegen Keller benutzt worden, sofern der letztere die deductio über Besitz und Parteirolle des petitorischen Processes entscheiden liess. Dieses Bedenken geht mich ebenfalls etwas an, weil nach meiner Ansicht der Deducent wenigstens bis zur fructus licitatio als Besitzer anerkannt, beziehungsweise, wenn er das Grundstück heimlich occupirt hatte, zum Besitzer gemacht wird. Allein für durchschlagend halte ich das Bedenken nicht. Das gelassene Verhalten des Fabius kann recht gut ein nur Schau getragenes gewesen sein. Am liebsten hätte er den Tullius deducirt. Da er jedoch als Nichtbesitzer nicht hoffen konnte, dass Tullius sich werde deduciren lassen, so suchte er wenigstens die Miene anzunehmen, als ob er auf die Rolle des Deducenten Anspruch habe, jedoch grossmüthig auf dieselbe verzichte, wenn anders der Gegner durchaus selbst diese Rolle für sich begehre.

(Schluss folgt.)