14-C-438

ABHANDLUNGEN

ZUM

RÖMISCHEN CIVILPROCESS

VON

Dr. FRIDOLIN EISELE
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT FREIBURG

Inv. čís.: 518
Sign.: 403

FREIBURG I. B. 1889
AKADEMISCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG VON J. C. B. MOHR
(PAUL SIEBECK).

170-45
B

ÚSTŘEDNÍ KNIHO A
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND
Č. inv.: 04661

Koupí od M. Vokáč
Darem od
v Praze za Kčs 45.-
Inv čís: 33.170
Sign:

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

Inhalt.

Seite

Erste Abhandlung.
Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae 1
Zweite Abhandlung.
Ueber die lex Aebutia 65
Dritte Abhandlung.
Ueber die Formulierung der exceptio rei iudicatae . . . 111
Vierte Abhandlung.
Ueber actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde . . . 125
Nachtrag zur ersten Abhandlung 190
Quellenregister 193

Bemerkung. Die Schrift von Wlassak über die Litiskontestation im Formularprocess (aus der Festschrift für Windscheid, Leipzig 1889) ist erst während des Druckes erschienen und konnte nicht mehr benützt werden.

Erste Abhandlung.

Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.

Ueber das Verhältniss der exceptio rei in iudicium deductae zu der exceptio rei iudicatae, insoweit durch diese letztere die processuale Consumption geltend gemacht wird, sind seit Keller (Litiscont. und Urtheil § 30 S. 234 f.) verschiedene Ansichten geäussert worden. Kürze halber mag hiewegen auf die Uebersicht verwiesen werden, welche Schwalbach in seinem posthumen Aufsatz „über ungiltige Urtheile und die consumirende Wirkung der Litiscontestation“ in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Bd. VII, rom. Abth. S. 134 f.) gegeben hat. Die Frage ist neuerdings wieder in Fluss gekommen durch die Arbeiten dreier Schriftsteller, welche sich ungefähr gleichzeitig mit derselben beschäftigt haben. Es sind dies einmal die soeben citierte Abhandlung von Schwalbach, dann Lenel's edictum perpetuum im § 275 (S. 403 f., vgl. fontes iur. rom. ant. ed. V p. 213 bei Note 2), endlich das Buch von Cogliolo über die exceptio rei iudicatae (Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata etc. Torino 1883). Mit diesen Schriftstellern stimmen wir darin überein, dass wir die bisher aufgestellten Ansichten über das bezeichnete Verhältniss nicht für befriedigend erachten können. Dasselbe müssen wir aber auch bezüglich der eigenen Aufstellungen der genannten drei Schriftsteller erklären. Die Begründung dieses Urtheils hinsichtlich der Ansichten von Lenel und Schwalbach soll der Darlegung unserer eigenen Auffassung vorausgeschickt wer-

den, wogegen diejenige Cogliolo's zweckmässiger in Verbindung mit jener Darlegung angegeben und beurtheilt werden wird.

Lenel erklärt (unter Zustimmung von Dernburg, Pand. I § 172) die bisher allgemein angenommene Meinung, wonach es sich hier um zwei verschiedene Exceptionen handelt, für irrthümlich. Gajus kenne nur eine exceptio, die er stets (III, 181; IV, 106. 107. 221) als exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae bezeichne, und auch Cicero kenne nur eine exceptio „quod ea res in iudicium ante venisset" (de orat. I, 37, 168). Für die klassische Zeit nimmt Lenel die folgende Fassung dieser exceptio als zweifellos an: si ea res q. d. a. iudicata vel in iudicium deducta non est inter Num. Neg. et Aul. Ag.; und zwar soll die exceptio so gelautet haben, gleichviel ob die zweite Klage noch während des Vorprocesses angestellt wurde oder erst nach Beendigung desselben durch Urtheil.

Was nun zunächst die Ciceronische Stelle betrifft[1]), so ist sie weit entfernt, Lenel's Aufstellung irgendwie zu stützen. Der Thatbestand, dass ea res ante in iudicium venit,

[1]) Begründet ist Lenel's Tadel gegenüber den Herausgebern, welche die Worte quod ea res in iudicium ante venisset durch den Druck als Formelworte kennzeichnen. Es ist aber auch nicht genau, wenn Lenel diese Worte als „Begründung" der exceptio bezeichnet; sie geben vielmehr den Inhalt derselben, und zwar wohl im Anschluss an die Formulierung, und dienen zugleich zur Bezeichnung oder Benennung der exceptio. Uebrigens ist wohl nicht, wie Lenel (nach Keil?) thut, zu lesen, wie oben steht, sondern mit den Hss. (vgl. Keller, Semestria I, p. 331 und Note 13) quod ea res in iudicium ante non venisset, was der wirklichen Formelconception (sei es einer exceptio, sei es einer praescriptio) wesentlich näher kommt. Vgl. übrigens l. 13 de exc. 44, 1 placet non obstare exceptionem quod praeiudicium hereditati non fiat und ähnliche Bezeichnungen im Anschluss an die Formulierung in l. 16 u. l. 18 eod.

ist demjenigen, der in der exc. rei in iudicium deductae geltend gemacht wird, augenscheinlich vollkommen congruent, aber auch nur diesem. Sodann hat es allen Anschein, dass Cicero in der Stelle voraussetzt, es sei in dem ersten Process ein den Beklagten absolvierendes Urtheil ergangen; wenigstens setzt er voraus, dass in demselben eine Beweiserhebung stattgefunden (si ille infitiator probasset iudici, ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus quum peteret, ne exceptione excluderetur etc.). Wenn also die Stelle bezüglich der uns beschäftigenden Frage überhaupt etwas beweist, so scheint es dies zu sein, dass zu Cicero's Zeit eine exc. rei iudicatae wenigstens in dem Kreise von Fällen, dem der von Cicero behandelte angehört, zur Geltendmachung der processualen Consumption nicht verwendet wurde. Jedenfalls aber ist schlechterdings nicht einzusehen, wie darin, dass bei Cicero nur eine, aber eine lediglich der exc. rei in iudicium deductae entsprechende exceptio erwähnt wird, irgend ein unterstützendes Moment liegen soll für die Behauptung, dass auch exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae bei Gajus nur eine einzige exceptio sei.

Die Aufstellung Lenel's sodann, dass Gajus „nur von einer Exceptio meldet", kann sich nur darauf gründen, dass Gajus in III, 181, IV, 106 und 107 den Singularis exceptio gebraucht. Das erklärt sich aber vollständig daraus, dass jeweils die eine oder andere der beiden Exceptionen genügt, um den Kläger zurückzuweisen (debeo per exceptionem rei iud. vel in iud. ded. summoveri III, 181), also auch nur die eine oder andere nothwendig ist (IV, 106. 107). Eben daraus erklärt sich auch das constante vel, und es kann nicht zugegeben werden, dass die Einheit der exc.

rei iud. vel in iud. ded. ganz besonders deutlich bei Gai. 4, 121 hervortrete (Lenel S. 404, Note 2), wo Beispiele peremptorischer Einreden in folgender Weise gegeben werden: veluti quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusve consultum factum est aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est. Das vel ist hier, im Gegensatz zu den vorhergegangenen aut, durch die Gleichheit des Zwecks der beiden Exceptionen, die processuale Consumption geltend zu machen, durchaus gerechtfertigt, und die Wiederholung des est spricht offenbar eher gegen als für die Einheit der exceptio[2]).

Wir dürfen hienach wohl sagen, dass die äussern Gründe, welche Lenel für seine Ansicht angeführt hat, in Nichts zerfallen. Wie steht es mit den innern, sachlichen Gründen?

Es ist nicht schwer, Fälle anzugeben, wo die exc. rei iudicatae als Organ der processualen Consumption nicht so weit reicht, als die exc. rei in iud. deductae, und man begreift ganz wohl, dass, wenn exc. rei iudicatae bestand, dazu noch eine exc. rei in iud. ded. eingeführt werden konnte. Auch wenn ein Urtheil ergangen ist, lässt sich denken, dass exc. rei in iud. deductae doch noch eine Bedeutung haben konnte, z. B. in dem von Lenel hervorgehobenen Falle, dass im Vorprocess das iudicium giltig constituiert, das Urtheil aber nichtig war. Aber wenn man einmal auf Grund der res in iudicium deducta excipieren konnte, wozu dann noch eine exc. rei iudicatae, da doch im Formularprocess allemal, wenn res iudicata est, zuvor res in iudicium deducta sein muss?[3]) Man sollte meinen, die exc. rei in iud. ded.,

[2]) Vgl. Bethmann-Hollweg C. Pr. II, § 103 Note 31.

[3]) Ein Fall, in welchem von dem Geschworenen über einen Anspruch judiciert wurde, welcher zur Zeit der constitutio iudicii nicht schon in iudicium deduciert war, ist der, wenn in einem b. f. iudicium

wenn sie zuerst da war, müsse die exc. rei iud. gar nicht haben aufkommen lassen, oder sie müsse, wenn jünger, diese verdrängt haben. Selbst wenn man beide Exceptionen mit Lenel als eine einheitliche sich denkt, müsste das, was Lenel selbst über die Nothwendigkeit des zweiten Gliedes „vel in iudicium deducta non est“ sagt, in Verbindung mit der Thatsache, dass wo judiciert auch in iudicium deduciert ist, dazu geführt haben, dass man die zweigliedrige Exception durch Weglassung der res iudicata vereinfachte.

Sieht man sich hiernach zu der Frage gedrängt, warum die Römer selbst im Falle eines Urtheils nicht mit der exc. rei in iudicium deductae ausgekommen seien — auf welche Frage Lenel gar nicht eingeht —, so wundert man sich erst recht, wozu die Clausel de re iudicata in Lenel's zweigliedriger exceptio dann gedient habe, wenn es im Vorprocess zu keinem Urtheil gekommen. Lenel meint, dieselbe sei auch in diesem Falle als unschädlich beibehalten worden; man habe damit dem immerhin möglichen Missverständniss vorgebeugt, als ob mit dem Urtheil im Vorprocess, das ja vielleicht während des Nachprocesses noch erfolgte, die Wirksamkeit der exceptio aufhöre. Uns dünkt es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass, wenn doch über die Wirksamkeit der deductio in iudicium kein Zweifel bestand, so lange kein Urtheil folgte, man der Formel noch die die res iudicata betreffenden Worte hinzugefügt habe um einer denkbaren Möglichkeit willen — dass Jemand irrigerweise wegen Eintritts eines Urtheils an ein Erlöschen der Wirkung der deductio in iud. glaube —, welche Mög-

eine Gegenforderung ex eadem causa geltend gemacht und darüber vom iudex erkannt wird. Sicherlich ist aber die exc. rei iudicatae nicht erst so spät eingeführt, dass man dies als Grund der Einführung ansehen könnte.

lichkeit wieder auf einer weiteren Möglichkeit — dass der Vorprocess vom Kläger fortgesetzt und bis zum Urtheil durchgeführt wird — sich aufbaut.

Es bleibt als sachliches Argument bei Lenel noch übrig die Erwägung, dass es doch wunderbar wäre, wenn die Römer für genau den gleichen Zweck zwei Exceptionen aufgestellt hätten. Dieses auch schon früher (Krüger, process. Consumption S. 50) ausgesprochene Bedenken ist nicht ohne Gewicht, wird aber durch die folgende Untersuchung, wie wir hoffen, beseitigt werden.

Entschieden ansprechender und auch besser begründet ist die Ansicht von Schwalbach. Ausgehend davon, dass bei Ungiltigkeit des Urtheils ex integro geklagt werden kann, ohne dass in den betreffenden Quellenstellen daran Anstoss genommen wird, dass die abgeurtheilte Klage doch giltig in iudicium deduciert war, ferner davon, dass die Stellen, die von in integrum restitutio gegen ein Urtheil handeln, in keiner Weise erkennen lassen, dass es daneben noch einer Restitution gegen die lit. contestatio und deren Consumptionswirkung bedürfe, endlich auf Grund einiger weiterer Erscheinungen, bei denen die consumierende Wirkung der lit. cont. gleichfalls ausser Acht gelassen wird (a. a. O. S. 132), kommt er zu dem Ergebniss, dass nur die Consumption des ius civile, also die Consumption im Legisactionsprocess und die ipso-iure-Consumption des Formularprocesses an den Thatbestand der lit. contestatio geknüpft gewesen; die Consumption des prätorischen Rechts, die per exceptionem, sei von Anfang an keine Consumption durch lit. contestatio, sondern eine Consumption durch Urtheil, per exceptionem rei iudicatae, ergänzt durch eine exc. rei in iud. deductae, gewesen, und zwar in der Art, dass die zweite dieser Exceptionen bei noch schwebendem ersten

Processe die Rechtshängigkeit geltend machte, und dass sie auch gebraucht wurde, wenn der erste Process ohne Urtheil erloschen war. Eine äussere Bestätigung für diese bloss ergänzende Bedeutung der exc. rei in iud. deductae findet Schwalbach darin, dass sie bei Gaius stets an zweiter Stelle genannt wird, ein Umstand, den auch Lenel hervorhebt, ohne dass freilich ersichtlich wäre, inwiefern derselbe zu Gunsten seiner Theorie ins Gewicht falle. Diesem entwicklungsfähigeren Institut des prätorischen Rechts scheine sich, meint Schwalbach, zuletzt auch die civilrechtliche Consumption assimiliert zu haben, weil Stellen wie Paul. sent. V, 5a § 8 und § 10 ein ex integro agere zulassen, ohne auch nur für den Fall der sog. directen Consumption eine Ausnahme zu machen.

Es muss vorläufig dahingestellt bleiben, ob und wie weit diese Aufstellungen für die klassische oder spätklassische Zeit des römischen Rechts zutreffend seien oder nicht. Dass aber das prätorische Recht von Anfang an als Organ der processualen Consumption nur die exc. rei iudicatae gekannt habe, dagegen haben wir folgende Bedenken geltend zu machen.

1. Dass das prätorische Recht überall nur einer Vorlage des ius civile folge, wollen wir keineswegs behaupten. Wenn aber eine exceptio einen Thatbestand enthält, welcher der Sache nach (d. h. abgesehen von gewissen Solennitäten) einem Thatbestand des ius civile entspricht, so müssen ganz zwingende Argumente vorliegen, wenn wir die Annahme, dass hier der Prätor den Gedanken des ius civile einfach aufgenommen und ihn auf seinem Gebiete mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln realisiert habe, von der Hand weisen sollen. Dass aber die res in iudicium deducta einen Thatbestand der erwähnten Art darstelle, ist leicht einzusehen.

Dazu kommt noch die citierte Stelle Cicero's de or. I, 37, wo derselbe Thatbestand der res in iud. deducta, nur in andere Worte gefasst, den Inhalt einer die Consumption geltend machenden exceptio bildet, und dabei nicht nur nicht erhellt, dass eine Beendigung des Vorprocesses ohne Urtheil unterstellt ist, sondern das Gegentheil als wahrscheinlich bezeichnet werden muss.

2. Schwalbach macht gegenüber der herrschenden Ansicht über das Verhältniss unserer beiden Exceptionen geltend (a. a. O. S. 136), dass sie erklären müsste, aber nicht erkläre, wie der Prätor dazu kam, in der exc. rei iudicatae eine überflüssige und überdies gefährliche exceptio einzuführen, gefährlich insofern, als der Kl. ihr mit Berufung auf Nichtigkeit des Urtheils im Vorprocess begegnen konnte, was gegenüber der exc. rei in iud. deductae nicht anging. Aber ist dies nicht ebenso gegenüber Schwalbach's eigener Auffassung zutreffend? Wie kam, müssen wir auch da fragen, der Prätor dazu, das Princip der Consumption durch Litiscontestation durch dasjenige der Urtheilsconsumption zu ersetzen und so den die Consumption geltend machenden Beklagten der Gefahr einer replicationsweise geltend gemachten Nichtigkeitsbeschwerde auszusetzen? Es ist ja möglich, dass der Prätor diesem Uebelstande zum Trotz aus anderweitigen, für ihn schwerer wiegenden Gründen so verfuhr; aber diese Gründe müssten doch angegeben werden.

Dass übrigens in Schwalbach's Ansicht ein richtiger Kern auch bezüglich der älteren Zeit des Formularprocesses enthalten ist — soferne nämlich der exc. rei iudicatae ein abgesondertes Anwendungsgebiet zuzuweisen ist — wird die Darlegung unserer eigenen Ansicht ergeben.

Wir müssen diese Darlegung beginnen mit dem die Consumption des altcivilen Processes regelnden Satze bis de eadem re ne sit actio (actio ne esto?)[4]), welchen als die Grundlage dieser Lehre aufgezeigt zu haben Bekker's bleibendes Verdienst ist. Keinem Zweifel kann es unterliegen, dass hier unter actio die actio κατ' ἐξοχήν der ältesten Zeit, die legis actio zu verstehen ist. Ebenso wenig aber kann es zweifelhaft sein, dass der Zeitpunkt, in welchem jener Satz für die einzelne Processsache seine consumierende Kraft entfaltet, kein früherer sein kann, als der, in welchem für den Kläger die Möglichkeit gesichert ist, es zu einer richterlichen Entscheidung über seinen Anspruch zu bringen; die stets und überall nothwendigen Schutzmassregeln gegen unnöthige Wiederholung von Processen können nicht so eingerichtet werden, dass jene Möglichkeit selbst und damit der oberste Zweck aller Civilrechtspflege gefährdet würde. Es ist dies aber der Zeitpunkt, wo die Solennität des lege agere abgeschlossen und ein iudicium ordnungsmässig zu Stande gekommen ist. Schon hieraus ergiebt sich, beiläufig bemerkt, dass, wenn die römischen Juristen die durch das lege agere bewirkte Consumption mit dem solennen Akte der litis contestatio in Verbindung gebracht haben, dieser Akt doch kaum, wie jetzt von Hartmann-Ubbelohde (ordo iudic. S. 448) behauptet wird[5]), der

[4]) So würde der Satz zu lauten haben, wenn er, was dahingestellt bleiben kann, seinen Ursprung in einer römischen lex hatte.

[5]) Angenommen ist diese Behauptung von Sohm (Inst. 3. Aufl. S. 134 N. 2), der sie sogar für bewiesen erachtet. Uns scheint sie unhaltbar zu sein schon wegen der Auslegung, welche in der Stelle der epitome des Festus „contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote" den Worten ordinato iudicio gegeben wird. Damit soll bezeichnet werden die Anweisung der Reihenfolge, in welcher die Sache demnächst in iure zur Verhandlung kommen soll. Ich halte es nicht für

Vornahme der solennen legis actio vorausgegangen sein kann, sondern doch wohl, wie bisher allgemein angenommen worden ist, den Abschluss derselben gebildet haben wird.

Andererseits wird man aber auch sagen können: ist eine richterliche Entscheidung der Streitsache in dem Sinne gesichert, dass es nur an dem Kläger liegt, dieselbe herbeizuführen: so hat es kein Bedenken, die processuale Consumption schon in diesem Zeitpunkte und nicht erst in dem des Urtheils eintreten zu lassen.

Versetzen wir uns jetzt in den Zeitpunkt der Einführung des Formularprocesses. Im Formularprocesse als solchem kommt eine actio in dem Sinne des alten Satzes „bis de eadem re ne sit actio“ gar nicht vor; dieser Satz war daher, wenn per formulam processiert worden war, nicht anwendbar[6]). Aber wenn im Formularprocess die Verhandlungen in iure beendigt, die Formel ertheilt und das indicium constituiert war, so befand sich der Process genau in derselben Lage, in welcher er war, wenn nach altem Verfahren die solenne litis contestatio vor sich ging: die Sache war bis zum iudicium gediehen, mit der für den Kläger gesicherten Möglichkeit, zu einem richterlichen Urtheil zu gelangen. Diese Gleichheit der Situation konnte auch dann unmöglich verkannt werden, wenn — wie ich allerdings annehmen zu sollen glaube — eine Zeugenaufrufung nach beendigter constitutio iudicii im Formularprocess schon von Anfang an nicht vorkam.

möglich, dass Festus oder irgend ein Römer dies durch die Worte iudicium ordinare sollte ausgedrückt haben, da doch in dem angenommenen Zeitpunkte ein iudicium noch gar nicht existiert.

[6]) Vorbehalten bleibt die Antwort auf die hier sich nahelegende Frage, wie dann die ipso-iure-Consumption des Formularprocesses zu erklären sei; erklärt ist durch das im Text Gesagte die Nothwendigkeit einer exceptio.

Wenn also der Prätor nicht einen ausreichenden Grund hatte, von dem bisherigen Princip abzugehen, wonach Consumption des Klagerechts in dem Augenblicke eintrat, wo der Process bis zum iudicium gediehen war, so wird er — das lässt sich a priori als das Wahrscheinlichste bezeichnen — an diesem Princip festgehalten und es in seiner Weise durchgeführt haben, d. h. er wird die processuale Consumption auch an den Zeitpunkt geknüpft haben, wo der Process bis zum iudicium gekommen war; und wenn er im zweiten Process diese Frage, ob die gleiche Sache schon früher einmal bis zum iudicium verhandelt worden sei, nicht selbst untersuchen wollte, so wird er sie mittelst praescriptio oder exceptio zur Untersuchung des Geschwornen verstellt haben.

Wenn wir nun in der schon wiederholt in Bezug genommenen Stelle von Cicero von einer exceptio „quod ea res in iudicium ante (non) venisset“ lesen, durch welche eben processuale Consumption geltend gemacht wird, so ist damit quellenmässig bewiesen, dass der Prätor in der That so verfahren ist, wie wir es a priori als wahrscheinlich finden mussten. Ebensowenig kann füglich bezweifelt werden, dass diese exceptio später die Formulierung geändert und nach dieser die Bezeichnung exceptio rei in iudicium deductae bekommen hat; noch Ulpian bezeichnet das Consumieren der actio in l. 11 § 7 de exc. rei iud. als ein rem in iudicium deducere.

Hienach würden wir zu dem Ergebniss gelangen, dass die exc. rei in iud. deductae als Organ der processualen Consumption älter sei, als die exc. rei iudicatae. Es frägt sich aber, ob dies Verhältniss für das ganze Gebiet des Formularprocesses anzunehmen ist?

Nach der dargelegten Ansicht über den der Consumption durch legis actio und durch deductio in iudicium gemein-

samen Grundgedanken (vgl. Götting. gel. Anzeigen de 1884 S. 845) können wir diese Frage genauer so stellen: ist es für das ganze Gebiet des Formularprocesses richtig, dass in dem Augenblick, wo res in iudicium deducta ist, für den Kläger eine gesicherte Möglichkeit besteht, die Sache zu einem richterlichen Urtheil zu bringen? Denn nur dann lässt es sich mit dem obersten Zwecke der Rechtspflege vereinbaren, das Klagerecht in dem angegebenen Zeitpunkte consumiert werden zu lassen.

Die so präcisierte Frage muss nun aber verneint werden, und dies führt uns direct zu dem Ursprung und dem ursprünglichen Anwendungsgebiet der exc. rei iudicatae.

Im Formularprocess [7]) bestand bekanntlich ein Unterschied zwischen iudicia legitima und solchen quae imperio continentur. Schon Cicero kennt denselben, und es ist wohl möglich, dass derselbe mit Bestimmungen der lex Aebutia zusammenhing. Für den Kreis der iudicia quae imperio continentur muss nun die soeben gestellte Frage verneint werden aus dem einfachen Grunde, weil diese iudicia mit dem imperium des Beamten, der sie eingesetzt, erlöschen (Gai. 4, 105). Hier kann man nicht sagen, es stehe, wenn einmal das iudicium constituiert ist, nur beim Kläger, in der Sache auch ein richterliches Urtheil zu erlangen, schon deswegen nicht, weil er es nicht in der Hand hat, wann er, von der ersten Anbringung der Sache an, es bis zur constitutio iudicii bringt und ihm nicht etwa von da an eine bestimmte Frist zur Verfügung steht; daher es selbst bei normaler Beendigung des imperium kommen kann, dass für die Untersuchung der Sache keine genügende Zeit mehr bleibt. In

[7]) Dass sich die Erfordernisse des iudicium legitimum bei Gai. III, 181 nur auf iudicia des Formularprocesses beziehen können, ist schon öfter bemerkt worden und kann nicht zweifelhaft sein.

Bezug auf den entscheidenden Punkt: die einigermassen gesicherte Aussicht, die zum iudicium gediehene Sache auch bis zum Urtheil zu bringen, stand also der Kläger bei iud. legitimum vor Einführung der Processverjährung ungleich günstiger, als bei iud. quod imperio continetur; man wird darin einen vollgenügenden Grund dafür erblicken müssen, dass man bei dem letzteren das Princip der Consumption durch litis contestatio nicht anwendete. Dann blieb nichts übrig, als die Consumption an das Urtheil zu knüpfen.

Die exc. rei iudicatae ist also ursprünglich das Organ der processualen Consumption bei den iudicia imperio continentia. Ist es richtig, dass es schon einige Zeit vor der lex Aebutia Formularprocess zwischen Peregrinen, dann zwischen römischen Bürgern und Peregrinen ohne commercium und legis actio, endlich auch zwischen römischen Bürgern in den Provinzen gegeben hat (vgl. die zweite Abhandlung), so würde hienach das Altersverhältniss der beiden Exceptionen dahin zu bestimmen sein, dass die exc. rei iudicatae die ältere ist, und nur im Gebiet der iudicia legitima davon die Rede sein könnte, dass der exc. rei iudicatae die exc. rei in iud. deductae zeitlich vorangegangen sei.

Die hier zunächst aus principiellen Erwägungen und aus der römischen Gerichtsverfassung abgeleitete Bestimmung des Verhältnisses der exc. rei iudicatae zur exc. rei in iud. deductae macht es vollkommen erklärlich, wie die Römer dazu kamen, zur Erreichung eines und desselben Zweckes zwei verschiedene Exceptionen aufzustellen, und schon dies dürfte zu Gunsten des hier angenommenen Verhältnisses der beiden Exceptionen ins Gewicht fallen. Es lässt sich aber für die Richtigkeit dieser Aufstellung auch ein ausreichender Quellenbeweis erbringen.

Ist unsere Aufstellung richtig, so müsste die exc. rei iudicatae schon in alter Zeit, d. h. schon in der früheren Periode des Formularprocesses (vor den leges Iuliae iudiciariae) vorkommen, sobald es sich um ein iudicium quod imperio continetur handelte. Solches Vorkommen wird nun wenigstens durch ein Quellenzeugniss bestätigt, welches in dem früher als lex Thoria bezeichneten Agrargesetz von 643 enthalten ist. Dort ist von Z. 37 an von Klagen der Publicanen die Rede, bezüglich deren Recuperatoren eingesetzt werden sollen, womit also iudicia imperio continentia gegeben sind. In Z. 38 wird dann eine exceptio (oder praescriptio pro reo) „quae res iudicata non siet" erwähnt (Bruns fontes [5] p. 79).

Wenn ferner im Falle eines iudicium quod imperio continetur erst das Urtheil das Klagerecht consumiert, so folgt, dass, so lange kein Urtheil ergangen ist, die Klage von Neuem erhoben werden kann, Kläger folglich in der Lage ist, vor der Urtheilsfällung vom Process abzustehen und es später mit einer neuen Klage zu versuchen. Dies wird bestätigt durch eine Aeusserung Cicero's in der Rede pro Flacco c. 21 § 50. Der Thatbestaud, soweit er uns hier angeht, ist kurz folgender. Ein gewisser Heraklides aus Temnos hatte seinem Gläubiger Hermippus in der Executionsinstanz einige Sclaven an Zahlungs Statt abgetreten (Cicero sagt vendidit) und so den Fortgang der Execution abgewendet. Nachdem er dann vergeblich versucht, erst das ihn verurtheilende Erkenntniss zu beseitigen, dann ohne Beseitigung dieses die Sclaven von Hermippus wieder herauszubekommen, stellte er in Rom gegen den Senator C. Plotius, der in der Provinz Asia Legat gewesen war und die erwähnten Sclaven erworben hatte, Klage (welche? interessiert uns hier nicht) auf Herausgabe dieser Sclaven an. Von diesem Processe sagt nun Cicero:

> Q. Naso vir ornatissimus qui praetor fuerat iudex sumitur: qui quum sententiam secundum Plotium se dicturum ostenderet et[8]) ab eo iudice abiit et quod iudicium lege non erat causam totam reliquit.

Das iudicium war, da Kläger Peregrine war, kein iudicium legitimum; es fehlt an jedem Grunde, die Worte quod iudicium lege non erat von etwas Anderem, als eben hievon zu verstehen, zumal wir den Grund, weshalb kein iudicium legitimum vorlag, Dank der Nachricht bei Gai. 4, 105 anzugeben im Stande sind. Heraklides merkte aus unvorsichtigen Aeusserungen des Geschworenen, dass er ein günstiges Urtheil nicht zu hoffen habe, und er verlor in der Sache selbst noch nichts, wenn er den Process jetzt aufgab mit dem stillschweigenden Vorbehalt, später wieder zu klagen[9]).

Man kann fragen, ob denn ein solcher Rechtszustand haltbar sei, der doch offenbar Gelegenheit zu Chikanen giebt? ob die Möglichkeit, dass Jemand sein Klagerecht consumiert und dann ohne sein Verschulden es zu keinem Urtheil mehr bringen kann, nicht das kleinere Uebel sei im Vergleich mit der andern, dass Jedermann eine Klage erheben, sie fallen lassen und beliebig oft auf's Neue

[8]) Ich möchte annehmen, dass dieses et durch Gemination des et in ostenderet entstanden und folglich zu streichen ist.

[9]) So versteht die Stelle auch Huschke in einer Note zu Gai. 4, 106. Um Gaius mit Cicero in Uebereinstimmung zu bringen, will er in dem § 103 cit. lesen: et si quidem imperio continenti iudicio peractum fuerit, statt des sinnlosen proactum der Handschrift. Aber wenn noch zu Gaius' Zeit nur das Urtheil bei den iud. imperio continentia Consumption bewirkt hätte, wie soll man es sich dann erklären, dass Gaius auch hier neben der exc. rei iudicatae noch eine exc. rei in iudicium deductae als Organ der processualen Consumption erwähnt, die dem Beklagten dann gar nichts nützen könnte?

anstellen kann? In dieser Hinsicht ist Folgendes zu bedenken.

Der Rechtszustand, von dem die Rede ist, konnte allerdings von frivolen Klägern missbraucht werden; aber es sprach für Ertragung desselben noch ein anderer Grund, als der, dass die iudicia imperio continentia so vergänglicher Natur waren, während die iudicia legitima durch keinen Zeitablauf erloschen. Es kommt für den Kläger im Formularprocess nicht bloss darauf an, dass, sondern auch wie die Sache in das iudicium kommt. Hat ein römischer Bürger in Rom eine formula iniqua bekommen, so kann er durch Appellation an die par maiorve potestas Intercession herbeiführen (Cic. in Verr. I, 46, 119). An wen soll er, vor Einführung des Principates, in der Provinz, und an wen soll der Peregrine appellieren? Und gerade in den Provinzen mag es, wie wir aus den Verrinen vermuthen können, oft genug zu ungerechten Formelconceptionen gekommen sein! Der einzige Schutz war in diesem Falle die Möglichkeit, die Sache ohne Schaden liegen zu lassen!

Dazu kommt noch Folgendes. Es ist ein Erfahrungssatz, dass Process-Chikane durchaus nicht immer so häufig ist, als es nach den gesetzlichen Einrichtungen sein könnte, und dies hat zum Theil in der Ehrenhaftigkeit der Leute, zum Theil auch darin seinen Grund, dass es im Allgemeinen nicht als ein Vergnügen angesehen wird, Processe zu führen. Auch der § 351 Abs. 1 unserer Civilprocessordnung öffnet, ungeachtet der Repressivbestimmungen in Abs. 2 des § 251 und in § 252, der Process-Chikane ein weites Thor, und doch ist es thatsächlich durchaus nicht so schlimm, als es sein könnte. Ueberdies leidet, wer sich in den Ruf eines chikanösen Processführers bringt, auch Einbusse an seiner Ehre, und die Furcht hievor hält gewiss auch Manchen im Zaum.

So wird es auch in der Zeit, von der wir sprechen, als unanständig gegolten haben, wenn ein Kläger ohne genügenden Grund, bloss um eine zweifelhafte oder gar schlechte Sache doch vielleicht noch später einmal durchzudrücken, von dem eingesetzten iudicium Abstand nahm. Bestätigt wird diese Annahme gerade durch den Umstand, dass Cicero, dem daran gelegen ist, den Heraklides (einen Zeugen zur Belastung seines Clienten Flaccus) als einen unzuverlässigen und unverschämten Menschen hinzustellen, das causam relinquere erwähnt [10]).

Endlich kommt noch in Betracht, dass, wie wir nachweisen können, die Möglichkeit, die fallengelassene Sache wieder aufzunehmen, keine unbeschränkte war. Der Kläger, welcher die Sache vor dem Urtheil fallen liess, konnte wenigstens während der Amtsdauer des Magistrats, der das iudicium eingesetzt hatte, nicht auf's Neue klagen, sondern er musste auf den Nachfolger, bezw. darauf warten, dass das niedergesetzte iudicium durch Beendigung des imperium des einsetzenden Beamten erlosch; andernfalls wurde er zurückgewiesen durch eine Einrede, welche die Rechtshängigkeit der Sache geltend machte und also ein Supplement der exc. rei iudicatae war, allerdings insofern ein unvollkommenes Supplement, als die Rechtshängigkeit auch ohne ein Urtheil mit dem Erlöschen des iudicium aufhörte.

Dieser Sachverhalt wird bewiesen durch die schon theilweise in Bezug genommene Stelle der lex agraria von 643, welche, nachdem sie in Zeile 37 die Bestimmungen für die

[10]) Damit erledigt sich das Bedenken Krüger's process. Cons. S. 31 Note 8; wogegen seiner Auffassung, die Worte „quod iudicium lege non erat" seien als von Heraklides geltend gemachter Grund anzusehen, der (von Krüger übrigens selbst geltend gemachte) Einwand, es müsste dann stehen esset statt erat, m. E. unüberwindlich entgegensteht.

Bildung des einzusetzenden Recuperatorengerichts gegeben, dem betreffenden Magistrat in Z. 38 vorschreibt:

> [quei supererunt, eos de ea re iudicare iubeto] quae res soluta n[on siet inve iudici]o non siet iudicatave non siet quod eius praevaricationis [causa . . . . .] . . factum non siet.

Es kommt hier Alles auf die Worte inve iudicio an, welche, wie die Klammern andeuten, bis auf den Buchstaben o restituiert sind. Die zwischen n (nach soluta) und diesem o befindliche Lücke ist so, wie hier steht, schon von Rudorff (Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. 10 S. 164) ausgefüllt, welchem hierin auch Mommsen (C. I. L. vol. I p. 81 und in der 5. Aufl. der fontes von Bruns) und Bruns in seinen fontes iuris Rom. ant. (4. Aufl. p. 75) gefolgt sind. Trotz dieser Uebereinstimmung wird gefragt werden müssen, ob die fragliche Restitution als so sicher gelten kann, dass das Restituierte vollen Beweis für eine rechtsgeschichtliche Thatsache zu liefern im Stande ist. Diese Frage glaube ich aus folgenden Gründen bejahen zu müssen. Es ist bekanntlich möglich gewesen, die Lage, welche die erhaltenen Fragmente der lex Acilia repetundarum, bezw. unserer lex agraria in der grossen ursprünglichen Erztafel eingenommen haben, zu bestimmen, und danach festzustellen, wie viele Buchstaben in den Lücken der einzelnen Zeilen ausgefallen sind. Zur Anschauung bringen dies die Tafeln im C. I. L. cit., wo die unsere lex agraria betreffende nach p. 79 steht. Danach fasste in Zeile 38 die Lücke zwischen dem Buchstaben n nach soluta und dem Buchstaben o vor non siebzehn Buchstaben. Genau so viele Buchstaben nimmt die Ergänzung on siet inve ioudici [11]) in Anspruch. Erwägt man, dass

[11]) Schreibt man mit Bruns und Mommsen iudici, so sind es allerdings nur 16 Buchstaben. Diese Differenz dürfte an und für sich

über die Richtigkeit der ersten sechs Buchstaben (on siet) kein Streit sein kann, so wird es sicher nicht zu kühn sein, auch das weiter Ergänzte für richtig anzunehmen.

Zunächst erhebt sich nun die Frage: Haben wir es hier mit wirklichen Exceptionen zu thun, wie dies von Mommsen l. c. p. 95 als zweifellos angenommen wird? Ich glaube dies verneinen zu müssen und halte es für ziemlich sicher, dass wir hier gesetzlich vorgeschriebene (nämlich den Magistraten vorgeschriebene) praescriptiones pro reo vor uns haben. Dazu stimmt schon die Form „quae res“ u. s. w. besser, als zu Exceptionen. Doch ist dies nicht entscheidend [12]). Entscheidend aber ist, dass gegenüber einer Formel auf dare oportere (Z. 37) der Einwand der Zahlung nicht mittelst exceptio geltend gemacht worden sein kann, man müsste denn annehmen, dass für die den Publicanen nach diesem Gesetz erwachsenden Forderungen (vgl. Z. 36: quoi publicano ex h. l. pequnia debebitur) Zahlung kein civilrechtlicher Tilgungsmodus gewesen sei. Eine Präscriptio ist aber ebenso unbedenklich, wie bei den beiden andern Thatbeständen. Man könnte uns vielleicht einwenden: wie einer praescriptio rei iudicatae eine exceptio rei iudicatae entspreche, so weise auch eine praescriptio e. r. a. quae res soluta non est unausweichlich auf eine exceptio solutionis hin. Dieser Einwand wäre aber nichts weniger als stichhaltig. Er würde übersehen, dass zwar die exceptio die durch die intentio (si paret Num. Ao. dare oportere) schon

nichts zu bedeuten haben. Es ist aber zu bemerken, dass in unserer lex die Schreibweise ius und ious, iudicare und ioudicare wechselt, und zwar auch innerhalb derselben Zeile; vgl. Z. 35 ious und iudicium; Z. 37 ious; Z. 39 ioudicandae und iudicatus; Z. 62, 73, 93.

[12]) Vgl. l. Rubr. c. 19: is in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito addive iubeto: qua de re operis novi u. s. w., wo doch wohl nur an eigentliche exceptio zu denken ist.

bedingte condemnatio zu einer noch weiterhin bedingten machte (Gai. 4, 119), dass dies aber von einer praescriptio pro reo nicht gesagt werden kann. Daher ist es sehr wohl möglich, dass ein Thatumstand als exceptio keinen Sinn hat, weil er in der Bedingung si paret dare oportere schon mitenthalten, mithin als additionelle Bedingung der condemnatio überflüssig ist, wogegen er als praescriptio, wo er nicht Condemnationsbedingung ist, nicht als überflüssig und sinnlos erscheint. Auch eine nach ius civile das dare oportere aufhebende Thatsache kann als praescriptio pro reo gestaltet werden, sobald man die Verhandlung über dieselbe der über die forderungsbegründenden Thatsachen vorausgehen und so die letztere eventuell wegfallen lassen will. So schreibt denn unser Gesetz den Magistraten eine solche Formelconception vor, welche die Recuperatoren nöthigt, sobald der Beklagte Zahlung, res iudicata oder ein Drittes (was wir oben vorläufig als Rechtshängigheit bezeichnet haben) geltend macht, vorab darüber Beweis zu erheben.

Unbedenklich darf man annehmen, dass, wie der praescriptio: e. r. a. quae res iudicata non est eine exc. rei iudicatae entsprach, so auch der praescriptio: e. r. a. quae res in iudicio non est eine exceptio entsprochen habe. Etwa die exc. rei in iudicium deductae? Das anzunehmen liegt sehr nahe und ist denn auch von Mommsen a. a. O.[13]) angenommen worden. Wäre diese Annahme richtig, so wäre die von uns aufgestellte Ansicht, dass bei judicia quae imperio continentur die processuale Consumption in älterer Zeit

[13]) C. I. L. vol. I p. 95: Exceptiones esse . . facile apparet. Recensentur solutionis, rei in iudicium deductae, rei non per praevaricationem iudicatae exceptiones. Auch bei dieser Annahme kann übrigens die Behauptung Lenels nicht bestehen, da nach der Fassung des Gesetzes die exc. oder praescriptio rei iudicatae von der vorausgehenden aufs deutlichste geschieden ist.

nur durch exceptio (und bezw. praescriptio) rei iudicatae realisiert worden sei, widerlegt. Wir müssen aber diese Annahme als unhaltbar bezeichnen.

Sofern man annimmt, dass auch nur einigermassen genau gesprochen werde — und das wird man bei einer altrömischen lex nicht nur dürfen, sondern vielmehr müssen — ist es doch ganz klar, dass die Thatbestände „res in iudicio est“ und „res in iudicium deducta est“ ganz verschieden sind. Der zweite liegt immer vor, wo der erste vorliegt; aber das Umgekehrte ist keineswegs der Fall: es kann ganz wohl einmal res in iudicium deduciert, jetzt aber nicht mehr in iudicio sein. Der erste Thatbestand ist ein Zustand, der aufhören kann; der zweite ein Factum, welches, einmal eingetreten nie mehr ungeschehen gemacht werden kann. Die exceptio „si ea res in iudicio est“ kann nur gebraucht werden, so lange das iudicium dauert; folglich kann sie, da jedes iudicium sein Ende durch das Urtheil findet, nicht mehr gebraucht werden, sobald res iudicata ist. Würde das iudicium nur durch res iudicata sein Ende erreichen, so würden die beiden Exceptionen si res in iudicio non est und si res iudicata non est derart ineinandergreifen, dass, sobald die erste nicht mehr brauchbar ist, die zweite Platz griffe, und umgekehrt, so lange die zweite noch nicht erwachsen wäre, die erste gegen Wiederholung des Processes schützte; m. a. W. durch die beiden Exceptionen zusammen würde das Princip der processualen Consumption in demselben Umfang durchgeführt, wie durch den alten Satz bis de eadem re ne sit actio. Erlischt aber das iudicium auch noch durch andere Gründe, z. B. Ablauf des imperium des einsetzenden Magistrates, so ist jenes Ineinandergreifen gebrochen; es ist eine Lücke da, kraft deren dem Kläger ein nochmaliges Anstellen derselben Klage möglich ist. Ebendarum charakterisiert sich

die exc. si ea res in iudicio est als eine solche, die nicht Consumption, sondern nur Rechtshängigkeit geltend macht.

Die exc. rei in iud. deductae dagegen würde die bezeichnete Lücke nicht lassen: sie trifft in dem Falle, wo das iudicium erloschen ist, sei es durch Urtheil oder sonst, nicht minder zu, wie in dem Falle, wo das iudicium noch im Gange ist, da ja zweifellos die Sache in iudicium deduciert sein muss, wenn sie in iudicio sein soll. Sie würde also mehr leisten, als die exc. si ea res in iudicio non est, und sie würde dieselbe, wenn sie neben ihr bestünde, sicher bald absorbieren. Nun wird man schwerlich fehlgehen, wenn man annimmt, dass die Cicero bekannte und mit der exc. rei in iudicium deductae sich deckende exc. si ea res ante in iudicium non venit auch schon im Jahre 643 nicht unbekannt war. Wenn also trotzdem der Gesetzgeber der lex agraria auf die exc. bezw. praescriptio si ea res in iudicio non est recurriert, so ist dies ein Beweis dafür, dass die an sich besser fungierende exceptio (praescriptio) rei in iudicium deductae auf dem Gebiet, in dem er sich bewegte, dem von iud. imperio continentia, nicht anwendbar war. Andernfalls müsste man annehmen, dass er den Beklagten in den Fällen, wo es nicht zum Urtheil gekommen, weniger vollkommen geschützt habe, als es nach damaligem Rechtszustande möglich gewesen.

Wir haben also für den Formularprocess zwei vollständig getrennte Arten der Geltendmachung der processualen Consumption quellenmässig nachgewiesen: bei iudicia legitima erfolgte die Geltendmachung im engen Anschluss an den civilen Satz bis de eadem re ne sit actio durch exceptio (praescriptio) rei in iudicium deductae, bei iudicia quae imperio continentur durch exceptio (praescriptio) rei iudicatae,

ergänzt durch eine Einrede (praescr.) der Litispendenz, „si ea res in iudicio non est". Schwalbach hat also richtig gesehen, dass in Bezug auf die Durchführung der processualen Consumption verschiedene Gebiete unterschieden werden müssen, aber er hat die Abgrenzung nicht richtig vollzogen. Nicht ius civile mit ipso-iure-Consumption durch litis contestatio und ius honorarium mit Consumption durch Urtheil und exc. rei iudicatae stehen sich gegenüber, sondern iudicia legitima mit Consumption durch lit. contestatio und exc. rei in iud. deductae und iud. imperio continentia mit Consumption durch Urtheil und exc. rei iudicatae.

Nun finden wir aber für den Formularprocess noch eine ipso-iure-Consumption, von Gaius (4, 107) bezeugt für den Fall, si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem. Danach würde sich, wenn diese ipso-iure-Consumption bis in die Anfänge des Formularprocesses hinaufreicht, die exc. rei in iud. deductae auf diejenigen iudicia legitima beschränken, welche nicht in personam sind, oder welche, wenn auch in personam gehend, doch keine iuris civilis intentio haben. Es fragt sich: an welchen Thatbestand knüpfte sich diese ipso-iure-Consumption des Formularprocesses? welches ist ihr Grund und Ursprung? und endlich: wie machte der Beklagte sie geltend?

Die erste Frage kann kaum Anlass zu Zweifeln geben. Gaius giebt den Thatbestand so an: si legitimo iudicio in personam actum sit. Damit will er schwerlich sagen, dass der Process mittelst iudicium legitimum zu Ende geführt sein müsse, sondern nur, dass ein agere in personam durch iud. leg., d. h. durch Constituierung eines solchen stattgefunden haben müsse. Denn es ist nicht anzunehmen, dass sich die ipso-iure-Consumption des Formularprocesses von der in dem Legisactionsprocesse weiter entfernt habe, als

die durch die exc. rei in iudicium deductae vermittelte Consumption. Es ist vielmehr ein und derselbe Thatbestand: Einsetzung eines iudicium legitimum, welcher das eine Mal ipso iure wirkt, und dem das andere Mal Wirksamkeit durch exceptio verschafft werden muss.

Ist man hierüber wohl allgemein einig, so ist man es um so weniger über die Frage, weshalb ein und derselbe Thatbestand das eine Mal ipso iure wirksam ist, das andere Mal exceptio nöthig macht und woher der ganze Unterschied bezüglich der Consumption durch Litiscontestation im Formularprocess kommt. Die von Keller aufgestellte Ansicht, dass die ipso-iure-Consumption begründet sei durch die in Folge der litis contestatio eingetretene Novation des dare oportere, hat zwar einen starken Anhalt in der Art und Weise, wie Gaius III, 181 sich ausdrückt: unde — weil lite contestata obligatio principalis dissolvitur — fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere etc., und sie vermag auch überdies zu erklären, warum im Formularprocess die ipso-iure-Consumption nur bei act. in personam eintrat, zur Noth etwa auch, warum für den ersten Process eine intentio iuris civilis verlangt wurde [14]). Gleichwohl müssen wir noch immer [15]) als durchschlagend gegen diese Erklärung den Einwand erachten, dass im Legisactionsprocess die Consumption bei actio in rem wie bei actio in personam ganz gleicher Weise ipso iure geschah (Gai. 4, 108), obwohl doch sicherlich keine Rede davon sein kann, dass bei der leg. act. sacramenti in rem der dingliche Anspruch

[14]) Wiewohl z. B. Krüger, der die Erklärung für unzulänglich erachtet, seinerseits Cons. S. 37 f. eine andre gegeben hat, die uns auch nicht zu befriedigen vermag.

[15]) Vgl. die materielle Grundlage d. Exceptio Beil. III S. 160.

noviert oder die Behauptung res mea est ex I. Q. von dem Vollzuge der lit. contestatio an nicht mehr wahr sei. Es muss gefragt werden: wenn nicht Novation, welches war sonst der Grund der Consumption bei leg. actio in rem, und warum konnte dieser Grund bei einer actio in rem des Formularprocesses im Falle von iudicium legitimum nicht auch Platz greifen?

Es scheint doch Alles darauf hinzuweisen, dass die Ursache der Differenz nicht im Wesen der Sache zu suchen ist, sondern dass hier äussere, historische Momente bestimmend gewesen sind. Aber welche? Darüber sind nach dem Stande unserer Quellen nur Vermuthungen möglich. Die folgende dürfte das für sich haben, dass sie einfach und in dem, was sie supponiert, unbedenklich ist, dass sie endlich das zu erklärende Phänomen vollständig erklärt.

Aller Wahrscheinlichkeit nach hat die lex Aebutia, wie auch vielfach angenommen wird, die Bestimmung gehabt, den in der iurisdictio des praetor peregrinus schon vorhandenen Formularprocess auch in das Verfahren zwischen römischen Bürgern, also in das Jurisdictionsgebiet des praetor urbanus einzuführen. Wie in der folgenden Abhandlung dargelegt werden wird, geschah das aber nur in beschränkter Weise, nämlich nur für actiones in personam mit der intentio iuris civilis auf dare oportere. Ebendort wird gezeigt werden, dass die lex Aebutia für die actio certae creditae pecuniae, wahrscheinlich aber auch für die condictio triticaria die formula vorgeschrieben hat. Es liegt nichts näher, als dass sie dann auch diejenigen Momente, welche das iudicium legitimum ausmachen, insbesondere das Erforderniss des unus iudex, mit in ihre Bestimmungen aufgenommen hatte. Nimmt man nun an — und es wird sich gegen diese Annahme nichts einwenden lassen, als dass sie

eben Hypothese ist und durch ein Quellenzeugniss nicht bewiesen werden kann[16]) — die lex Aebutia habe etwa folgende Bestimmung enthalten: qua de re ex hac lege actum fuerit, de ea re amplius actio ne esto[17]), so sind damit alle in Betracht kommenden Erscheinungen auf die denkbar einfachste Weise erklärt[18]). Das ipso iure agi amplius non posse erklärt sich aus der ius civile schaffenden und direct disponierenden (nicht an den Magistrat sich wendenden) Rechtsquelle; die Beschränkung der ipso-iure-Consumption auf actiones in personam mit intentio iuris civilis aus dem in gleicher Weise beschränkten Anwendungsgebiet der lex Aebutia; das Erforderniss eines iudicium legitimum aus deren anderweitigen Bestimmungen.

Nach dieser Hypothese müsste die ipso-iure-Consumption im Formularprocesse unter den von Gaius angegebenen Bedingungen schon zur Zeit Cicero's gegolten haben. Hiemit scheint aber nicht zu stimmen die schon oben benützte Stelle de orat. 1, 37, 168, insofern dort von einem Processe, der vor dem praetor urbanus, also inter cives Romanos, sodann vor unus iudex und in Rom über eine Geldforderung verhandelt worden, unterstellt wird, dass dem Beklagten auf Grund desselben gegenüber einer zweiten Klage de eadem re die exceptio rei in iudicium deductae zustehe. Diesem

[16]) Es mag aber daran erinnert werden, dass schon Heffter (obs. zu Gai. IV p. 98) an eine besondere Bestimmung der lex Aebutia über diesen Punkt gedacht hat.

[17]) Vollständig parallel die Bestimmung der lex Acilia repet. Z. 56 (Bruns-Mommsen p. 66): Quei ex h. l. condemnatus aut apsolutus erit, quom eo h. l. . . . actio nei esto.

[18]) Eine andre Erklärung habe ich in meiner Schrift über die materielle Grundlage der exceptio S. 159 f. versucht. Eine der dortigen ähnliche Erklärung hat später, ohne Kenntniss von der meinigen zu haben, Brini im Archivio guirid. vol. 21 p. 271 sq. aufgestellt; vgl. auch Sohm Instit. (3) S. 155 Note 1.

Bedenken lässt sich indessen in doppelter Weise begegnen. Einmal geht aus der Stelle über den Rechtsgrund der Geldforderung nichts hervor; es kann also sein, dass es für die ipso-iure-Consumption an dem Erforderniss der intentio iuris civilis fehlte. Möglich ist aber auch — und dies ist mir sogar wahrscheinlicher — dass Cicero in dieser Stelle das Wort exceptio in einem weiteren Sinne von einer praescriptio pro reo gebraucht hat. Dafür lässt sich anführen, dass er in demselben § 168 in Bezug auf die bekannte praescriptio pro actore „e. r. a. cuius rei dies fuit“ (Gai. 4, 136) den Ausdruck vetus atque usitata exceptio gebraucht. Dass aber auch iure civili erhebliche Defensionen als praescriptiones pro reo gestaltet werden konnten und zu welchem Zwecke dies geschah, ist schon vorhin ausgeführt worden.

Ist unsere Hypothese richtig, so frägt sich, wie es denn kommt, dass Gaius a. a. O. die ipso-iure-Consumption des Formularprocesses in Causalzusammenhang bringt mit der von Keller so genannten novatio necessaria durch litis contestatio? Ein Zusammenhang besteht unserer Meinung nach allerdings, aber nicht der, dass die novatio necessaria unabhängig von der processualen Consumption dagewesen wäre und diese hervorgebracht hätte. Vielmehr ist der Satz lite contestata dari oportere desiit (Gai. III, 181) und die zu seiner weiteren Ausführung beliebte dreigliedrige Parömie der veteres bei Gai. III, 180 von den prudentes dazu aufgestellt worden, um auch im Formularprocess eine judicielle Cognition über eine durch litis contestatio ipso iure erfolgte Consumption, und zwar ohne praescriptio, zu ermöglichen. War dann jener Satz einmal aufgestellt, so begreift es sich leicht, dass man nun wieder aus ihm heraus die Consumption deducierte, wie es Gaius III, 181 wirklich thut. Hiemit sind wir aber zur Untersuchung der dritten

der oben aufgeworfenen Fragen gelangt, der Frage: wie wurde der Satz ipso iure amplius agi non potest im zweiten Processe technisch durchgeführt?

Fassen wir zunächst das Verfahren im Legisactionsprocess ins Auge. Es wird gewöhnlich angenommen, hier habe der Magistrat seine Mitwirkung zur zweiten legis actio verweigert, nachdem er durch eigene Cognition oder durch eine mittelst sponsio praeiudicialis herbeigeführte judicielle Untersuchung die Voraussetzung des Satzes bis de eadem re ne sit actio festgestellt. Die Möglichkeit eines solchen Verfahrens ist an und für sich gewiss nicht in Abrede zu ziehen. Auch der Ausdruck Gai. 4, 108 postea ipso iure agi non poterat steht dieser Annahme nicht unbedingt entgegen, sofern man nur das nöthige Gewicht darauf legt, dass in diesem Falle der Magistrat nicht etwa eine von Rechtswegen noch zuständige actio versagt, sondern vielmehr sich nicht dazu hergiebt, bei einem von Rechtswegen nichtigen Vorgange mitzuwirken [19]).

Gleichwohl will es uns scheinen, als ob Gaius mit dem ipso iure agi non poterat an etwas Anderes, an Verwirklichung des Grundsatzes bis de eadem re ne sit actio durch den iudex, und zwar ohne magistratische Anweisung,

[19]) Dass dagegen ipso iure in processualem Sinn gerade die Untersuchung durch den Prätor, per exceptionem die durch den iudex bedeute, wie Cogliolo in der Eingangs angeführten Schrift (S. 12 f.) behauptet, wird kaum Jemand annehmbar finden. Es ist das die schon öfter vorgekommene Identificierung von ipso iure und denegatio actionis, die ihren Grund darin hat, dass die exceptio zu jedem dieser beiden einen Gegensatz bildet. Aber zwei Dinge, die zu einem dritten in Gegensatz stehen, sind darum unter sich nicht gleich! Cogliolo kommt mit seiner Identificierung zu folgendem nicht eben erbaulichen Resultat (S. 24 Note 23): Consumption ipso iure ist denegatio actionis a praetore facta; Consumption ope exceptionis ist denegatio actionis a iudice facta (!) per exceptionem rei in iud. deductae in formula insertam.

gedacht hat. Sicher ist dies der Fall bezüglich des ganz gleich lautenden, die ipso-iure-Consumption des Formularprocesses betreffenden Satzes postea ipso iure de eadem re agi non potest IV, 107, welcher ja III, 181 dadurch begründet wird: quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit. Sollte er unter dem ipso iure im § 108 sich etwas vorgestellt haben, was von dem ipso iure in § 107 völlig verschieden war? Das ist nicht wahrscheinlich. Andererseits ist materielle Uebereinstimmung durchaus ausgeschlossen: bei einer legis actio in rem ist die Begründung des ipso iure agi postea non poterat, welche von Gaius III, 181 gegeben wird, nicht möglich. Der gleichmässige Gebrauch des ipso iure kann also nur durch eine formelle, processuale Uebereinstimmung, welche in dieser Beziehung zwischen legis actio und formula bestand, herbeigeführt worden sein. Eine solche Uebereinstimmung aber wäre es, wenn sowohl im Legisactionsprocess als (im Falle der ipso-iure-Consumption) im Formularprocess der iudex ohne magistratische Anweisung (ex officio wie Bekker sagt) dem Grundsatze bis de eadem re ne sit actio Geltung verschaffen konnte [20]), was ja gerade mit ipso iure ganz gewöhnlich bezeichnet wird.

Sicherlich muss angenommen werden, dass, wenn in einem Process die Identität der res mit der einer früheren

[20]) Deshalb muss auch die Vermuthung abgelehnt werden, als habe im Legisactionsverfahren hier etwas Aehnliches, wie eine praescriptio, stattgefunden, etwa eine praedictio an die Adresse des Geschworenen. Dies würde zur Stellung des Geschworenen im alten Process (der übrigens dann auch in iure hätte anwesend sein müssen) schlecht passen, und das ipso iure weist gerade darauf hin, dass es nicht nöthig war, schon in iure diesen Punkt zu berühren. In l. 7 § 2 de her. pet. 5, 3 darf man keine Reminiscenz an ein derartiges praedicere finden wollen; der iudex liberalis causae, dem hier praedicitur, ist der iudex datus des Cognitionsverfahrens.

actio liquid war, der Prätor einfach seine Mitwirkung verweigerte. Dagegen scheint es uns mit der Würde des Prätors nicht unvereinbar zu sein, wenn er im Falle der Nichtliquidität die legis actio vor sich vornehmen liess und die Frage der Giltigkeit derselben in dem nun sich anschliessenden iudicium mit zum Austrag bringen liess; und im Interesse des Beklagten, sowie einer allseitigen Durchführung des Grundsatzes bis de eadem re ne sit actio scheint es durchaus wünschenswerth zu sein, dass die eingetretene und zwar mit civilrechtlicher Wirkung eingetretene Consumption auch dann noch in iudicio wirksam geltend gemacht werden konnte, wenn in iure darüber gar nicht gestritten worden war, wenn also z. B. der Beklagte erst nach Abschluss der Verhandlungen in iure erfuhr, dass die gegen ihn angestellte actio schon früher gegen seinen Erblasser angestellt worden sei. Die processuale Möglichkeit hiefür war aber unseres Dafürhaltens in folgender Weise gegeben.

Das iudicium wird im Legisactionsprocess nicht vom Magistrat, sondern von den Parteien constituiert, allerdings nicht lediglich kraft eigener Macht und nach souveränem Belieben, sondern in letzter Linie kraft Gesetzes und durch genaue Vornahme der nach Gesetz oder Herkommen erforderlichen Akte. Der Magistrat hatte, wie ja allgemein anerkannt ist, nur eine mehr processleitende Rolle. Dies gilt auch von der Bestellung des iudex, worauf insbesondere auch der von Gaius bei Beschreibung der leg. actio per condictionem (4, 13) gebrauchte Ausdruck capere iudicem sehr deutlich hinweist. Dem entspricht es nun, dass im Legisactionsprocess der iudex selbst, und ohne von dem Magistrat hiezu einer Ermächtigung zu bedürfen, prüft, ob die Sache an ihn erwachsen, ob durch die Vornahme der legis actio ein giltiges iudicium durch die Parteien zu

Stande gebracht ist. Seine Stellung beruht ja nicht auf einem magistratischen Befehl, in dieser Sache zu judicieren, sondern auf der von den Parteien gehörig vorgenommenen legis actio [21]). Ist das lege agere äusserlich vorgenommen, während nach Recht und Gesetz eine actio nicht mehr besteht, so kann dieser Vorgang auch kein giltiges iudicium erzeugen. Dies musste die Wirkung des Satzes bis de eadem re actio ne esto sein, wenn er ipso iure wirken sollte; denn das faktische Vornehmen einer zweiten legis actio vermochte er ja nicht zu hindern. Wurde also in iudicio geltend gemacht, dass die in iure vorgenommene legis actio durch frühere Vornahme schon consumiert sei, so musste der iudex auch ohne Anweisung Seitens des Magistrats dies untersuchen und, wenn er die Behauptung begründet fand, seine weitere Thätigkeit einstellen, also ganz ebenso verfahren, wie es zu Cicero's Zeit im Formularprocess auf Grund der praescriptio: e. r. a. quae res ante in iudicium non venit geschah. Zur Geltendmachung der Consumption in iudicio war vor Allem die causae coniectio geeignet. Es liegt aber kein Grund vor, anzunehmen, das, nachher keine Möglichkeit mehr gewesen sei, die Consumption geltend zu machen; vielmehr muss dies so lange möglich gewesen sein, als die Function des iudex nicht beendigt war, also bis zum Urtheil.

Ganz anders liegen die Verhältnisse im Formularprocess. Hier ist es der Magistrat, der das iudicium constituiert, und zwar ist er es auch dann, wenn er es auf Befehl und nach näherer Anweisung eines Gesetzes (z. B. der lex Rubria) constituiert. Wenn die Römer magistratische Acte nicht

[21]) Dies anerkennt auch Krüger Cons. S. 10, obwohl er sonst der Thätigkeit des Magistrats bei Vornahme der leg. actio ein grösseres Gewicht beilegt, als wir es thun.

einmal wegen Nichtachtung der Götter für ungiltig erklärten, so musste es ihrem Gefühl durchaus widerstreben, ein von dem Magistrat constituiertes iudicium durch den iudex selbst für ungiltig erklären zu lassen; im Verfahren der legis actiones stand ein derartiges Bedenken nicht im Wege, da es sich hier der Hauptsache nach nur um Beurtheilung von Parteiacten und ihrer Wirksamkeit handelte. Wollte man aber dem Geschworenen nicht gestatten, über die Giltigkeit des von dem Magistrat eingesetzten iudicium und seiner eigenen Ernennung zu cognoscieren, und andererseits doch dem Beklagten die Möglichkeit gewähren, die Consumption auch noch in iudicio geltend zu machen, ohne dass in iure davon schon die Rede gewesen, so blieb nichts anderes übrig, als die Consumption mit der intentio der Formel in Verbindung zu bringen; möglich aber war ein solches Vorgehen, da es sich vorerst — vor den leges Iuliae — nur um obligatorische Ansprüche handelte. Damit war aber auch erreicht, was man wollte: der iudex konnte jederzeit vor der Sentenz noch die Behauptung eingetretener Consumption berücksichtigen, ohne sich ein Urtheil über die Giltigkeit des jetzt eingesetzten iudicium bilden zu müssen [22]).

Wir kehren jetzt zurück zu dem Verhältniss zwischen exceptio rei iudicatae und rei in iudicium deductae. Wir haben dieses Verhältniss so, wie geschehen, bestimmt für

[22]) Man hat mehrfach (zuletzt wieder Schwalbach l. c. S. 132) gesagt: wenn man den Satz litis contestatione dari oportere desiit genau nehme, so könne schon im ersten Process eine Verurtheilung auf Grund der intentio auf dare oportere nicht mehr erfolgen. Mir scheint dies Bedenken nur entstehen zu können, wenn man die Sache nicht genau genug nimmt. Der iudex hat über die intentio im Zeitpunkt der lit. cont. zu befinden, und in diesem Zeitpunkte ist das dare oportere gerade eben noch vorhanden.

die ältere Zeit des Formularprocesses und auf Grund von Quellenzeugnissen, welche älter sind als die leges Iuliae iudiciariae. Mit den von uns gewonnenen Resultaten stimmt es nun aber nicht überein, dass Gaius in Bezug auf iudicia quae imperio continentur in III, 181 und IV, 106 ganz ebenso von ecxeptio rei iudicatae vel in iudicium deductae spricht, wie er dies in IV, 107 thut bezüglich solcher iudicia legitima, bei denen es sich um actio in rem oder in factum handelt. Die Abweichung ist also eine doppelte: bei iud. legitimum findet sich auch exc. rei iudicatae, und bei iud. quod imperio continetur auch exc. rei in iudicium deductae, womit die Beseitigung der exc. „si ea res in iudicio non est“ von selbst gegeben ist. Sollen wir nun um deswillen ohne Weiteres die gewonnenen Ergebnisse für falsch halten, obwohl dieselben durch völlig unverdächtige Quellenzeugnisse, wie durch gute innere Gründe gestützt werden? Dazu könnten wir uns doch nur unter der Voraussetzung für berechtigt halten, dass die die processuale Consumption regelnden Rechtssätze zur Zeit des Gaius dieselben gewesen seien, wie zur Zeit Cicero's; diese Voraussetzung aber hat, weit entfernt, eine nothwendige zu sein, nicht einmal historische Wahrscheinlichkeit für sich. Denn in den beiläufig zweihundert Jahren zwischen Cicero und Gaius haben sich gerade im römischen Civilprocess tiefgreifende Aenderungen vollzogen, und dass hievon auch die processuale Consumption mitbetroffen worden sei, ist jedenfalls nicht weniger wahrscheinlich, als das Gegentheil. Da uns aber von Aenderungen des Consumptionsrechts zwischen Cicero und Gaius nichts direkt überliefert ist, so wird es darauf ankommen, dass wir uns nach anderweitigen sicheren Daten umsehen, auf Grund deren solche Aenderungen als wahrscheinlich angenommen werden können.

Für die Gestaltung der processualen Consumption bei den iudicia imperio continentia war unserer dargelegten Auffassung zufolge von entscheidendem Gewichte der Umstand, dass diese iudicia mit dem imperium des sie einsetzenden Beamten erloschen. Von diesem Standpunkt aus stellt sich als ein historisches Datum von der angegebenen Qualität sofort die von Gai. 4, 104 bezeugte Bestimmung der lex Iulia iudiciaria (wohl der l. Iulia iudiciorum privatorum) dar, nach welcher auch die iudicia legitima erlöschen, wenn es nicht binnen achtzehn Monaten zum Urtheil kommt. Und zwar scheint es in der Consequenz unserer oben dargelegten Ansicht zu liegen, dass, wenn die iudicia legitima ebenso durch Zeitablauf erlöschen können, wie die iudicia quae imperio continentur, nun auch bei iudicia legitima die Consumption — soweit sie nicht ipso iure eintritt — lediglich durch die exceptio rei iudicatae realisiert worden sei[23]), und dass die von Gaius immer noch bezeugte exceptio rei in iudicium deductae nunmehr, und zwar gleicherweise bei beiden Arten von iudicia, nur noch die Litispendenz geltend gemacht habe, also dilatorisch geworden sei, wie es die oben nachgewiesene exceptio „si ea res in iudicio non est“ wirklich war.

Dies ist nun in der That die Ansicht Cogliolo's in der oben S. 3 citierten Schrift. Für den Formularprocess vor der lex Iulia iudiciaria nimmt dieser Schriftsteller Consumption durch Litiscontestation an, sei es ipso iure (in dem oben Note 19 angegebenen Sinne), sei es per exceptionem rei in iudicium deductae. Diese letztere habe, wenn die Sache im Vorprocesse bis zum Urtheil gekommen, die

[23]) Wozu dann freilich die Beibehaltung der ipso-iure-Consumption für gewisse Fälle eigentlich nicht mehr passen würde, weil hier der Thatbestand der constitutio iudicii massgebend bliebe.

Bezeichnung exceptio rei iudicatae erhalten, gleichwohl aber nur Consumption durch Litiscontestation geltend gemacht (l. c. S. 37 f.). Durch die lex Iulia dagegen habe die Litiscontestation ihre Consumptionskraft verloren; es sei, wenn es binnen achtzehn Monaten nach Constituierung des iudicium nicht zu einem Urtheil kam, der ganze vorausgegangene Process, also auch die litis contestatio, als nicht geschehen behandelt worden (l. c. S. 28 ff., besonders S. 31). Die exceptio rei in iudicium deductae blieb also nur für solche Fälle, in welchen die nochmalige Klageanstellung vor Ablauf der achtzehn Monate, so lange noch res in iudicio war, versucht wurde; die exceptio rei iudicatae aber hörte auf, bloss eine andere Benennung der exceptio rei in iudicium deductae zu sein, und erhielt ihre eigene Bedeutung und Function (S. 39 f.).

Diese Ansicht würde allerdings erklären, weshalb bei Gaius neben der exceptio rei iudicatae nur noch von der exceptio rei in iudicium deductae die Rede ist und nicht mehr von einer exceptio si ea res in iudicio non est; sie würde auch erklären, weshalb Gaius — oder das Edict, wenn man annimmt, dass Gaius hierin nur der Edictsrubrik folgt — stets die exceptio rei iudicatae voranstellt. Gleichwohl ist dieselbe unbedenklich als unhaltbar zu bezeichnen.

Zuvörderst ist es über allen Zweifel erhaben, dass die klassischen Juristen sich mit dem Erlöschen des iudicium durch Processverjährung stets auch die Consumption des Klagerechts als verbunden denken, dass also zu ihrer Zeit die exceptio rei in iudicium deductae noch Organ der processualen Consumption war, jedenfalls in den Fällen, wo es zu keinem Urtheil kam. Von den Stellen, welche dies beweisen, behandelt Cogliolo (S. 36 f.) nur die l. 18 § 4 de dol. mal. 4, 3, welche folgendermassen lautet:

Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit, id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.

Cogliolo hilft sich dieser Stelle gegenüber dadurch, dass er die Worte „quanti eius interfuerit id non esse factum" bezieht nicht auf das Interesse in der Sache selbst, sondern auf die Nachtheile durch Verzögerung, durch die im ersten Process aufgewendeten Gerichtskosten und durch die inzwischen etwa eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Er übersieht, dass das „non ut arbitrio iudicis res restituatur" hiezu gar keinen richtigen Gegensatz bildet; und wenn die lex Iulia gar nicht dagegen ist, dass die schon einmal angestellte Klage noch einmal angestellt werde zu dem Zwecke ut arbitrio iudicis res restituatur, warum sollte es eine Umgehung und Vereitelung des Gesetzes sein, die actio doli zu diesem Zwecke anzustellen?

Zwei andere hieher gehörige Stellen hat Cogliolo nur allegiert (S. 37 Note 41), ohne sie zu interpretieren. Es sind dies l. 30 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2 von Paulus und l. 3 § 1 quae in fraud. cr. 42, 8 von Ulpian. In der ersten dieser beiden Stellen wird die Processverjährung in ihrem Effect für den Gläubiger mit der Insolvenz des Schuldners, in der zweiten mit der Klageverjährung und dem Untergang von Servituten durch Nichtgebrauch in eine Linie gestellt. Eine solche Gleichstellung wäre doch geradezu thöricht, wenn der Kläger mortua lite ohne Weiteres die nicht consumierte Klage von Neuem anstellen könnte [24]).

[24]) Um Cogliolo gerecht zu werden, müssen wir noch Folgendes bemerken. Er scheint ein entscheidendes Gewicht darauf zu legen,

Hiezu kommt zweitens, dass die exceptio rei in iudicium deductae ihrer Formulierung nach zu dem Zwecke, nur Litispendenz und weiter nichts geltend zu machen, gar nicht brauchbar war. Daraus, dass ein bestimmtes iudicium jetzt nicht mehr besteht, folgt natürlich nicht im Geringsten, dass es nicht früher existiert habe und dass nicht früher die res d. q. a. in dasselbe deduciert worden sei. Es müsste also das Gesetz vorgeschrieben haben, es solle nach Ablauf von achtzehn Monaten so gehalten werden, als wäre es niemals zu einem iudicium in dieser Sache gekommen. Von einer solchen Bestimmung wissen wir aber nicht das Mindeste, und unmöglich kann man annehmen, der Geschworene habe die Thatsache, dass res in iudicium deduciert worden, für wahr oder nicht wahr angenommen, je nachdem seit der deductio in iudicium weniger oder mehr als achtzehn Monate vergangen waren.

Endlich aber muss drittens bemerkt werden, dass die oben als scheinbar bezeichnete Consequenz in der That nicht mehr ist als Schein. Schon von Keller ist (Lit. Cont. S. 135) treffend hervorgehoben worden, dass es ein grosser Unterschied ist, ob ein iudicium eine gleichmässige und sichere Dauer von anderthalb Jahren, von seiner Einsetzung an gerechnet, hat, oder ob es mit dem imperium des einsetzenden Magistrats seine Endschaft erreicht, ganz gleichviel, wann

dass in Bezug auf die in Rede stehende Bestimmung der lex Iulia iudiciaria nur davon gesprochen wird, das lis perit, iudicium exspirat, nicht aber, dass actio perit oder moritur, vgl. a. a. O. S. 35, S. 37 oben und Note 41. Ganz natürlich sagen die römischen Juristen nicht actio moritur oder exspirat, weil durch den Zeitablauf eben nur das iudicium und nicht die actio betroffen wird; dass die actio noch fortbestehe, dass sie durch processuale Consumption mit der constitutio iudicii nicht schon vorher erloschen sei, ist damit aber selbstverständlich nicht gesagt.

die Einsetzung desselben erfolgte. Es ist auch ganz klar, dass der ursprüngliche Sinn der beiderseitigen Bestimmungen ein ganz verschiedener ist. Bei der die iudicia imperio continentia betreffenden Bestimmung kann der ursprüngliche Zweck nicht der gewesen sein, der Verschleppung der Processe von Seiten der Kläger entgegenzuwirken, denn sie gewährt dem Kläger keine bestimmte Frist zur Durchführung seines Anspruchs. Dagegen die anderthalb Jahre der lex Iulia sind eine solche bestimmte Frist, weil sie immer erst von der constitutio iudicii an laufen. Bei den iudicia quae imperio continentur war das Aufhören des iudicium mit dem imperium des dasselbe einsetzenden Beamten eine staatsrechtliche bezw. gerichtsverfassungsmässige Nothwendigkeit, mit der man sich wohl oder übel abfinden musste; die Bestimmung der lex Iulia dagegen war eine process-polizeiliche Massregel. Man kann daher genau genommen nur das auf Grund der lex Iulia erfolgende Erlöschen der iudicia legitima als Processverjährung bezeichnen, nicht aber das Erlöschen der iudicia imperio continentia, wie solches zur Zeit Cicero's stattfand.

Aus dieser — doch wohl zutreffenden — Auffassung der Bestimmung der lex Iulia ergiebt sich ein weiteres Argument für die Fortdauer der Consumption durch Litiscontestation: nur sie gab für die Kläger ein genügendes Compelle ab, ihre Processe binnen anderthalb Jahren auch bis zum Urtheil zu bringen. Denn an und für sich bedeutet die Processverjährung ja nur: das iudicium ist zu Ende, es kann in diesem iudicium zu keinem Urtheil kommen; sie sagt darüber, ob ein neues iudicium de eadem re zu Stande kommen könne, an und für sich nichts. Auf der anderen Seite wird man sagen können: sind die anderthalb Jahre wirkliche Processverjährungsfrist, so wird der Gesetzgeber,

der sie festsetzte, auch der Ansicht gewesen sein, dass anderthalb Jahre genügen, um ein iudicium zu seinem normalen Ende durch Urtheil zu bringen; und wenn er dieser Ansicht war, so konnte er sich durch den Umstand allein, dass nunmehr auch die iudicia legitima durch Zeitablauf erlöschen, nicht bestimmt finden, bei diesen nunmehr denselben unvollkommenen Zustand einzuführen, den man sich bis dahin bei den iudicia quae imperio continentur hatte gefallen lassen.

Es sprechen also innere wie äussere Gründe gleich entscheidend gegen die Annahme Cogliolo's. Vielmehr hat eine Beeinflussung in umgekehrter Richtung stattgefunden: die iudicia legitima sind, was processuale Consumption betrifft, nicht denjenigen quae imperio continentur angenähert worden, sondern umgekehrt diese jenen. In der That: wenn Augustus es für angezeigt hielt, bei den iudicia legitima durch eine scharf eingreifende Bestimmung der Processverschleppung entgegenzuwirken[25]), so ist nicht einzusehen, warum er nicht denselben Gedanken in Bezug auf iudicia imperio continentia gefasst und durchgeführt haben sollte. Uebrigens könnte die in Rede stehende Aenderung, im Anschluss an die Tendenz der Bestimmung der lex Iulia iudiciaria, auch durch die Praxis der Jurisdictionsmagistrate selbst eingeführt worden sein. Bei dem Mangel an Quellenzeugnissen wird es sich lediglich um folgende Frage handeln: sind in der Zeit der leges Iuliae iudiciariae solche Aenderungen eingetreten, welche die oben gegen die Consumption durch Litiscontestation bei iud. imperio continentia geltend

[25]) Im Zusammenhange hiemit kann gestanden haben die Vermehrung des Geschwornenpersonals durch eine vierte Decurie (Suet. Aug. c. 32): wer will, dass die Processe nicht zu lange dauern, muss auch für ausreichendes Richterpersonal sorgen.

gemachten Bedenken beseitigten oder doch erheblich verminderten? Diese Frage ist zu bejahen. Können wir dies darthun, so wird, soweit dies nach Lage der Sache billigerweise verlangt werden kann, der Nachweis als erbracht gelten können, dass die uns bei Gaius in Betreff der Consumption bei iud. imperio continentia en gegentretende Abweichung von dem früheren Rechtszustande durch die lex Iulia iudiciorum privatorum oder im Anschluss an dieselbe eingeführt worden ist.

Der Hauptgrund, welcher unsrer Ansicht nach bei iud. quae imperio continentur zu Consumption erst durch Urtheil führte, war der, dass es hier nicht bloss beim Kläger stund, die Sache bis zum Geschwornenurtheil durchzuführen, während bei iud. legitimum dies, was Zeitablauf angeht, allerdings der Fall war. Es liegt auf der Hand, dass dieser Grund an Gewicht in demselben Augenblick verlieren musste, in welchem es auch bei iud. legitimum vorkommen konnte, dass das iudicium durch Zeitablauf erlosch; ja, es konnte nun, wenn es bei den iud. quae imperio continentur beim Alten blieb, der Peregrine gegenüber dem Bürger und der Bürger ausserhalb Roms dem Bürger in Rom gegenüber als bevorzugt erscheinen, weil er nach Erlöschen des iudicium auf's Neue klagen konnte. Hiezu kommen aber noch zwei weitere Momente. Wer jetzt dadurch Schaden erlitt, dass das constituierte iudicium erlosch, während der Anstellung einer neuen Klage exc. rei in iud. deductae entgegenstund, konnte gemäss dem Edict ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur unter Umständen Restitution erlangen, welche zur Zeit der Einführung des Formularprocesses wohl noch nicht, jedenfalls aber jetzt in grösserem Umfange zu erlangen war[26]). Nicht minder wichtig ist, dass

[26]) Dass dieser Fall in dem Edict, wie es uns die Compilatoren

die Gefahr eines solchen Erlöschens mit dem Beginn der Kaiserzeit aus verschiedenen Gründen eine geringere wurde. In Rom musste die Vermehrung des Geschwornenpersonals auch der Erledigung der in den Amtskreis des praetor peregrinus fallenden iudicia zu Gute kommen. Für Italien kommt in Betracht die nicht lange vor Octavian erfolgte Regulierung der Municipalgerichtsbarkeit; in den Senatsprovinzen der Umstand, dass um dieselbe Zeit Antritt und Abgang der Provinzialstatthalter fester geregelt worden war, als es früher der Fall gewesen (Karlowa, Rechtsgesch. I, S. 324), und dass überhaupt der Zustand dieser Provinzen nunmehr ein friedlicher und festgeordneter war, so dass man immerhin mit einer bestimmten Frist als der für die Durchführung eines iudicium regelmässig zur Verfügung stehenden rechnen konnte.

Anders liegen die Sachen in den kaiserlichen Provinzen. Wahrscheinlich ist hier gleich von Anfang an das Cognitionsverfahren ohne Geschworne eingeführt worden[27]). Hier hat Consumption durch Litiscontestation keine Stelle, so wenig, wie bei den vor den kaiserlichen Beamten in der Stadt Rom zur Verhandlung kommenden Civilsachen. Hier war es also gar nicht möglich, der Processverschleppung durch Process-

in l. 1 § 1 tit. cit. (4, 6) überliefern, nicht erwähnt wird, kann nicht auffallen, da die Processverjährung zu den antiquierten Instituten gehört. Der Sache nach ist es gewiss richtig, wenn Savigny Syst. VII S. 186 neben der Klagverjährung auch die Processverjährung als einen Nachtheil anführt, gegen den der Prätor restituierte; unmöglich aber ist es, diesen Fall unter die Edictsworte „actionis dies exisse dicetur“ zu subsumiren. Hatte das Edict actionis iudiciive dies?

[27]) Vgl. A. Pernice in den Festgaben für Beseler (Juristische Abhandlungen u. s. w. S. 62). Sollte das Geschworneninstitut sich hier noch einige Zeit gehalten haben, so käme in Betracht, dass für die Dauer des eingesetzten iudicium wohl das imperium des Kaisers massgebend war, nicht die Amtsdauer seiner Beamten.

verjährung entgegenzuwirken; denn einer Processverjährung, die in dieser Richtung wirksam sein soll, muss eben Consumption durch Litiscontestation zur Seite stehen. Es ist aber höchst bezeichnend, dass man hier zu einem anderen Mittel griff, um der Processverschleppung von Seiten des Klägers zu begegnen: man führte hier den Grundsatz ein, dass Beklagter beim Ausbleiben des Klägers verlangen könne, dass die Sache weiter verhandelt und durch Endurtheil erledigt werde, womit Beklagter dann gegen nochmalige Inanspruchnahme die Berufung auf res iudicata gewann. Das ist uns zunächst nur für Statusprocesse, welche in der Kaiserzeit im Cognitionsverfahren verhandelt wurden[28]), bezeugt in l. 27 § 1 de lib. causa (40, 9) und l. 4 C. eod. (7, 16), darf aber unbedenklich für alle anderen Cognitionssachen angenommen werden. Offenbar liegt aber hierin ein gewichtiges Argument dafür, dass auch in den iudicia imperio continentia Processverjährung eingeführt worden ist. Einem Gedanken, der bei den iudicia legitima durch Processverjährung, im Cognitionsverfahren in anderer Weise und mit anderen Mitteln zur Ausführung gebracht wurde, wird man wohl auch bei den iudicia imperio continentia Geltung verschafft haben; die Herübernahme der exc. rei in iud. deductae war ein ebenso einfaches als sicheres Mittel hiefür.

Ein zweiter Grund für Ausschliessung der Consumption durch Litiscontestation aus dem Bereiche der iud. imperio continentia war uns der, dass die hiemit gewährte Möglichkeit, die Sache liegen zu lassen und unter dem nächsten Beamten ein neues iudicium herbeizuführen, gewissermassen ein Surrogat war für die fehlende appellatio an die par maiorve potestas gegen ungerechte Formelconception. Auch dieser Grund ist mit dem Principat weggefallen; es kann

[28]) Pernice a. a. O. S. 64 f.

aus dem ganzen Reich an den Kaiser appelliert werden, da er auch gegenüber den Magistraten in den Senatsprovinzen par maiorve potestas hat. Gerade in den Provinzen dürfte übrigens diese alte Appellation durch die neue bald verdrängt worden sein.

War aber der Grund, aus dem man die exceptio rei in iudicium deductae bei den iudicia imperio continentia einführte, der angegebene, so erklärt es sich auch leicht, dass man die exceptio rei iudicatae, die von Anfang hier zu Hause gewesen war, beibehielt, und sie da, wo sie bisher als Durchsetzungsmittel der processualen Consumption fungiert hatte, d. h. in allen Fällen, wo es im Vorprocesse zu einem Urtheil gekommen war, weiter fungieren liess. Die exceptio rei in iudicium deductae sollte ja zunächst nur die Fälle treffen, wo Kläger die angestellte Klage nach Erlöschen des iudicium wieder erheben wollte. Dass sie dann die exceptio „si ea res in iudicio non est“, deren Thatbestand durch sie mit umfasst wurde, absorbierte, war natürlich; die exceptio rei iudicatae wollte man aber um so weniger verdrängen lassen, als diese Einiges leistete, was die exceptio rei in iudicium deductae nicht zu leisten vermochte, nämlich dasjenige, was Keller die positive Function der exceptio rei iudicatae genannt hat, die Geldendmachung der Rechtskraft.

Wir kommen also für das Gebiet der iudicia quae imperio continentur, und für eine spätere, aber doch vor Gaius liegende Zeit des Formularprocesses zu demjenigen Verhältniss zwischen exceptio rei iudicatae und rei in iudicium deductae, welches Schwalbach vom Anfang des Formularprocesses an, und zwar nicht bloss für iudicia imperio continentia, sondern auch für iudicia legitima, soweit hier nicht ipso-iure-Consumption stattfindet, annimmt. Auch

hiebei ist noch eine Differenz insofern vorhanden, als Schwalbach der exc. rei in iudicium deductae in erster Linie die Function zuweist, bei noch schwebendem ersten Processe die Rechtshängigkeit geltend zu machen und daran etwas zweifelnd den Fall anreiht, wo das erste Urtheil ohne iudicium erloschen ist, während unsrer Meinung nach dieser Fall und zwar speciell der der Processverjährung, in erster Linie steht, und der Fall der Litispendenz sozusagen nur beiläufig mitgetroffen und dadurch die exc. si ea res in iudicio non est verdrängt wurde.

Bei Gaius IV, 107 ist aber auch bezüglich der iudicia legitima, soweit daselbst nicht ipso-iure-Consumption Statt findet, von exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae ganz ebenso die Rede, wie in den oben angegebenen Stellen bezüglich der iudicia quae imperio continentur. Wie ist dies zu erklären?

Dass der praetor urbanus, sobald er dazu ein Bedürfniss vorfand, die ursprünglich im Edict des praetor peregrinus und der Provinzialstatthalter ansässige exceptio rei iudicatae in sein Edict herübernahm, hat an und für sich nicht das mindeste Bedenken. Als ein Bedürfniss aber musste er dies empfinden mit Rücksicht auf die Verwendbarkeit der exceptio rei iudicatae zur Geltendmachung der Rechtskraft und im Falle der Compensation (oben S. 6 fg.). Bei solcher Entlehnung bloss zur Aushülfe sollte man aber erwarten, dass dann im Edicte des pr. urbanus die exceptio rei iudicatae an zweiter Stelle gestanden hätte. Soll man daraus, dass bei Gaius die Reihenfolge auch im Falle von iudicium legitimum die umgekehrte ist, schliessen, dass hier die Consumption durch Litiscontestation der durch Urtheil das Feld geräumt habe und in dieselbe Aushilfsstellung ge-

treten sei, die sie bei iud. imperio continentia hatte? Es scheint uns doch recht gewagt, auf Grund eines so äusserlichen Umstandes eine so schwer wiegende Aenderung anzunehmen. Und wissen wir denn sicher, dass im Edict des praetor urbanus die Reihenfolge wirklich diese war? Der einzige Schriftsteller, der uns Nachricht giebt, ist Gaius; ist es nicht möglich, dass dieser, der Provinziale, die ihm aus dem edictum provinciale (oder aus den edicta provincialia, falls es solche zu seiner Zeit noch gab) geläufige Reihenfolge der beiden Exceptionen ungenauer Weise auch in dem die iudicia legitima betreffenden Berichte beibehielt? Ich glaube, man wird gut thun, ein non liquet auszusprechen. Dieses non liquet aber betrifft eine Rechtsänderung, und somit wird bis auf Weiteres daran festzuhalten sein, dass, wenn schon nicht zu bezweifeln ist, dass die exc. rei iudicatae auch in das Edict des praetor urbanus aufgenommen wurde, sie doch in diesem die exc. rei in iudicium deductae nicht in diejenige secundäre Stellung zurückdrängte, welche dieser exceptio bei ihrer Aufnahme in das Edict des praetor peregrinus bezw. in die Provincialedicte angewiesen worden ist.

Anders freilich würde die Sache liegen, wenn für eine Aenderung in der bezeichneten Richtung irgend welche zuverlässige Anhaltspunkte zu entdecken wären. Das ist aber, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht nur nicht der Fall, sondern es fehlt durchaus nicht an Spuren, welche auf Fortdauer der Consumption durch Litiscontestation für das Gebiet der iudicia legitima hindeuten.

Wir befassen uns zuerst mit der Negative. Zunächst könnte man daran denken, dass die unter Hadrian oder später [29]) erfolgte Vereinigung der Edicte des praetor urbanus

[29]) Aber immerhin doch wohl vor Abfassung der Institutionen des Gaius.

und peregrinus zu einer einheitlichen Gestaltung des Consumptionsrechts den äusseren Anlass gegeben habe. Da man aber in der Zeit, von der wir sprechen, noch nicht aus blosser Liebhaberei für „Vereinfachung des Rechts“ nivelliert hat, so könnten wir das nur annehmen, wenn ohne eine solche Gleichmachung die Vereinigung der beiden Edicte sich nicht hätte bewerkstelligen lassen. Allein dies ist nicht der Fall. In beiden Edicten war die exc. rei iudicatae wie auch die exc. rei in iudicium deductae proponiert; beide Exceptionen standen auch in dem einheitlichen edictum urbicum, die Verschiedenheit in der Behandlung aber konnte ganz wohl fortdauern. Ohnehin wissen wir aus Gaius' Bericht über die ipso-iure-Consumption, dass eine Verschiedenheit zwischen der Consumption bei iudicia legitima und der bei iud. imperio continentia auf alle Fälle geblieben war.

Sodann sind hier näher in Betracht zu ziehen diejenigen oben (S. 8 fg.) nur kurz erwähnten Erscheinungen, auf Grund deren Schwalbach zu der Ansicht gekommen ist, dass die exc. rei in iud. deductae stets und überall nur die untergeordnete Rolle gespielt habe, welche sie unsrer Ansicht nach nur bei iudicia imperio continentia gehabt und hier erst durch die lex Iulia iud. privat. oder im Anschluss an dieselbe bekommen hat.

Nach Paulus sent. V, 5a § 8 kann, wie Schwalbach (nach Huschke) mit Recht annimmt [30]), der abgewiesene Kläger nochmals klagen und der Einrede der abgeurtheilten Sache Nichtigkeit des Urtheils entgegenhalten. Das könnte er nicht, wenn es dem Beklagten frei stünde, statt auf Urtheil auf res in iudicium deducta sich zu berufen, und da Paulus sogar bezüglich der ipso-iure-Consumption keine Ausnahme macht, so schliesst Schwalbach, dass auch diese

[30]) Vgl. die vierte Abhandlung bei Note 43.

späterhin der Consumption durch Urtheil gewichen sei (l. c. S. 133). Dies würde von entscheidendem Gewicht sein, wenn nicht, wie in der vierten Abhandlung näher dargelegt ist, diese Stelle, wie überhaupt der ganze Titel V, 5a (vgl. Pernice in Zeitschr. der Sav. St. rom. Abth. Bd. V S. 39 N. 3) sich auf das Cognitionsverfahren bezöge.

Dasselbe gilt von § 10 ibid., wonach, wenn Absolution auf Grund gefälschter Urkunden und demnächst Verurtheilung des Beklagten wegen der Fälschung erfolgt ist, der abgewiesene Kläger aufs Neue klagen kann, woraus allerdings zu schliessen ist, dass das Civilurtheil als vernichtet gilt, und dass Beklagter gegen nochmalige Anstellung der abgewiesenen Klage sich durch Berufung auf Litiscontestation nicht vertheidigen kann. Die Beziehung auf Cognitionsprocess, welche für diese Stelle von Hause aus wahrscheinlich ist, ist auch in einigen andern von Schwalbach angeführten Stellen, die diesen Fall behandeln, zu erkennen: in l. 2 C. si ex fals. 7, 58 (Alex.) an der Erwähnung der neuen Appellation („et qui non provocaverunt“), in l. 3 C. eod. an dem auf das Endurtheil schlechtweg sich beziehenden Ausdrucke pronuntiare (vgl. die vierte Abhandlung bei Note 47). In l. 11 de except. (44, 1) von Modestin und l. 4 C. si ex fals. von Gordian finden sich solche Anzeichen nicht, aber die Bezugnahme auf constitutiones personales in der ersten Stelle passt wenigstens ganz gut zu Cognitionsverfahren.

In der l. 7 C. quando provoc. 7, 64, wo zwar nur die Ungiltigkeit von sententiae venales ausgesprochen ist, ohne dass die Consequenz gezogen wäre, die sicherlich zu ziehen ist, dass nämlich von Neuem geklagt werden kann, weist die Erwähnung der Appellation auf Cognitionsverfahren hin; überdies zeigt der Ausdruck decretum est, dass der neue

Rechtssatz im Cognitionsverfahren, nämlich in der kaiserlichen Rechtsprechung, auch entstanden ist.

Eine weitere von Schwalbach (S. 124 N. 2) angeführte Stelle ist l. 31 de iureiur. 12, 2. Diese Stelle bezieht sich, wie aus der Inscription Gaius libro XXX ad edictum provinciale zu entnehmen ist, auf iudicia imperio continentia, und beweist daher nichts für iud. legitimum[31]). Auch ist sehr möglich, dass die constitutiones principum, welche permittunt ex integro causam agere, sich auf Cognitionsprocess bezogen, der um diese Zeit in den Provinzen auch des Senats schon sehr um sich gegriffen hatte, vgl. l. 8 de off. praes. 1, 18.

Endlich die l. 25 de dolo (4, 3) ist allerdings mit Wetzell (Civilproc. § 53 Note 62) auf Restitution wegen dolus zu beziehen. Wenn Schwalbach (S. 123) sich dagegen auf den „einfachen Wortlaut", nämlich die Worte replicatione iure uti potero beruft, so ist zu bemerken, dass gerade dies iure höchst verdächtig ist. Unverdächtig dagegen ist die Inscription Paulus l. XI ad edictum; in diesem Buch handelte Paulus von restitutio in integrum, speciell auch von derjenigen wegen dolus, vgl. Lenel ed. perp. § 40.

Ganz ohne Belang ist natürlich, dass wir von exc. rei in iud. deductae in Justinian's Compilation nichts finden. Auch wenn wir nur wenige und unsichere Spuren derselben entdecken könnten, würde uns das nicht irre machen. Denn es ist nicht ausser Augen zu lassen, dass die Compilatoren hier verhältnissmässig leichte Arbeit hatten, weil manche Erörterung, z. B. die über das Erforderniss der eadem res,

[31]) Die Schwalbach anstössig erscheinende Discrepanz mit l. 21. 22 de dolo ist durch die schöne Untersuchung von Demelius über Schiedseid und Beweiseid (S. 96) gehoben. Der Schlüssel dazu ist in der l. 31 selbst gegeben.

ganz gleichmässig für die exc. rei in iud. deductae wie für exc. rei iudicatae passte, und es doch gewiss nicht schwierig war, die der ersteren allein gewidmeten Ausführungen der Commentare wegzulassen. Nun sind aber die Spuren einer bis auf die Zeiten von Ulpian und Paulus herabgehenden Consumption durch Litiscontestation gar nicht so selten, und damit kommen wir zu der positiven Seite unserer Darlegung[32]).

Hierher zähle ich die l. 18 § 3 de pec. const. 13, 5 aus Ulpian l. XXVII ad edictum:

> Vetus fuit dubitatio an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

Ganz besonders significant wäre diese Stelle dann, wenn, wie Kappeyne van de Coppello (Abhandlungen S. 237 f.) annimmt, ein den Kläger abweisendes Urtheil ergangen wäre. Allein ich sehe nicht, was zu dieser Unterstellung berechtigt. Indessen wird man aber doch sagen müssen: so wie hier geschieht, konnte sich Ulpian nicht ausdrücken, wenn im gesammten Bereich des Formularprocesses die Consumption regelmässig an das Urtheil geknüpft gewesen wäre. Wenn übrigens die litis contestatio, wie aus der Stelle zu entnehmen, zwar nicht von der Originalschuld (sortis obligatio), wohl aber von der obligatio aus dem Constitut befreite, so kann dies, da die act. pecuniae constitutae sicher eine in factum concipierte Formel hatte (Lenel, ed. perp. S. 199), nur vermittelst exc. rei in iudicium deductae geschehen sein.

[32]) Die Stellen, welche von Befreiung aller Correalschuldner handeln bezw. gehandelt haben, wenn mit einem derselben Litiscontestation vorgenommen worden ist, lasse ich absichtlich weg.

Derselbe Ulpian sagt in l. 14 § 13 quod. met. causa 4, 2 (l. XI ad ed.):

Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.

Per actionem consumere kann nur von Consumption durch Litiscontestation gesagt werden. Dass, wie Wetzell (Civilproc. § 14 Note 49) annimmt, die Compilatoren die exc. rei in iudicium deductae durch exc. in factum ersetzt haben, glaube ich nicht; aber es war allerdings die exc. rei in iud. deductae, welche in diesem Falle durch eine exc. in factum ersetzt werden musste, weil jene in ihrer edictalen Formulierung nicht passte, und zwar deshalb nicht, weil, wer zuerst de dolo geklagt hat und nun act. quod metus causa anstellt, doch wohl nicht de eadem re (und nur alio genere actionis, l. 5 l. 7 § 4 de exc. rei iud. 44, 2) klagt; jedenfalls musste exc. in factum in diesem Falle als sicherer erscheinen.

Auch die in l. 32 pr. de pecul. 15, 1 von Ulpian an das conveniri eines Erben geknüpfte Befreiung der übrigen von der act. de peculio gehört hierher[33]).

In l. 20 de exc. rei iud. von Pomponius scheint vorausgesetzt zu sein, dass im ersten Process Urtheil ergangen ist, denn es ist von aestimatio in iudicio facta die Rede. Welche der beiden exceptiones der zweiten Klage entgegengesetzt wurde, ist nicht gesagt; die Begründung quod non sit petitum quod nec actor petere putasset nec iudex in iudicio sensisset passt in ihrem ersten Theile nur zu exc. rei in iudicium deductae, denn sonst müsste es doch heissen

[33]) Allerdings kann man in der Stelle auch einen Fall passiver Correalität, und zwar durch Rechtssatz begründeter Correalität erblicken.

quod non sit de ea re iudicatum u. s. w. Befremdend ist dagegen, dass das sentire des iudex in iudicio darüber mitentscheiden soll, quid sit petitum.

In einigen Stellen ist nur von exceptio die Rede, der vorgeführte Thatbestand lässt aber nur exc. rei in iudicium deductae als begründet erscheinen, weil davon, ob erkannt ist oder nicht, ganz abgesehen ist. So in l. 21 §§ 1, 3 eod. tit. und in l. 11 §§ 1, 2, 4 eod. In dieser letzten Stelle ist zwar, da im § 3 von exc. rei iudicatae unzweifelhaft die Rede ist, ihrem jetzigen Zusammenhang nach auch an diese exceptio zu denken; allein da mit § 4 ein neuer Punkt erörtert wird, wozu auch noch § 5 gehört, so ist ursprünglicher Zusammenhang fraglich.

In anderen Stellen ist geradezu von deducere in iudicium die Rede, und man wird nicht umhin können, anzunehmen, dass die Verfasser dieser Stellen an processuale Consumption gedacht haben, als sie diesen Ausdruck gebrauchten, während für die Compilatoren dieses deducere in iudicium nur die Vorbedingung dafür ist, dass über die Sache judiciert werde, daher sich hier wieder die Hereinziehung der Meinung des iudex findet in l. 21 pr. eod.: si ... egerim ... non est deducta in superius iudicium vestis causa, quia neque litigatores neque iudex de alio quam de argento actum intellegant. Weiter gehört hierher l. 11 § 5 eod.: qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit. In l. 11 § 7 eod. spricht Ulpian von Personen, quae rem in iudicium deducunt. Zu diesen gehört insonderheit der tutor und der curator furiosi, von welchen auch Paulus in l. 17 § 2 de iureiur. 12, 2 und l. 22 de administr. et per. 26, 7 sagt, dass sie agendo rem in iudicium deducunt. Im Sinne der Compilatoren ist das aufzufassen vom Standpunkte der

durch l. 3 C. Th. de cognit. et procur. 2, 12 eingeführten Neuerung: die bezeichneten Vertreter bringen ein giltiges Verfahren zu Stande und folgeweise dann ein giltiges Urtheil. Dagegen kann wohl kein Zweifel sein, dass Ulpian und Paulus dabei einfach an processuale Consumption denken.

Haben wir schon in l. 20, l. 21 pr. de exc. rei iud. die Hand der Compilatoren vermuthet, so müssen wir nun als zweifellos interpoliert bezeichnen und darum genauer besprechen die aus Paulus l. III ad edict. entnommene l. 4 § 3 de noxal. 9, 4:

Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est. donec autem prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire, contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est; in ipso autem iudicio si voluerit et scientiam domini arguere non est prohibendus.

Im dritten Buche seines Edictscommentars handelte Paulus unter Anderem von dem Titel de edendo [34]). Der Zusammenhang dieses Titels mit der in unserer Stelle behandelten Materie ist aber folgender. Ulpian sagt l. 1 pr. de edendo (2, 13): qua quisque actione agere volet, eam

[34]) Lenel ed. perp. § 9 S. 48. Unsre Stelle scheint ihm entgangen zu sein, wenigstens führt er sie a. a. O. Note 10 nicht auf. Dasselbe gilt von l. 1 eod. (Gai. ad ed. prov. l. 2) und l. 3. 5. 7. eod. (Ulp. l. 3 ad ed.), welche, wenn die Inscriptionen richtig sind, ergeben, dass Ulpian schon im 3., Gaius auch noch im 2. Buch seines Commentars den Titel de edendo commentierte.

edere debet. Der Kläger muss also auch sich entscheiden und dem Beklagten mittheilen, ob er die Formel mit oder ohne den die noxae datio betreffenden Zusatz beim Prätor beantragen will. Eine solche Mittheilung wäre aber völlig zwecklos (und folglich ein Zusammenhang dieser Materie mit dem edere actionem nicht herzustellen), wenn der Kläger vor dem Urtheil noch beliebig seinen diesbezüglichen Entschluss ändern könnte. Sollte Jemandem dies Argument nicht als zwingend erscheinen, so wird ihn doch wohl das folgende überzeugen. In seinem Edictscommentar hat Paulus zuverlässig nicht Cognitionsprocess, sondern Formularprocess im Auge. Hier aber entscheidet lediglich die Formel, ob der Beklagte das Recht der noxae datio hat oder nicht hat, und ohne Aenderung der Formel, also ohne restitutio in integrum kann weder Beklagter noxae datio anbieten, wenn detracta noxae datione geklagt ist, noch kann der Kläger sie ihm verwehren, wenn der Zusatz aut noxae dedere in der Formel steht. Es ist also ausser Frage, dass die beiden Sätze donec autem — transire und in ipso autem — prohibendus von den Compilatoren herrühren. Der erste dieser Sätze unterbricht ohnehin die Paulinische Antithese si detracta noxae datione... contra quoque si cum noxae datione actum sit in inconcinner Weise; barbarisch ist si eum de scientia domini arguenda paeniteat, desgleichen das tunc nach si; endlich licentia mit dem Infinitiv statt mit dem Gerundium ist speciell justinianisch (vgl. Gradenwitz Interpolationen S. 97 ff.). Sind aber diese beiden Sätze von den Compilatoren, so rühren zweifellos von ihnen auch die Worte absolutione facta et finito iudicio, welche durch den Gegensatz donec prius iudicium agitatur gefordert werden, ferner rei iudicatae und et finita her. Aber selbst der Rest wird noch nicht vollständig als paulinisch gelten können, da

nach dem unpersönlichen actum sit auf einmal der Kläger als Subject von summovebitur erscheint.

Haben wir aber einmal die Compilatoren in dieser Materie einer Interpolation zu Gunsten der exc. rei iudicatae überführt, so müssen nun auch Zweifel gestattet sein in Bezug auf andere Stellen, welche, sonst unverdächtig, ausdrücklich exc. rei iudicatae nennen, während in dem Thatbestand nur von Klage nach vorausgegangenem petere oder agere die Rede ist, und lediglich die exc. rei iudicatae nöthigt, dem Referat in Gedanken noch hinzuzufügen, dass im Vorprocess ein Urtheil ergangen ist. Solche Stellen sind l. 7 §§ 4. 5, l. 11 § 6, l. 21 § 4, l. 22. 23. 25. 26 de exc. rei iud. (44, 2). Hiebei ist meine Ansicht aber keineswegs die, als werde in diesen Entscheidungen vom Juristen allenthalben unterstellt, es sei im Vorprocess kein Urtheil ergangen; das ist vielmehr ein Punkt der als ganz irrelevant gar nicht erwähnt wird: bei iud. legitima knüpft sich in älterer Zeit die Consumption an die lit. contestatio auch wo Urtheil ergangen ist, und so kann es, so viel wir sehen, recht wohl geblieben sein. Danach können in l. 21 § 2 eod. tit. die Worte absoluto adversario recht wohl lediglich den Zweck haben, das Anstellen der zweiten Klage auf Stichus allein zu motivieren, und kann die hier erwähnte exceptio im Sinne des Pomponius doch eine exc. rei in iudicium deductae sein.

Zu den in dem angegebenen Sinne interpolierten Stellen gehört meines Erachtens auch die l. 22 § 8 ratam rem 46, 8 (Iulianus l. 56 dig.):

Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret. plerumque

autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset.

Dass hier verus procurator interpoliert ist für cognitor, kann wohl nicht bezweifelt werden [35]). Ferner ist es im Hinblick auf Gai. 4, 98:

de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit

sicher, dass Iulian unter der mit dem ipso iure in Parallele gestellten exceptio die exc. rei in iudicium deductae gemeint hat; das ipso iure beweist ja, dass er Consumption durch litis contestatio im Auge hatte. Dann aber ist es im höchsten Grade wahrscheinlich, dass er auch in dem ersten Satze des Fragments an Consumption durch Litiscontestation dachte, und folglich schrieb exc. rei in iudicium deductae dominum summoveret. Weshalb er aber nicht auch im ersten Satz die ipso-iure-Consumption erwähnte, können wir aus Gai. 4, 107 beantworten: es handelte sich um a°. in rem.

Hiernach wird dann auch die Annahme nicht als willkürlich erscheinen, dass dieselbe Interpolation auch vorliege in l. 23 de tutel. et rat. 27, 3 aus Paul. l. 3 respons.:

Convento herede tutoris iudicio tutelae curatorem eiusdem neque ipso iure liberatum videri neque exceptionem rei iudicatae ei dandam . . .

Immerhin ist aus den Worten Convento herede erkennbar, dass Paulus an eine an die Litiscontestation sich anknüpfende Wirkung dachte [36]).

---

[35]) Vgl. Bethmann-Hollway Civ. Proc. II S. 433 N. 16; meine Cognitur und Procurator S. 149. — Verdächtig ist auch das zweimalige Futurum committetur.

[36]) Einige andere Stellen, welche mitunter (z. B. Krüger process. Cons. S. 205 Note 3) noch für Fortdauer der ipso-iure-Consumption

Ob Iulian und andere Juristen, deren Aeusserungen wir im Sinne einer Consumption durch Litiscontestation gedeutet und auf iudicia legitima bezogen haben, daneben auch von iudicia imperio continentia gesprochen, muss dahin gestellt bleiben. Uns scheint es recht wohl möglich, dass die in Rom lebenden und wirkenden römischen Juristen bei ihrer schriftstellerischen Thätigkeit in der Regel, d. h. dann, wenn nicht der specielle Fall, oder der allgemeine Zweck der Schrift (z. B. Commentar zum Provincialedict, Institutionenlehrbuch) etwas anderes erheischte, nur die hauptstädtischen Verhältnisse und cives Romani ins Auge fassten, also für gewöhnlich die iud. imperio continentia bei Seite liessen.

Für Fortdauer der Consumption durch Litiscontestation im Gebiete der iudicia legitima spricht auch das Institut der processualen Delegation. So allgemein gehaltene Aussprüche wie fr. Vat. 263 (Papinian) und l. 11 § 1 de novat. 46, 2 (Ulpian) könnten sogar zu der Ansicht führen, dass hier auch bei iudicia imperio continentia die Consumptionswirkung an die Litiscontestation schlechthin geknüpft worden sei, d. h. ohne jede Rücksicht darauf, ob später noch ein Urtheil erfolgt oder nicht. In l. 60 de fideiuss. et mand. 46, 1 (Scaevola) allerdings, welche Stelle sich höchst wahrscheinlich auch auf processuale Delegation bezogen hat [37]), ist durch das iure = ipso iure die ausschliessliche Beziehung auf iudicia legitima gegeben, und so wird es angezeigt sein, in Bezug auf Schlüsse, welche aus den anderen Stellen zu ziehen wären, zurückhaltend zu sein.

angeführt werden, lasse ich bei Seite, weil sie mir nicht beweiskräftig genug zu sein scheinen.

[37]) v. Salpius, Novat. und Delegat. S. 205; freilich ist die Stelle dadurch, dass man hinter novationis noch einschiebt vel litiscontestationis, noch nicht vollständig so, wie Scaevola sie schrieb, wiederhergestellt.

Was übrigens den Unterschied von iudicia legitima und imperio continentia selber betrifft, so sind die Quellenstellen, welche für die Fortdauer desselben bis in die spätklassische Zeit angeführt worden sind — abgesehen von den für ipso-iure-Consumption Zeugniss ablegenden Stellen — nicht beweiskräftig. Für die iudicia quae imperio continentur ist l. 13 § 1 de iurisd. 2, 1, für die iudicia legitima l. 32 de iud. 5, 1, beide Stellen von Ulpian, als Beweis von Keller (Lit.-Cont. u. Urth. S. 139 f. S. 162) benützt worden. Indess die erste Stelle [38]) beweist deshalb nicht, weil sie ganz wohl auch auf iudicia legitima bezogen werden kann. Denn es ist ja ganz wohl möglich der folgende Satz: ein eingesetztes iudicium legitimum ist zwar in seiner Fortdauer von dem imperium des einsetzenden Magistrates unabhängig, dagegen kann es von diesem nicht erst auf die Zeit hin, in welcher er kein imperium mehr hat, eingesetzt werden.

Die zweite Stelle lautet:

Si iudex, cui certa tempora praestita erant, decesserit et alius in locum eius datus fuerit, tanta ex integro tempora in persona eius praestituta intellegemus, quamvis magistratus nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen ut legitimum tempus non excedat.

Hier ist Keller durch die Notiz bei Gai. 4, 104 zu einer unrichtigen Beziehung des Schlusspassus verleitet wor-

[38]) L. 13 cit.: Eum qui iudicare iubet magistratum esse oportet. § 1 Magistratus autem vel is qui in potestate aliqua sit ut puta proconsul vel praetor vel alii qui provincias regunt, iudicare iubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt. Die Hand der Compilatoren im § 1 ist erkennbar an den unmotivierten Conjunctiven sit und essent, und an der ungeschickten Wendung praetor vel alii qui provincias regunt, welcher allerdings Mommsen's Umstellung praetor vel proconsul vel alii etc. abhilft, aber mit Unrecht.

den, was allerdings nur in Folge von Vernachlässigung der Inscription Ulpianus l. I de officio consulis möglich war. Nach dieser Inscription kann es nicht zweifelhaft sein, dass wir es mit dem iudex datus eines Fideikommissprocesses zu thun haben; dann aber kann der Satz ita tamen u. s. w., wie schon die Glossatoren annahmen, nur auf Justinian's Bestimmung in l. 13 § 1 C. de iud. 3, 1 gehen, und ist daher Zusatz der Compilatoren, deren Stil sich übrigens in dem nominatim exprimere, und deren Flüchtigkeit sich darin zeigt, dass in der ganzen Stelle nichts zu finden ist, was als Subject für das Verbum excedat dienen könnte. Ueberdies würde die ganze Bestimmung zum Formularprocess auch gar nicht passen. Denn wenn es auch im Falle der Ersetzung des iudex durch einen andern nicht nothwendig ist, das Verfahren in iure von Anfang bis zu Ende zu wiederholen, so ist es doch eine ganz unrichtige Vorstellung, wenn Keller (Lit.-Cont. S. 141) meint, durch Ernennung eines andern iudex werde das iudicium nicht erneuert, vielmehr trete der neue iudex ohne Weiteres in das schon bestehende iudicium, und da nur ein und dasselbe iudicium vorliege, so müsse dessen Anfang nach wie vor von der einmal vollendeten Litiscontestation an datiert werden [39]). Zum Beweise dafür wird l. 76 de iud. angeführt. Allein diese Stelle handelt von einem collegial besetzten Gericht (ursprünglich ohne Zweifel von den Centumvirn bezw. einem Senate dieses Gerichtshofes), und es bedarf keines Beweises, dass, was hier von mutatio einzelner und selbst aller zum Collegium gehörender iudices gesagt ist, für den unus iudex der Formel

[39]) Anscheinend ist Keller Civ.-Proc. § 68 bei Note 811 (6. Aufl. S. 350) noch derselben Meinung, da er von „wesentlich fortdauernder Giltigkeit des übrigen, insbesondere des objectiven Bestandes der formula“ spricht.

nichts beweisen kann. Die Sache steht vielmehr so. Da es kein iudicium ohne iudex gibt, so ist mit Wegfall dieses das iudicium selbst erloschen, und es wird durch Ernennung eines neuen iudex auch ein neues iudicium begründet [40]). Ist hierbei nichts Besonderes bestimmt, so gilt das jetzt begründete iudicium wieder auf anderthalb Jahre von der Neuconstituierung bezw. bei iud. imperio continentia noch so lange, als das imperium des constituierenden Magistrats dauert. Anders im Cognitionsverfahren. Hier ist, so oft auch z. B. der in erster Instanz mit der Sache befasste Consul einen Unterrichter einsetzt, doch stets nur ein einziges Verfahren, und hier lässt es sich allerdings hören, die dem ersten Unterrichter gestellte Fristbestimmung im Zweifel als auch dem zweiten gesetzt anzusehen.

Auf der anderen Seite ist aber auch dafür, dass der in Rede stehende Unterschied der iudicia schon vor dem Aufhören dieser iudicia selber weggefallen sei, weder ein innerer Grund zu entdecken, noch irgend ein Quellenzeugniss vorhanden. In ersterer Beziehung könnte man nur etwa an die Verleihung des Bürgerrechts an die gesammte freie Bevölkerung des Reichs durch Caracalla denken; allein durch dieselbe war das den Unterschied mitbedingende territoriale Moment (in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium) ja keineswegs beseitigt. Was aber die Quellen betrifft, so kann es sich nur um die l. 49 § 1 de iud. 5, 1 (Paulus l. 3 respons.) handeln, welche allerdings Keller (a. a. O. S. 163) gegenüber der von ihm auf iudicia imperio continentia bezogenen l. 13 § 1 de iurisd. unüberwindliche Schwierigkeiten bereitete. Allein jede Schwierigkeit verschwindet, sobald man die Stelle auf das Cognitions-

[40]) Die Ertheilung der neuen Formel machte Restitution nöthig, vgl. Zeitschr. d. Sav. Stift. (rom. Abth.) Bd. II S. 138 f.

verfahren bezieht, auf welches zwei aus der Stelle selbst sich ergebende Momente hinweisen. Einmal die iudices a praeside dati. Es ist, wenn zur Zeit des Paulus in Bezug auf Provinzen von iudices dati die Rede ist, in hohem Grade wahrscheinlich, dass Unterrichter des Cognitionsverfahrens gemeint sind. Diese Wahrscheinlichkeit wird nahezu zur Gewissheit erhoben durch das zweite Moment: das ist der Ausdruck pronuntiare für die richterliche Sentenz schlechtweg d. h. ohne specielle Beziehung auf das Zwischenurtheil in einer a°. in rem oder auf formula praeiudicialis, vgl. dazu als Paulinische Stelle die l. 35 § 1 de auro arg. 34, 2, wo die Worte praetor pronuntiavit zweifellos ein Erkenntniss des praetor fideicommissarius bezeichnen, ferner Abh. IV Not. 47.

Blicken wir auf die Erörterungen dieses letzten Abschnittes zurück, so sprechen ganz überwiegende Gründe dafür, dass im iudicium legitimum die Consumption durch litis contestatio, sei es ipso iure, sei es vermittelst exc. rei in iudicium deductae, geblieben ist, bis zum Untergang des Formularprocesses; das schwache Indiz, dass Gaius auch bei iudicium legitimum die exc. rei iudicatae voranstellt, kann dagegen in keiner Weise in Betracht kommen. Wie weder innere Gründe noch Quellenzeugnisse angeführt werden können für den Wegfall des Unterschieds von iudicia legitima und quae imperio continentur vor dem Untergang dieser iudicia selbst, so auch nicht für eine Ausgleichung der Consumption bei beiden, insonderheit dafür, dass bei iudicia legitima die Consumption sich später ordentlicher Weise an das Urtheil geknüpft habe. Dagegen macht sich Alles ganz einfach, sobald wir den Cognitionsprocess, welcher bisher viel zu wenig in Rechnung gezogen worden ist, ins Auge fassen. In demselben Augenblicke, in welchem der Cognitionsprocess den Formularprocess verdrängte, ver-

schwand mit den alten iudicia selbst natürlich auch der Unterschied zwischen den beiden bezeichneten Arten derselben, und konnte es auch keine an die constitutio iudicii geknüpfte processuale Consumption mehr geben. Auch die Processverjährung ist mit dem Formularprocess verschwunden, denn sie ist ja eine Verjährung der iudicia, und von wann ab sollten die anderthalb Jahre gerechnet werden, wenn es eine constitutio iudicii nicht mehr gab, bezw. wann sollte der Process erlöschen, wenn der einen Unterrichter einsetzende Beamte überhaupt kein imperium mehr hat? Die l. un. § 1 C. Th. de act. cert. temp. fin. 4, 14, auf welche Cogliolo (l. c. S. 43 f.) sich in dieser Beziehung beruft, beweist sicher, dass damals die alte Processverjährung nicht mehr bestund; aber eine Antwort über das wann und warum des Verschwindens dieses Instituts ist aus diesem Gesetz nicht zu entnehmen, gleichwohl aber mit aller Bestimmtheit, wie geschehen, zu geben. Hierbei hat sich uns zugleich eine Perspective eröffnet in der Richtung, dass die völlige Beseitigung des Formularprocesses, schon vorbereitet durch immer weiteres Umsichgreifen des Cognitionsprocesses, ohne ein besonderes auf diese Beseitigung gerichtetes Gesetz erfolgt ist durch die Durchführung der neuen diocletianischen Organisation des Reichs: so dass sich von dieser Seite her die Aufstellung von A. Pernice in der oben (Note 27, 28) citierten Abhandlung bestätigen würde, dass die l. 2 C. de ped. iud. 3, 3 die Alleinherrschaft des Cognitionsprocesses nicht sowohl begründet hat, als dieselbe vielmehr schon voraussetzt. [41])

[41]) Woraus denn der von mir schon früher geäusserte Zweifel, ob sich die l. 1 C. de formul. 2, 57 wirklich auf die Formeln des Formularprocesses beziehe, neue Nahrung schöpft.

Das Ergebniss vorstehender Untersuchung ist demnach in Kürze dieses.

Im Formularprocesse war die Consumption theils an die Litiscontestation, theils an das Urtheil geknüpft. An die Litiscontestation bei iudicia legitima, und zwar bald ipso iure, bald ope exceptionis rei in iudicium deductae. An das Urtheil bei iudicia quae imperio continentur, und zwar findet sich hier ursprünglich noch neben der exc. rei iudicatae eine exc. si ea res in iudicio non est, bestimmt, die Einbringung derselben Klage, während ein darüber eingesetztes iudicium noch schwebt, zu verhindern.

Dieser ursprüngliche Zustand hat nun bis zum Untergang des Formularprocesses nur in zwei Punkten sich geändert. Bei iudicia legitima fand auch die exc. rei iudicatae Verwendung, aber so viel zu sehen nur zur Geltendmachung der Rechtskraft. Eine Aenderung des Consumptionsrechts ist dies also eigentlich nicht. Sodann bei iudicia quae imperio continentur ist die exc. rei in iud. deductae für Fälle, wo es nicht zum Urtheil kam, eingeführt worden, und zwar wahrscheinlich im Anschluss an die Bestimmung der lex Iulia über die Verjährung der iudicia legitima; diese exc. verdrängte dann die exc. si ea res in iudicio non est, weil sie dieselbe vollständig ersetzte. Dieser jüngere Rechtszustand ist auch der von Gaius bezeugte.

Zweite Abhandlung.

Ueber die lex Aebutia.

Der Angabe, dass die lex Aebutia das Verfahren per formulas eingeführt, oder den Legisactionsprocess abgeschafft, oder dass sie beides gethan habe, begegnet man in der Literatur auch jetzt noch vielfach [1]). Selbst in dem folgenden Satze Sohm's (Inst. § 36 Note 5): „dass die formula durch die lex Aebutia nicht erst eingeführt, sondern bereits zur Zeit der Legisactionen aufgekommen ist, kann gegenwärtig als allgemein angenommen gelten", welcher Satz den einen dieser Irrthümer ausdrücklich verwirft, tritt die Vorstellung zu Tage, als habe mit dem Inkrafttreten der lex Aebutia die Zeit der Legisactionen nothwendig ihr Ende erreichen müssen; denn nur auf Grund solcher Vorstellung hat das „sondern bereits zur Zeit" u. s. w. einen Sinn.

Was uns Gaius — ein Gewährsmann, neben dem ein Gellius (noct. att. 16, 10 § 8) selbstverständlich nur in ganz untergeordneter Weise in Betracht kommen kann — über die lex Aebutia in seinen Institutionen (4, 30) berichtet, ist nicht der Art, dass man sagen könnte, er habe irgend eine jener incorrecten Aufstellungen verschuldet. Denn wenn er a. a. O. sagt: per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus, so ist aus diesen Worten nur zu entnehmen:

---

[1]) Z. B. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proc. II S. 634: „nach der allgemeinen Beseitigung der legis actiones durch die lex Aebutia".

1. dass die Aufhebung der legis actiones erfolgt ist durch die lex Aebutia und durch die beiden leges Iuliae; aus Gai. 4, 31 ergiebt sich weiter, dass selbst diese leges Iuliae von dem alten Verfahren noch einen Rest übrig gelassen haben;

2. dass diese Gesetze zusammen bewirkt haben, nicht etwa, dass überhaupt per formulas processiert wird[2]), sondern dass wir d. h. dass die römischen Bürger per formulas streiten. In diesem Sinne verwendet Gaius die erste Person des Pluralis mit Vorliebe z. B. I. 8: omne autem ius quo utimur, nachdem von § 2 an nur von den iura populi Romani die Rede gewesen ist; I, 55: nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus; II, 97: legatorum ius quo et ipso singulas res adquirimus; II, 86; 108; vgl. auch IV, 37: nostris legibus.

Es kann sein, dass wir da oder dort auf Grund anderweitiger Quellenzeugnisse uns genöthigt sehen, zu behaupten, dass Gaius sich ungenau ausgedrückt habe; dagegen bis auf Weiteres müssen wir annehmen, dass ein Bericht von Gaius richtig und correct ist, und unter keinen Umständen kann es gestattet sein, denselben einer blossen Hypothese zu Liebe bei Seite zu schieben; sonst kommen wir ins Bodenlose.

Dass die erste Einführung der formulae mit dem Peregrinenprocess im Zusammenhang stehe, ist schon von Huschke in I. G. Huschke's Anal. lit. S. 216 f. und nach ihm von Andern angenommen worden: Zimmern III, S. 88;

[2]) Auch Bekker Aktionen I S. 90 f. urgiert, dass Gaius der l. Aebutia die Einführung der formulae nicht zuschreibe. Wie er das verwerthet, ist freilich eine andere Sache, vgl. die unten folgende Auseinandersetzung mit demselben.

Puchta, Cursus § 163 (vgl. auch § 80); Krüger, Consumption S. 13 f.; Bethmann-Hollweg, Civ.-Proc. I, S. 53 und II, S. 6. Bekker, Aktionen I, S. 89 hält wenigstens eine Einwirkung für möglich. Was aber über die genauere Beschaffenheit dieses Zusammenhanges gesagt worden ist, kann allerdings nicht befriedigen und hat zu begründeten Einwänden Veranlassung gegeben. Der Grund hievon liegt darin, dass die Verschiedenheit in der Art, wie der römische Staat in verschiedenen Zeiten die Peregrinen rechtlich behandelt hat, nicht beachtet worden ist, wie denn auch der Streit darüber, ob Peregrinen zur legis actio befähigt gewesen, ohne Berücksichtigung dieser Verschiedenheit geführt worden ist[3]).

In dieser Beziehung ist aber, vornehmlich durch die Untersuchungen von M. Voigt in Band II des grossen Werks über das „ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer“ (vgl. besonders die §§ 30 und 31) Folgendes festgestellt. Bis gegen Ende des fünften Jahrhunderts der Stadt, oder auch etwas länger, bis gegen die Zeit der Einrichtung der Peregrinenprätur, ist in Rom der Verkehr römischer Bürger mit den anderen Staaten als Bürger angehörenden Fremden ordentlicher Weise durch Staatsverträge geregelt worden, durch welche den Fremden in grösserem und geringerem Umfange die Rechtsfähigkeit des römischen Bürgers im Gebiet des Privatrechts und der Privatrechtsverfolgung zugestanden und garantiert wurde;

[3]) Man sehe z. B. Karlowa, Civilproc. zur Zeit der Legisactionen S. 345 Note 1 und die dort Citierten; dann neuerdings den Zusatz Wach's zu Keller, Civ.-Prov. Note 192. In engem Zusammenhang mit der Nichtbeachtung der bezeichneten Differenz steht das Nichtunterscheiden zwischen Peregrinen, die römische Unterthanen, und solchen, die Bürger einer (wenn auch nur formell) souveränen civitas sind.

natürlich auch umgekehrt dem Römer seitens des anderen contrahierenden Staates. Insoweit dieses der Fall war, konnte der Peregrine im Verkehr mit römischen Bürgern Privatrechte erwerben, welche in Rom geschützt wurden, d. h. vor römischen Magistraten ebenso wie von römischen Bürgern, also mit legis actio, verfolgt werden konnten, und von römischen Geschworenen anerkannt wurden. Die Bildung des Geschworenengerichts kann in den einzelnen foedera verschieden geregelt gewesen sein, und es ist diese Frage, soviel ich sehe, hier ohne Belang. Dagegen machen zwei Punkte Schwierigkeiten, deren Lösung hier freilich nur angedeutet werden kann.

Ein Staatsvertrag ist keine lex populi Romani, und es scheint daher, um die Zugänglichmachung der legis actio für Peregrinen erklären zu können, geboten zu sein, auf das magistratische imperium zu recurrieren, wie das auch Mommsen wirklich thut[4]). Andererseits scheint auch die Anwendung der Normen des römischen Privatrechts auf den Peregrinen nicht ohne Weiteres, d. h. nicht schon kraft des Staatsvertrags allein, möglich zu sein, wesshalb denn Voigt a. a. O. § 20 (S. 125 ff) annimmt, dass sowohl in die civilen Geschäfte (z. B. die Mancipation), als in die Legisactions-Formeln solcher Peregrinen die Fiction der Civität aufgenommen worden sei. Uns scheint hiebei die Rückwirkung eines solchen Staatsvertrags — der gerade kein foedus im technischen Sinne zu sein brauchte, aber in den hier in Betracht kommenden Fällen meistens ein foedus gewesen ist — auf den populus Romanus und folgeweise auf dessen Magistrate und auf die iudices nicht hinreichend gewürdigt zu sein. In einem solchen Staatsvertrag vertritt

[4]) Die Stadtrechte von Salpensa und Malaga S. 435 Note 129.

der Träger des imperium den populus nach aussen[5]), und was er verspricht, bindet diesen und alle Glieder des populus, welche nach dem Inhalt des Vertrags überhaupt gebunden werden können: also bei einem Vertrag, der commercium und recuperatio zusichert, den Jurisdictionsmagistrat und jeden Geschworenen, der über eine derartige Sache zu urtheilen hat. Was die lex (die von Papinian in l. 1 de legib. 1, 3 als communis rei publicae sponsio bezeichnet wird) im Innern des Staats ist, das ist das foedus und andere Staatsverträge (z. B. auch ein einfacher Friedensvertrag) als internationale sponsio, bei welcher jeder populus durch Ein Haupt vertreten ist (vgl. Gai. 3, 94), nach aussen. Also hat, wenn der Inhalt des Staatsvertrags dies mit sich bringt, der römische Magistrat die Mitwirkung zur legis actio eintreten zu lassen von Rechtswegen, wie wenn ein römischer Bürger die leg. actio vornimmt; aber allerdings nicht von wegen innerrömischen Rechts, sondern von wegen internationalen, durch das foedus u. s. w. geschaffenen Rechts; und der iudex ist verpflichtet, in dem unter den Staatsvertrag fallenden Rechtsstreit den Peregrinen ebenso wie einen römischen Bürger zu behandeln nicht kraft einer in die Formel der legis actio aufzunehmenden Fiction[6]), sondern kraft des auch

[5]) Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. I: Die einzelnen magistratischen Rechte, VIII: die Rechtsvertretung der Gemeinde. Von dem nur in äussersten Fällen ausgeübten Verwerfungsrecht des populus konnte hier ganz füglich abgesehen werden; ist es nicht ausgeübt, so ist eben Bindung da.

[6]) Wie sollte auch in die durch Gesetz oder Herkommen befestigte Spruchformel, sei es des Geschäfts, sei es der legis actio, der Fictionszusatz hineinkommen, ohne die Giltigkeit des Spruches in Frage zu stellen? (Gai. 4, 11.) Man müsste, um die Giltigkeit zu retten, doch auf den Staatsvertrag recurrieren, diesem also doch Aequivalenz mit einer lex zugestehen.

für ihn bindenden Staatsvertrags. Die Fictionen bei Gai. 4, 37 beweisen hiegegen nichts, denn Gaius versteht hier, im Sinne seiner Zeit, Peregrinen des neueren Stils, d. h. Peregrinen ohne commercium.

Man wird annehmen dürfen, dass bis zu der um das Ende des 5. Jahrhunderts der Stadt eintretenden Aenderung in der Behandlung der Peregrinen die Mehrzahl der im römischen Staatsgebiet Verkehr treibenden Peregrinen in der bezeichneten Weise geschützt wurde. Wie es mit Peregrinen gehalten wurde, die keinem Vertragsstaate angehörten, darüber lassen sich nur Vermuthungen aufstellen: einerseits wird, namentlich in älterer Zeit, das Institut des hospitium eingegriffen haben (vgl. Mommsen, Staatsrecht III, a S. 602), andererseits könnte hier Schutz durch imperium, aber natürlich nicht mittelst legis actio, sondern durch Interdict, stattgefunden haben, namentlich in späterer Zeit, wo das Institut des hospitium schwerlich mehr ausreichte [7]).

Die angegebene Weise, die Rechtsbeziehungen zwischen römischen Bürgern und den Bürgern anderer civitates zu regeln, ist nach dem Anfang des 6. Jahrhunderts für gewöhnlich [8]) nur noch bei latinischen Colonieen beibehalten

[7]) Im Privatrechtsverkehr kann man sich die Lage solcher Peregrinen in der angegebenen Zeit, also vor den Anfängen des ius gentium, folgendermassen denken. Im Princip rechtlos, sind sie im Verkehr auf Baargeschäfte angewiesen. Um Grundstückserwerb kann es sich von vornherein nicht handeln, da selbst der Peregrine mit commercium römischen Grund und Boden nicht zu Eigen haben kann. Dagegen bedarf es für solche Peregrinen, auch bei Baargeschäft, Schutz im Besitz erworbener Mobilien. Diesen konnte das interdictum utrubi gewähren; es ist mir nicht unwahrscheinlich, dass es zu diesem Zweck auch verwendet worden ist und dass dies vielleicht die älteste Verwendung desselben war, welche sich aber alsbald auch die cives Romani zu Nutze gemacht haben werden.

worden; von den bekannten 12 jüngeren latinischen Colonieen fallen noch 8 in das 6. Jahrhundert [9]). Daraus erklärt es sich, dass später die latini und peregrini, obwohl eigentlich die latini nur eine besondere Species von Peregrinen sind, so oft coordiniert werden, und dass peregrinus so oft einen solchen Peregrinen bedeutet, der kein commercium, folglich auch keine legis actio hat, kurz einen Peregrinen neuen Stils [10]).

Wenn also diejenigen, welche die Einführung der formulae mit dem Peregrinenprocess in Verbindung bringen, ihre näheren Ausführungen damit beginnen, dass sie sagen, die Peregrinen seien der legis actio nicht fähig gewesen, so ist das in dieser Allgemeinheit nicht richtig, und ist Sohm mit seiner auf Gai. 4, 31 sich stützenden Opposition da-

[8]) Dass es auch später noch ausnahmsweise vorkam, dass Peregrinen commercium cum civibus Romanis verliehen wurde, ist zu schliessen aus Ulp. fr. 19, 4: mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos quibus commercium datum est. Diese Stelle beweist zugleich, dass in Gai. II, 65 nicht alle Peregrinen, sondern nur die ohne commercium, von der in iure cessio ausgeschlossen sein sollen.

[9]) Marquardt, röm. Staatsverwaltung, I S. 50.

[10]) Wenn aber die römischen Juristen sonst anerkennen, dass die latini den Peregrinen gleichstehen (Gai. I, 79; vgl. Mommsen, Staatsr. III, S. 598 Note 4), die Abgrenzung von latini und peregrini also bloss eine terminologische ist, so erscheint es nicht als gerechtfertigt, wenn Mommsen ib. S. 603 schon wegen dieser Abgrenzung die Processe zwischen Bürgern und Latinen vor den praetor urbanus verweist. Wie soll man dann das lege agere vor dem praetor peregrinus zur Zeit des Gaius (Gai. 4, 31) verstehen? Etwa von den Peregrinen die commercium haben und doch nicht Latini sind? — Ebensowenig scheint mir übrigens die diametral entgegengesetzte Behauptung Voigt's (a. a. O. S. 82 Note) begründet zu sein, dass der pr. peregrinus auch inter cives Jurisdiction hatte. Die von ihm angezogenen Bestimmungen der lex Quinctia de aquaed. c. 129 und das edict. Venafranum Z. 65 zeigen vielmehr, dass es besonderer Bestimmung bedurfte, um sie ihm zu verschaffen.

gegen [11]) im Recht. Aber der Formularprocess hängt nicht mit diesen, sondern mit anderen Peregrinen zusammen, d. h. mit Peregrinen, welche von Rom in ihren Rechtsbeziehungen zu römischen Bürgern nicht mehr in der bisherigen Weise behandelt wurden. Und zwar sind diese Peregrinen theils Bürger anderer, wenigstens formell noch souveräner Staaten, welchen commercium cum civibus Romanis nicht mehr vertragsmässig zugesagt ist; theils sind es römische Unterthanen, deren civitas vernichtet ist, so dass also hier eine vertragsmässige gegenseitige Zusicherung von commercium und recuperatio gar nicht denkbar ist (dediticii).

Beide Kategorieen von Personen entbehren der civilen Rechtsfähigkeit, nicht bloss hinsichtlich des materiellen Rechts, sondern auch hinsichtlich des civilen Processes: diesen Peregrinen ist daher, da ja auch kein Staatsvertrag aushilft, die legis actio (und folglich auch die in iure cessio, ebenso aber auch mancipatio Gai. II, 65) nicht zugänglich. Für sie musste daher, wenn man es nicht bei einfacher Rechtlosigkeit lassen wollte, was unmöglich war, anderweitig vorgesorgt werden. Dass, was das materielle Recht angeht, hier das ius gentium einsetzte, ist jetzt wohl allgemein anerkannt. Aber auch für Rechtschutz musste gesorgt werden. Durch ein Gesetz brauchte das nicht zu geschehen; ja, soweit es sich um Peregrinen handelte, die nicht Unter-

[11]) Instit. § 36 Note 5. Wenn Sohm daselbst sich weiter darauf beruft, dass nach der lex Aelia Sentia die in iure cessio d. h. legis actio auch im Recuperatorenverfahren möglich sei (vgl. § 34 Note 3: „die lex Aelia Sentia kennt bei der durch vindicatio in libertatem zu vollziehenden Freilassung nur noch das Urtheil eines Recuperatorencollegiums"), so ist das ein handgreifliches Missverständniss; die Recuperatoren fungieren da selbstverständlich nicht, auch nicht pro forma, als Geschworne, sondern als consilium des Magistrats, Gai. I, 20.

thanen waren, hätte ein Gesetz gar nichts genützt: es wäre für sie doch nicht verbindlich gewesen.

Für Peregrinen dieser Art wird also der Formularprocess zunächst eingeführt worden sein, und zwar wohl sofort mit Einrichtung der Fremdenprätur und der zeitlich damit zusammenfallenden Einrichtung der ersten römischen Provinz. Die Formula kann dabei aus der Fremde entlehnt worden sein; woher sie entlehnt ist, muss dahin gestellt bleiben: jedenfalls ist sie in römischem Sinn und Geist gehandhabt und entwickelt worden. Der Annahme dieses Zusammenhangs steht das aus Gai. 4, 31 geschöpfte Bedenken offenbar nicht entgegen; sie scheint uns in den damaligen Verhältnissen so wohl begründet, wie nur irgend eine historische Combination es sein kann.

Als Beweis dafür, dass für diese Peregrinen durch ein Gesetz in der That nicht gesorgt worden ist, dass also auch die lex Aebutia dieses Gesetz nicht sein kann, darf die Thatsache gelten, dass im Formularprocess das iudicium niemals ein legitimum ist, sobald ein Peregrine betheiligt ist (Gai. 4, 105): dies wäre unbegreiflich, wenn eine lex das per formulas litigare inter peregrinos angeordnet hätte.

Für die Richtigkeit der Annahme aber, dass die Einführung des Formularprocesses in innigem Zusammenhang stehe mit der um das Ende des 5. Jahrhunderts der Stadt einsetzenden abweichenden Behandlung der Peregrinen, welche auch die Entwicklung des ius gentium bedingte, scheint uns in ganz entscheidender Weise Folgendes zu sprechen.

Zur Processfähigkeit der Parteien im Civilprocess gehört nicht bloss Handlungsfähigkeit, sondern auch Rechtsfähigkeit. In den Darstellungen des römischen Civilprocesses [12]) ist zwar nicht davon die Rede, aber zweifelhaft

[12]) Auszunehmen ist Rudorff, Rechtsgesch. II § 16, wo aber

kann es nicht im Geringsten sein, sobald anerkannt wird, dass das Processverhältniss ein Rechtsverhältniss ist. Für den altcivilen römischen Process ist diese Rechtsfähigkeit ebenso, wie für die Rechtsverhältnisse und Geschäfte des alten ius civile, an die Civität geknüpft; und dieser Standpunkt ist auch da formell gewahrt, wo dem Nichtbürger durch Staatsvertrag die civile Rechtsfähigkeit für Recht und Gericht zugesichert ist. Im Formularprocess dagegen ist die processuale Rechtsfähigkeit nicht mehr an die Civität gebunden, sondern es hat sie jeder Freie, der civis einer fremden civitas, wie der dediticius. Sie ist also an denselben Thatbestand der persönlichen libertas gebunden, wie die privatrechtliche Rechtsfähigkeit des ius gentium, welches seine Entwicklung eben derselben Wandlung in der Behandlung der Peregrinen verdankte. Dagegen kann durchaus nicht geltend gemacht werden, dass unter Umständen im Formularprocess fingiert wurde, ein Peregrine sei civis Romanus. Dies hatte keineswegs den Zweck, die für den Formularprocess nöthige Rechtsfähigkeit zu ersetzen [13]) — diese Rechtsfähigkeit musste er ja schon haben, um überhaupt nur eine Formel bekommen zu können — sondern den, die

bezüglich des Peregrinen zwischen Legisactionsprocess und Formularprocess kein Unterschied gemacht wird; dasselbe gilt von Baron, Geschichte des r. R. I, S. 368.

[13]) Also ist es nicht richtig, wenn Rudorff a. a. O., nachdem er „wegen mangelnder Rechtsgemeinschaft“ die Peregrinen von der „Klagfähigkeit“ ausgeschlossen, sagt: „doch wird mittels Fiction der Civität geholfen“. Hat er doch in demselben Satze richtig bemerkt, dass dies da geschehe, „wo die Anwendung römischer Gesetze durch die nothwendige Rechtsgleichheit geboten“ sei. — Ein ähnlicher Irrthum, wie es scheint, auch in dem Zusatz Wach's zu Keller, Civ.-Proc. Note 192.

Anwendung von römischem ius civile auf den betreffenden Thatbestand dem iudex möglich zu machen, m. a. W. eine in ius concipierte Formel, wo es sich um ius proprium civium Romanorum, im Gegensatz zu ius gentium, handelt, zu ermöglichen: si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio (nicht Processform, sondern materieller Anspruch) constituta est (Gai. 4, 37).

Nunmehr wenden wir uns der lex Aebutia zu. Ging diese, wie nach dem Gesagten nicht zu bezweifeln, und durch Gai. 4, 30 bestätigt ist, nur die römischen Bürger an, und steht fest, dass für die römischen Bürger der Legisactionsprocess auch noch nach der lex Aebutia theilweise fortgedauert hat, so kann dieses Gesetz den Formularprocess nur beschränkt in dem Jurisdictionsgebiet des praetor urbanus an die Stelle des Legisactionsprocesses gesetzt haben. An sich ist nun wohl denkbar, dass die lex Aebutia erlassen wurde, ehe der oben besprochene Umschwung in der Behandlung der Peregrinen vor sich ging; das ist die Meinung von Voigt l. l. § 83. Uns scheint dies deshalb wenig wahrscheinlich zu sein, weil nach dieser Annahme die lex Aebutia ziemlich nahe an die leges Silia und Calpurnia hinaufgerückt würde, welche für Ansprüche auf certa pecunia und certa res einen bequemeren modus lege agendi einführten; es ist nicht anzunehmen, dass gerade in diesem Gebiet schon nach 10 oder 20 Jahren sich das Bedürfniss einer abermaligen Reform fühlbar machte. Wir halten vielmehr die gemeine Meinung für weitaus wahrscheinlicher, welche das Gesetz nach 513, und zwar gewöhnlich in die Mitte des 6. Jahrhunderts setzt (vgl. Rudorff, Rechtsgesch. I S. 106). Wenn Bekker (Aktionen I S. 91) aber sagt, die Meinungen, welche die lex Aebutia vor die Publication der Tripertita verlegen (wie z. B. diejenige

Burchardi's, der sie um das Jahr 520 setzt[14]), für welches zwei Aebutii als tribuni plebis bezeugt sind, verdienten keine Beachtung: so muss dabei angenommen sein, dass es sich nach der lex Aebutia nicht mehr habe verlohnen können, über legis actiones zu schreiben; hiebei ist dann aber eine Aufhebung dieser durch die lex Aebutia in weit grösserem Umfange angenommen, als die Quellen anzunehmen uns berechtigen.

Indessen interessiert uns diese chronologische Frage viel weniger, als die Frage, in welchem Umfang die lex Aebutia das Verfahren per formulas in dem Process unter römischen Bürgern an die Stelle des Legisactionsprocesses gesetzt habe. Dabei muss dahingestellt bleiben, ob die lex Aebutia auch noch andere Bestimmungen enthielt, etwa eine Ermächtigung des praetor urbanus zu freier Formelconception; wir lassen es also auch dahingestellt, ob Formeln prätorischer Herkunft, die zweifellos schon der Zeit vor den leges Iuliae iudiciariae angehören, wie die formula de dolo, die formula Rutiliana und andere mehr, aufgestellt wurden auf Grund solcher Ermächtigung oder aus eigener magistratischer Machtvollkommenheit. Für uns handelt es sich in der iurisdictio des praetor urbanus nur um das durch legis actiones schon versorgte Gebiet. Zu einer Einengung dieses Gebietes war eine lex erforderlich; die erste lex dieser Art war die lex Aebutia und die Frage ist, wie weit diese in jenes Gebiet eingriff.

Zur Beantwortung dieser Frage fehlt es uns durchaus nicht an Anhaltspunkten.

Aus der Rede Cicero's für den Schauspieler Roscius c. 4 §§ 10. 11 ergibt sich mit völliger Sicherheit, dass

[14]) Wiedereinsetzung S. 302; etwas anders im Lehrbuch I. Thl. § 55 S. 149.

dieser Process im Formularverfahren verhandelt wurde, und zwar mit der Formel für die act. certae creditae pecuniae, deren Intentio und Condemnatio uns von Gaius (4, 41. 43) vollständig überliefert ist. Dadurch ist festgestellt, dass die lex Aebutia jedenfalls für Ansprüche auf dare oportere einer bestimmten Summe römischen Geldes den Formularprocess inter cives eingeführt hat[15]).

Aus einem bisher in dieser Richtung nicht gewürdigten Passus der lex Iulia municipalis lässt sich in Bezug auf den Inhalt der lex Aebutia betreffs der act. certae creditae pecuniae noch Genaueres ermitteln. Der nach Z. 32 ff. des genannten Gesetzes wegen unterlassener Instandhaltung des öffentlichen Weges Attribuierte soll, wenn er die Attributionssumme binnen 30 Tagen nicht zahlt, 50 Procent weiter schuldig werden, und nun folgt Z. 44 fg. diese Bestimmung:

inque eam rem is, quo quomque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumve ita dato, utei de pecunia credita

[15]) Wie weit die formula der act. certae cred. pec. reichte, ist bekanntlich bestritten, zumal wieder seit der Abhandlung von Baron über die Condictionen. Mir scheint soviel sicher, dass ursprünglich nur pecunia data, expensilata oder stipulata so eingeklagt werden konnte (pro Q. Rosc. 5, 15), dass es also allerdings ursprünglich nicht bloss auf das Object, sondern auch auf den Entstehungsgrund des Anspruchs ankam (Bekker, Akt. I, S. 137), und zwar musste das auch noch später ein vom ius civile anerkannter Entstehungsgrund sein. Dass man bei jenen drei Entstehungsgründen nicht stehen blieb, zeigen die Condictionen, und dass die Ausdehnung auf diese Thatbestände auf Jurisprudenz und Judicatur beruhte, darauf weist die Anrufung der naturalis aequitas bei diesen Condictionen hin (l. 14 de cond. iud. 12, 6). Die Bedenken Lenel's gegen die Classicität der generellen certi condictio (ed. perp. S. 185) theile ich aber durchaus, und möchte hier nur darauf hinweisen, dass l. 9 § 3 de reb. cred. (12, 1) ganz unverkennbar reines Compilatoren-Latein aufweist.

iudicem iudiciumve dari oporteret (oportebit hat die Tafel).

Auf Grund dessen, dass ein Prätor in seinem Edict die Formel der actio certae cred. pec. aufgestellt hat, kann man unmöglich sagen, eum de pec. cred. iudicium dare oportere; nicht einmal auf Grund der lex Cornelia von 687, denn dieses Gesetz verpflichtet zwar den Prätor, eine proponierte Formel beizubehalten, aber nicht, eine solche zu proponieren, noch irgend ein iudicium zu geben. Es wird aber oportere in römischen Gesetzen als technischer Ausdruck gebraucht von einem dem Magistrat oder auch andern Personen (z. B. Processparteien) auferlegten staatsrechtlichen oder processrechtlichen Sollen. So z. B. in der lex Rubria c. 22: de qua re ius dici iudiciave dare ex hac lege oportebit; fr. Atestin. (Bruns S. 100): iudicium ita feiat, utei de ieis rebus quibus ex h. l. iudicia data erunt iudicium fierei exerceri oportebit; lex Iulia munic. Z. 28: eius aedilis procuratio esto, utei h. l. oportebit und so öfter in diesem Gesetz; edictum Augusti de aquaed. Venafr. Z. 66 f.: dum reciperatorum reiectio — ita fiet, ut ex lege, quae de iudiciis privatis lata est (die lex Iulia iudiciorum priv.) licebit oportebit. Es muss also ein Gesetz die Formel der act. certae creditae pecuniae vorgeschrieben haben, wie wir ja auch in der lex Rubria c. 20 Klageformeln und in dem erhaltenen Schluss des c. 19 die Formulierung einer exceptio wörtlich vorgeschrieben finden[16]). Welches Gesetz soll aber diese Formel vorgeschrieben haben? Doch wohl

[16]) Und zwar die letztere direct, die erstere dagegen nur indirect: es ist nämlich bestimmt, es solle constitutio iudicii und Urtheil ius ratumque sein, sofern das iudicium mit der nun wörtlich folgenden Formel angeordnet worden (Z. 20 ff.).

eben dasselbe, welches für A. cert. cred. pec. den Formularprocess inter cives einführte, die lex Aebutia! Es ist nicht wohl anzunehmen, dass dies erst später geschah, und ohne Sinn wäre es gewesen, zuerst die Formel gesetzlich zu fixieren und in einem spätern Gesetze den Formularprocess inter cives einzuführen.

Von hier aus lässt sich denn auch ein Ausdruck in der Rede Cicero's pro Rosc. com. mit grosser Wahrscheinlichkeit erklären. Hat die lex Aebutia die Formel für die act. cert. cred. pec. vorgeschrieben, so ist ausserordentlich wahrscheinlich, dass sie auch die sponsio tertiae partis anordnete; der Ausdruck legitimae partis sponsio in § 10 der genannten Rede wird sich also wohl auf die lex Aebutia beziehen und nicht auf die lex Silia, wie Savigny (Syst. V S. 611) meinte[17]).

Dass die lex Aebutia auch für die actiones certae rei die formula eingeführt habe, dafür lässt sich ein positives Zeugniss nicht beibringen, es darf aber als sicher angenommen werden. Hatte man es schon früher für zweckmässig erachtet, die durch die lex Silia für Ansprüche auf certa credita pecunia eingeführte leg. act. per condictionem durch die lex Calpurnia auf Ansprüche auf certa res auszudehnen, so wird die spätere lex Aebutia doch wohl Beides zusammengefasst, den Formularprocess also für das gesammte Gebiet der Edictsrubrik „si certum petetur" in die Iurisdictio des praetor urbanus verpflanzt haben. Damit stimmt überein, dass keinerlei Spur sich erhalten hat, dass nach der Zeit, in welche die lex Aebutia zu setzen ist, ein derartiger Anspruch noch mit leg. actio verfolgt worden

[17]) Wie oben Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen S. 276, aber ohne Herbeiziehung der Bestimmung in der lex Iul. municipalis.

SEMINÁRNÍ KNIHOVNA Hist.-práv. oddělení

wäre. Die lex Aebutia wird dann auch hier die Formel vorgeschrieben haben; wenn sie dabei in ähnlicher Weise die Formel specialisierte, wie dies die lex Rubria mit ihren Klageformeln thut[18]) und wenn sie als beanspruchte res eine bestimmte Quantität Weizen in der Musterformel hatte, so würde sich die Bezeichnung condictio triticaria zum Besten erklären[19]).

Ein weiterer Anhaltspunkt zur Bestimmung des Umfangs der durch die lex Aebutia eingeführten Neuerungen ist negativer Natur. Es scheint uns ziemlich sicher zu sein, dass dieses Gesetz für das gesammte Gebiet der actiones in rem einschliesslich der Statusklagen den Formularprocess in die Iurisdictio des praetor urbanus nicht einführte. Für diese Annahme sprechen folgende Gründe.

Noch zu Gaius' Zeit war für Sachen, die vor das Centumviralgericht kamen, Verhandlung vor dem Magistrat in Form der legis actio erforderlich. Gaius hebt zwar 4, 31, wie es der Gegensatz zu 4, 30 mit sich bringt, nur hervor, dass in den dort angegebenen Fällen das lege agere noch gestattet sei; die Erforderlichkeit ergibt sich aber deutlich aus 4, 95: hier bemerkt Gaius (wegen § 93, nach welchem die Vindication per sponsionem sonst im Formularprocess verhandelt wird) ausdrücklich, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem[20]).

[18]) Daher die ziemlich vorsichtigen Bestimmungen in Z. 41 ff.

[19]) Die Notiz des Stephanus zu Basil. 24, 8, 7 (Heimb. III, p. 43), dass in der alten Formel der Klage triticum erwähnt war, mag sich immerhin, wie Lenel ed. perp. S. 190 N. 9 annimmt, auf die im Edict proponierte Formel beziehen; diese hat sich naturgemäss an die gesetzliche Formel angeschlossen.

[20]) Die gewöhnliche Auslegung dieser Stelle, wonach die sponsio auf 125 Sesterze mit dem Sacramentum von 500 As identificiert wird (Rudorff, RG. II § 7 bei Note 13; Bethmann-H., II S. 56 f.) ist

Da die leges Iuliae zweifellos das Gebiet der legis actiones noch weiter eingeschränkt haben, als es zuvor der Fall war, so ist anzunehmen, dass auch vor den leges Iuliae die vor die Centumvirn gehörenden Sachen mittelst leg. actio (sacramenti) einzuklagen waren — vorbehaltlich der Möglichkeit, dieselben auf einem Umweg vor den Einzelgeschworenen zu bringen. Nach Cic. de or. I, 38 § 173 sind aber alle dinglichen Klagen, ausgenommen allein die Freiheitsprocesse, Centumviralsachen, in Bezug auf sie dauerte also das lege agere sacramento fort.

Durchaus bestätigt wird dies durch eine Reihe einzelner Zeugnisse aus Cicero's Schriften. Für die rei vindicatio bezeugt den Sacramentsprocess die bekannte Stelle pro Mur. c. 12[21]). Für den Process um hereditas gibt es nach Cic. Verr. I, 45, 115 nur zwei Wege: die legis actio (natürlich sacram.) und das Processieren mittelst sponsio. Der Zusammenhang heischt hier Vollständigkeit der Aufzählung der möglichen Verfahrungsarten, und so ist das Schweigen von einer formula petitoria ein Beweis gegen diese. Für Freiheitsprocesse, vor den Decemviri verhandelt, ergibt den Sacramentsprocess Cic. de domo § 78, pro Caec. § 97.

Auf der andern Seite ist kein einziges Zeugniss vorhanden, aus welchem sich entnehmen liesse, dass vor den leges Iuliae eine Vindication zu Rom inter cives Romanos mit formula petitoria ausgefochten worden wäre. Die formula petitoria bei Cic. Verr. II, 12, 31 ist keineswegs ein

unhaltbar. Die summa sponsionis ist nach dem Zusammenhang dasselbe Ding, wie in §§ 93 und 94, und es ist so deutlich als möglich gesagt, dass diese Summe von 125 Sesterzen mittelst sacramentum eingeklagt wird. Richtig Stintzing, Verhältniss d. leg. act. sacr. u. s. w. S. 48 f.

[21]) Weitere Stellen hat Bekker, Zeitschr. f. RG. V S. 346 zusammengestellt.

solches: denn hier wird des Verres praetura Siciliana verhandelt, und auch der nächste Zusammenhang ergibt, dass Cicero an eine rei vindicatio in der Provinz denkt (§ 30: praetor improbus, cui nemo intercedere possit). Auch die Formel der act. Publiciana, die älter ist, als die leges Iuliae, kann nicht als Argument dafür benützt werden, dass, da dieselbe eine formula petitoria voraussetze, eine solche schon vor den leges Iuliae im Edict des praetor urbanus proponiert gewesen sein müsse. Denn es ist ganz wohl möglich — und dies genügt, um besagtes Argument zu entkräften —, dass zwar die Provincialprätoren in der Formelbildung freie Hand hatten, und ebenso die beiden in Rom residierenden Prätoren insoweit, als ius gentium und ius honorarium in Frage stand (welche beide ja durch deren Jurisdiction verwirklicht werden mussten), und dass demnach der praetor urbanus für den prätorischen Eigenthümer die Publicianische Formel proponierte, während er gar nicht in der Lage war, inter cives zur Verfolgung römischen Eigenthums in Rom eine formula petitoria zu geben, weil es dazu eben eines Gesetzes bedurfte. Ganz wohl konnte er die Publicianische Formel der formula petitoria der Provincialedicte nachbilden, und so auf einem Gebiete, auf dem er sich frei bewegen konnte, den Fortschritt, der dort bezüglich der actiones in rem gemacht worden war, sich aneignen.

War es nach unsrer Annahme in der Zeit zwischen der lex Aebutia und den leges Iuliae zwar möglich, Ansprüche auf certa credita pecunia mittelst formula geltend zu machen, dagegen unmöglich, bei dem praetor urbanus civile dingliche Ansprüche direct mit formula petitoria einzuklagen: so erklärt sich die Einführung des agere per sponsionem aufs Einfachste. Man konnte auf diesem Wege,

aber auch nur auf diesem[22]), das agere sacramento in rem mit seinen Umständlichkeiten umgehen und die Sache vor den Einzelgeschwornen bringen, dessen Spruch die Sache genau ebensoweit förderte, als das Urtheil im Sacramentsprocess.

Wie sehr die Umständlichkeiten gerade der Sacramentsklage in rem bei den späteren Römern unbeliebt geworden waren, zeigt mehr noch als der Spott Cicero's in der Rede pro Murena der Umstand, dass selbst da, wo die leg. act. sacramenti beibehalten wurde, nämlich in Centumviralsachen, man doch zu dem agere per sponsionem griff, wovon in diesem Falle kein anderer Zweck erfindlich ist, als der, jene Solennitäten und etwa auch das grössere sacramentum zu vermeiden[23]).

---

[22]) Was Stintzing a. a. O. S. 61 ff. gegen die herkömmliche Begründung des agere per sponsionem bemerkt, ist zutreffend; nicht zutreffend dagegen ist die S. 62 hervortretende Meinung, als habe der pr. urbanus nur zu wollen gebraucht, um in Rom Processe um civiles Eigenthum inter cives Romanos in den Weg der form. petitoria zu leiten, also die act. sacramenti in rem zu beseitigen.

[23]) Werden 125 Sesterze eingeklagt mittelst legis actio, so ist die l. a. per condictionem seit der lex Silia die zuständige. In dem Falle Gai. 4, 95 wird dieser Anspruch aber mit der l. a. sacramenti (in personam) verfolgt, wohl deshalb, weil von jeher für die vor das Centumviralgericht gelangenden Sachen diese leg. actio erforderlich war. Wir vermuthen, dass die lex Iulia iud. priv. Folgendes bestimmte: 1. es sollen die nach diesem Gesetze dem Centumviralgericht verbleibenden Sachen per sponsionem eingeleitet, über die Sponsionssumme aber sacramento processiert werden; 2. die sponsio soll auf den Betrag gestellt werden, den das sacramentum für die eigentliche Streitsache haben müsste. Schon früher hatte eine lex Crepereia für einen Kreis von Sachen, der mit den jetzt dem Centumviralgericht bleibenden Sachen sich deckte oder denselben mit umfasste, bestimmt, das sacramentum solle stets den höheren Betrag von 500 As haben; so erklärt sich die Bemerkung von Gaius, dass die Sponsionssumme propter legem Crepereiam auf 125 Sesterze gestellt wurde. Die Ver-

Zu der obigen Annahme stimmt es bestens, dass die bezeugten Fälle von Klagen mit sponsio praeiudicialis — abgesehen von dem besonders gearteten, in der Note 23 besprochenen Falle von Gai. 4, 95 — durchgängig solche sind, welche zur Zeit Cicero's vor die Centumvirn gehörten, also mit l. act. sacr. in rem geltend zu machen waren. Es sind Processe um Eigenthum (Gai. 4, 93), um Erbe (Cic. Verr. I, 45, 115) und um Servitutsrechte (Cic. orat. 21 § 72 lässt den Process über stillicidia, der nach de orat. I, 38, 173 vor die Centumvirn gehörte, auch vor unus iudex verhandelt werden, wobei also an Vermittlung durch sponsio praeiudicialis zu denken ist, wenn man nicht ganz willkürlich einen unharmonischen Rechtszustand annehmen will).

Wie man hiernach durch das agere per sponsionem das Centumviralgericht allerdings umgehen konnte (vgl. Kappeyne l. c. S. 319), so kann zu den von Octavian zur Hebung des Ansehens dieses Gerichtshofes getroffenen Massregeln recht wohl auch das gehört haben, dass er die Competenz desselben einschränkte, dafür aber im Jurisdictionsgebiet des Prätor urbanus obligatorisch machte.

Aber — so könnte man fragen — wenn das agere per sponsionem eingeführt wurde wegen der Unmöglichkeit, mittelst formula petitoria eine dingliche Klage vor einen Einzelgeschwornen zu bringen, musste es dann nicht wieder

---

muthung von Huschke (iurispr. anteiust. zu Gai. 4, 95), das von Gaius in Bezug genommene Gesetz (nach Huschke die lex Iulia Papiria) habe bestimmt, das sacramentum solle den Streitwerth nicht überschreiten, würde das nicht erklären; auch wäre nicht abzusehen, wieso eine solche Vorschrift der von Gai. 4, 14 referierten Bestimmung gegenüber ein Bedürfniss gewesen. — Wurden 125 Sesterzen per sacramentum eingeklagt, so betrug das sacramentum 50 As; dieses ist wohl schwerlich beigetrieben worden. Ob die Sponsionssumme von 125 Sesterzen auch nicht beigetrieben wurde (Gai. 4 ,94), ist doch fraglich.

verschwinden, sobald das letztere möglich war, um so mehr, als dies Verfahren, insofern es die Restitutions- und bezw. Schadenersatzfrage mit der Eigenthumsfrage in Einem erledigte, die praktischen Interessen mehr befriedigte? Gleichwohl wird das agere per sponsionem von Gaius 4, 93 als noch zu seiner Zeit geltendes Verfahren dargestellt. Wir glauben nicht, dass hieraus ein entscheidender Grund gegen den oben angenommenen Causalzusammenhang entnommen werden kann. Daraus, dass etwas entbehrt werden kann, folgt noch nicht, und namentlich in der Entwicklung des römischen Rechts nicht, dass es nun sofort auch verschwindet; auch ist es sehr wohl möglich, dass das agere per sponsionem gegenüber dem agere per formulam petitoriam gewisse Vortheile bot, welche für das erste unter Umständen den Ausschlag geben konnten, namentlich dann, wenn die Parteien bloss eine Entscheidung über die Eigenthumsfrage haben wollten, also der oben berichtete praktische Vortheil des agere per formulam petitoriam für sie nicht in Betracht kam.

Zwischen dem Gebiete des Edicts si certum petatur und dem der actiones in rem liegen noch manche persönliche Klagen; es frägt sich, ob die lex Aebutia sich auf diese mit erstreckt habe. Unseres Erachtens ist diese Frage zu verneinen; für diese Verneinung sprechen folgende Einzelheiten.

Zunächst kommen in Frage die civilen Delictsklagen. Von Cic. de nat. deor. III, 30 § 74 wird für die Klage wegen furtum ope consilio factum eine Formel als noch geltend angeführt, welche sich nur als das specifische Stück der zu der betreffenden legis actio gehörigen Spruchformel auffassen lässt. Da kein Grund ersichtlich ist, weshalb gerade für diesen Fall allein die legis actio fortgedauert

haben sollte, so erscheint der Schluss als gerechtfertigt, dass die civilen Delictsklagen bis auf die leges Iuliae in Form der legis actio verhandelt wurden [24]). Hieran reiht sich die actio tutelae (rationibus distrahendis?) Cic. de orat. I, 36, 166 und 167. Ebenso ergibt Cic. de or. I, 56, 237 nicht nur die Fortdauer der legis actio (per arbitri postulationem) für das arbitrium familiae herciscundae, sondern es wird daraus auf alle alten arbitria geschlossen werden können. Die späteren bonae fidei iudicia heissen bei Cicero sine lege iudicia in quibus additur ex fide bona de off. III, 15, 61; ebendaselbst 17, 70 werden sie, mit demselben Zusatz in quibus add. u. s. w., als arbitria und pro Q. Roscio V, 15 als arbitria honoraria bezeichnet. Daraus ist mit Sicherheit zu entnehmen, dass sie in die lex Aebutia nicht mit einbezogen waren; in Bezug auf actiones ficticiae von der bei Gai. 4, 34 ff. behandelten Gattung und auf actiones in factum ist dies von vornherein wahrscheinlich.

Für die Beschränkung der lex Aebutia auf das bezeichnete Gebiet spricht auch das, dass für ebendasselbe schon früher das Bedürfniss eines vereinfachten Verfahrens sich geltend machte. War das Verfahren per formulam gegenüber der legis actio, auch gegenüber der l. a. per condictionem, ein einfacheres und bequemeres, so hat es nicht nur nichts Auffallendes, sondern ist es vielmehr ganz natürlich, dass die Interessen des Geldkapitals und des Handels, welche jenen jüngsten modus lege agendi ins Leben riefen, auch dieses neue, im Peregrinenprocess entstandene Verfahren für dasselbe Gebiet sich dienstbar gemacht haben.

[24]) Danach wäre also der Process Fannius-Roscius gegen Flavius wegen Tödtung eines Sclaven, in dem Fannius Cognitor war, im Legisactionsverfahren verhandelt worden.

Wir haben uns nun noch in Kürze auseinanderzusetzen mit denjenigen Ansichten, welche eine Entwicklung des Formularprocesses unmittelbar aus dem Legisactionsprocess heraus annehmen, und dabei den von Gaius genannten Gesetzen nur die Rolle zuerkennen, das schon Abgestorbene noch formell zu beseitigen — etwa wie die Constitutionen Justinian's, welche das nudum ius Quiritium und Aehnliches aufhoben.

Die Annahme einer continuierlichen Entwicklung von innen heraus hat immer etwas Bestechendes, selbst für den, welcher der Meinung ist, es werde dieses Entwickeln in der römischen Rechtsgeschichte manchmal etwas schablonenmässig betrieben. In unserem Falle scheint der Annahme einer solchen Entwicklung der Umstand noch ganz besonders das Wort zu reden, dass in der uns überlieferten Literatur der Römer von der lex Aebutia so wenig, von dem Aufkommen der formulae vor der lex Aebutia überhaupt nicht die Rede ist. Allein was wissen wir denn z. B. von der durch Augustus vorgenommenen Reorganisation des Civilprocesses, welche Allem nach viel weiter griff als die der lex Aebutia, und in eine Zeit fällt, aus welcher wir zahlreiche Literaturüberreste besitzen? Können wir uns da wundern, wenn über eine Neuerung des praetor peregrinus im ersten Viertel des sechsten Jahrhunderts, in welchem sich andre, weit gewaltigere Umwälzungen vollzogen, keine Nachrichten auf uns gekommen sind? Und ist es bei der Beschränkung der lex Aebutia auf das Gebiet einer einzigen legis actio, der per condictionem, nicht sehr begreiflich, dass auch von ihr nur wenig die Rede ist, zumal sie von der lex Iulia weit überholt wurde?

Bei dem Zustande unserer Quellen sind Hypothesen gar nicht zu vermeiden, wenn man nicht darauf verzichten

will, Zusammenhang in die überlieferten geschichtlichen Daten zu bringen. Auch das wird nicht schlechthin abgelehnt werden dürfen, dass schon der Ausgangspunkt einer angenommenen Entwicklung eine Hypothese ist. Das aber wird in einem solchen Falle verlangt werden müssen, dass der supponierte Ausgangspunkt in den Rahmen des damaligen Rechtes passe — sonst haben wir gleich im Anfang einen Sprung statt der behaupteten Entwicklung — und dass von da an die weitere Entwicklung ohne Sprünge verlaufe; nirgend aber darf die Hypothese mit den Quellen in Widerstreit gerathen. Prüfen wir hiernach die in neuerer und neuester Zeit von Bekker und von Sohm über die Entwicklung des Formularprocesses aus dem Legisactionsprocess heraus aufgestellten Hypothesen, so können dieselben nicht als befriedigend bezeichnet werden. Wir wollen dies zunächst bezüglich der Aufstellungen des erstgenannten Gelehrten darlegen.

„In den blühenden Legisactionsprocess sind diese Schriftformeln hineingetragen worden, sie haben in ihm mehr und mehr sich entwickelt, und als sie soweit fertig und vollendet waren, dass man einsah, mit ihnen auch allein auskommen zu können, da sind die wegen ihrer Schwerfälligkeit längst discreditierten Spruchformeln durch Gesetz abgestossen worden," sagt Bekker, Aktionen I S. 90. Indess der quellenmässige Beweis, „dass Cicero einen Legisactionsprocess vor sich gesehen, in dem regelmässig auch die Formeln ihren Platz fanden", ist Bekker in dem Aufsatze in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. V (der Legisactionsprocess mit Formeln zur Zeit Cicero's) S. 341 ff. nicht im Entferntesten gelungen. Das ganze zusammengetragene Material beweist nur, dass, wie Bekker S. 354 selbst sagt, zu Cicero's Zeit Legisactionen und Formularprocess zusammenbestanden haben, und lässt, wie wiederum

Bekker selbst anerkennt, zwei Alternativen offen: gewisse Sachen wurden mittelst Legisactionen, andere per formulas erledigt, oder: es gab für römische Bürger nur Ein Verfahren, Legisactionen mit Benützung schriftlicher Formeln. Uns scheint, im direkten Gegensatz zu Bekker, alles für die erste und wider die zweite Annahme zu sprechen. Jeder der beiden Proceduren lässt sich, wie gezeigt worden, für die Zeit Cicero's ein bestimmtes Anwendungsgebiet mit ziemlicher Sicherheit anweisen und überdies lässt sich angeben, welche Formeln durch die lex Aebutia in den Process römischer Bürger vor dem praetor urbanus eingeführt sind und welche der freien jurisdictionellen Thätigkeit desselben ihre Entstehung verdanken.

Der Unterschied beider Proceduren muss für jeden des Rechtes einigermassen kundigen Römer ein so handgreiflicher gewesen sein, dass es nicht zu verwundern ist, wenn Cicero, der ja auf Rechtsbelehrung nicht ansgeht, denselben nicht auseinandersetzt; dass derselbe bei ihm aber gar nicht hervortrete, lässt sich nicht behaupten. Denn wenn er bezüglich der hereditatis petitio sagt: lege ageret in hereditatem, aut sponsionem faceret, ita de hereditate certaret (in Verr. I § 115), so ist damit doch in aller Bestimmtheit ein doppelter modus procedendi hingestellt, von denen der eine, falls Cicero sich nicht ganz schlecht und unlogisch ausgedrückt hat, eben kein lege agere in dem technischen, unmittelbar vorher gebrauchten Sinne ist. Dagegen ist es Bekker nicht gelungen, auch nur ein Zeugniss beizubringen, welches einen halbwegs sicheren Schluss gestattete, dass beim lege agere eine Formel im Sinne des Formularprocesses verwendet worden sei. Es soll hier nur auf zwei der von Bekker benutzten Stellen, welche noch am meisten beweiskräftig zu sein scheinen, kurz eingegangen werden.

Zu Cic. de orat. I, 36, § 167: alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat; quod cum impetrasset, causa caderet bemerkt Becker a. a. O. S. 355: „was will er impetrieren? Offenbar eine Formel in seinem Sinne". Dem gegenüber wird es genügen, darauf hinzuweisen, dass auch im Falle des lege agere in einem gewissen, lediglich formellen Sinne von impetratio actionis gesprochen werden kann. Der Magistrat kann das lege agere hindern, wenn er seine Mitwirkung, mag diese auch nur formelle Bedeutung haben und keinerlei Rechtsgewährung in sich schliessen, verweigert. Warum soll das impetrare nicht darauf gehen, dass diese Mitwirkung vom Prätor erlangt wird? Die Würde des magistratus populi Romani dürfte doch erheischen, dass die Parteien, wenn sie auch kraft eigenen Rechtes und kraft Gesetzes vorgehen, doch den Prätor nicht überfallen und ihre Sprüche hersagen, sondern dass sie das erst thun, nachdem sie sich jener Mitwirkung des Prätors versichert haben. Gerade in dem von Cicero erwähnten Falle eines quantitativ ungesetzlichen Anspruches war die Verweigerung derselben ganz am Platze.

In der Stelle Cic. de off. III, 14, § 60: nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas wird von Bekker (S. 350 f.) der Plural formulas urgiert und geschlossen, Aquilius habe nicht nur die formula im Edict aufgestellt, sondern auch solenne Spruchformeln für die Parteien entworfen und publiciert. Solenne Parteivorträge in einer rein prätorischen actio! Es liegt doch nahe genug, den Plural formulas, wenn man überhaupt Gewicht darauf legt, anders zu erklären. Aquilius Gallus wird die formula de dolo nicht sofort im Edicte proponiert, sondern sie zunächst in einzelnen Fällen ex decreto gegeben,

er mag dabei auch an der Formulierung noch gebessert haben. An einer andern Stelle aber (de nat. deor. III § 74) wird als das, was Aquilius Gallus „protulit", das iudicium doli mali angegeben, was auf Spruchformeln der Parteien mitzudeuten doch wohl nicht möglich ist [25]).

Wie konnten aber Schriftformeln im Legisactionsprocess, dessen Signatur, wie die des altcivilen Rechtsgeschäfts, das gesprochene und formulierte Wort ist, überhaupt entstehen? Darüber äussert sich Bekker Akt. I S. 89 vermuthungsweise dahin: „Die alten Litiscontestationszeugen pflegten sich Notate zu machen oder solche zu grösserer Sicherheit von den processleitenden Personen zu erbitten". Allein von Notaten der Zeugen, die doch nur über thatsächliche Vorgänge Auskunft geben können, zu einer autoritativen Formel, die dem Geschworenen befiehlt, was er thun soll, lässt sich keine Brücke schlagen, auch nicht mittelst der schon in sich selbst ganz unglaublichen Annahme, dass die Magistrate den Zeugen solche Notate beschafft haben.

Nach derselben Methode, aber in einer auf den ersten Anblick viel plausibeleren Weise lässt Sohm (Instit. § 36, III. Aufl. S. 149 ff.) den Formularprocess aus dem Legisactionsprocess sich entwickeln. Wo in diesem die Sache

[25]) Dass die Interdicte vom Prätor ursprünglich in formulierter Rede erbeten wurden, hat viel Wahrscheinlichkeit für sich, da Alles dafür spricht, dass die Interdicte in eine Zeit hinaufreichen, wo es noch keinerlei schriftliche Formulare gab. Darauf werden die Formelstücke bei Cic. pro Caecina § 91 „unde ille me vi deiecit" und „cum ego possiderem" gehen. Schon aus diesen Bruchstücken aber ist ersichtlich, dass die Rede nicht an den Processgegner, sondern an den Magistrat gerichtet ist, um das Interdict zu erbitten, welches ursprünglich ebenso in formulierter mündlicher Rede erlassen worden sein wird. Darf man, wie Bekker thut, von hier auf die viel jüngeren prätorischen actiones schliessen?

durch einen Einzelgeschworenen zu erledigen war, theilte nach Sohm der Prätor „dem erkorenen Privatmann seine Ernennung schriftlich mit. Der schriftliche Ernennungsact (formula) war selbstverständlich von einer kurzen Mittheilung über den Rechtsstreit begleitet.“ Diese Mittheilung war indessen unmassgeblich; massgebend blieb vorerst die verbis solennibus vollzogene legis actio der Parteien. Da die obrigkeitliche Formulierung frei war und so den Vortheil hatte, den wirklichen Rechtsstreit wiedergeben zu können, so musste sie mit der Zeit die für den iudex massgebende werden. Dies geschah denn auch, und durch die lex Aebutia und die beiden leges Iuliae wurde die neue Art der Formulierung für ausreichend, die Vollziehung des feierlichen lege agere für überflüssig erklärt. „Die Parteien mochten wählen, ob sie noch in alter Weise mit Legisactionenprocess oder in neuer Weise mit Formularprocess verfahren wollten. Kein Zweifel, dass der alte Legisactionenprocess nicht aufgehoben wurde. Aber er verschwand von selber.“

Um zunächst das hier waltende Mass von Subjectivität anschaulich zu machen, stellen wir den letzten Sätzen Sohm's folgende Worte des Gaius aus 4, 30 und 31 gegenüber: itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones — tantum ex duabus causis permissum est lege agere. Prüfen wir aber die Sohm'sche Entwicklung genauer, so begreifen wir schon, wie sie in solchen schneidenden Widerspruch mit den Quellen ausmündet.

Der Prätor theilte nach Sohm dem Geschworenen seine Ernennung schriftlich mit. Die Ernennung ging also der schriftlichen Mittheilung derselben voraus: sie war dann wohl eine mündliche Ernennung, wie dies dem Charakter des alten Processes durchaus entspricht, und sich auch daraus ergibt, dass der Geschworene den in iure gegenwärtigen Parteien gegeben wurde (Gai. 4, 15: ad iudicem capiendum venirent; postea vero reversis dabatur; 4, 18: actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum adesset). Dem Charakter des alten Processes scheint es nun aber mehr zu entsprechen, dass der Kläger mit seinen Zeugen den Geschworenen von seiner Ernennung mündlich in Kenntniss setze, als dass der Magistrat dies schriftlich thue.

Aber lassen wir uns die magistratische schriftliche Mittheilung der Ernennung gefallen. Sohm fährt in continenti fort: „Der schriftliche Ernennungsact (formula)“ u. s. w. Hier ist also im Handumdrehen aus der schriftlichen Mittheilung einer geschehenen Ernennung (die selbst mündlich erfolgt sein könnte) ein schriftliches Ernennungsdecret geworden, dem sogleich vorsorglich die Bezeichnung formula beigelegt wird. Das ist etwas wesentlich Anderes, und statt wirklicher Entwicklung haben wir hier einen nur sehr mangelhaft verdeckten Sprung.

Das Ernennungsdecret soll sodann „selbstverständlich“ von einer kurzen schriftlichen Mittheilung über den Rechtsstreit begleitet gewesen sein. Zufällig wissen wir, von wem eine solche kurze Mittheilung ausging: von den Parteien, natürlich mündlich, und dass sie causae coniectio hiess (Gai. 4, 15). Dass daneben der Magistrat eine schriftliche Mittheilung an den Geschworenen richtete, ist nicht nur nicht selbstverständlich, sondern höchst unwahrscheinlich, weil gänzlich überflüssig. Ganz unglaublich aber ist, dass der Prätor sich dazu herbeigelassen haben sollte, an den Geschworenen eine schriftliche Mittheilung zu richten, die dieser einfach ignorieren — wir würden sagen: in den Papierkorb werfen — konnte.

Da sonach dieser weitere Ausgangspunkt der Entwicklung, die magistratische Mittheilung über den Rechtsstreit selbst, in sich unannehmbar, so ist es auch die Art, wie er sich weiter entwickelt haben soll. Zunächst wird aus einer Mittheilung eine „Formulierung". Das kann eine formulierte Mittheilung, es kann aber auch ein formulierter Befehl sein. In letzterem steckt schon wieder ein Sprung, der aber freilich gemacht werden muss, wenn man bei der Formel des Formularprocesses ankommen will. Aus der unmassgeblichen Formulierung soll aber eine massgebliche werden. Das bedeutet eine wesentliche Veränderung in der Stellung des Geschworenen sowohl wie der Processparteien gegenüber der magistratischen Gewalt. Ohne Eingreifen eines Gesetzes wird man sich diese Veränderung nur so denken können: die Einzelgeschworenen fingen an, sich nach den prätorischen Formulierungen zu richten, und das dauerte fort bis zu einem Zeitpunkte, in dem man erkannte, es sei jetzt das öffentliche Recht durch consuetudo geändert, welche Rechtsänderung dann durch die drei Gesetze noch sanctioniert worden wäre. Dass nun aber solche Gewohnheit sich gebildet und befestigt habe (auch wenn man sich zu der Annahme versteht, römische Magistrate haben zunächst unmassgebliche Formulierungen erlassen), ist wiederum ganz unwahrscheinlich, wenn wir das Geschworenengericht zur Zeit, wo diese Entwicklung sich vollzogen haben soll, ins Auge fassen. Bis zur lex Sempronia iudiciaria von 632 waren die Einzelgeschworenen Senatoren, also oft genug gewesene Magistrate; das waren am allerwenigsten die Leute, welche in ihrer Geschworenenfunction, freiwillig und ohne Gesetz, sich in die Botmässigkeit des Prätors stellen mochten.

Kann nun eine derartige, aus Unwahrscheinlichkeiten

und Sprüngen zusammengesetzte Hypothese dadurch bewiesen werden, dass unter der Voraussetzung ihrer Richtigkeit sich gewisse bezeugte Thatsachen ungezwungen erklären lassen würden? Das muss verneint werden. Nur dann, wenn eine Erklärung dieser Thatsachen nur unter jener Voraussetzung möglich wäre, müssten wir Sohm's Hypothese, wenigstens im Ganzen und abgesehen von den Details, einstweilen gelten lassen. Die Unmöglichkeit einer anderen Erklärung jener Thatsachen lässt sich aber bei dem Stande unserer Kenntniss des römischen Processrechts gar nicht darthun, und man könnte daher die Sohm'sche Hypothese mit Fug auch dann ablehnen, wenn man jene gewissen Thatsachen nicht zu erklären vermag. So günstig steht die Sache aber für die Hypothese Sohm's nicht; die betreffenden Thatsachen lassen sich nicht nur anderweitig erklären, sondern es ist überdies zu sagen, dass sie sich auf Grund der Hypothese Sohm's nicht, bezw. nicht ebenso befriedigend erklären lassen.

Nach Sohm's Meinung wird die von ihm angenommene Art der Ausbildung des Formularprocesses „erwiesen" (S. 151) durch zwei Thatsachen: durch die Thatsache, dass in Centumviralsachen keine obrigkeitliche Formel gegeben wurde, vielmehr legis actio sacramenti nach wie vor fortbestand; und durch die Thatsache, dass die in iure cessio die Formen des Legisactionenprocesses beibehielt. „Beide Thatsachen bedeuten eine einzige: wo kein iudicium für den Einzelfall durch Ernennungsdecret bestellt wird, da keine formula und kein Formularprocess, sondern nach wie vor der alte Legisactionenprocess."

Was zunächst die erste Thatsache betrifft, so würde der von Sohm angenommene Zusammenhang zu viel beweisen. In all den Sachen, die Cicero als zur Competenz

des Centumviralgerichts gehörig bezeichnet (oben S. 83), müsste, da sich hier eine Formel nicht entwickeln konnte, die legis actio sacramenti geblieben sein; es hätte danach auch zu Gaius' Zeit im Streit um civiles Eigenthum, Servituten, Erbschaft keine formula petitoria geben können. Da es eine solche gibt, so muss, auch wenn Sohm's Hypothese über die Entstehung des Formularprocesses richtig wäre, hier doch ein Gesetz eingegriffen haben, welches bei den in rem actiones die Formel in die Jurisdiction des praetor urbanus theilweise einführte, theilweise aber die legis actio sacramenti beliess. Dies genügt, um die Beweiskraft der ersten Thatsache zu beseitigen. Ueberdies ist aber auch Einsprache zu erheben gegen die Schlüssigkeit der ganzen Argumentation. Bedarf es keiner schriftlichen Ernennung eines iudex, so folgt daraus noch nicht, dass sich eine Formel nicht entwickeln konnte, sondern nur, dass sich diese Entwicklung an jene Ernennung nicht anschliessen konnte. Es ist durchaus nicht einzusehen, warum der Prätor einem ständigen Geschworenencollegium nicht ebenso Mittheilungen machen konnte, wie einem von ihm ernannten; in dem Begriff der Mittheilung liegt nichts, was erforderte, dass sie sich an ein Ernennungsdecret anschliesse, und darum kann das Fehlen dieses Ernennungsdecretes nichts erklären, namentlich dann nicht, wenn die Mittheilung zunächst nur eine unmassgebliche ist. Es muss also vielmehr die folgende Frage gestellt und beantwortet werden: warum wurden die formulae bei den Centumvirn nicht eingeführt, obwohl dies an sich auch bei einem ständigen Richtercolleg denkbar wäre? Und auf diese Frage kann die Antwort, zumal für die Zeit der leges Iuliae, in welcher sie zu entscheiden war, nicht zweifelhaft sein. Eine Sache mittelst formula an das Centumviralgericht verweisen, hätte geheissen,

dieses Colleg in die Stellung eines iudex des Formularprocesses herabdrücken, der dem Magistrat und dessen formulae unbedingt zu parieren hat. Das wäre den Absichten August's bezüglich des Centumviralgerichts schnurstracks zuwidergelaufen, und andererseits war dazu, da Verwirklichung honorarischer Rechtsgedanken in der Competenzsphäre dieses Gerichtshofes ausser Frage ist, auch gar kein Bedürfniss.

Bleibt noch die andere Thatsache, die in iure cessio in Form der legis actio. Ganz gewiss: da es zu keinem iudicium kommt, wird auch keine formula gegeben. „Die Folge ist, dass die in iure cessio die Formen des Legisactionenprocesses beibehält" (S. 152). Das folgt in der That nicht; wenn auch keine formula gegeben wird und gegeben werden kann, kann sich doch die Form der in iure cessio ändern. Man wird vielmehr nur sagen können: da es bei der in iure cessio auf ein iudicium von vornherein nicht abgesehen ist, so kann sie sich stets nur als Verfahren in iure darstellen. Die Frage bleibt dagegen offen und muss besonders beantwortet werden: warum hat man, nachdem das solenne lege agere in der streitigen Gerichtsbarkeit bis auf einen kleinen Rest abgeschafft war, sich in der in iure cessio nicht an die formlose Verhandlung in iure des Formularprocesses angeschlossen, sondern immer noch an die solenne Verhandlung in iure des Legisactionsprocesses? Dass die Nichtertheilung einer formula hier nichts erklärt, leuchtet ein; die Ertheilung wäre sinnlos in dem einen wie in dem andern Falle. Die Antwort auf jene Frage ist aber diese: weil nur das Verfahren in iure der leg. act. sacram. in rem[26]) zu dem Zwecke der

[26]) Wider die Annahme eines Scheinprocesses um Schuld zu vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, S. 266 ff.

Rechtsübertragung brauchbar war. Nur in diesem bestand als Rechtsfolge für die Unterlassung des contravindicare die addictio des vindicierten Rechts an den Kläger; im Formularprocess hat bei actio in rem die Unterlassung des recte et uti oportet se defendere bekanntlich nur zur Folge, dass der Besitz auf den Kläger übertragen wird.

Erst nach Vollendung des vorstehenden Aufsatzes erschienen Wlassak's „Römische Processgesetze" (Abth. I) und Ad. Schmidt's Decanatsprogramm „Zum internationalen Rechtsverkehr der Römer." Da keine dieser Schriften mir Veranlassung gab, an dem, was geschrieben war, etwas zu ändern (mit Ausnahme dessen, was im Folgenden über die ipso-iure-Consumption des Formularprocesses bemerkt ist), so habe ich es für das Beste gehalten, den Aufsatz zu lassen, wie er war, und das, was im Hinblick auf die angegebenen Schriften zu bemerken war, hier nachzutragen.

Bezüglich der Abhandlung von Schmidt habe ich zu constatieren, dass, soweit dieselbe sich mit der meinigen berührt, und das ist der Fall, soweit die Legisactionsfähigkeit der Peregrinen und die Entstehung der formula im Peregrinenprocess in Frage steht — volle Uebereinstimmung besteht. Zu Gunsten der oben S. 70 fg. von mir ausgesprochenen Ansicht, dass ein gegenseitige recuperatio festsetzender Staatsvertrag auch für römische Magistrate und iudices verbindlich gewesen sei, bin ich durch diese Abhandlung auf ein von mir übersehenes sehr deutlich redendes Quellenzeugniss aufmerksam geworden, nämlich auf die Stelle des Festus s. v. reciperatio. Dort heisst es:

reciperatio est, ut ait Aelius Gallus, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

Wenn hier das Resultat des in Form einer sponsio eingegangenen (Gai. III, 94) völkerrechtlichen Vertrags als lex bezeichnet wird, so ist das das genaue Gegenstück zu der l. 1 de leg. 1, 3, wo ein römisches Gesetz als communis reipublicae sponsio charakterisiert ist; es ist damit aber auch so kurz und prägnant als möglich ausgesprochen, dass der Inhalt eines solchen Vertrages für Alle, die es angeht, ebenso verbindlich ist, wie eine lex ihrer civitas.

Es verdient noch besonders bemerkt zu werden (gegenüber Wlassak, der Sohm's Hypothese „anmuthend" findet, während er die von Bekker ablehnt), dass Schmidt eine Entwicklung des Formularprocesses aus dem Legisactionsprocess heraus nicht annimmt. Eine solche Annahme liegt nicht in der S. 24 ausgesprochenen Hypothese, dass im neuen Peregrinenprocess der die Recuperatoren einsetzende und denselben kraft seines Imperiums Instructionen ertheilende Magistrat diese ursprünglich mündlich, später dann schriftlich ertheilt habe. Denn die bindende Instruction an den Geschworenen wie die Einsetzung desselben kraft des Imperium ist gegenüber dem Legisactionsprocess auch dann etwas völlig Neues, wenn es ursprünglich mündlich geschah; etwas Neues, zu dem man sich entschloss, weil man sich in Folge anderer Neuerungen dazu entschliessen musste.

Das Werk von Wlassak ist der Erforschung des Ursprungs und der Bedeutung des iudicium legitimum gewidmet. Wie wir (oben S. 12 Note 7) nimmt auch Wlassak an, dass von iudicium legitimum nur im Gebiete des Formularprocesses gesprochen werde. Aber er nimmt nicht nur, wie wir es oben vermuthungsweise ausgesprochen haben, einen Zusammenhang des Begriffs mit der lex Aebutia (und

überdies mit den beiden leges Iuliae) an, sondern indem er den Ausdruck iudicium in der besagten Verbindung gleichbedeutend mit „Process“ nimmt (S. 30 f.), indentificiert er geradezu das Processrecht der lex Aebutia und der leges Iuliae mit den iudicia legitima (S. 276). Dies scheint uns nun nicht dargethan zu sein; gerade in der Bestimmung des Begriffs iudicium legitimum bei Gai 4, 104 ist der Ausdruck iudicium zweifellos nur in dem engern technischen Sinne, von dem Verfahren vor den Geschworenen gebraucht. Modificieren wir hienach Wlassak's Aufstellungen, so würde sich über Ursprung und Bedeutung des Gegensatzes von iudicia legitima und quae imperio continentur folgende Hypothese ergeben.

Wie der Formularprocess in seinen Anfängen überhaupt nicht auf lex, auch nicht auf Staatsverträgen, sondern auf dem imperium römischer Magistrate beruht, so sind ursprünglich alle iudicia des Formularprocesses solche, welche imperio continentur. Dies änderte sich mit der lex Aebutia: seit ihr gab es im Formularprocess auch iudicia legitima, eben die zufolge diesem Gesetze niedergesetzten. Enthielt nun die lex Aebutia weiter nichts, als Ersatz der legis actio per condictionem durch entsprechende formulae, so würde der Begriff des iudicium legitimum ursprünglich ein engerer gewesen sein, als der, den Gaius IV, 104 aufstellt; und die Frage: wann tritt im Formularprocess Consumption ipso iure ein? konnte vom Standpunkt dieses der lex Aebutia angepassten Begriffes einfach dahin beantwortet werden: so oft ein iudicium legitimum eingesetzt wird. Die lex Iulia iudiciaria (iudiciorum privatorum, an welche allein Gaius 4, 104 denkt) gab aber auch Bestimmungen über das Verfahren in dinglichen Klagen, über iudicia bonae fidei, auch über actiones in factum, jedenfalls insofern, als sie auch

bezüglich der über solche Ansprüche eingesetzten iudicia Processverjährung festsetzte. Seitdem ist der Begriff des iudicium legitimum erweitert; er enthält kein materielles Moment (persönliche Klagen, civiler Anspruch) mehr, sondern nur noch die bei Gaius angegebenen den Ort und die Personen betreffenden Bestimmungen, und eben darum musste Gaius, der natürlich diesen zu seiner Zeit geltenden Begriff anwendet, die Erfordernisse actio in personam und formula mit iuris civilis intentio für die ipso-iure-Consumption noch besonders erwähnen.

Zu dieser Hypothese würde gut stimmen die Gegenüberstellung von iudicia legitima und arbitria honoraria (identisch mit den bonae fidei iudicia) bei Cicero pro Rosc. com. 5, 15, die von dem Gaianischen Begriff des iudicium legitimum aus, nach dem ja auch ein bon. fid. iudicium ein legitimum sein kann, nicht erklärt werden kann, während nach obiger Hypothese, combiniert mit unserer Ansicht über die lex Aebutia, zur Zeit Cicero's ein solches niemals iud. legitimum war, weil die lex Aebutia sich auf bon. fid. iudicia nicht erstreckte. Es mag aber auch angedeutet werden, wie nach dieser Hypothese die Ergebnisse der ersten Abhandlung zu modificieren resp. zu präcisieren sein würden. Die Consumption durch lit. contestatio wäre danach bis zu der lex Iulia lediglich eine ipso-iure-Consumption gewesen, denn jedes nicht unter die lex Aebutia und damit unter die ipso-iure-Consumption fallende iudicium war danach ein iud. imperio continens. Die oben ausgesprochene Vermuthung, dass wir es bei Cic. de or. I. 37, 168 mit einer praescriptio pro reo zur Geltendmachung der ipso-iure-Consumption zu thun haben, würde sonach noch von einer anderen Seite her Bestätigung finden. Wurde sodann durch die Bestimmungen der lex Iulia der Kreis der iudicia legitima

weiter gezogen und auch für diesen erweiterten Kreis an dem Princip der Consumption durch lit. contestatio festgehalten — was man schon thun musste, um den Zweck der Processverjährung zu erreichen — so kam man jetzt, da für diesen erweiterten Kreis ipso-iure-Consumption nicht vorgeschrieben war, zur exc. rei in iudicium deductae für alle diejenigen iud. legitima, die unter die Bestimmung der lex Aebutia nicht fielen. Dass dann die Einführung dieser exc. rei in iudicium deductae auch in das Gebiet der iud. quae imperio continentur mit der lex Iulia iudiciaria zusammenhing, wäre nun erst recht naheliegend. Wie man sieht, bleibt das wesentliche Ergebniss der ersten Abhandlung: exc. rei iudicatae ursprünglich bei iud. imperio continentia, exc. rei in iud. deductae bei iud. legitima neben Consumption ipso iure, vollständig aufrecht, nur würde die exc. rei in iud. deductae als erheblich jünger gelten müssen. Wir gestehen, dass gerade dieser Punkt uns bedenklich erscheint.

Enthielt aber die lex Aebutia noch weitere Bestimmungen, so ist recht wohl möglich, dass diese denselben Kreis von iudicia umspannten, welche nach Gai. 4, 104 legitima sind; m. a. W. dass der bei Gaius sich findende Begriff von iudicium legitimum schon auf die lex Aebutia zurückgeht. Als eine derartige Bestimmung der lex Aebutia liesse sich z. B. denken, dass auf die in solchen iudicia ergangenen Urtheile hin civile Execution durch manus iniectio iudicati zulässig sei.

Hier dürfte nun auch der Ort sein, um die in der ersten Abhandlung gegebene Erklärung der ipso-iure-Consumption des Formularprocesses in einem Stücke zu ergänzen. Das Erforderniss bei Gaius: actio in personam mit iuris civilis intentio umfasst nämlich einige Klagen mehr, als diejenigen, für welche nach unserer Meinung die lex

Aebutia das Formularverfahren inter cives einführte; es umfasst auch die civilen Delictsklagen. Bei diesen trat allerdings bis zur lex Iulia iudiciaria auch ipso-iure-Consumption ein, weil sie bis dahin im Legisactionsprocess verhandelt wurden; es scheint mir nicht unwahrscheinlich, dass man mit dem Inkrafttreten der lex Iulia und der Erweiterung des Begriffes iudicium legitimum die Voraussetzungen der ipso-iure-Consumption so formulierte, dass die civilen Delictsklagen die ipso-iure-Consumption behielten. Möglich auch, dass die lex Iulia eine bezügliche Bestimmung enthielt.

Ganz unmittelbar betrifft den Gegenstand des vorstehenden Aufsatzes das zweite Capitel des Wlassak'schen Buches: „Das Processrecht der lex Aebutia“ (S. 58—166). Hier ist zwischen uns in zwei Hauptpunkten Uebereinstimmung: darüber, dass die Formel ursprünglich im Peregrinenprocess aufgekommen (S. 75 f.) und dass die lex Aebutia den Formularprocess im Jurisdictionsgebiet des praetor urbanus gesetzlich eingeführt habe. Während aber wir dies für ein beschränktes Actionsgebiet — das der leg. actio per condictionem — annehmen, ist Wlassak der Meinung, die lex Aebutia habe alle legis actiones in dem Sinne beseitigt, dass sie dieselben für bloss facultativ erklärte (s. besonders §§ 9 und 10); wirklich beseitigt seien dieselben erst durch die duae Iuliae, unter welchen Wlassak (§ 14) zwei leges iudiciorum privatorum des Augustus versteht, wovon die eine die stadtrömische, die andere die municipale Gerichtsordnung enthalten habe [27]).

[27]) Warum ist dann aber das in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium Erforderniss des iudicium legitimum? Oder sind die nach der Iulia altera eingesetzten iudicia nicht legitima und warum? Darüber findet sich in der vorliegenden ersten Abtheilung des Buches keine Auskunft.

Die Hauptstützen für diese seine Ansicht glaubt Wlassak zu finden in dem Berichte des Gaius 4, 30 und in der formula petitoria, welche bei Cicero in Verr. II, 12, 31 angeführt ist. Auf diese beiden Punkte ist etwas näher einzugehen.

Wlassak ist der Meinung, dass die Worte des Gaius a. a. O.

itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones

nur bei seiner Auffassung zu ihrem vollen Rechte kommen (S. 153 f.); denn da vorher gesagt ist: sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, so müssten auch die zurückverweisenden Worte istae legis actiones von allen modi lege agendi verstanden werden. Dies kann man Wlassak unbedenklich zugeben: alle modi lege agendi sind aufgehoben durch die lex Aebutia und die leges Iuliae. Was nöthigt denn aber, das so zu verstehen, dass das tollere der lex Aebutia sich auf alle modi, und desgleichen auch das tollere der leges Iuliae sich auf alle modi beziehe? In der Stelle des Gaius selbst nicht das Geringste. Im Gegentheil wird uns von Wlassak zugemuthet, zu glauben, ein so planer Schriftsteller wie Gaius habe den Ausdruck sublatae sunt in einem doppelten Sinne gebraucht, und zwar bezüglich der lex Aebutia in einem sehr ungewöhnlichen Sinne: denn wenn eine Processform noch fortbesteht, aber nur nicht mehr obligatorisch ist, so ist es eigentlich unrichtig, von Aufhebung zu reden. Dazu kommt aber noch dieses. Auf die Worte sublatae sunt istae legis actiones folgt noch: effectumque est, ut per . . . . formulas litigemus. Hätte Gaius das Verhältniss der fraglichen Gesetze sich wirklich so gedacht, wie es nach Wlassak gewesen sein soll, so hätte er, um dasselbe treffend und in nicht misszuverstehender Weise zu bezeichnen, in der That nichts Besseres thun können, als das effectum est u. s. w. von der lex Aebutia, dagegen das sublatae sunt u. s. w. von den leges Iuliae auszusagen, und nicht von beiden Beides. Wir müssen also finden, dass Gai. 4, 30 entschieden gegen Wlassak spricht. Oder soll Gaius ausnahmsweise eine oratorische Figur angewendet, und chiastisch effectum est u. s. w. lediglich auf die lex Aebutia, sublatae sunt istae legis actiones lediglich auf die leges Iuliae bezogen haben? Dagegen scheint mir schon das que (statt et) zu sprechen.

Was aber die formula petitoria in der angegebenen Stelle der Verrinen betrifft, so behauptet Wlassak, dass dieselbe einer im Edict des praetor urbanus proponierten Formel nachgebildet sein müsse, woraus dann zu schliessen wäre, dass gegen Ende der Republik den Parteien in Eigenthumsstreitigkeiten die Wahl offen stand nicht nur zwischen legis actio und formula ex sponsione, sondern auch zwischen legis actio und formula petitoria.

Es mag zunächst hervorgehoben werden, dass auch Wlassak auf Grund von Cic. in Verr. I, 45, 115 annimmt (S. 112), dass zu der Zeit, da der Process gegen Verres verhandelt wurde, für die Erbschaftsklage im Album des Stadtprätors die formula petitoria noch nicht proponiert war. Von vornherein ist wenigstens kein Grund abzusehen, weshalb in der Jurisdiction des Stadtprätors die eine Vindication nur auf dem Umwege der sponsio praeiudicialis des Formularverfahrens theilhaftig werden konnte, die andere dagegen auch direct. Einem deutlichen Quellenzeugniss gegenüber könnte allerdings eine derartige Wahrscheinlichkeits-Erwägung nichts bedeuten; ein solches ist aber die Verrinen-Stelle mit nichten.

Wlassak geht bei Erörterung derselben mit Recht

davon aus (S. 116 f.), dass Cicero damit beginne, die Machtvollkommenheit der Provincialprätoren, also die prekäre Lage der Provincialen wie der in der Provinz ansässigen römischen Bürger ins Licht zu stellen. Er meint aber, mit den Worten: si vero illud quoque accedat u. s. w. gehe der Redner in dem Sinne einen Schritt weiter, dass die geschilderte Gefahr nicht bloss in der Provinz vorhanden sei, sondern auch in Rom, wo ein praetor improbus auch ohne die Bundesgenossenschaft eines käuflichen Richters doch Alles in der Hand habe. Ich glaube, dass eine unbefangene Betrachtung der Stelle diese Auffassung keineswegs rechtfertigt.

Cicero beginnt mit dem Falle, si praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det quem velit iudicem, iudex nequam et levis, quod praetor iusserit, iudicet. Hier sind wir, wie auch Wlassak annimmt, unstreitig noch in der Provinz. Nun folgt:

si vero illud quoque accedet, ut praetor in ea verba iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi —

und jetzt stellt Cicero die formula petitoria hin, in der ein Anderer in der intentio als Eigenthümer genannt ist, als der, auf den die Restitutionsklausel lautet. Der weitere Schritt, der hier gethan wird, ist, wenn man nichts in die Stelle hineinträgt, doch offenbar nur der: es kann auch so kommen, dass selbst der gewissenhafteste Geschworene vermöge der Formelconception[28]) gezwungen ist, ungerechter Weise zu verurtheilen. Immer ist also noch von der unsicheren Lage der Provincialen die Rede; ja es

[28]) Daraus ergiebt sich, dass vorher das „quod praetor iusserit" nicht von der Formelertheilung, sondern von anderweitiger Beeinflussung zu verstehen ist.

fehlt der angenommenen formula iniqua (wie auch Wlassak S. 117 selbst anerkennen muss) die eigentliche Pointe, wenn gegen sie die appellatio an die par maiorve potestas zu Gebote steht. Wenn nun Cicero, um der Phantasie der Geschworenen die Lage der Provincialen recht nahe zu bringen, in die aufgestellte Formel als iudex und Parteien Geschworene des Processes gegen Verres einstellt, und als Streitobject einen fundus Capenas (consequent dann auch ex iure Quiritium), so ist, da er dabei immer supponiert und von seinen Zuhörern supponiert haben will, es sei gegen die Formel Intercession nicht möglich, in der That nicht einzusehen, wodurch man genöthigt sein soll, anzunehmen, Cicero habe die Formel einer im Album des Stadtprätor vorhandenen nachgebildet.

Gegen die Annahme, dass die lex Aebutia sich nur auf ein beschränktes Actionengebiet bezogen habe, ist von Wlassak auf S. 127—30, wo er diesen Punkt behandelt (vgl. S. 153), etwas Durchschlagendes in keiner Weise vorgebracht worden.

Dritte Abhandlung.

Ueber die Formulierung der exceptio rei iudicatae.

Die exceptio rei iudicatae formuliert Keller Civ.-Proc. § 71 N. 844 (und ähnlich wohl alle Andern) so:

si non ea res inter A$^{\underline{\underline{um}}}$ et N$^{\underline{\underline{um}}}$ iudicata est.

Auch Lenel hat die Personen in die Formulierung seiner einheitlichen exc. rei iudicatae vel in iud. deductae aufgenommen:

si ea res q. d. a. iudicata vel in iudicium deducta non est inter N$^{\underline{\underline{um}}}$ N$^{\underline{\underline{um}}}$ et A$^{\underline{\underline{um}}}$ A$^{\underline{\underline{um}}}$,

und er bezeichnet, obwohl er sonst gerade in Formulierungssachen sehr vorsichtig und zurückhaltend ist, diese Formulierung für die klassische Zeit als zweifellos (ed. perp. S. 404). Im Folgenden gedenken wir den Nachweis zu erbringen, dass diese Formulierung zweifellos unrichtig ist, und dass die im Edict proponierte Formel der exc. rei iudicatae nur gelautet hat:

si ea res q. d. a. iudicata non est.

Dass in der ältesten die processuale Consumption bei den legis actiones betreffenden Regel „bis de eadem re ne sit actio“ nur von eadem res, nicht auch von Identität der Personen die Rede ist, ist unseres Wissens niemals bezweifelt worden. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass nicht schon im Legisactionenprocess die Personenidentität für die Consumption von Bedeutung gewesen sei. Schon in sehr früher Zeit musste es klar werden, dass, wenn A in Bezug auf eine Sache gegen den B die rei vindicatio

angestellt hatte, und dann später in die Lage kam, dieselbe Sache von dem C vindicieren zu müssen, dies durch die Regel bis de eadem re etc. nicht gehindert werden dürfe. Man sagte aber nicht: hier ist zwar eadem res, aber es sind nicht eaedem personae — so hätte man sagen können, wenn die Regel gelautet hätte: bis de eadem re inter easdem personas ne sit actio — sondern man sagte: hier ist nicht eadem res; m. a. W. die Personenidentität war nicht für sich Requisit der Consumption, sondern es konnte unter Umständen Personenidentität nothwendig sein, damit eadem res sei. [1])

Schon hieraus ergiebt sich als wahrscheinlich, dass die exc. rei in iudicium deductae, welche sich hinsichtlich des Thatbestandes an die Regel bis de eadem re ne sit actio unmittelbar anschliesst (vgl. oben S. 12), von Personen nichts enthalten haben werde, und dies wird bestätigt durch Cic. de or. I, 37, 168: ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante non venisset, sofern hier — abgesehen von dem Relativ quod und dem Conjunctiv venisset — die Formulierung beibehalten zu sein scheint, wofür namentlich auch das von den Herausgebern mit Unrecht weggelassene non spricht (oben S. 4 Note 1). Hievon abgesehen lässt sich aber aus andern Gründen darthun, dass bei der exc. rei in iudicium deductae das inter A^um^ et N^um^ gar keinen Sinn gehabt hätte. Es steht fest, dass der Kläger seinen Anspruch in iudicium deduciert und consumiert auch gegen einen nicht legitimierten Vertreter des Beklagten. [2]) Also

[1]) So schon Krüger, Cons. § 25 S. 193 f. Die Ausführungen S. 92 ff. zeigen aber, dass er die Bedeutung dieser Thatsache für die Lösung des Hauptproblems der Correalität nicht vollständig erkannt hat. Hierüber an anderem Orte ein Mehreres.

[2]) Vgl. meine Cognitur und Proc. S. 65.

ist die Erwähnung des N^us^ durchaus überflüssig: die res ist in iudicium deduciert, gleichviel wer das iudicium als Beklagter übernommen hat. Ist aber ein Vertreter für den Anspruchsinhaber aufgetreten, so frägt sich, ob dieser Vertreter rem in iudicium deducieren konnte; war dies zu bejahen, so war die exc. rei in iud. deductae tenent, andernfalls war sie es nicht. Man brauchte also bloss zu wissen, welche Vertreter rem in iudicium deducunt, dann bedurfte es in der Formulierung der exc. rei in iud. deductae auch keiner Erwähnung dessen, der im Vorprocess als Kläger aufgetreten war. Das wussten aber die Römer und sie haben es gesagt, so dass auch wir es wissen: es war der Cognitor (Gai. 4, 98), späterhin waren es ausserdem gewisse Procuratoren, Tutor, Curator, actor municipum (l. 11 § 7 de exc. rei iud. 44, 2). Daher war in dem Falle, wo ein Cognitor u. s. w. geklagt hatte, es auch vollständig überflüssig, die exc. rei in iudicium deductae als utilis zu geben, wie Lenel das will (l. c. S. 404 Note 5); sie lautete in diesem Falle genau so, wie wenn der Gläubiger im Vorprocesse selbst geklagt hätte: si ea res q. d. a. in iudicium deducta non est.

Eben dasselbe gilt nun aber auch für die exceptio rei iudicatae, jedoch mit einer Ausnahme, über deren Grund wir indessen Auskunft zu geben in der Lage sind.

In erster Linie kommen hier in Betracht einige Stellen, welche von dem Erforderniss der eaedem personae in einer Weise sprechen, dass die Annahme, es seien in der Formulierung der exc. rei iudicatae die processführenden Parteien regelmässig genannt gewesen, durchaus ausgeschlossen ist.

In l. 27 de exc. rei iud. 44, 2 sagt Neratius:

Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur et rel.

Also die Personen kommen in Betracht nicht für sich, sondern um die Frage entscheiden zu können, ob eadem res sei: dieses ist die Frage, auf die es allein ankommt. Steht in der formulierten Exceptio noch besonders inter Agerium et Numerium, so hat das, was Neratius sagt, gar keinen Sinn. Die Beziehung des Fragments auf die exceptio rei iudicatae ist durch den Schluss desselben wahrscheinlich. Hat Neratius aber auch nicht von der exc. rei iudicatae gesprochen, sondern entweder von dem Satz bis de eadem re u. s. w. oder von der exc. rei in iud. deductae, so beweist die Stelle immerhin, was oben bezüglich des Erfordernisses der eaedem personae in seinem Verhältniss zu dem Erforderniss der eadem res gesagt worden ist.

Ganz in derselben Weise argumentiert Paulus in zwei Stellen aus l. 70 ad edictum:

l. 12 l. 14 pr. de exc. rei iud.:

Cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne, iuspiciendum est, an idem corpus sit, et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est; also das Nichtzutreffen der eadem condicio personarum bewirkt gar nicht für sich, dass exceptio non nocet, sondern es hat Bedeutung nur, weil und sofern es bewirkt, dass nicht eadem res est. Noch deutlicher womöglich spricht die l. 22 eod.:

Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei iudicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur.

Die Beziehung der ersten Stelle auf exc. rei iud. ist allerdings nur durch die Anknüpfung an den Schluss der l. 11 eod. tit. von Ulpian gegeben, und in Bezug auf l. 22 cit. ist oben (erste Abhandl. S. 56) die Vermuthung begründet worden, dass iudicatae interpoliert sein könnte für in iudicium deductae Aber gesetzt selbst, dass in beiden Fällen Paulus die exc. rei in iud. deductae behandelte, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Worte „ea res“ in beiden Exceptionen gleichmässig und in ganz demselben Sinne stunden, und von den Commentatoren des Edicts nur einmal erörtert wurden, sei es bei der exc. rei in iudicium deductae, sei es bei der rei iudicatae. Ebenso kann nicht zweifelhaft sein, dass die Art, wie Paulus sich ausdrückt, einen guten Sinn hat, wenn in der von ihm behandelten exceptio nur von ea res die Rede war, wogegen, wenn die Nennung der processführenden Parteien in der exceptio unterstellt wird, weder das Bedenken, ob nicht die gegen den Miterben A erhobene oder durchgeführte act. depositi für den Miterben B exceptio begründe, begreiflich ist, noch die Lösung des Bedenkens durch die Bemerkung, dass wegen der mutatio personarum nicht eadem res sei.

Unsere Behauptung wird aber auch bestätigt durch erhaltene Formulierungen. 1) In der lex agraria von 643 Z. 38 (Bruns fontes [5] p. 79) heisst es: quae res iudicata non siet: dieser Formulierung einer Präscriptio (oben S. 21) entspricht eine exceptio „si ea res iudicata non est“. 2) In l. 24 de exc. rei iud. (44, 2) ist die replicatio rei iudicatae gegeben jedenfalls in Anlehnung an die von dem Verfasser des Fragments, Iulian, angegebene Formulierung (replicatione hac adiuvabitur); auch hier keine Nennung der Parteien: at (aut?) si res iudicata non (?) sit.

Dagegen sind in zwei andern aus Ulpian's Edicts-

Commentar (l. 75) entnommenen Stellen, in l. 9 § 2 u. l. 11 § 3 eod. tit. in der exc. rei iudicatae die Personen, zwischen welchen die Entscheidung des Vorprocesses ergangen ist, erwähnt, und zweifellos hat nur dies die hier bekämpfte Meinung hervorgerufen.

Beide Stellen enthalten ein Referat über Aussprüche Iulians, und diese betreffen die Frage, inwiefern ein gegen den auctor ergangenes Urtheil dem Singularsuccessor entgegenstehe. Die exc. rei iudicatae kommt hier also in Betracht als Mittel zur Geltendmachung der Rechtskraft (vgl. Keller Litiscont. S. 362). Ihr Umfang in subjectiver Beziehung wird reguliert durch den Satz res inter alios iudicatae aliis non praeiudicare (l. 63 de re iud. 42, 1, vgl. auch l. 2 C. quib. res iud. n. n. 7, 56). Daraus folgt ohne Weiteres, dass dann, wenn in dem zweiten Process dieselben Personen einander gegenüber stehen, wie in dem ersten, es vollkommen genügte, wenn die exceptio lautete: si ea res iudicata non est. Wenn der Beklagte nicht bewies, dass ein Urtheil zwischen ihm und dem Kläger ergangen, so griff eben der Satz res inter alios iudicatae u. s. w. Platz, und die Nennung der Personen in der exceptio war folglich überflüssig; und umgekehrt, wenn die exc. rei iudicatae in ihrer Formulierung stets die Personen genannt hätte, so wäre kein Bedürfniss gewesen, jenen Satz aufzustellen. Nur dann war die Nennung der Parteien des Vorprocesses von Nöthen, wenn man die Rechtskraft auf Jemand ausdehnen wollte, welcher nach dem angegebenen Grundsatz von derselben nicht berührt wurde.

Aber selbst dann war die Meinung der Personen nicht immer nothwendig. Es ist uns von Ulpian in l. 11 § 7 de exc. rei iud. folgende weitere Regel überliefert:

hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei

iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli (prodigi?), actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit litem in iudicium deducit. [3])

Dazu muss noch herbeigezogen werden l. 4 eod., ebenfalls aus Ulpian's Edictscommentar:

rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent.

Trotz der Regel res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare kann danach die exc. rei iudicatae gebraucht werden, wenn im Vorprocess für den jetzigen Kläger oder für den jetzigen Beklagten ein Cognitor oder ein anderer Vertreter, der rem in iudicium deducit [4]), aufgetreten ist; und zwar kann sie unverändert gebraucht werden; die Nennung dessen, der im Vorprocess aufgetreten ist, ist nicht nothwendig (tacite in exceptione continetur l. 4 cit.).

[3]) Diese Stelle kann aus formellen und materiellen Gründen nicht so, wie wir sie lesen, von Ulpian geschrieben sein, was sie übrigens für unsern Zweck durchaus nicht unbrauchbar macht. Zunächst ist eine Aufzählung angekündigt, und dann folgen bloss Beispiele (hae personae — inter hos erunt); sodann hat Ulpian jedenfalls den Cognitor genannt; die Worte procurator cui mandatum est sind wahrscheinlich auch von den Compilatoren (vgl. meine Cognitur und Proc. S. 177 u. 183 f.). Endlich steht das ex parte actoris ungeschickt, weshalb Mommsen es hinter deducunt stellen will. Ich glaube aber, dass die Compilatoren es wegen des folgenden ex persona autem rei eingeschoben haben. Ungeschickter Weise: denn diejenigen, welche rem in iudicium deducunt, in rei iudicatae exceptione continentur sowohl ex parte actoris, wie ex parte rei, wie das etiam defensor zeigt, und die l. 4 eod. bestätigt.

[4]) Da Beklagter als solcher nichts in iudicium deduciert, so ist selbstverständlich bei einem Cognitor u. s. w. auf Seite des Beklagten zu denken: „falls er auf Klägerseite auftreten würde“.

Dasselbe gilt natürlich, wenn im Vorprocess die Partei selbst thätig war und im jetzigen Process einer dieser Vertreter auftritt. Ueberdies aber ist die exc. rei iud. auch dann begründet, wenn für den Beklagten im Vorprocess ein defensor d. h. ein Vertreter aufgetreten ist, der nicht Cognitor u. s. w. war, also, wenn er auf der Klägerseite auftreten würde, den Anspruch nicht in iudicium deducieren könnte; denn der Anspruch ist, wer immer auch für den Beklagten auftritt, in iudicium deduciert (und, muss man hinzudenken, folgeweise auch abgeurtheilt). In all diesen Fällen reicht also die Formulierung si ea res iudicata non est ebenfalls aus; der Kläger z. B., der im Vorprocess durch einen procurator apud acta factus vertreten war, kann nicht sagen, das Erkenntniss im Vorprocess sei res inter alios iudicata.

Betrachten wir nun zunächst die l. 9 § 2 de exc. rei iud.

Iulianus scribit exceptionem rei iudicatae a persona auctoris ad emptorem transire solere, retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere. quare si hereditariam rem vendideris, ego eandem ab emptore petiero et vicero, petenti tibi non opponam exceptionem „at si ea res iudicata non sit inter me et eum cui vendidisti.“

Da es sich hier um das Verhältniss von auctor und Singularsuccessor handelt, so ist die exc. rei iudicatae hier, wie schon bemerkt, das Organ der Rechtskraft. Der auctor gehört nun aber nicht zu den Personen, welche nach Ulpian's in l. 11 § 7 l. 4 de exc. rei iud. aufgestellter Regel in exceptione rei iudicatae tacite continentur. Soll daher dem Käufer aus der Person des Verkäufers exc. rei iudicatae wirksam entgegengestellt werden, so muss in die Formulierung derselben die Person des Verkäufers, und

folgeweise die der andern Partei aufgenommen werden: si ea res iudicata non est inter Agerii venditorem et Numerium. In dieser Weise wird denn die Exceptio auch gegeben: wenn Iulian sagt, exceptionem a persona auctoris ad emptorem transire solere, so kann das nur so verstanden werden, dass der Prätor den angegebenen Zusatz zu der edictsmässigen Formulierung der exc. rei iudicatae in der Regel ertheile und dadurch den Uebergang bewirke.

Würde nun — was aber zufolge Iulian nicht der Fall ist — auch ein gegen den Käufer gefälltes Urtheil dem Verkäufer gegenüber aufrecht zu halten sein, so könnte dies auch nur in derselben Weise geschehen: deshalb musste Iulian in die von ihm für diesen Fall supponierte exc. rei iudicatae die Personen des Käufers und der andern Partei ebenfalls aufnehmen.

Schwieriger scheint zu sein die l. 11 § 3 eod.:

Item Iulianus scribit: cum ego et tu heredes Titio exstitissemus, si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, a Sempronio petieris et victus fueris, mox eandem partem a Sempronio emero, agenti tibi mecum familiae herciscundae exceptio obstabit, quia res iudicata sit inter te et venditorem meum: nam et si a te[5]) eandem partem petissem et agerem familiae herciscundae, obstaret exceptio quod res iudicata sit inter me et te.

Hier sind nämlich, in dem Begründungssatze nam et si u. s. w., in der exc. rei iud. die jetzt klagenden Parteien erwähnt, obwohl sie einander auch im Vorprocess gegenüberstanden, was in der oben angenommenen Lesung

[5]) So die bessern Vulgat-Hss. Das ante des Florentinus ist höchst überflüssig, wogegen a te als Gegensatz zu a Sempronio Bedeutung und den Accent hat.

a te auch zum Ausdruck kommt. Dies ist aber in folgender Weise zu erklären.

Der erste Fall stimmt überein mit der von Ulpian in l. 9 § 2 cit. referierten Regel Iulian's, und die Erwähnung des Verkäufers in der Exceptio (die aber nicht wörtlich wie sie in der Formel steht angeführt ist) entspricht der für diesen Fall von uns oben angenommenen Formulierung. Aber es ist bei diesem zuerst behandelten Fall eine Eigenthümlichkeit: im zweiten Process ist nicht bloss Personenverschiedenheit — statt des Verkäufers des Beklagten dieser selbst — sondern auch eine andere Klage: act. familiae herciscundae statt rei vindicatio. Es wird daher, indem der schon vorher verhandelte „Uebergang" der exc. rei iud. auf den Singularsuccessor als bekannt und unanstössig angesehen wird, der Fall angereiht, in welchem eben dieselbe Verschiedenheit der Klagen, aber Identität der Personen obwaltet. Hiebei erforderte es nun die Darstellung, dem „quia res iudicata sit inter te et venditorem meum" gegenüberzustellen „quod res iudicata sit inter me et te". Dies wird sofort klar, wenn man das inter me et te weglässt. Dem Bedürfniss der Darstellung konnte aber der Jurist entsprechen, da er auch hier, so wenig wie vorher, die Exceptio wie sie in der Formel stund wiedergab — wie schon das fehlende non beweist. Die Worte „quod res iudicata sit inter me et te" sind daher zu Unrecht von Mommsen mit Anführungszeichen versehen worden, als wären sie Formelworte.

Aus Gai. 4, 99 ist zu ersehen, dass Tutoren und Curatoren damals in der Regel noch nicht rem in iudicium deducierten und darum wie gewöhnliche Procuratoren die cautio rati stellen mussten, wenn sie klagten. Sie gehörten also zur Zeit des Gaius, und früher, auch nicht zu den-

jenigen Personen, quae in exceptione rei iudicatae tacite continentur, und es mussten folglich, wenn gleichwohl aus der Processführung des Curator die exc. rei iudicatae gegen den Mündel gegeben wurde, dies unter Nennung der Personen des Vorprocesses geschehen. Dies wird nun bestätigt durch eine Stelle von Iulian, der dritten, welche in der exc. rei iudicatae die Parteien des Vorprocesses nennt. Es ist l. 7 § 2 de curator. fur. 27, 10 (in Bezug auf welche Stelle ich also in meiner Cognitur und Procuratur S. 148 zu viel concediert habe):

> Cum dementis curatorem — proconsul removerit . . aliumque . . substituerit curatorem et hic posterior . . . . egerit cum remoto negotiorum gestorum posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur et rel.

Hier scheint übrigens die exc. rei iud. lediglich als Organ der processualen Consumption zu fungieren, und dies erklärt sich daraus, dass der Fall in der Provinz spielt, es sich also um iudicium quod imperio continetur handelt. Die Stelle enthält insoweit eine Bestätigung des in der ersten Abhandlung Ausgeführten.

Vierte Abhandlung.

Ueber actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde.

Im Formularprocesse wird die Execution eines Urtheils jedenfalls seit den leges Iuliae iudiciariae stets eingeleitet durch eine neue Klage, die actio iudicati. Das ist wenigstens die herrschende Ansicht, wie sie von Zimmern [1]), Walter [2]), Puchta [3]), Keller [4]), Bethmann-Hollweg [5]), Kuntze [6]) u. A. vertreten wird.

Was ist der Grund dieser auffallenden Erscheinung? Denn als auffallend wird sie wohl bezeichnet werden müssen. Es ist eine Verurtheilung auf Geld erfolgt, es bedarf daher keiner Umwandlung des Urtheilsanspruchs behufs Herstellung seiner Exequierbarkeit: wozu also eine nochmalige actio, deren Durchführung doch auch nur wieder zu einer Verurtheilung in Geld, wenn auch im doppelten Betrag der ursprünglichen Urtheilssumme, führen kann? Warum nicht einfacher Antrag auf Execution?

Auf diese Frage wird von den Vertretern der herrschenden Ansicht eine Antwort nicht gegeben.

Dieser Umstand, vielleicht überdies die Meinung, dass eine befriedigende Antwort nicht gegeben werden könne, hat es wohl veranlasst, dass einige Schriftsteller den Satz,

[1]) Geschichte des röm. Privatrechtes, Bd. III § 138.
[2]) Geschichte des röm. Rechts, § 716.
[3]) Cursus der Institutionen § 179 zu Anfang.
[4]) R. Civilprocess § 73 a. E. und § 82 sub 1.
[5]) Civilprocess, Bd. II S. 632 f.
[6]) Cursus des röm. R., § 259 a. E. § 263.

den wir als den der herrschenden Meinung entsprechenden an die Spitze stellten, selbst bestreiten, und für den Formularprocess eine doppelte Weise der Einleitung der Execution annehmen: eine regelmässige Einleitung mittelst einfachen Antrags beim Magistrat (postulatio), und eine ausnahmsweise stattfindende, mittelst unserer actio iudicati. So Rudorff [7]), Bekker [8]), neuestens Schwalbach [9]) und Skedl. [10])

Bezüglich der Frage, in welchen Fällen das ausnahmsweise Verfahren mittelst act. iudicati Statt gefunden habe, neigt sich Bekker (l. c. S. 186) der Annahme zu, dass solches nur auf eine von dem iudicatus selbst gegebene Veranlassung geschah; er lässt es dabei dahingestellt, ob es nur im Falle der Bestreitung des Judicats (seiner Existenz oder seiner Giltigkeit) geschah, oder auch in dem Falle, wo Befriedigung des Klägers behauptet oder sonstige Einreden vorgebracht wurden. Rudorff scheint sie nur bei Streit über „die thatsächliche oder rechtliche Existenz des Judicats“ (§ 86 cit.) annehmen zu wollen.

Unseres Dafürhaltens ist die herrschende Ansicht die

[7]) Röm. Rechtsgeschichte, Bd. II § 90 verglichen mit § 86.

[8]) Aktionen, Bd. II S. 185 f. Bekker unterscheidet zwischen der „directen regelmässigen Durchführung der act. iudicati“ d. i. der Execution auf einfachen Antrag hin („direct executorische Massnahmen“) und „förmlicher act. iudicati“ (in „actionsmässigem Verfahren“). Es ist klar, dass, wenn Bekker den ersten Executionsmodus ein Durchführungsmittel der act. iudicati nennt, er dabei unter actio iudicati lediglich den executionsmässigen Anspruch versteht, vgl. auch S. 188.

[9]) Zeitschr. d. Sav. Stift. rom. Abth., Bd. VII S. 121, Worte: „ehe aber dem Kläger auch nur eines von beiden, Vollstreckung oder act. iudicati, gewährt wurde.“

[10]) Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtl. Entwicklung (Leipzig 1886), S. 2 Note 3.

richtige. Dies quellenmässig darzuthun, ist schon deshalb nicht überflüssig, weil die Frage überhaupt noch nicht genauer, namentlich nicht mit Rücksicht auf die aufgestellte abweichende Ansicht und deren Begründung untersucht worden ist. Ist aber die Richtigkeit der herrschenden Ansicht quellenmässig festgestellt, dann muss auch die oben aufgeworfene Frage nach dem Zwecke der actio iudicati aufrecht erhalten und es muss der Versuch gemacht werden auf sie eine Antwort zu geben. Von da aus ist es dann vielleicht möglich, in die noch ziemlich nebelhafte Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde im römischen Civilprocess etwas mehr Licht zu bringen.

Rudorff hat seine Behauptung (§ 90 cit.), es werde die obrigkeitliche Hilfe, welche an Stelle der leg. act. p, manus iniectionem eintrete, durch einen formlosen Executionsantrag, also nicht mittelst förmlicher act. iudicati, in Anspruch genommen, ohne Begründung hingestellt. Dagegen hat Bekker l. c. S. 185 Note 33 Quellenbeweis dafür angetreten, dass die Execution in der Regel keine andere Voraussetzung gehabt habe, als das verurtheilende Erkenntniss, dass sich also zwischen dieses und die Execution eine förmliche actio iudicati regelmässig nicht eingeschoben habe. Dieser Quellenbeweis ist jetzt zu prüfen.

Ganz indifferent ist wohl l. 4 § 4 de re iud. 42, 1:

> Si ex conventione litigantium cautum sit post rem iudicatam ei cui quis condemnatus est, eveniet, ut hic et retendatur (ut hinc ne teneatur [Mommsen]), si modo novatio intercessit: ceterum si non novandi causa id factum est, manebit ordo exsecutionis. sed et si pignora accepta sint vel fideiussores in rem iudicatam, consequens erit dicere non cessare exsecutionem ....

Ulpian behandelt hier das Edict condemnatus ut solvat

(§ 3 ib.) [11]), und sagt, dass unter Umständen, auch wenn keine Zahlung erfolgt, doch nun keine Execution Statt finde. Was aber zu dem ordo exsecutionis gehöre — und das eben ist die Frage — davon steht kein Wort in der Stelle. Aus dem Ausdruck exsecutio lässt sich doch nichts darüber entnehmen, ob der Kläger sich mit einfacher postulatio an den Magistrat wendet, oder ob er den Beklagten aufs Neue in ius vocieren und dort actionem iudicati edieren muss. Am allerwenigsten wäre es bei unserer l. 4 angebracht, das Erstere aus dem Gebrauch des Wortes exsecutio herauszulesen, da im weiteren Verlauf derselben, bei Erörterung des „solvere", im § 8 der Gedanke, dass Execution immer noch offen stehe, so ausgedrückt ist: posse tecum adhuc agi iudicati, und ebenso auch im Anfang des Fragments bis § 2 ähnliche Redewendungen sich finden, welche unten als Gegenbeweis verwendet werden sollen.

Weiter beruft sich Bekker auf l. 15 §§ 4, 5, 7 desselben Titels. Diese Stellen könnten insofern erheblich scheinen, als (wenigstens in § 4 und § 7) der Beamte als derjenige erscheint, qui rem iudicatam exsequitur und von actio iudicati nirgend etwas erwähnt wird. Indessen die Inscription der l. 15: Ulpianus l. III de officio consulis lässt keinen Zweifel darüber, dass es sich hier nicht um Formularprocess, sondern um Cognitionssachen handelt [12]). Dass aber in diesen ein eigenartiges Executionsverfahren galt (welches in l. 178 § 2 de V. S. der iuris ordinarii exsecutio entgegengesetzt werde), bemerkt Bekker l. c. S. 210 selber, und das pignora capere, welches er dort als die gangbarste Form der Execution des Cognitionsprocesses

[11]) Vgl. Lenel, ed. perp. p. 328 sq.

[12]) Vgl. Pernice in Zeitschr. d. Sav. Stift. rom. Abth. V S. 31

bezeichnet, ist eben das in allen drei Paragraphen der l. 15, die er citiert, Vorausgesetzte. Es scheint danach, als ob Bekker durch das principium der l. 15 sich habe verleiten lassen, dessenungeachtet anzunehmen, dass die folgenden Paragraphen vom Formularprocess handeln. Hiermit steht es aber folgendermassen.

Im pr. heisst es:

A divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi, qui eos dederunt.

Wird dies dahin verstanden, dass die Execution des Cognitionsverfahrens durch Antoninus Pius auf den Formularprocess übertragen worden sei [13]), so kann man darauf hin allerdings behaupten, dass es seit Antoninus Pius im Formularprocess zweierlei Executionsverfahren gegeben habe Zweifellos ist dies aber nicht der Sinn der Stelle.

Zuvörderst ist es — nach der Wortstellung — ganz klar, dass der Nachdruck nicht auf exsequantur liegt — welches dann überdies noch unberechtigter Weise [14]) in einem dem bisherigen Executionsmodus des Formularprocesses entgegengesetzten Sinne verstanden wird — sondern auf hi qui dederunt. Nun waren es aber im Formularprocess schon vor Antoninus Pius die Magistrate, welche die Vollstreckung der von iudices privati gefällten Urtheile leiteten;

[13]) So ausdrücklich Bethmann-Hollweg, Civ.-Proc. II § 115 bei Note 6 u. 7; aber auch sonst scheint dies die Ansicht zu sein, z. B. von Hartmann (Ubbelohde) ord. iudic. I S. 474. — Anders, aber ebenfalls unrichtig: Baron, Geschichte des röm. Rechts, Thl. I, § 215 bei Note 6.

[14]) Denn derselbe Ulpian spricht in l. 178 § 2 V. S. von einer exsecutio iuris ordinarii und versteht darunter nicht einmal in erster Linie Execution, geschweige denn die Execution des Cognitionsverfahrens.

mit dem Urtheil war ja die Function des iudex privatus zu Ende. Unter den magistratus populi, an welche Antoninus Pius sein Rescript richtete, hat man sich daher nicht die republikanischen Jurisdictionsmagistrate, sondern die Consuln und diejenigen Prätoren zu denken, welche in Cognitionssachen competent waren (praetor tutelaris und supremarum); und die iudices dati, von denen die Rede ist, sind nicht die Geschworenen des Formularprocesses, sondern die delegierten Unterrichter des Cognitionsprocesses [15]). Da diesen iudices dati nicht eine ihnen specifisch eigenthümliche Function zukommt, sie vielmehr an Stelle des Oberbeamten verhandeln und entscheiden, so konnte man ihnen die Execution ebenso gut überlassen, wie das Andere, und eben dagegen wendet sich das Rescript des Kaisers. Die Execution sollen die Oberbeamten, auch wenn sie einen Unterrichter für die Sache bestellt haben, doch immer selbst in die Hand nehmen [16]). Erst bei dieser Auffassung des Principium gewinnt dann auch der § 1 guten Sinn. Nach Antonin's Rescript musste der Consul oder Prätor, der in Rom selbst oder durch einen iudex datus ein Urtheil gefällt

[15]) Vgl. Pernice in den Festgaben für Beseler (Jurist. Abhandl. u. s. w.) S. 78, und in der Zeitschr. d. Sav. Stift. VII S. 104. Es wird noch manche Stelle durch Beziehung auf das Cognitionsverfahren eine richtigere Deutung erfahren, wie dies z. B. in Bezug auf l. 2 C. de pedan. iud. durch Pernice geschehen ist. Vgl. oben unsere Bemerkungen über l. 32 l. 49 § 1 de iudiciis (5, 1) S. 59 fg. 61 fg.

[16]) Ich kann es daher nicht für richtig halten, wenn Pernice (Zeitschr. d. Sav. St. V S. 32 bei Note 2) in dem in l. 31 de re iud. mitgetheilten Rescript dasjenige erblickt, auf welches Ulpian in l. 15 pr. Bezug nimmt. Uebrigens ergeben mehrere Codexstellen: l. 6 (Philippus) l. 8 (Diocletianus) de re iud. (7, 52) und l. 4 si contra ius 1, 22 (Constantinus), welche das exsecutorem dare als rechtlich zulässig voraussetzen, dass das Rescript des Antoninus Pius entweder nur beschränkte Geltung hatte (nur in Rom?) oder später wieder ausser Kraft trat.

hatte, dieses auch dann exequieren, wenn die Executionsobjecte z. B. in einer Provinz sich befinden. Durch ein Rescript von Severus und Caracalla wurde nachgelassen, dass in einem solchen Falle auch der praeses provinciae Execution vollstrecken könne [17]).

Auf eine Execution in eben diesem Cognitionsverfahren auch die weiter von Bekker allegierten l. 50 und l. 74 § 1 de evict. (21, 2) zu beziehen, hat nicht das geringste Bedenken. Die zweite dieser Stellen ist von Hermogenian. In der ersten spricht Ulpian von Pfändern, die verkauft werden durch apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes [18]). Wollte man das auf den Formularprocess beziehen, so müsste ja daraufhin, im directen Gegensatz zu Bekkers Ansicht, das Verfahren mittelst aº iudicati als das regelmässige bezeichnet werden. Nach der Inscription ist die Stelle aus dem 25. Buche des Ulpianischen Edictscommentars, welches den Edictstitel de religiosis et sumptibus funerum behandelte (Lenel ed perp. S. 179 ff.); der Prätor, von dem hier die Rede ist, kann sehr wohl der praetor supremarum sein.

Was sodann in l. 80 (78) § 15 ad Sct. Treb. (36, 1) die Worte iudicii exsecutionem nihilo minus adversus heredem et post restitutam hereditatam mansisse bedeuten, ergiebt sich deutlich genug aus der dem Respondenten vorgelegten Frage: quaesitum est, an iudicio nihilo minus ipse condemnari debeat. Sie bedeuten: das angeordnete iudicium

[17]) Die Worte si hoc iussi fuerint sind verdächtig: wenn sie geheissen werden von Einem der dazu Macht hat, so können sie nicht bloss, sondern sie müssen exequieren. Für blosse Requisition wird iubere doch wohl nicht gebraucht worden sein.

[18]) Ich möchte vorziehen zu lesen exsequentis, und zwar gerade mit Rücksicht auf das in l. 15 pr. de re iud. erwähnte Rescript.

behält seinen Fortgang gegen den Erben. Von Execution ist überhaupt nicht die Rede.

Ganz indifferent ist endlich auch l. 51 de pecul. (15, 1). Selbst dann, wenn man unter eventus exsecutionis den Erfolg „der Execution“ versteht; denn es steht nicht da, womit diese Execution beginnt. Höchst wahrscheinlich ist aber wieder unter exsecutio gar nicht die Execution, sondern überhaupt der Processbetrieb zu verstehen, wie etwa in l. 178 § 2 V. S. in der Verbindung iuris ordinarii exsecutio. Diese Auffassung wird auch dadurch nahe gelegt, dass erst nachher von Judicat und bonorum venditio die Rede ist[19]), und dass die Basiliken (18, 5, 51, Heimb. III p. 240, vgl. Supplem. p. 232) den eventus incertus exsecutionis wiedergeben durch τὸ τῆς ἀπαιτήσεως ἄδηλον.

Man wird annehmen dürfen, dass Bekker zum Beweise seiner Ansicht die tauglichsten Stellen ausgesucht haben werde: dann wird aber das Urtheil gerechtfertigt erscheinen, dass die Quellen für die Behauptung, dass in der Execution des Formularprocesses anders, als mit act. iudicati, vorgegangen worden sei, keinerlei Anhalt bieten.

Allerdings ist in den Quellen auch dasjenige, was wir mit der herrschenden Ansicht annehmen, nirgend ausdrücklich gesagt, aber es lässt sich doch aus denselben mit Sicherheit nachweisen, wie wir jetzt zu zeigen versuchen wollen.

In l. 13 § 4 de pign. (20, 1) führt Marcian aus, dass die Verurtheilung des Schuldners eine für die Schuld

[19]) Die Disjunction: et cogitanda sit mora temporis quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit wird so zu erklären sein, dass bei dem zweiten Gliede an diejenigen Fälle von bonorum venditio gedacht ist, denen Process und Urtheil nicht vorausgeht.

bestellte Hypothek nicht aufhebe, und bemerkt gegenüber einem Einwurf, der aus dem Wortlaute der formula hypothecaria entnommen werden konnte, Folgendes: nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem. Fände actio iudicati nur dann statt, wenn der Verurtheilte die Giltigkeit des Judicats bestreitet, oder wenn er eine in der Executionsinstanz noch zulässige Einrede erhebt, so wäre es wahrlich nicht von Nöthen, noch zu sagen, dass die Zuständigkeit der a. iudicati noch keine satisfactio sei. Es ist vielmehr klar: Marcian will unter keinen Umständen der Thatsache, dass eine Forderung executionsreif ist, die Bedeutung einer satisfactio zuerkennen, er will also mit habere iudicati actionem jedenfalls die Fälle mitbezeichnen, ja sogar gerade sie vorzugsweise, wo die Giltigkeit des Judicats nicht in Frage steht. Das könnte er doch unmöglich, wenn gerade in diesen Fällen eine act. iudicati nicht Statt hätte.

Das aus der besprochenen Stelle zu entnehmende Argument zu entkräften kann nur in der Weise unternommen werden, dass man sagt, actio iudicati bedeute hier nicht die actio im formellen Sinne, sondern lediglich den materiellen Judicatsanspruch, wie z. B. Bekker (oben Note 8) diesen Ausdruck gebraucht. Es soll nun nicht bestritten werden, dass der Ausdruck actio iudicati mitunter für den materiellen Anspruch gebraucht wird, so z. B. in l. 8 § 3 de novat. 46, 2, wo von Novation der actio iudicati die Rede ist und zur Abwechslung auch der Ausdruck obligatio iudicati gebraucht wird. Aber ganz entschieden muss bestritten werden, dass dabei irgend einmal an Ausschluss der formellen actio gedacht wäre. Ein Anspruch wird mit actio bezeichnet, weil ihm eine actio im formellen Sinne zur Seite steht; ein Anspruch, bei dessen Nichtbefriedigung

der Berechtigte der Regel nach nur eine postulatio beim Magistrat anzubringen hätte und nur ausnahmsweise eine förmliche actio anstellen könnte, konnte unmöglich ohne Weiteres als actio bezeichnet werden [20]).

In l. 6 § 1 de re iud. (42, 1) sagt Ulpian: decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur. Hiermit ist der materielle Anspruch gemeint; es wird verneint, dass derselbe ein alternativer sei. Des Weiteren wird dann von Ulpian angegeben, dass und warum sich bei einer auf decem aut noxae dedere gerichteten Stipulation die Sache anders verhalte, und dann fährt er fort:

et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur.

Hier gestattet der Ausdruck iudicati agitur nicht, an etwas Anderes zu denken, als an das Anstellen der förmlichen act. iudicati; andererseits zwingt der Zusammenhang, an giltiges Urtheil zu denken bezw. mitzudenken. Oder hätte es irgend welchen vernünftigen Sinn, wenn Ulpian die Tragweite der Condemnatio in Noxalklagen lediglich für den Fall erörterte, dass die Giltigkeit des Judicats bestritten wird?

Wenn ferner Ulpian in l. 4 § 5 eod. die Frage aufwirft: si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est, an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? — so kann hier actio iudicati den materiellen Anspruch nicht bedeuten, vielmehr nur die actio in formellem Sinn gemeint sein. Denn unter tempus iudicati actionis ist verstanden die Frist der triginta dies iusti bezw. die an Stelle dieser getretene edictale Frist (Gai. III, 78); durch diese wird aber der materielle Anspruch nicht betagt (l. 16 § 1 de comp. 16, 2), folglich kann von einer Fristberechnung nur in Bezug auf die förmliche actio die Rede sein. Dass aber Ulpian die Frage stellt und beantwortet ohne alle Rücksicht darauf, wie Beklagter sich verhalten wird, ist doch wohl klar [21]).

[20]) Ganz besonders deutlich tritt der Zusammenhang zwischen dem Anspruch und der formellen actio iudicati — wie dies übrigens bei einer prätorischen actio selbstverständlich ist — in l. 7 de re iud. hervor: der in der Stelle angedeutete frühere Zweifel, ob innerhalb der dies iusti eine Befreiung des iudicatus erfolgen könne, gründete sich, wie aus der Stelle gleichfalls zu ersehen, darauf, dass vor Ablauf dieser Frist iudicati agi non potest.

In der l. 69 de sol. (46, 3) sagt Celsus:

si hominem in quo ususfructus alienus est vel qui erat pignori Titio obligatus noxae dedisti, poterit is cui condemnatus es tecum agere iudicati, nec exspectabimus, ut creditor evincat. sed si ususfructus interierit vel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem [22]).

Agere iudicati poterit kann nur auf die förmliche actio iudicati bezogen werden, und sicher hat der Beklagte, der sich zur noxae datio entschloss, ebensowenig an Nichtigkeit des Urtheils oder an die Möglichkeit, sich in der Executionsinstanz durch Einrede frei zu machen, gedacht, als Celsus an solche Eventualitäten denkt, wenn er schreibt, dass bei Erlöschen des Niessbrauchs oder Lösung der Pfandhaft liberatio, nämlich von dem Judicatsanspruch, erfolge.

[21]) Auf den gleich folgenden § 6 (condemnatum accipere debemus eum qui rite condemnatus est, ut sententia valeat) berufe ich mich nicht, da ich wohl weiss, dass Ulpian hiemit nicht das Wort condemnatus im § 5, sondern das im Edict stehende erläutert. Aber höchst sonderbar wäre es doch, wenn er vorher eben dieses condemnatus ohne weitere Andeutung gerade für ein ungiltiges Urtheil gebraucht hätte!

[22]) Verkürzt referiert von Ulpian in l. 4 § 8 de re iud. (42, 1).

Wenn es ferner in l. 16 § 1 de compens. (16, 2) heisst:

cum intra diem ad iudicati exsecutionem datum iudicatus Titio agit cum eodem Titio qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur,

so ist das agere cum Titio qui iudicatus est zweifellos nichts Anderes, als das Anstellen der förmlichen actio iudicati, und selbstverständlich ist hier Giltigkeit des Urtheils vorausgesetzt. Auch darf man sich die Sache keineswegs so denken, dass erst in Folge des Compensationsbegehrens des Exequendus der Executionssucher zur actio iudicati hätte greifen müssen; denn in diesem Falle würde Papinian sich nicht so wie geschrieben steht haben ausdrücken können, sondern er hätte sagen müssen: si Titius compensare velit, iudicati agendum est.

Der Ausdruck actione teneri bedeutet nach Bekker (Akt. I S. 5), dass „Einer von dem Andern zur passiven Klageübernahme gezwungen werden kann". Actio ist hier die formelle Klage, nicht der materielle Anspruch; letztern hat man (sofern es sich um honorarisches Recht handelt), weil der Gegner actione tenetur. Es muss daher auch in l. 41 § 2 de re iud. (42, 1.)

in solidum condemnatus donator actione iudicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur

von der formellen act. iudicati verstanden werden, und es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, dass dem Schuldner das beneficium competentiae gegenüber einem giltigen Judicat wichtiger war als gegenüber einem ungiltigen. Dasselbe gilt von der l. 5 pr. quod cum eo (14, 5):

si filius familias vivo patre conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exheredatum postea iudicati actio in id quod facere potest danda est,

wo der Ausdruck actio danda est wiederum es unzweifelhaft macht, dass an die formelle actio iudicati zu denken ist.

In der l. 41 § 1 de fideiuss. (46, 1) respondiert Modestin:

si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos qui idem mandaverunt actiones sibi mandentur.

Der Ausdruck conveniri iudicati kann schlechterdings nur von Belangtwerden mit der formellen act. iudicati verstanden werden. Die Stelle beweist, dass die Anstellung der act. iudicati von Beanstandung der Giltigkeit des Urtheils nicht abhängig ist; denn der Mandator, der Cession der Klagen gegen die Mitmandatoren verlangt, thut dies, weil er die Giltigkeit der Verurtheilung anerkennen muss.

Wenn ferner Paulus in l. 9 de doli exc. (44, 4) sagt

si procurator rei pecunia accepta damnari se passus sit et cum domino iudicati agatur, tuebitur se doli mali exceptione,

oder wenn in l. 1 C. de re iud. (7, 52) Jemand den Bescheid erhält

adversus iudicati agentem doli exceptione opposita tueri te poteris,

so ist auch hier überall zu constatieren, dass die gebrauchten Ausdrücke nicht gestatten, an etwas Anderes zu denken als an die act. iudicati in formellem, processualem Sinne, dass ferner offenbar die act. iudicati nicht erst in Folge Opponierens einer Exceptio, sondern von vornherein angestellt ist, dass endlich von Beanstandung der Giltigkeit des Urtheils überall keine Spur zu finden ist.

Schliesslich möge noch auf Folgendes hingewiesen werden. In Bezug auf verschiedene Stellvertreter im Process,

aber auch in Bezug auf andere Personen wird die Bemerkung gemacht, dass für oder gegen sie Execution Statt finde oder nicht Statt finde. Dies wird nun in sehr zahlreichen Stellen so ausgedrückt: es werde für oder gegen dieselben actio iudicati gegeben (Paul. sent. I, 2, 4; fr. Vat. 317. 331. 332; l. 15 si quis caut. [2, 11]; l. 2 pr. de adm. et per. tut. [26, 7]; l. 7 quando ex fact. tut. [26, 9]; l. 24 § 4 de liber. causa [40, 12]; l. 4 pr. § 2 de re iud. [42, 1]) oder sie werde nicht gegeben bezw. denegiert (l. 4 § 1 eod.; l. 6 § 3 quod cuiusc. univ. nom. [3, 4]; l. 75 i. f. de iud. [5, 1]; l. 5 pr. quando ex fact. tut. [26, 9]; l. 86 de sol. [46, 3]) oder es könne Jemand actionem iudicati recusare oder er könne es nicht (l. 31 pr. de procur. [3, 3]; l. 4 pr. de re iud. [42, 1]). In allen diesen Redewendungen ist ganz sicher in erster Linie die formelle, processuale actio iudicati gemeint. Gehörte sie nicht nothwendig und überall, sondern nur zufällig und ausnahmsweise zum Betrieb der Execution des Formularprocesses der klassischen Zeit, so wäre diese Ausdrucksweise vollständig unbegreiflich.

Das im Vorstehenden beigebrachte Quellenmaterial dürfte ausreichen, um die herrschende Ansicht zu begründen, wonach im Formularprocess die Execution eines Geschworenenurtheils (wir fügen hinzu: soweit nicht vor den leges Iuliae iudiciariae die manus iniectio iudicati Platz griff) allemal eingeleitet wurde durch eine förmliche actio iudicati. Es fand also Statt in ius vocatio, editio actionis gegenüber dem Beklagten wie dem Prätor, und impetratio actionis (Bethmann-Hollweg II S. 215 f.); es konnten ferner Verhandlungen Statt finden über die Legitimation des Beklagten, Sicherung seines Regresses u. dgl. Erst nach Erledigung dieser Fragen kam es dann zur Erklärung des

Beklagten über das Materielle der actio, und danach bestimmte es sich dann, ob ein iudicium eingesetzt wird oder nicht. Was nicht immer, sondern nur unter Umständen eintrat, das war sonach nicht die actio iudicati, sondern ein iudicium im Verfolg dieser actio. Ganz ebenso finden wir es auch bei der manus iniectio iudicati; sie leitet die Execution ein ohne alle Rücksicht auf das Verhalten des Beklagten zum Judicat, aber sie kann in ein iudicum auslaufen, und diesen Ausgang kann man, als den selteneren, jedenfalls nicht als normal vorausgesetzten, als Ausnahme bezeichnen. Auf diese manus iniectio iudicati werden wir daher zurückgehen müssen, wenn wir eine Antwort finden wollen auf die oben gestellte Frage: warum wird im Formularprocess die Execution immer durch actio iudicati eingeleitet?

Die uns von Gaius 4, 21 überlieferte Spruchformel der legis actio per manus iniectionem haben Manche, z. B. Bekker (Aktionen I S. 66 Anm. 8; II S. 130 ff.) und Huschke (Multa S. 397; Darlehen S. 199 Note 2) als eine in factum concipierte bezeichnet. Aeusserlich gemahnt die Formel zunächst an die Demonstratio des Formularprocesses, welche aber freilich nicht in den Worten quandoc non solvisti zu suchen ist, wie dies Voigt (XII Tafeln I S. 618) thut. Man wird jene Charakterisierung aber insofern gelten lassen können, als jedenfalls eine intentio iuris in der Spruchformel nicht zum Vorschein kommt [23]); sodann namentlich aber auch deshalb, weil, wenn diese legis actio in ein Verfahren vor einem Geschworenen ausläuft, in diesem Verfahren nur über die Thatsachen verhandelt wird, welche der Gläubiger sowohl zur Charakterisierung als zur Recht-

[23]) A. M. Demelius, Confessio S. 45.

fertigung seiner manus iniectio in solennen Worten ausgesprochen hat.

In Legisactionsprocess geschieht die Vertheidigung gegenüber einer actio in personam durch infitiatio [24]). Dass dies bei der durch einen vindex geführten Vertheidigung gegen manus iniectio iudicati anders gewesen, ist nicht anzunehmen; es fehlt dafür jeglicher Anhaltspunkt. Der vindex musste also eine der beiden in der Formel verlautbarten Thatsachen beabreden: die positive quod tu mihi iudicatus es oder die negative quandoc non solvisti [25]).

Gegenüber der zweiten Clausel musste sich die infitiatio zu der Behauptung der solutio gestalten. Ohne Zweifel ist auch hier die interpretandi scientia der alten prudentes am Werk gewesen, um das Defensionsrecht des Beklagten bezw. des vindex sachgemäss zu erweitern; der Spruch z. B. solvit et qui reum delegat könnte hier seinen Ursprung haben. Noch in den Edictscommentaren zum Titel de iudicatis finden wir entsprechende Angaben über

[24]) Von der hier jedenfalls nicht in Betracht kommenden leg. actio per iud. arb. postul. kann füglich abgesehen werden.

[25]) Vom Standpunkt der feststehenden Formel ist es gewiss richtig, zu sagen, dass die Vertheidigung sich nach der Formel einzurichten habe. Denkt man sich aber in die Zeit des Werdens der Formel — sei es im Kopf des Gesetzgebers, sei es in der Praxis — so wird man umgekehrt sagen müssen, die Formel habe sich nach der Vertheidigung (natürlich nicht ausschliesslich nach ihr) gerichtet, d. h. sie sei so normiert worden, dass gewisse Vertheidigungen im Wege der infitiatio möglich waren. Auf diesem Standpunkt ist es denkbar, dass ursprünglich nur die Clausel quandoc non solvisti darauf berechnet war, eine defensio offen zu lassen und dass die demonstratio „quod tu mihi iudicatus es“ u. s. w., ursprünglich auf Vertheidigung nicht berechnet, gleichwohl dazu benutzt wurde. Danach wird die Möglichkeit zugegeben werden müssen, dass die Beseitigung eines Geschwornenurtheils wegen Nichtigkeit erst durch die Praxis im Lauf der Zeit in das Processrecht des Legisactionsprocesses eingeführt wurde.

einen entsprechenden Formeltheil der actio iudicati: l. 54 de solut. (Panl. l. 56 ad. ed.)und l. 4 § 7 de re iud. (Ulp. l. 58 ad ed.); vgl. Lenel das ed. perpet. § 198 S. 328.

Was die erste Clausel angeht, so leuchtet ein, dass die infitiatio „iudicatum non est“ einen verschiedenen Sinn haben kann: es kann gemeint sein, ein Urtheil sei überhaupt nicht (auch nicht thatsächlich) ergangen, oder es sei ein Urtheil im Rechtssinne, ein giltiges Urtheil nicht ergangen.

Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch ein nichtiges Urtheil als ein „Nichturtheil“ bezeichnet werden könne; man denkt sich in diesem lezteren Falle unter „Urtheil“ ein Urtheil im Rechtssinne, während, wenn man von einem „nichtigen Urtheil“ spricht, unter „Urtheil“ bloss das Urtheil im thatsächlichen Sinne versteht, und von diesem nun die rechtliche Nichtigkeit prädiciert.

Eine andere Frage ist, ob die Defension „iudicatum non est“ sowohl in dem einen wie in dem anderen Sinne erfolgt sei, oder aber nur in dem zweiten Sinne, dem der Geltendmachung der Nichtigkeit des thatsächlich ergangenen Urtheils, wie dies von Schwalbach in dem schon oben (erste Abh. S. 3) citierten Aufsatze S. 120 f. für die spätere actio iudicati angenommen wird. In dieser Beziehung dürfte Folgendes in Betracht zu ziehen sein.

Die Vertheidigung des Beklagten gegen die l. act. per manus iniectionem iudicati ist dadurch erschwert, dass er sie nicht selbst führen kann; es muss ein vindex für ihn eintreten, welcher seinerseits das duplum des geltend gemachten Judicatsbetrags riskiert. Findet der Beklagte keinen vindex, so geht die Execution ihren Lauf, die zur Vernichtung seiner ganzen bürgerlichen Existenz führen kann. Dies kann man verstehen, wenn gegen den Beklagten wenig-

stens thatsächlich ein Urtheil ergangen ist. Wie aber, wenn ein Kläger, was ja doch möglich war, zur manus iniectio ganz unbefugt greift, obwohl er weiss, dass Beklagter ihm niemals verurtheilt wurde? Dann würde, falls Beklagter die vom Kläger genannte Summe nicht bezahlen kann, seine bürgerliche Existenz davon abhängen, dass er einen vindex findet, der für ihn das duplum wagt, auf die Versicherung des Beklagten hin, dass eine Verurtheilung nicht stattgefunden habe. Mag man das altrömische Recht für noch so primitiv, oder für noch so parteiisch zu Gunsten der Gläubiger halten: ein Zustand wie der soeben vorausgesetzte kann kaum jemals dagewesen sein. Er könnte noch vielleicht erträglich erscheinen, wenn der Kläger, welcher in so frivoler Weise vorgegangen ist, wenigstens auch etwas riskiert hätte, wenn auch nur das, dass auch er im Falle des Unterliegens den doppelten Betrag der verlautbarten Judicatssumme dem Vindex zahlen musste. Dies anzunehmen sind wir aber nicht befugt, denn es fehlt dafür jeder Anhalt in den Quellen; und dass gar keine Spur einer derartigen Einrichtung, wenn sie bestand, in den auf uns gekommenen Ueberlieferungen vorkommen sollte, ist schwer zu glauben [26]). Besonders muss in dieser Beziehung in's Gewicht fallen, dass, hätte eine solche poena temere litigandi für den Kläger im alten Process existiert, sie ebensogut, wie die nunmehr den Beklagten selbst treffende poe-

[26]) Auch Ihering nimmt (Scherz und Ernst, 2. Aufl., S. 196) an, dass der Kläger nichts riskiert habe. Dass sich dies aber zur Evidenz daraus ergebe, „dass Gläubiger, da er im Verfahren gegen den Vindex als Kläger dessen Verurtheilung beantragte, nach den Grundsätzen des römischen Processes nicht selbst verurtheilt werden konnte", wird sich nicht behaupten lassen. Der Gläubiger brauchte ja nicht in demselben Verfahren verurtheilt zu werden, es ist denkbar, dass ein neues Verfahren des Vindex gegen den Gläubiger anhob.

na dupli, in das Recht der späteren actio iudicati übergegangen, dann aber bei Gai. 4, 171 ff. sicherlich nicht unerwähnt geblieben wäre [27]).

Wegen der augenscheinlichen Unhaltbarkeit des besagten Zustands hat Voigt (XII Tafeln I, S. 620) angenommen, dass die Nothwendigkeit eines vindex und das periculum dupli sich nicht beziehe auf die infitiatio gegen die manus iniectio iudicati, sondern auf ein von ihm angenommenes weiteres, mit einer actio revocatoria durchzuführendes Rechtsmittel der Revision oder Läuterung. Diese actio revocatoria steht aber völlig in der Luft; überdies ist bei Gaius die Nothwendigkeit des vindex zur Vertheidigung gegen die manus iniectio iudicati klar bezeugt und von dem periculum dupli ist wenigstens bei der actio iudicati gerade gegenüber den infitiantes die Rede (Gai. 4, 9; 171).

Ich sehe keine andere Möglichkeit, dasjenige, was wir von der manus iniectio iudicati wissen, mit den unerlässlichsten Anforderungen zum Schutze der bürgerlichen Freiheit gegen gewissenlose Mitbürger zu vereinigen, als durch die Annahme, dass bei der leg. a. per manus iniectionem von dem Kläger die faktische Existenz eines Judicats in iure darzuthun war. Praktisch denken wir uns die Sache so.

Dass im Legisactionsprocess zu dem solennen agere vor dem Magistrat Zeugen zugezogen wurden, müsste, auch wenn es dafür keinen Quellenbeweis gäbe, schon aus der durchgängigen Mündlichkeit des Processes gefolgert werden. So wird auch bei der manus iniectio iudicati der Kläger

[27]) Ebenso fehlt es, soviel ich sehe, an jedem Anhalte dafür, dass derjenige, welcher doloser Weise durch manus iniectio iudicati einen Mitbürger zu seinem Knecht zu machen versuchte, kriminell bestraft worden wäre.

mit Zeugen gehandelt haben; bestätigt wird dies durch die bildliche Darstellung auf dem Sarkophage zu Corneto, den Voigt (XII Taf. I, S. 616) beschreibt. Wurde z. B. auf Grund eines nexum die manus iniectio vorgenommen, so wird der Kläger diejenigen, die beim Abschluss des Geschäfts Zeugen waren, oder einige derselben mitgenommen haben; ihre Verpflichtung zum testimonium fari schloss doch wohl auch die Verpflichtung in sich, mit dem Kläger dahin zu gehen, wo man ihr Zeugniss brauchte. Auch die Existenz eines Geschworenen-Urtheils muss irgendwie für die Zukunft festgestellt worden sein, und wenn man den Parteien überliess dafür zu sorgen, so werden diese, wenn es zur Urtheilsfällung kam, Zeugen herbeigeschafft haben — auf dem forum waren deren an Gerichtstagen immer zu bekommen, und wenn es auch nur Lictoren, Apparitoren, Präcones und dergleichen Leute gewesen wären — welche dann später, wenn es zur manus iniectio kam, die Thatsache des Urtheilspruches ausser Zweifel stellten[28]).

Zu der Annahme, dass der Kläger in iure, und zwar wohl ehe er daselbst den Akt der Handanlegung vollzog, die faktische Existenz eines Judicats darzuthun hatte, sehen wir uns auch durch eine genauere Erwägung der Beweisfrage gedrängt. Ein Beklagter wird im Stande sein, eine bestimmte Thatsache, aus welcher die Ungiltigkeit des that-

[28]) Man kann sich die Sache auch folgendermassen denken. Auch die Zeugen bei der litis contestatio unterlagen der Bestimmung qui se sierit testarier u. s. w., und mussten in iudicio bei der causae coniectio zugegen sein, um nöthigenfalls die richtige Vornahme der leg. actio zu bezeugen. Es lag nah, sie auch bei der Urtheilsfällung zu verwenden. — Uns kam es hier nur darauf an, praktische Möglichkeiten für den Fall anzudeuten, dass nicht von Staats- und Gerichtswegen für Fixierung und Aufbewahrung von Geschwornen-Urtheilen gesorgt gewesen sein sollte.

sächlich gefällten Urtheils folgt, zu beweisen; kann er aber beweisen, dass das vom Kläger behauptete Urtheil überhaupt nicht gefällt worden sei? Wie sollte ein derartiger Beweis geführt werden? Mindestens müsste Kläger den iudex benennen, der das Urtheil gesprochen, damit Beklagter auf dessen Zeugniss für das Gegentheil sich berufen könnte. Aber wie, wenn Kläger Jemanden, der nicht mehr am Leben ist, als denjenigen bezeichnet, der seinerzeit den Beklagten verurtheilt habe? Könnte ein vindex es wagen, bei Zumuthung eines solchen Beweises für den Beklagten einzutreten? Gerade dann also, wenn ein Judicat überhaupt nicht existierte, hätte ein gewissenloser Kläger die besten Chancen gehabt, den Beklagten entweder zu vernichten, oder Geld von ihm zu erpressen.

Das Gesagte scheint mir zu genügen, um den Satz als erwiesen anzusehen, dass bei der manus iniectio iudicati der Kläger sofort in iure die faktische Existenz des Judicats liquid zu stellen hatte. Der Mangel eines Quellenzeugnisses hat nichts Befremdendes: wissen wir doch auch darüber lediglich nichts, wie in dem Falle, wo ein vindex eintrat, das Verfahren sich weiter gestaltete. Sehr viel processuales Detail, das wir gerne wissen möchten, setzen die römischen Juristen als bekannt voraus, weil es ihren Lesern aus täglicher Erfahrung geläufig war. Um so mehr konnten sie das dann thun, wenn sich die Sache, wie in unserem Falle, eigentlich von selbst verstand! Man stelle sich doch einmal vor, dass heute Jemand auf seine Behauptung hin, ein Anderer sei ihm verurtheilt, Execution gegen diesen Anderen erwirken könnte, und dass dem letzteren dann zugemuthet würde, zu beweisen, dass ein Urtheil gegen ihn zu Gunsten des Klägers nicht ergangen sei!

Hiernach erscheint die Annahme als gerechtfertigt, dass

der vindex die infitiatio, der Beklagte sei nicht iudicatus, lediglich in dem Sinne aussprach, dass er damit die Rechtsgiltigkeit eines faktisch ergangenen Urtheils leugnete, also lediglich in dem Sinne einer im Wege der Defension erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde.

Es frägt sich nun weiter, ob der Beklagte auch angriffsweise, ohne auf das Vorgehen des Gläubigers warten zu müssen, die Nichtigkeit eines gegen ihn gesprochenen Urtheils geltend machen konnte? Im Zusammenhang damit lässt sich weiter fragen, ob auch der Kläger ein gegen ihn ausgefallenes Urtheil als nichtig angreifen konnte? Und zwar ist der Zusammenhang dieser beiden Fragen der, dass, wenn die zweite Frage zu verneinen ist, sicher auch die erste verneint werden muss, wenn nicht sichere Quellenzeugnisse ein anderes erheischen: denn ohne solche kann nicht angenommen werden, das altrömische Processrecht habe dem Beklagten zwei Wege eröffnet, um ein ihm nachtheiliges Urtheil zu beseitigen, dem Kläger aber gar keinen.

Eine sowohl dem Kläger als dem Beklagten zustehende Klage auf Aufhebung eines ergangenen Urtheils nimmt für den alten Process Voigt an (XII Taf. II S. 658 ff., vgl. I S. 620 f), welche er, wie schon bemerkt, actio revocatoria nennt, und zu welcher ihm zufolge der vindex und das periculum dupli gehört [29]).

Hiefür hat Voigt, soweit es den Kläger angeht, ein Quellenzeugniss nicht beibringen können [30]). Er beruft

[29]) Ob Rudorff R. Gesch. II § 86 die aggressive Nichtigkeitsbeschwerde (womit er l. c. die in duplum revocatio bezeichnet) auch als ein dem Kläger zustehendes Rechtsmittel ansieht, ist nicht deutlich ersichtlich; übrigens wird in diesem Paragraphen zwischen leg. actio, Formularprocess und der Beamtencognition der Kaiserzeit kein Unterschied gemacht.

[30]) Voigt beruft sich zwar auf die Worte Iustinian's in l. 10

sich (II S. 660) darauf, dass die Gründe, aus welchen Beklagter die Nichtigkeit des Urtheils geltend machen kann, in gleicher Weise bezüglich des Klägers Platz greifen, wenn dieser abgewiesen ist. Eine solche Argumentation kann hier nicht viel bedeuten. In der leg. act. per manus iniectionem hat der Kläger eine so dominierende Stellung, dass es in der That mehr angezeigt scheint, nach irgend welchen Compensationen zu Gunsten des Beklagten zu suchen, als ein dem Beklagten gegebenes Rechtsmittel ohne Weiteres auf den Kläger zu übertragen, und zwar ohne die Beschränkungen, die Beklagter sich gefallen lassen muss — denn die Nothwendigkeit eines vindex und das periculum dupli nimmt Voigt nur für die actio revocatoria des Beklagten an. Sodann kommt noch weiter in Betracht, dass es sich beim Kläger nur um Verlust eines Anspruchs handeln könnte, während beim Beklagten ganz andere Dinge auf dem Spiele stehn.

§ 1 C. quando provocare n. n. est (7, 64): cum et priscis legibus liceat ei et sine provocationis auxilio eandem consultationem differente suo adversario introducere. Nach Voigt hat Iustinian mit den priscae leges die zwölf Tafeln und eine in diesen dem Kläger gewährleistete Nichtigkeitsbeschwerde gemeint. Ein Blick auf den Inhalt der l. 10 cit. ergiebt, wie äusserst unwahrscheinlich diese Beziehung ist. Die Titelrubrik „quando provocare necesse non est“ trifft zwar auch für die l. 10 zu, aber nicht etwa deshalb, weil das Urtheil nichtig ist, sondern aus ganz anderem Grunde. Im princ. wird verordnet, dass bei Appellation der unterliegenden Partei die obsiegende nicht deshalb, weil sie sich durch die Entscheidung hinsichtlich der Kosten beschwert fühle, appellieren dürfe, und zwar brauche sie das auch nicht, weil der Appellationsrichter auch ohne dies wegen der Kosten zu dem Rechten sehen werde. Der § 1 sodann trifft Bestimmung für den Fall, dass nicht Appellations- sondern Consultationsverfahren Statt findet, und gestattet dem obsiegenden Theil, falls der unterlegene die consultatio hinauszieht, selbst zur consultatio zu greifen. Beidemale handelt es sich um eine Partei, die in der Sache selbst gesiegt hat und selbstverständlich nicht daran denkt, die Giltigkeit des Urtheils in Frage zu stellen.

Noch mehr spricht gegen Voigt's Ansicht, dass sie ohne Verletzung eines wichtigen Grundsatzes des alten Processes zu gar keinem praktischen Erfolge führen kann. Hätte Kläger auch einen Ausspruch erlangt, dass das ihn abweisende Urtheil ungiltig sei, so hilft ihm das ja rein nichts, wenn er nicht die früher abgewieseue Klage aufs Neue wieder anstellen kann; dem aber steht der Satz bis de eadem re ne sit actio entgegen. Dass die Anwendung dieses Satzes mit der Rechtskraft des Urtheils beseitigt sei, wie Rudorff (§ 86 cit.) meint, davon kann keine Rede sein, weil jener Satz mit der Rechtskraft gar nichts zu thun hat; sollte jener Satz ausser Anwendung bleiben, so müsste das früher vorgenommene lege agere des Klägers für nichtig erklärt sein.

Indessen denkt sich Voigt die Sache wohl anders. Er sagt (l. c. II S. 658), die act. revocatoria ziele ab auf Aufhebung eines bereits ergangenen und auf die Erwirkung eines neuen Urtheils in der nämlichen Instanz. Ist dies so zu verstehen, dass der iudex, welcher Nichtigkeit des ergangenen Urtheils ausgesprochen hat, nun gleich auch in der Sache selbst, ohne dass bezüglich dieser ein nochmaliges lege agere Statt fände, ein anderweitiges Urtheil fälle, so verstösst diese Annahme zwar nicht gegen den Grundsatz bis de eadem re ne sit actio; dagegen hätte der iudex hier nicht nur über zwei ganz verschiedene Fragen zu entscheiden, sondern über zwei Fragen, die zugleich verschiedene Personen angehen: über die Frage, ob das gesprochene Urtheil ungiltig sei, der Vindex also mit Recht interveniert habe — das geht den Vindex an —; und über die Frage, ob Beklagter dem Kläger schuldig sei, welche lediglich den Beklagten angeht. Das steht zu allem, was wir vom alten Process wissen, in einem solchen Gegensatz, dass es eines

ganz bestimmten und einwandsfreien Zeugnisses bedürfte, um es für altrömisches Processrecht zu halten; wir würden, wenn eine processuale Schwierigkeit nur mittelst dieser Annahme zu lösen wäre, es immerhin vorziehen, ein non liquet auszusprechen, als bei solcher Lösung uns zu beruhigen.

Wir wenden uns zu der Frage, ob im alten Process der Beklagte auch angriffsweise Nichtigkeit des Geschworenenurtheils geltend machen konnte. Zuzugeben ist — was Puchta (Instit. § 181 nach Note e) zu Gunsten einer dem Beklagten im Formularprocess allgemein zustehenden revocatio in duplum geltend macht — dass es dem verurtheilten Beklagten wünschenswerth sein kann, die Ungiltigkeit des wider ihn ergangenen Urtheils feststellen zu lassen, bevor Kläger mit manus iniectio iudicati gegen ihn vorgeht. Ist es aber im Geringsten wahrscheinlich, dass ein Processrecht, welches kein Mittel kennt, um ein materiell unrichtiges Geschworenenurtheil zu beseitigen, sich so empfindlich und entgegenkommend verhalte gegenüber Wünschen des Beklagten in Bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Nichtigkeit? Erwägt man dazu noch, dass Allem nach Kläger Nichtigkeit des Urtheils überhaupt nicht geltend machen konnte, so wird man es innerlich viel wahrscheinlicher finden, dass das Processrecht der legis actiones die Interessen des Beklagten als hinlänglich gewahrt ansah, wenn es demselben die Nichtigkeitsbeschwerde eröffnete, sobald der Kläger mit manus iniectio iudicati vorging, sonst aber nicht.

Einem unzweideutigen Quellenzeugnisse müssten die vorstehenden Erwägungen allerdings weichen, und ein solches führt Voigt für die actio revocatoria auf Seite des Beklagten denn auch (II, S. 658) an: es ist die vielverhandelte Stelle in der Rede Cicero's pro Flacco 21, 49: ut si

iudicatum negaret, in duplum iret. Es ist — zu so manchen Zweifeln die Stelle auch sonst Anlass giebt — zuzugestehen, dass hier nach dem ganzen Zusammenhang am ehesten an ein angriffsweises Vorgehen des Beklagten, wobei es sich um Nichtigerklärung eines früheren Urtheils handelt, unter der Gefahr des duplum zu denken ist; auch der Ausdruck in duplum ire spricht dafür[31]). Aber es ist doch nicht zu übersehen, dass wir da im System des Formularprocesses und in der iurisdictio des Provincialstatthalters über Peregrinen stehen: das, was hier galt, ohne Weiteres auf den Legisactionsprocess zu übertragen, scheint ein sehr wenig kritisches Verfahren zu sein. Uebrigens wird noch weiter unten zu zeigen sein, dass die Stelle selbst für den Formularprocess und dessen actio iudicati nicht berechtigt, dem Beklagten unbeschränkt und ganz nach seinem Belieben die Befugniss zuzusprechen, die Nichtigkeit eines Urtheils klageweise geltend zu machen.

Wir kommen demnach zu folgendem Ergebniss. Im alten Process giebt es keine actio, um ein Geschworenenurtheil als nichtig zu beseitigen. Eine solche Beseitigung liegt vielleicht, wenn ich mich so ausdrücken darf, überhaupt nicht im ursprünglichen Plane dieses Processes. Aber die Formel der leg. actio per manus iniectionem eröffnete die Möglichkeit, dass der für den Beklagten sub periculo dupli eintretende Vindex die Rechtsgiltigkeit des Urtheils in der Defensive bestreiten konnte. Nur als infitiatio gegenüber der genannten leg. actio giebt es im altcivilen Process eine

[31]) Krüger Consumption S. 30 Note 5 denkt allerdings auch hier an defensives Bestreiten der Giltigkeit des Judicats, und nimmt demgemäss an, der Kläger (Hermippus) sei, um solches zu ermöglichen, genöthigt worden, die actio iudicati gegen den Beklagten (Heraklides) anzustellen, obwohl er Befriedigung erhalten hatte.

Nichtigkeitsbeschwerde. Diese Beschränkung ist es unseres Erachtens, welche die durchgängige Nothwendigkeit einer actio iudicati in der Execution des Formularprocesses erklärt.

Die lex Aebutia hat die leg. actio per manus iniectionem, wie die lex col. Iul. Genet. c. 61 (Worte: iudicati iure manus iniectio esto) beweist, nicht abgeschafft; es wird dies also, da sie zu Gaius' Zeit nicht mehr besteht (4, 31), durch die leges Iuliae geschehen sein, von denen Gaius 4, 30 nicht minder, als von der lex Aebutia, aussagt, dass durch sie sublatae sunt istae legis actiones. Gleichwohl wird die Frage, wie die alte Execution zu ersetzen sei, schon vor den leges Iuliae an die beiden Prätoren zu Rom herangetreten sein: denn einerseits kam die leg. act. per manus iniectionem in der Jurisdiction des praetor peregrinus nur insoweit vor, als es sich um Peregrinen mit commercium (und legis actio) handelte[32]), und andererseits erforderte auch inter cives die manus iniectio iudicati ein iudicatum im Sinne eben dieser legis actio, und ein solches wird jedenfalls nur ein in einem iudicium legitimum ergangenes Urtheil gewesen sein, vielleicht sogar nur ein solches, welches auf eine Formel mit den Erfordernissen, die Gai. 4, 107 angiebt, ergangen war.

War also das iudicium kein iud. legitimum, war z. B. ein Peregrine Kläger, so fand schon vor den leges Iuliae keine manus iniectio iudicati zum Zweck der Execution statt. Wenn man nun die Lage des Beklagten in der Executionsinstanz nicht verschlechtern wollte, so musste diesem

[32]) Zur Zeit des Gaius sind das, wenn man von solchen Fällen absieht, wo ausnahmsweise an nichtlatinische Peregrinen commercium verliehen wurde (Vgl. Ulp. fr. 19, 4), nur noch latini, und an diese ist denn auch Gai. 4, 31 gedacht. Vgl. hierüber die zweite Abhandlung.

die Möglichkeit gewahrt bleiben, Nichtigkeit des Urtheils geltend zu machen. War dies bisher nur im Wege der Defension möglich gewesen und hielt man an dem Grundsatze fest, Geschworenenurtheile auf dem Weg der Klage nicht umstossen zu lassen, so ergab sich die Aufgabe, die Execution wieder so zu organisieren, dass der Executionssucher ebenfalls mit actio vorzugehen hatte. Die Lösung dieser Aufgabe fiel, da ein Gesetz die Sache nicht regelte, dem Prätor zu, und er löste sie durch die actio iudicati, die wir demnach als eine prätorische Klage anzusehen haben [33]). Die actio iudicati ist danach von dem Execution suchenden Gläubiger anzustellen, nicht wenn und weil der Beklagte die Giltigkeit des Urtheils bestritten hat, sondern sie ist ausnahmslos anzustellen, damit der Beklagte, wie bisher, die Möglichkeit habe, die Giltigkeit des Urtheils im Wege der infitiatio anfechten zu können. Dass der Prätor die Aufgabe auch in anderer Weise hätte lösen können, ist ja zweifellos; es wird aber auch nicht bestritten werden können, dass diese Lösung diejenige war, die sich an den alt-civilen Process am engsten anschloss. Ein solcher enger Anschluss musste sich schon deswegen im höchsten Grade empfehlen, weil, wie schon bemerkt, von der lex Aebutia bis zu den leges Iuliae neben der prätorischen Executionseinleitung die civile durch leg. act. per manus iniectionem noch fortbestand. Hielt man aber daran fest, dass ein Urtheil nicht durch unmittelbaren Angriff, sondern nur in der bisherigen Weise durch infitiari gegenüber einer actio beseitigt werden

[33]) Dies hat schon Bethmann-Hollweg (Civ.-Proc. II S. 635 Note 29) durch Combination von l. 35 pr. de obl. et act. (44, 7) mit l. 6 § 3 de re iud. (42, 1) erwiesen. Vgl. jetzt auch Lenel ed perp. S. 355.

könne, so kam darin der Entschluss zum Ausdruck, in das System des Formularprocesses nicht bloss das Institut des Civilgeschworenen herüberzunehmen, sondern auch die Autorität des Geschworenenurtheils in der alten Weise hochzuhalten.

Hatte der Executions-Sucher mit actio iudicati zu beginnen, so war auch der einfachste Weg gewiesen, dem Beklagten die bisher in der Executionsinstanz zuständigen materiellen Defensionen — Einrede der Zahlung und der einer solutio gleichgestellten Satisfactionen — offen zu halten und nöthigenfalls ihm neue zu gewähren. Dies führt uns zu der formula der actio iudicati.

Ist diese eine prätorische actio, so ist von vornherein wahrscheinlich, dass sie in factum concipiert war; kann aber schon das civile Vorbild, die Formel der leg. actio per manus iniectionem, nicht ohne eine gewisse Berechtigung als in factum concipiert bezeichnet werden, so dürfte jene Wahrscheinlichkeit der Gewissheit ziemlich nahe kommen. Sicher musste der Beklagte sich nach wie vor vertheidigen können dadurch, dass er sagte: iudicatum non est im Sinne der Behauptung der Nichtigkeit des Urtheils, und ferner durch Behauptung der Zahlung und was dieser gleichzustellen. Diesen Anforderungen würde eine Formelconception si paret N$^{\underline{\underline{um}}}$ A$^{\underline{o}}$ HS. X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse meines Erachtens vollkommen genügen, wie sich auch weitere Condemnationsbedingungen ohne Schwierigkeit anreihen liessen. Die Condemnatio würde in dem gegebenen Falle auf 20000 lauten; wenigstens sehe ich nicht ein, warum das Duplieren nicht ebensowohl vom Prätor resp. dessen Schreiber bei der Formelconception besorgt werden konnte, als von dem Judex in dem Urtheil; die Formel machte sich auf diese Weise sogar einfacher.

Für den Fall, dass das Urtheil in einem iudicium legitimum ergangen war, eine andere Formel zu postulieren, als dann, wenn ein iudicium quod imperio continetur Statt gefunden hatte, sehe ich keinen zwingenden Grund, obwohl auch Lenel, der die bezüglichen Formel-Conceptionen von Bethmann-Hollweg und Rudorff meines Erachtens mit Recht ablehnt, geneigt ist (ed. perp. S. 355), eine verschiedene Formulierung anzunehmen. Nur für die Zeit zwischen der lex Aebutia und den leges Iuliae nehmen wir einen Unterschied an, aber nicht in der Formel, sondern darin, dass im Falle des iud. legitimum Execution durch manus iniectio iudicati, im Falle des iud. quod imperio continetur dagegen actio iudicati Statt fand; diese auch auf Verurtheilungen in iudicio legitimo zu übertragen, als die leges Iuliae mit der leg. a. per manus iniectionem ein Ende machte, war höchst einfach [34]).

Macht aber nicht im Falle eines iud. quod imperio continetur das Wort iudicatus in der Formel der actio iudicati Schwierigkeit? Wir meinten oben, dass für Execution im Falle von iudicium quod imperio continetur die noch fortbestehende leg. actio per manus iniectionem iudicati deshalb nicht anwendbar war, weil ein in solchem iudicium Verurtheilter nicht als iudicatus im Sinne der alten Spruchformel gelten konnte; konnte denn ein solches Urtheil den Schuldner für die formula der actio iudicati zum iudicatus machen? Wir sehen nicht ein, weshalb ein Wort, welches man zwar in der uralten Formel einer legis actio in dem genau begrenzten Sinne weiter anwendete, indem es von Alters her verstanden wurde, in einer prätorischen Formel nicht gleich von Anfang an in laxerer Weise habe angewendet werden können. Uebrigens lässt sich auch Folgendes denken. Der in einem iudicium quod imperio continetur Verurtheilte war jedenfalls condemnatus. Dies Wort kann in der ursprünglichen Formel der aº iudicati gestanden haben [35]); als dann die manus iniectio iudicati wegfiel, kam in das Edict für Urtheile, welche in iudicia legitima ergangen waren, eine weitere Formel mit dem Worte iudicatus, und diese actio iudicati ging allein in das Hadrianische Edict über, weil man nunmehr in dieser Beziehung über den Unterschied von iudicia legitima und imperio continentia hinwegsah [36]). Von da an würde dann der (von Lenel ed. perp. S. 355 und Note 1 bemerkte) Sprachgebrauch datieren, dass, wo in den Quellen von Streit über die Giltigkeit eines Urtheils die Rede ist, das Wort iudicatus gebraucht wird, wogegen, wenn bloss die Thatsache des Verurtheiltseins bezeichnet werden soll, das Wort

[34]) Ob die lex Iulia dies verordnete, oder ob der Stadtprätor in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung selbstständig vorgieng, muss dahingestellt bleiben. Im ersten Fall wäre die actio iudicati insoweit zwar eine civile geworden, aber sie hätte keine intentio iuris civilis (auf dare, facere etc. oportere) gehabt; eine solche hatte aber auch die Spruchformel leg. act. per manus iniectionem nicht. Wenn Wlassak röm. Processgesetze I S. 98 f. dafür, dass die act. iudicati unter Umständen actio civilis war, auf das iudicatum facere oportere Gai. III, 180 sich beruft, so ist in dieser Beziehung von Lenel ed. perp. S. 354 schon ganz treffend bemerkt, dass diese Worte so wenig formelmässig zu sein brauchen, wie das eben dort erwähnte condemnari oportere.

[35]) Condemnatus kann allerdings in dem Sinne einer rechtsgiltigen (nicht bloss im Sinne einer thatsächlich erfolgten) condemnatio gebraucht werden, vgl. l. 4 § 6 de re iud. (42, 1), so dass also auch hier dem Beklagten die defensio offenblieb, das Urtheil sei ungiltig.

[36]) In der Formulierung der exc. rei iudicatae bezieht sich der Ausdruck res iudicata zweifellos ebensowohl auf Urtheile, die in iudicia legitima, als auf solche, die in iudicia imper. cont. ergangen sind; ja ursprünglich bezog er sich bloss auf letztere, vgl. die erste Abhandlung S. 15. Dies spricht für die im Text zuerst vorgetragene Auffassung der Sache.

condemnatus gebräuchlich ist; so dass, wenn condemnatus zugleich die Rechtsgiltigkeit der Verurtheilung einschliessen soll, dies besonders bemerkt wird, wie in der citierten l. 4 § 6 de re iud. 42, 1.

Man könnte ferner etwa sagen wollen: dass im Falle des infitiari eine Verurtheilung auf das Doppelte erfolgt, beruht im alten Process doch sicher auf ius civile; daher ist eine actio honoraria auch nach Abschaffung der legis actiones bezüglich eines Urtheils aus iudicium legitimum nicht am Platze. Dieser Einwurf erledigt sich durch die Bemerkung, dass das alte ius civile den Vindex auf das Doppelte haften lässt; fällt dieser in der Execution weg und setzt nicht das Gesetz die Haftung auf das Doppelte für den Beklagten selbst fest, so war es eben Sache des Prätor, dies mittelst actio in factum zu thun.

Dafür, dass doch das Civilrecht „in irgend einer Weise, vielleicht durch Fiction, in die Formel hereinspielte", führt endlich Lenel l. c. noch den Umstand an, dass „nach Gai. III, 173 die Judicatsschuld per aes et libram getilgt zu werden pflegte". Zuvörderst hat Lenel hier sich nicht genau ausgedrückt, oder er hat Gaius missverstanden. Zur Zeit des Gaius, und gewiss schon Jahrhunderte vorher, wendete man aes et libra an nicht wenn der iudicatus zahlte, sondern wenn man ihm die Judicatsschuld mit civilrechtlicher Wirkung erlassen wollte. Dies beweist die Bezeichnung dieses Acts als species imaginariae solutionis bei Gaius a. a. O. Erklärt wird die Nothwendigkeit des Erlasses durch die Regel des actus contrarius: eine executionsmässige Schuld kann, ohne dass der Gläubiger befriedigt wird, nur actu contrario, also durch das Gegenstück desjenigen Geschäfts aufgehoben werden, welches eine executionsmässige Schuld begründet; wogegen, wenn der iudicatus

gezahlt (oder eine andere unter das solvere nach dem jeweiligen Stand der Jurisprudenz subsumierbare Befriedigungshandlung vorgenommen) hatte, ihn selbst im Geltungsbereich der manus iniectio iudicati die Clausel quandoc non solvisti vollkommen schützte. Was nun aber die Nothwendigkeit einer nexi liberatio zum civilrechtlich wirksamen Erlass einer Judicatsschuld für die Formel der actio iudicati ergeben könne, ist mir nicht klar.

Es frägt sich nun weiter, ob auch bei der actio iudicati der Kläger vorab die faktische Existenz eines Urtheils zu Ungunsten des Beklagten darzuthun hatte, ob also auch hier das Leugnen des iudicatum esse Seitens des Beklagten lediglich im Sinne einer Bestreitung der Rechtsgiltigkeit des Urtheils geschah? Die Gründe für die Bejahung sind auch hier ebenso durchschlagend, wenn auch die Güter, die für den Beklagten auf dem Spiele stehen, nicht mehr dieselben sind, wie im alten Executionsverfahren. Auf der anderen Seite ist dem Kläger das Erbringen eines solchen Nachweises in der späteren Zeit mit Einführung schriftlicher Fixierung der Geschwornenurtheile jedenfalls leichter gemacht worden als früher.

Zweifelhafter ist die Frage, ob es im Formularprocesse dabei geblieben, dass nur Beklagter und dieser nur im Wege der Defension die Nichtigkeit des Urtheils geltend machen konnte.

Zunächst könnte man sich auf Grund von Cicero pro Flacco c. 21 bewogen finden, diese Frage zu verneinen, und vielleicht sogar zu behaupten, dass im Formularprocess von Anfang an dem Beklagten auch aggressive Nichtigkeitsbeschwerde offengestanden habe, welchenfalls die oben gegebene Erklärung der durchgängigen Nothwendigkeit einer förmlichen actio iudicati unrichtig wäre, freilich dann auch

eine anderweite Erklärung verlangt werden müsste. Allein unseres Erachtens können aus jener Stelle so weit gehende Folgerungen, wenn man nicht sehr unvorsichtig sein will, nicht gezogen werden.

Der Sachverhalt der angegebenen Stelle ist, soweit er uns hier angeht, folgender. Unter der Verwaltung der Provinz Asia durch L. Valerius Flaccus hatte ein gewisser Hermippus gegen einen gewissen Heraklides vor Recuperatoren ein Urtheil auf Zahlung einer Geldsumme erstritten; da der Verurtheilte nicht zahlte, fand Personalexecution statt. Nun befriedigte derselbe seinen Gläubiger, indem er ihm einige Sclaven an Zahlungs Statt gab[37]). In Folge dessen wurde er aus der Privathaft entlassen. Als nun Cicero's Bruder Quintus die Verwaltung der Provinz übernahm, wurde Heraklides bei demselben vorstellig, indem er behauptete, recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse. Darauf erliess Q. Cicero folgendes Decret: ut, si iudicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.

Letzteres wird doch wohl von restitutio in integrum wegen metus zu verstehen sein, und zwar besteht die Restitution in Aufhebung des Urtheils und Erneuerung des Verfahrens vor denselben Recuperatoren. Man hat es auffallend gefunden, dass hier Restitution ohne causae cognitio Statt gefunden, und Schwalbach will deswegen entweder act. quod metus causa oder einfache Klage auf Rückgabe der

[37]) Anders kann der Sachverhalt nicht wohl gewesen sein. Cicero sagt, Heraklides habe dem Hermippus pauca mancipia verkauft, wohl nur, um die Freiwilligkeit dieses Vorgangs in ein helleres Licht zu stellen; im § 50 sagt er selbst, Heraklides habe behauptet, auch dies sei per vim geschehen. Aus welchem Grunde Bethmann-Hollweg Civ.-Proc. II, S. 726 N. 34 annimmt, der Kläger sei nur theilweis befriedigt worden, kann ich nicht ausfindig machen.

Sclaven annehmen (a. a. O. [oben S. 3] S. 119 Note 1), wogegen Krüger (Consumption S. 30 Note 5) meint, Hermippus habe, weil er seiner Sache sicher war, gegen die Restitution nichts einzuwenden gehabt. Mir scheint eine causae cognitio deshalb unterblieben zu sein, weil sie auch dann, wenn Hermippus etwa widersprochen hätte, überflüssig war: einem berechtigten Interesse desselben wurde nämlich dadurch in keiner Weise präjudiciert. Der Fall liefert ein höchst interessantes Beispiel dafür, wie unter Umständen schon frühe die Entscheidung über die causa restitutionis dem Geschwornen überlassen wurde. Hier geschah es in der allereinfachsten Weise: hatten die jetzt wieder urtheilenden Recuperatoren früher wirklich unter dem Einfluss von metus gegen ihre Ueberzeugung geurtheilt, nun so werden sie jetzt anders urtheilen; andernfalls werden sie denselben Spruch fällen wie früher; ein besonderer Ausspruch darüber, dass sie damals unter dem Einfluss von metus gestanden, wird ihnen nicht zugemuthet und ist auch nicht nöthig. Der Kläger Hermippus musste allerdings die Sache zum zweiten Male vor den Recuperatoren führen; that er es nicht, so blieb es bei der Rescission des zuerst gesprochenen Urtheils. That er es aber und behielt er Recht, so hatte er zwar die Mühe einer nochmaligen Verhandlung, aber die hätte er auch gehabt, wenn Quintus Cicero über den metus cognosciert hätte. Allem nach scheint es mir gerechtfertigt, wenn Cicero gelegentlich dieses Decrets von aequitas und prudentia seines Bruders spricht. Kein Zweifel wird übrigens darüber bestehen können, dass das praktische Ziel dieser Restitution, wenn Heraklides sich darauf eingelassen hätte, die Rückgängigmachung der auf Grund des ersten Urtheils geschehenen datio in solutum gewesen wäre.

Eben dieses ist auch zu sagen von dem Mittel, welches

dem Heraklides für den Fall zu Gebote gestellt wird, dass er iudicatum negaret, was sich hier, entsprechend dem oben Ausgeführten, lediglich auf Bestreitung der Rechtsgiltigkeit des Urtheils bezieht. Dies Mittel wird bezeichnet als in duplum ire, und es kann zunächst kaum zweifelhaft sein, dass darunter ein mit dem periculum dupli verbundenes Vorgehen gegen das erste Urtheil verstanden ist. Ein Vorgehen, also Angriff; da Hermippus befriedigt ist — andernfalls würde er den Heraklides nicht losgelassen haben, ohne sich wegen der Restschuld Sicherheit zu verschaffen — kann er die Nichtigkeit des Urtheils im Wege der Defensive nicht geltend machen.

Zweifelhafter ist, wie man sich dies in duplum ire processual zu denken habe. Nimmt man an, es sei mit diesem in duplum ire lediglich Fesstellung der Nichtigkeit des früheren Urtheils erstrebt und erreicht worden (woran sich dann im Falle des Heraklides ein zweiter Process auf Rückgabe der Sclaven angeschlossen haben würde): so hätte man zwischen formula praeiudicialis und einem Verfahren mit sponsio praeiudicialis zu wählen. Die Wahl kann nicht schwierig sein; es ist sehr unwahrscheinlich, dass es in dieser Zeit schon formulae praeiudiciales gab. Uns scheint aber eine andere, schon von Bethmann-Hollweg [38]) vertretene Annahme mehr für sich zu haben, dass hier die klageweise Geltendmachung der Nichtigkeit des Urtheils mit der Rückforderung des auf Grund des Urtheils Geleisteten präparatorisch verbunden wurde, ähnlich wie die querela inofficiosi mit der hereditatis petitio. Dieser modus procedendi würde, abgesehen von der Vereinfachung des Ver-

[38]) Und zwar nimmt er dies an nicht bloss für das in duplum re, sondern auch für die von ihm damit identificierte in duplum revocatio, Civ.-Proc. II S, 726 und Note 34.

fahrens, auch das für sich haben, dass der Angriff auf das Geschworenenurtheil in diesem Falle nicht ein direkter wäre, vielmehr processual bloss als Substanzierung des Rückforderungsanspruchs sich darstellen und so zu der bloss defensiven Geltendmachung der Nichtigkeit in einen weniger scharfen Gegensatz treten würde, als irgend ein Verfahren, das im Wege der Klage lediglich Annullierung des Urtheils anstrebt. Ob übrigens dieser Combinierung von Nichtigkeitsbeschwerde und Rückforderung der Satz im Wege stehe, dass das ex causa iudicati Gezahlte mit cond. indebiti nicht zurückgefordert werden kann (l. 74 § 2 de iud. 5, 1; l. 36 fam. herc. 10, 2), ist bekanntlich bestritten. Zweifellos hätte es einen ganz guten Sinn, diesen Satz aufzustellen und dennoch Rückforderung sub poena dupli zu gestatten. Nur das soll ausgeschlossen sein, dass der verurtheilte Beklagte das Urtheil ohne Risiko zu beseitigen unternimmt; nicht Rückforderung überhaupt, sondern Rückforderung mit der condictio indebiti ohne poena dupli wäre danach ausgeschlossen. Ob aber für dieses in duplum ire eine besondere Formel existierte, oder ob die gewöhnliche Condictionsformel [39]) gegeben wurde, muss dahingestellt bleiben; in dem einen wie in dem andern Falle wird der gegen das Urtheil Vorgehende dem früheren Kläger für den Fall des Unterliegens das duplum haben promittieren müssen, widrigenfalls ihm actio denegiert wurde.

[39]) Dass in der Zeit Cicero's die Entwicklung der Condictionen schon im Gange war, zeigt l. 8 de cond. causa d. 12, 4, wonach Servius in dem dort angegebenen Falle condictio ob causam datorum gab. Daraus, dass Q. Cicero auch bezüglich des in duplum ire Decret erliess, lässt sich schliessen, dass er in seinem Edict darüber nichts hatte; in Rom scheint aber die Sache geläufig gewesen zu sein, sonst würde Cicero sich doch wohl umständlicher haben ausdrücken müssen.

Ob wir uns nun die aggressive Nichtigkeitsbeschwerde des Heraklides mit der Rückforderungsklage verbunden, oder aber als selbständiges Rechtsmittel mit darauf folgender Rückforderungsklage denken mögen: jedenfalls muss nun geprüft werden, ob und welche weitergehende Folgerungen aus dem Falle Hermippus contra Heraklides gezogen werden können. Unbefugtes Generalisieren hat gerade im Gebiet der Wissenschaft des römischen Rechts zu erheblichen und langlebigen Irrthümern geführt, und dies ist sehr erklärlich: wo uns die Rechtssätze gewöhnlich eingewickelt in concrete Fälle entgegentreten, wir also, um die Rechtssätze herauszustellen, fort und fort von gewissen Besonderheiten absehen müssen, ist die Gefahr, darin zu weit zu gehen, viel grösser, als es sonst der Fall wäre. Daran sich eine Warnung zu nehmen, wird nützlich sein: ehe man eine nicht ganz offenbar gleichgiltige Einzelheit eines Falles für irrelevant erklärt, soll man sich Rechenschaft darüber ablegen, ob man dazu auch befugt sei. In unserem Falle sind nun gewisse Besonderheiten enthalten, welche in dieser Richtung geprüft werden müssen.

Es enthält der concrete Fall die Besonderheit, dass das in duplum ire von Seiten des Beklagten geschieht, nachdem derselbe den Kläger wegen des Judicats befriedigt hat. Kann das als irrelevant gelten, darf man also dasselbe Vorgehen dem verurtheilten Beklagten auch dann zugestehen, wenn er noch nicht gezahlt, den Executionsangriff des Klägers also noch zu erwarten hat? Und weiter: kann im Formularprocesse auch der abgewiesene Kläger in duplum ire? Beides muss unseres Erachtens verneint werden.

Es wird nicht bestritten werden können, dass für die Zulassung aggressiver Nichtigkeitsbeschwerde in dem Falle, wo Beklagter gezahlt hat, also actio iudicati und damit die

Möglichkeit defensiver Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist, ein ohne Vergleich stärkeres praktisches Bedürfniss spricht, als in irgend einem Fall eines noch nicht bezahlten Judicats. Dies zumal in dem Falle (auf den ich das in duplum ire beschränken möchte), wo der Verurtheilte, als er leistete, in verzeihlichem Irrthum über die die Nichtigkeit des Urtheils begründenden Thatsachen sich befand[40]). In einem solchen Falle angriffsweise Nichtigkeitsbeschwerde zu gestatten, musste man sich auch dann entschliessen können, wenn man im Princip daran festhielt, dass Nichtigkeit eines Urtheils nur in der Defensive geltend gemacht werden könne; es war das eine Ausnahmebestimmung, gerechtfertigt durch eine Ausnahmslage, und insofern mehr eine Ergänzung des bisherigen Rechts, als ein Bruch mit demselben. Einen zweifellosen Bruch mit demselben aber hätte es bedeutet, wenn man dem Beklagten angriffsweise Nichtigkeitsbeschwerde nach seinem Belieben auch da gestattet hätte, wo es ihm offen stand, einfach die actio iudicati abzuwarten. Einen solchen Bruch anzunehmen, sind wir ohne Anhalt in den Quellen nicht befugt; ein solcher aber liegt in dem Quellenmaterial dieser Zeit und zweier folgender Jahrhunderte nicht vor. Wer diesen Bruch aber gleichwohl auf Grund jüngerer, gleich zu besprechender Zeugnisse annehmen würde, der würde gleich noch einen guten Schritt weiter zu gehen, einen noch grösseren Bruch zu statuieren haben: er müsste behaupten, dass im Formularprocess von Anfang an auch dem abgewiesenen Kläger aggressive Nichtigkeitsbeschwerde zu-

[40]) Ist das Decret Q. Cicero's: ut si iudicatum negaret in duplum iret Ertheilung einer Rückforderungsklage mit periculum dupli für den Kläger, so kann nach dem Obigen diese decretale Actionsverleihung auch aufgefasst werden als restitutio in integrum wegen error, wobei ebenfalls dem Geschworenen die Cognition über den error zufiel. Später kann das edictal geworden sein.

gestanden habe. Denn es wäre erstens, wie schon oben bemerkt wurde, in hohem Grade unwahrscheinlich, dass man dem Beklagten zwei Mittel gegeben hätte zur Beseitigung einer Verurtheilung auf Grund von Nichtigkeit, dem Kläger keines zur Beseitigung einer Abweisung aus demselben Grunde; zweitens aber enthält das jüngere Quellenmaterial ein Zeugniss für Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers nicht minder, als für aggressive Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten.

Inwiefern diese späteren Quellen einen Rückschluss auf den älteren Formularprocess gestatten, muss freilich untersucht werden. Bevor wir dazu übergehen, wollen wir nur noch eins bemerken. Wer auf Grund derselben eine Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers im Formularprocess der älteren Zeit annimmt, steht derselben Schwierigkeit gegenüber, wie derjenige, welcher ein Gleiches für den Legisactionsprocess annimmt: dass nämlich die Beseitigung des Urtheils als eines nichtigen dem Kläger, wenigstens im Falle von iudicium legitimum, gar nichts genützt hätte. Wie nämlich in der Abhandlung über exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dargelegt ist, wird im Falle von iud. legitimum die processuale Consumption, wenn sie nicht ipso iure eintritt, durch exc. rei in iudicium deductae realisiert. Der mit der abgewiesenen Klage aufs Neue vorgehende Kläger findet also in diesem Falle keine exc. rei iudicatae vor, gegen die er replicando die Nichtigkeit des Urtheils geltend machen könnte[41]); und denkt man sich seine Nichtigkeits-

[41]) Wir können uns daher auch nicht mit der Auffassung A. Meyer's (Zeitschr. f. Rechtsgesch. II, c. 311 ff.) befreunden, wonach das in duplum ire — dessen Identität mit dem in duplum revocare nach Meyer l. c. S. 312 sich „ganz von selbst versteht" — auf den Fall zu beziehen wäre, dass Jemand als Beklagter in einer rei vindicatio, auf Grund dem Gegner günstiger pronuntiatio, die Sache diesem

beschwerde in einem besonderen Verfahren (welches also mit Nichtigerklärung des gesprochenen Urtheils enden würde), so ist damit wiederum der dem Beklagten zuständigen exc. rei in iudicium deductae gegen die zum zweiten Male angestellte Klage der Boden keineswegs entzogen. Der Prätor hätte schon diese Exceptio denegieren, bezw. bezüglich der ipso iure eingetretenen Consumption eine Fiction der Formel inserieren müssen. Alle diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn wir die zuletzt besprochene Generalisierung des Falles der Rede pro Flacco ablehnen.

Hienach kämen wir für den Formularprocess, soweit bezw. seitdem in demselben die Execution durch leg. act. per man. iniectionem unzulässig ist, zu der Aufstellung: Nichtigkeitsquerel nur für den Beklagten und nur in Gestalt der infitiatio auf act. iudicati, ausgenommen in dem Falle, wo aus dem Judicat schon geleistet ist.

Vielleicht steckt aber schon hierin eine unzulässige Generalisierung. Ist es zulässig, davon zu abstrahieren, dass der Process Hermippus wider Heraklides in der Provinz spielt? Will man darauf eine Antwort geben, so wird man zu untersuchen haben, ob der Umstand, dass das Geschwornenurtheil in einem iudicium quod imperio continetur gesprochen wurde, geeignet ist, eine abweichende Behandlung der Nichtigkeitsquerel zu motivieren. Hiebei kommt nun Folgendes in Betracht.

herausgegeben hat, und nun gegen diesen seinerseits mit rei vindicatio vorgeht, der exc. rei iudicatae mit der Replik der Ungiltigkeit der pronuntiatio, aber sub periculo, begegnend. In dem Falle Heraklides, auf den Meyer diese Procedur etwas künstlich überträgt (S. 317), wäre sie insofern möglich, als hier exc. rei iudicatae entgegengesetzt werden müsste; aber ohne Zeugniss in den Quellen möchte ich nicht annehmen, dass man den verurtheilten Peregrinen besser gestellt, als den in einem iud. legitimum verurtheilten römischen Bürger.

Wie wir gesehen haben, ist Beklagter, wenn der vindex in der leg. act. p. man. iniectionem mit der infitiatio durchdringt, definitiv frei, weil die Anerkennung des Geschwornenurtheils als eines nichtigen die Wirkung des Satzes bis de eadem re ne sit actio nicht zu beeinträchtigen vermag. Ganz ebenso steht die Sache im Formularprocess, wenn das Urtheil in einem iudicium legitimum ergangen ist; die actio des Klägers ist durch Litiscontestation sei es ipso iure, sei es ope exceptionis rei in iudicium deductae consumiert. Anders dagegen im Falle von iud. quod imperio continetur. Ist hier das Urtheil durch Nullitätsquerel beseitigt, so kann Kläger die actio, mit der er früher obgesiegt, aufs Neue anstellen: denn Beklagter kann gegen die abermals angestellte actio nur exc. rei iudicatae opponieren, und es wird doch wohl kein Zweifel sein, dass, wenn Beklagter Nichtigkeit für sich geltend gemacht und damit Erfolg gehabt hat, er nun die Nichtigkeit auch gegen sich muss gelten lassen. Es ist also für den Beklagten die Sache noch nicht gewonnen, wenn er auch die Nichtigkeitsquerel durchgeführt und die Execution abgeschlagen hat, sondern erst dann, wenn das erste Urtheil auch materiell unrichtig war, bezw. als solches vom zweiten Richter erkannt und Kläger mit der aufs Neue angestellten Klage abgewiesen wird oder in Voraussicht dieses Erfolgs dieselbe gar nicht erst anstellt. Diese erhebliche Differenz konnte nun in folgender Weise zu einer verschiedenen Behandlung der Nichtigkeitsquerel führen. Da, wo der Kläger, auch wenn das Urtheil richtig war, mit der Nichtigkeitserklärung desselben definitiv beseitigt war, konnte man als Compensation statuieren, dass Beklagter das ex iudicato Gezahlte, auch wenn das Urtheil materiell unrichtig gewesen wäre, nicht mehr unter Anfechtung des Judicates zurückfordern könne. Da

aber, wo dem Beklagten die Beseitigung des Urtheils nichts half, wenn es nicht auch materiell unrichtig war, konnte man ihm die Geltendmachung dieser Unrichtigkeit (in Verbindung mit Nichtigkeitsquerel) auch dann noch gestatten, wenn er (irrthümlich) schon gezahlt hatte. Hienach würde das infitiari gegenüber der act. iudicati dem Formularprocess allgemein, das in duplum ire dagegen nur bezüglich der iudicia quae imperio continentur zuzuweisen sein; der Satz ferner, dass das auf ein Urtheil Gezahlte nicht zurückgefordert werden könne, würde absolut zu nehmen, aber auf Urtheile in iudiciis legitimis zu beschränken sein.

Der Annahme, dass auch im Formularprocesse die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Geschwornenurtheil nur dem Beklagten zugestanden habe, und auch diesem, abgesehen von dem Ausnahmefall des in duplum ire, nur im Wege des infitiari gegenüber der actio iudicati, steht in unserem gesammten Quellenmaterial bis in das dritte Jahrhundert p. Chr. nicht das Mindeste im Wege — also bis zu einer Zeit, in welcher der Formularprocess seinem Ende entgegenging und das Cognitionsverfahren schon weit um sich gegriffen hatte, in den Provinzen vielleicht schon zur Regel geworden war. Erst in den in die ersten Jahre der Alleinherrschaft des Caracalla fallenden [42]) Sentenzen des Paulus finden sich einige Sätze, aus welchen man von jeher eine viel weiter gehende Ausbildung des Nichtigkeitsbeschwerderechts im Formularprocesse hergeleitet hat, und dazu tritt unterstützend hinzu ein Rescript des Kaisers Alexander vom Jahre 227, welches uns in den dürftigen

[42]) Fitting, Alter der Schriften röm. Juristen S. 48; Mommsen, Zeitschrift f. Rechtsgesch. 9, S. 114 fg.

auf uns gekommenen Resten des Codex Gregorianus (X, 1, 1) erhalten ist.

Das Rescript lautet:

Quae in libello contulisti, praesidi provinciae allega, qui non ignorat, eum qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti aut in duplum revocare posse.

Aehnlich heisst es in den sententiae des Paulus (V, 5a § 6a Krüger):

Ab ea sententia quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revocari potest.

Dem entspricht bezüglich der confessio der § 7 ib. (al. 5):

Confessionem suam reus in duplum revocare non potest.

Ausser in duplum revocatio erwähnt der § 8 desselben Titels noch ein weiteres Rechtsmittel:

Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari. longum antem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, et inter absentes vicennii computatur.

Ehe wir daran gehen, zu untersuchen, ob diese Stellen eine Berichtigung bezw. Ergänzung des bisher von uns für den Formularprocess angenommenen Rechtszustandes erheischen, ist zunächst festzustellen, welchen Rechtszustand sie selbst bezeugen.

Was zuvörderst die in duplum revocatio angeht, so wird von Niemand bezweifelt [43]), dass damit ein früheres Urtheil sub poena dupli als nichtig angefochten wird, und dass sie dem Beklagten zusteht.

Zweifellos ist weiter, dass diese in duplum revocatio

[43]) Auch A. Meyer (oben Note 41) nimmt dies an, nur statuiert er eine eigenthümliche Beschränkung dieses Rechtsbehelfs.

vom Beklagten beliebig, nicht etwa bloss in der Defensive gegen den mit a° iudicati vorgehenden Kläger, gebraucht werden kann. Denn die a° iudicati ist perpetua (l. 6 § 3 de re iud. 42, 1); die Beschränkung einer nur vertheidigungsweise vorzubringenden Nichtigkeitsquerel auf 10 oder 20 Jahre hätte dem gegenüber keinen Sinn.

Zweifelhaft dagegen ist

1. ob die revocatio in duplum auch dem abgewiesenen Kläger zustund;

2. ob der Beklagte neben der revocatio in d. auch die rein defensive Nichtigkeitsbeschwerde hatte;

3. ob die revoc. in d. lediglich auf Rückforderung des aus dem Judicat Geleisteten gieng (welchenfalls natürlich die Frage zu 2 in bejahendem Sinne zu entscheiden wäre), oder ob sie auch abgesehen von einer geschehenen Leistung gebraucht werden konnte. Als zweifelhaft müssen wir das bezeichnen, insofern das Wort revocare keineswegs, wie mitunter angenommen wird [44]), schon für sich ein durchschlagender Grund ist, Rückforderung anzunehmen. Object des revocare kann sehr wohl die sententia sein; ja die Verbindung confessionem suam in duplum revocare bei Paulus nöthigt geradezu, dies zu unterstellen (vgl. auch eadem quaestio revocatur l. 3 de exc. rei iud. 44, 2).

Des Weitern ist festzustellen, was gemeint sei mit den Worten des Paulus: res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest. Dass sie auf den Kläger gehen, darf kraft der Worte in iudicium deducere als sicher angenommen werden. Die Ansicht von Cuiacius [45]) und

[44]) Von Bethmann Hollweg Civ.-Proc. II, S. 726; ihm folgt Demelius, Confessio im röm. Civ.-Proc. S. 226.

[45]) Cuiacius ist übrigens weit entfernt, von seiner Ansicht befriedigt zu sein, wie seine Aeusserungen (op. I, col. 423, Venet. 1758) deutlich genug zeigen.

Anderen, dass damit das Anstellen der a. iudicati gemeint sei, ist nicht haltbar: einmal, weil schlechterdings kein Grund vorliegt, das Zeugniss der l. 6 § 3 de re iud. über die Perpetuität der a. iudicati zu beanstanden; sodann aber auch deshalb, weil das Anstellen der a. iudicati mit jenem Ausdruck zutreffend gar nicht bezeichnet werden könnte. In Folge des Anstellens der a. iudicati wird ja für gewöhnlich gar nichts in iudicium deduciert, weil es zu einem solchen gar nicht kommt; wenn es aber zu einem iudicium kommt, so wird die a. iudicati und damit die Frage, an iudicatum sit, in iudicium deduciert und darüber ist nicht schon früher einmal judiciert worden.

Aber auch für eine lediglich auf Annullierung des früheren Urtheils gerichtete Nichtigkeitsquerel, etwa mit formula praeiudicialis (oder Präjudicialsponsion) zum Austrag zu bringen, passt der Ausdruck rem iudicatam in iudicium deducere durchaus nicht; nicht eine schon abgeurtheilte Sache, sondern die noch nicht abgeurtheilte quaestio an iudicatam sit würde hier in iudicium deduciert werden.

Danach wird es bei der von Huschke [46]) aufgestellten Ansicht zu verbleiben haben, wonach die in Frage stehende Aeusserung des Paulus so zu verstehen ist, dass Kläger die Klage, mit der er abgewiesen worden, aufs Neue anstellt und der exc. rei iudicatae die infitiatio „iudicatum non est“ im Sinne einer Nichtigkeitsquerel entgegenstellt. So wird in der That der schon einmal abgeurtheilte Anspruch (im Falle, wo der Kläger durchdringt: der äusserlich abgeurtheilte Anspruch) nochmals in iudicium deduciert. Formelmässig würde sich die Sache wohl so gemacht haben, wie Lenel (ed. perp. S. 356 Note 5) annimmt: dass der Beklagte, da die Nichtigkeitsquerel des Klägers nur infitiatio der exc. rei iudicatae und nicht replicatio ist, mit der exc. rei iud. die praescriptio longi temporis für den Fall verbindet, dass das Urtheil ungiltig sein sollte. Sicher unrichtig ist die Behauptung Merkel's (S. 153 der oben Note 46 citierten Abhandlung), dass post longum tempus die exc. rei iud. für den Beklagten überflüssig sei. Wenn Beklagter gegen die nochmals angestellte actio die exc. rei iudicatae nicht begehrt, so würde eben über die Sache verhandelt und eventuell Beklagter verurtheilt werden. Durch das longum tempus wird die exc. rei iud. nicht überflüssig, sondern unangreifbar; die Berufung auf longum silentium [47]) richtet sich ja nicht gegen die nochmalige Anstellung der abgewiesenen Klage — dagegen geht schon die exc. rei iudicatae — sondern, modern gesprochen, gegen die Nichtigkeitsreplik. Uebrigens dürfte die Art wie Paulus sich ausdrückt ein ziemlich starkes Indiz dafür sein, dass dieses rem iudicatam in iudicium deducere für den Kläger das einzige Mittel war, um das Urtheil als nichtig zu beseitigen. Danach würden wir es vielleicht (d. h. wenn unsere Ansicht über das in duplum ire richtig ist) als Princip der römischen Nichtigkeitsquerel hinstellen können, dass man sich mit Aussprechen der Nichtigkeit nur begnügt, wo dádurch schon dem praktischen Interesse des Beschwerdeführers genügt ist, also wenn Beklagter vor der Leistung aus dem Judicat die Querel erhebt; dass in allen anderen Fällen

[46]) In der iurisprud. anteiust. zu Paul. V, 5 a § 8. Ihm stimmen neuerdings zu Schwalbach, cit. S. 117; Lenel, ed. perp. S. 356 Note 5; Merkel, Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Rechts II, S. 153.

[47]) Dieses longum silentium müsste übrigens auch nach Merkel der Beklagte geltend machen und beweisen; wie kann er das anders, als indem er darthut, dass eben diese Sache schon früher abgeurtheilt wurde?

aber, also wenn Beklagter schon geleistet hat und wenn Kläger das Urtheil angreift, die Nichtigkeitsbeschwerde immer gleich in Verbindung mit der Klage gebracht werden muss, welche zuständig ist, wenn das Urtheil ungiltig ist.

Das Bild, welches nach den vorstehenden Erörterungen sich darstellt, ist ein wesentlich anderes, als dasjenige, welches sich uns für die ältere Zeit des Formularprocesses ergeben hat. Diese Verschiedenheit ohne Weiteres dadurch zu beseitigen, dass man das Bild des früheren Zustandes nach Massgabe des späteren ergänzt, hat seine Bedenken, schon wegen der Grösse des Zeitraums, der zwischen den betreffenden Zeugnissen liegt. Dazu kommt Folgendes hinzu. Das rem iudicatam in iudicium deducere würde im Formularprocess allgemein verwendbar gewesen sein nur unter der Voraussetzung, dass auch im Falle von iudicium legitimum die Consumption, wenn Urtheil ergangen ist, nur mittelst exc. rei iudicatae geltend gemacht werden kann. Dass diese Voraussetzung nicht zutrifft, vielmehr die Consumption durch litis contestatio im Falle von iudicium legitimum bis zum Ende des Formularprocesses geblieben ist, glauben wir im letzten Abschnitte der ersten Abhandlung wenigstens in hohem Grade wahrscheinlich gemacht zu haben. Ueber diese Bedenken uns hinwegzusetzen werden wir uns aber um so weniger bestimmt finden können, als die Entwicklung des römischen Civilprocesses zwischen Cicero und den zuletzt besprochenen Quellenzeugnissen ein weiteres Processsystem, den Cognitionsprocess, aufweist, in welchem die Nichtigkeitsbeschwerde in abweichender Weise geregelt zu finden wir schon deshalb erwarten dürfen, weil diesem System auch ein eigenthümliches Executionsverfahren angehört. In der That liefert nun eine eingehendere Betrachtung eine Reihe von Anhaltspunkten, welche die Aufstellung als wohlbegründet erscheinen lassen, dass die in duplum revocatio wie die correspondierende Nichtigkeitsquerel des Klägers mittelst rem iudicatam in iudicium deducere dem Cognitionsprocesse angehört: womit die Unzulässigkeit einer Uebertragung auf den Formularprocess, sofern dafür kein Anhalt in den Quellen sich findet, von selbst gegeben ist.

Dafür spricht zunächst in negativer Weise, dass bei dieser Annahme das soeben erwähnte Bedenken bezüglich des rem iudicatam in iudicium deducere gänzlich verschwindet. Im Cognitionsverfahren giebt es keine constitutio iudicii im Sinne des Formularprocesses, somit nichts der exc. rei in iud. deductae Entsprechendes und natürlich auch keine ipso-iure-Consumption [48]); es ist also hier für eine in der angegebenen Weise zu bewirkende Nichtigkeitsquerel die ausnahmslose Möglichkeit dadurch gegeben, dass der nochmals in Anspruch genommene Beklagte sich nur auf das frühere Urtheil berufen kann.

Sodann hat bei dieser Annahme die Thatsache, dass wir hier die Nichtigkeitsquerel so beträchtlich erweitert sehen, durchaus nichts Befremdliches, und zwar deshalb nicht, weil es sich nicht mehr um die Beseitigung von eigentlichen Geschwornenurtheilen handelt. Denn der iudex datus des Cognitionsprocesses ist, wie Mommsen (röm. Staatsrecht II, 2 in dem Abschnitt über die Civiljurisdiction des Princeps) richtig erkannt hat, kein Geschworner: er

[48]) Daraus erklärt sich sehr einfach, dass Paulus V, 5 a § 8 und 10 eine neue Klage zulässt, ohne wegen der ipso-iure-Consumption eine Ausnahme zu machen, woraus Schwalbach, Zeitschrift d. Sav. Stift. VII, rom. Abth. S. 133, Consequenzen zieht, die er nicht gezogen haben würde, hätte er nicht Formularprocess vorausgesetzt.

hat keine ihm specifisch eigene Function, wie andererseits auch der ihn einsetzende Beamte eine solche nicht hat; alles, was letzterer zu thun hat, kann er dem iudex datus übertragen — daher bis zu dem in l. 15 pr. de re iud. erwähnten Verbot auch die Execution —, und alles, was der iudex datus vornehmen kann, kann der Beamte auch selbst besorgen.

Geradezu gefordert aber wird eine von der bisherigen abweichende Gestalt der Nullitätsquerel durch die Thatsache, dass im Cognitionsverfahren die Execution nicht, wie im Formularprocess, durch a. iudicati eingeleitet wird, sondern durch einen formlosen Antrag bei dem Beamten. Der Beweis hiefür ist in den Eingangs dieser Abhandlung besprochenen Quellenstellen enthalten — wir kommen übrigens noch einmal darauf zurück. Können wir dies als feststehend annehmen, so ist damit ohne Weiteres gegeben, dass die Nichtigkeitsquerel des Beklagten in der Form des infitiari einer actio nicht mehr auftreten konnte, womit dann auch eine verneinende Antwort auf die oben (S. 171) zweifelhaft gelassenen Punkte 2 und 3 gegeben ist. Dagegen wird sich kein wesentliches Bedenken dagegen erheben, die in duplum revocatio auf den Fall mitzubeziehen, wo der verurtheilte Beklagte schon gezahlt hat; nur muss in diesem Falle, da mit Beseitigung des Urtheils der Kläger hier stets die Möglichkeit, auf's Neue zu klagen, erlangte, auch die materielle Unrichtigkeit des früheren Erkenntnisses dargethan werden: sonst könnte es ja kommen, dass Beklagter auf Grund formeller Beseitigung des Urtheils das Gezahlte zurückerhält, was er dann, wenn der Kläger auf's Neue klagt und siegt, demselben wieder zurückzahlen muss.

Abgesehen von diesem Falle haben wir uns die in duplum revocatio zu denken als formlosen Antrag an den Cognitionsbeamten, über die Giltigkeit des Urtheils zu verhandeln und zu erkennen — wobei dahingestellt bleiben muss, wie das periculum dupli übernommen wurde, bezw. ob es einer besonderen Uebernahme überhaupt bedurfte. Ein solcher Antrag kann gestellt werden, ob nun Kläger mit Executionsbetreiben schon vorgegangen ist oder nicht.

Selbstverständlich wurde über einen solchen Antrag wieder im Cognitionsverfahren verhandelt. Von einem solchen Verfahren handelt l. 1 pr. quae sent. sine appell. 49, 8, welche Stelle so zu verstehen ist, dass der Spruch iudicatum non esse durch Appellation angegriffen werden muss, widrigenfalls das erste Urtheil beseitigt ist[49]). Dass hier Cognitionsprocess vorliegt, darauf weist schon die Appellation hin (vgl. darüber die später folgenden Ausführungen). Der Ausdruck pronuntiaverit hat dazu verleitet (auch Lenel ed. perp. S. 356 Note 3), an formula praeiudicialis zu denken; dabei ist nicht beachtet worden, dass die Ausdrücke pronuntiare und pronuntiatio für das Urtheil im Cognitionsprocess geradezu technisch sind, wie die von Lenel ed. perp. S. 330 Note 4 gesammelten Stellen beweisen[50]). — Desgleichen steht nicht das geringste Bedenken im

[49]) A. M. Bremer im Rhein. Mus. für Phil. N. F. S. 44, welcher das Wort rescinditur auf das zweite Urtheil bezieht und mit Vulgat-Hss. etsi statt si liest. Seine Gründe sind nicht überzeugend. Rudorff, welcher früher (Zeitschr. f. gesch. R. W. 15, 261) eben derselben Meinung war, hat dieselbe später wieder aufgegeben (Röm. Rechtsgesch. II § 86 Note 8).

[50]) Adde: epistola Domitiani Z. 15 (Bruns, font. [5] p. 226); epist. Severi ad Tyranos Z. 28 (Bruns, p. 230); l. 37 pr. de excus. 27, 1; l. 5, l. 19, l. 20, l. 22 § 2, l. 38 de fideicomm. lib. 40, 5; l. 27 § 1 de lib. causa 40, 12; l. 3 de collus. deteg. 40, 16 (Callistr. l. 4 de cognitionibus); l. 1 C. ut lite pend. 1, 21; l. 1 § 1 C. de codicillis 6, 36; l. 4 C. de ord. cognit. 7, 19; l. 1, l. 3 C. de appell. et consult. 7, 62. Diocletianische und nachdiocletianische Constitutionen sind hier absichtlich weggelassen.

des Paulus auf den Formularprocess gegangen sein; dass aber speciell die in duplum revocatio schon bei Paulus zum Cognitionsprocess gehört, wird höchst wahrscheinlich dadurch, dass sie bei Paulus im § 7 a des Titels V, 5 a und ebenso im Rescript des Kaisers Alexander, mit der Appellation zusammen genannt wird. Dass diese im Cognitionsprocess aufgekommen ist, dürfte heute wohl von der Mehrzahl der Romanisten angenommen werden; auch Merkel in der oben citierten Abhandlung anerkennt es, und der von ihm unternommene Nachweis, dass sie späterhin in den Formularprocess übergegangen sei, ist nicht gelungen. In seiner hierauf bezüglichen Polemik gegen Mommsen macht er besonders geltend (S. 67 ff.), dass auch Appellationen gegen Urtheile, die auf querela inofficiosi ergangen waren, erwähnt werden, und da schon von Mommsen in dieser Richtung bemerkt worden ist, dass der in den betreffenden Stellen vorkommende Einzelrichter auf Cognitionsprocess hinweise, so wird dem gegenüber von Merkel (S. 70) geltend gemacht, dass das in l. 5 § 1 l. 14 pr. de appell. (49, 1) erwähnte Rescript von Antoninus Pius von der Beziehung auf den Centumviralgerichtshof unmöglich ganz ausgeschlossen werden könne; es hätte in dem Rescripte einer besonderen Einschränkung auf die extra ordinem verhandelten Erbschaftsprocesse bedurft, und solche sei, als das Aussergewöhnliche, nicht zu vermuthen. Es ist aber offenbar eine höchst unsichere Sache, darauf, dass in einem Bericht über ein kaiserliches Rescript, welcher zudem noch durch die Hände der Compilatoren gegangen ist, irgend etwas nicht steht, irgendwelche Schlussfolgerung zu gründen; überdies aber fehlt es in der l. 14 pr. cit. an einer Hindeutung auf cognitio extraordinaria keineswegs: sie liegt in der Erwähnung eines Einzel-Iudex. An das Centumviralgericht gingen eben

nur die querelae inofficiosi aus der Stadt Rom und Italien, nicht die aus den Provinzen. Gesetzt aber auch, Antoninus Pius habe Appellation auch gegen Urtheile des Centumviralgerichts gestattet[51]), so ist die querela inofficiosi ein so ausserordentliches Rechtsmittel und die Stellung des Centumviralgerichts dabei eine so exceptionelle, dass es wiederum ein höchst unvorsichtiges Generalisieren wäre, wollte man von da aus ohne Weiteres auf die Zulässigkeit der Appellation gegen Geschwornenurtheile überhaupt schliessen.

Weiter kann hier auf Einzelheiten nicht eingegangen werden. Die Einführung der Appellation gegen Geschwornenurtheile im Formularprocess wäre nicht möglich gewesen ohne ein fundamentales Princip des Formularprocesses anzutasten. Das ist das Princip qualitativer Arbeitstheilung zwischen Magistrat und iudex, wogegen die (neuere) Appellation einen höheren und niedrigeren Richter voraussetzt, welche qualitativ dieselbe Thätigkeit haben, nämlich die, einen Process von Anfang bis zu Ende zu verhandeln und das Urtheil zu fällen. Die Appellation setzte ein, sobald ein derartiges Verhältniss von höheren und niedrigeren rechtsprechenden Beamten sich entwickelte, und es entwickelte sich Allem nach zuerst im Gebiet der kaiserlichen Cognitionen mit beauftragten Unterrichtern. Ihre Verpflanzung in den Formularprocess würde den Anfang vom Ende desselben bedeutet haben. Möglich, dass in der Zeit zwischen den Severen und Diocletian dieses Ende auf diesem Wege,

[51]) Man könnte sich hiefür etwa darauf berufen wollen, dass es in l. 14 pr. cit. heisst: appellare eis permisit, und dabei so argumentieren: im Cognitionsverfahren ist Appellation ohnehin zulässig, und es bedurfte also da keiner kaiserlichen permissio. Allein das Eingreifen des Kaisers ist nicht darauf gerichtet, die an sich (objectiv) unzulässige Appellation zu gestatten, sondern sie, die an sich zulässig, beim Processe nicht betheiligten Personen zu geben.

d. h. durch Herübernahme von Institutionen des Cognitionsverfahrens herbeigeführt oder vorbereitet wurde; möglich auch, dass zu diesen verpflanzten Institutionen auch die in duplum revocatio und ihr Seitenstück gehörte; ein sicheres Zeugniss giebt es dafür unseres Wissens nicht. Wäre es aber auch der Fall, so könnte und dürfte das uns nicht abhalten, Formularprocess und Cognitionsprocess scharf zu sondern, und vor Allem kann davon keine Rede sein, die Berichte aus der Zeit des älteren Formularprocesses aus solchen über Institutionen des Cognitionsprocesses ohne Weiteres zu ergänzen.

Wir haben nun noch unsere Ansicht, dass im Cognitionsprocesse die Execution nicht durch eine förmliche actio, sondern durch einen einfachen Antrag eingeleitet worden sei, zu vertheidigen gegen die abweichende Aufstellung von Lenel, welcher (ed. perp. § 200, S. 330 f., vgl. auch S. 356) eine eigene Edictsrubrik „de his qui pro iudicatis habentur" für im Cognitionsverfahren erlassene Urtheile annimmt, und glaubt, dass gegen den in solchem Verfahren Verurtheilten eine actio proiudicati Statt gefunden habe. Diese Ansicht ist eine irrthümliche.

Schon prima facie muss derselben sich die Frage entgegenstellen: wie kommt denn der Prätor dazu, über die Execution in Cognitionssachen zu edicieren, während doch sonst — wie auch Lenel ed. perp. S. 11 selbst sagt — das Edict sich mit diesen Sachen nicht befasste? Mindestens ebenso unverständlich wäre es, wenn man annehmen wollte, der Prätor habe nicht über das gesammte Executionswesen des Cognitionsprocesses, sondern nur über die Einleitung der Execution Edictsbestimmungen getroffen. Und wie soll die Annahme einer actio proiudicati aufrecht erhalten werden gegenüber den im Eingang dieser Abhandlung vorgeführten

Stellen, welche im Cognitionsprocess die Execution ohne actio vor sich gehen lassen — Stellen, welche Andere dazu verleitet haben, solches auch im Formularprocess für die Regel und die act. iudicati für die Ausnahme zu halten? Oder, wenn etwa Beides im Cognitionsprocess nebeneinander Statt gefunden hat, wo ist die Grenze zu ziehen?

Prüfen wir nunmehr Lenel's Beweise. Er führt, indem er l. 46 pr. de procur. (3, 3), und zwar mit vollem Recht, bei Seite lässt, nur an l. 7 § 13 de pactis (2, 14) und dazu das Scholion 30 bei Heimbach Basil. I, 572.

Die erste Stelle lautet (Ulp. lib. 4 ad ed.):

si paciscar ne pro iudicati vel incensarum aedium agatur, hoc pactum valet.

Gerade die Basiliken zeigen nun aber, dass der Ausdruck proiudicati (für den an und für sich die Analogie der actio protutelae l. 1 pr. § 6, 8 de eo qui pro tut. 27, 5 angeführt werden könnte) byzantinischen Ursprungs ist.

Was die Verfasser des Basilikentextes in ihrer Vorlage gelesen haben, ist nicht klar; sie setzen an die Stelle des proiudicati die Klage aus der cautio iudicatum solvi. Das von Lenel in Bezug genommene Scholion 30 dagegen, welches von Stephanus ist (Heimbach, man. Basil. zu l. 7 § 13 de pactis, VI, 224), sagt:

Ἐάν τις μετὰ καταδίκην πακτεύσῃ, οὐ κινῶ κατὰ σοῦ τὴν ἰουδικάτι ἤτοι τὴν προιουδικάτι [52]), ἐπειδὴ σήμερον ἐξτραορδιναρίων ὄντων τῶν δικαστηρίων οὐκ ἔστι κυρίως ἰουδικάτι . . . ἰσχύει τὸ πάκτον.

Also weil zu Stephanus' Zeit alle iudicia extraordinaria sind

[52]) Heimbach hat allerdings die umgekehrte Reihenfolge: τὴν προιουδικάτι ἤτοι τὴν ἰουδικάτι. Da indess der Satz ἐπειδὴ σήμερον u. s. w. unstreitig zu τὴν προιουδικάτι gehört, so muss die obige Umstellung vorgenommen werden.

(wie auch in den Institutionen § ult. de interd. 4, 15 hervorgehoben wird), findet dieser sich veranlasst, dem Ausdruck iudicati den seiner Ansicht nach jetzt correcteren, vielleicht von ihm selbst gebildeten Ausdruck proiudicati zur Seite zu setzen; und aus eben diesem Grunde haben die Compilatoren (zu denen ja auch Stephanus gehörte) statt iudicati, was Ulpian geschrieben hatte, proiudicati gesetzt. Möglich ist auch das, dass die Compilatoren, die doch sonst an actio iudicati keinen Anstoss genommen, Ulpian's iudicati stehen liessen und dass das pro in die Vorlage des cod. Florentinus im Sinne des Stephanus hineincorrigiert worden ist. Für letzteres spricht, dass Stephanus in erster Linie von actio iudicati redet, und dass der auf das Scholion des Stephanus unmittelbar folgende index des Cyrillus nur die actio iudicati erwähnt: δύναμαι πακτεύειν, μὴ κινεῖν τὴν ἰουδικάτι ἢ τὴν ἀεδίουμ ἰγκενσάρουμ.

Die Annahme einer act. proiudicati wird aber auch noch durch Folgendes widerlegt. Lenel hat a. a. O. Note 4 eine Anzahl Stellen für die übliche Bezeichnung des Urtheils im Cognitionsprocess angeführt. Diese ist nicht iudicare sondern pronuntiare und statuere, vgl. oben Note 50. In verschiedenen dieser Stellen wird nun aber ganz unbefangen auch von iudicatum und res iudicata gesprochen, und in keiner einzigen ist von einem proiudicatum die Rede. So gleich in der pronuntiatio Agrippae (Bruns [5] S. 216): cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat et — procurator Augusti saepius pronuntiaverit et rel.; in den von Fideicommisssachen handelnden l. 75 de iud. (5, 1) und l. 40 pr. de minor. (4, 4) ist von iudicatum und causa iudicati (wie im Formularprocess, l. 36 fam. herc. 10, 2) die Rede, und ebenso wird in den von Lenel angeführten Codexstellen l. 3 l. 7 C. quom. et qu. 7, 43, l. 4 C. de

sent. quae sine certa qu. 7, 46 der Ausdruck iudicatum und res iudicata ohne irgend einen Zusatz gebraucht. Zum Ueberfluss vergleiche man noch die lis fullonum Z. 19. 25. 33. (iudicatum und res iudicatae); Paul. sent. V, 5a, § 1 (res iudicatae), das Rescript l. 31 de re iud. (42, 1) und die l. 15 eod., wo von res iudicata, iudicatus, iudicatum und causa iudicati wiederholt die Rede ist.

Nach alledem ist es mir nicht im Geringsten zweifelhaft, dass Ulpian geschrieben hat si paciscar, ne iudicati agatur. Auch die Vermuthung Mommsen's (ad h. l.), es habe ursprünglich geheissen „iudicati prove iudicato“ ist abzulehnen. Es giebt zwar eine manus iniectio pro iudicato, aber in den Formularprocess scheint diese Terminologie nicht übergegangen zu sein, vielmehr nur die act. iudicati vorzukommen (mit Subsumption des confessus und des ihm Gleichgestellten unter den iudicatus). Ich schliesse dies daraus, dass ein Fall der manus iniectio pro iudicato, der in den Formularprocess übergegangen ist, dort seine selbstständige Bezeichnung hat: a. depensi Gai. 4, 25 vergl. mit 22.

Nur zwei Stellen, soviel ich sehe, können Zweifel erregen, nicht zu Gunsten einer a° proiudicati, sondern nur in der Richtung, ob nicht auch in dem Cognitionsverfahren, wenigstens in gewissen Fällen — in welchen, müsste freilich dahin gestellt bleiben — a. iudicati zur Einleitung der Execution gedient habe. Diese Zweifel haben aber schwerlich Berechtigung.

Die eine Stelle ist l. 75 de iud. 5, 1 aus Iulian's l. 36 digestorum. Iulian sagt zunächt:

> si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere.

Der Fall ist der, dass der praetor fideicommissarius die Execution einem iudex datus zuweist, etwa weil sich Streitigkeiten erheben, die er selbst nicht untersuchen will. Dies war möglich, weil damals das von Ulpian in l. 15 pr. de re iud. erwähnte Rescript noch nicht ergangen war. Hier ist der Ausdruck qui de iudicato cognoscit nach dem, was oben über den Sprachgebrauch in Cognitionsprocess bemerkt wurde, ganz unverfänglich und braucht durchaus nicht auf förmliche act. iudicati bezogen zu werden[53]). Es folgt dann aber nach einer uns weiter nicht interessierenden Bemerkung des Marcellus folgende nota von Paulus:

si autem morbo impeditus aut reipublicae causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere.

Geht hier auch actio iudicati auf den Cognitionsprocess, so hätten wir in diesem dasjenige, was Manche, z. B. Bekker, für den Formularprocess annehmen, nämlich ein doppeltes Executionsverfahren. Wie sollte dann aber abgegrenzt werden? Doch wohl kaum anders, als so, dass act. iudicati dann Statt finden muss, wenn Beklagter die Giltigkeit des Urtheils bestreitet. Aber in unserer Stelle ist von Versagen der act. iudicati die Rede. Das ist nun aber unter der angenommenen Voraussetzung aus folgendem Grunde ganz sinnlos. Zur Zeit des Paulus kann der contumax die Sentenz als nichtig nicht anfechten; Paulus will aber in seiner nota die Beklagten, von denen er

[53]) Missverstanden ist diese Stelle von Wetzell, Civ.-Proc. § 60 bei Note 16, und von Merkel a. a. O., S. 165, weil Beide (in Folge Vernachlässigung der Inscription?) die Beziehung derselben auf eine Fideicommisssache (cf. l. 40 pr. de minor. 4, 4) nicht erkannten. Iulian handelte Buch 32—40 seiner Digesten auch von Fideicommissen, Lenel ed. perp. S. 294.

spricht, von der contumacia und ihren Folgen ausnehmen. Folglich hätte er, wenn er daran gedacht hätte, dass Beklagter Nichtigkeit plädiere und dass deswegen act. iudicati in Betracht komme, selbstverständlich entscheiden müssen, dass Kläger sich der act. iudicati zu bedienen habe. Es ist somit einfach unmöglich, sich die Stelle so zu erklären, dass man an zwei innerhalb desselben Systems bestehende und vom Verhalten des Beklagten abhängende Executionsmodalitäten denkt. Der Gedanke des Paulus ist aber höchst einfach: in den bezeichneten Ausnahmefällen soll das gegen den abwesenden Beklagten gefällte Urtheil nicht exequiert werden. Diesen Gedanken drückt Paulus in der Sprache des Formularprocesses und in der des Cognitionsprocesses aus, weil auch im Formularprocesse Contumacialurtheile gegen den in iudicio ausbleibenden Beklagten vorkommen[54]) und auch hier erhebliche Krankheit[55]) und absentia rei publicae causa entschuldigen. Natürlich hat man sich bei der act. iudicati zu denken, das der Beklagte zurückgekehrt, die Krankheit gehoben ist, kurz dass er geladen werden konnte.

Die zweite Stelle ist l. 27 de re iud. (42, 1) von Modestin. Hier hat der praeses provinciae ungesetzlich auf Zinseszinsen verurtheilt und es ist nicht appelliert worden. Zweifellos also ein Fall von cognitio extraordinaria. Auf die Frage „an exigi possit“ pecunia secundum condem-

[54]) Und zwar ohne Sachverhandlung, einfach secundum praesentem wie im alten Process. Das Contumacialverfahren mit Sachverhandlung, von dem z. B. Keller, Civ.-Proc. § 69 bei Note 825 spricht, gehört dem Cognitionsprocess an.

[55]) So wird ja später der morbus sonticus aufgefasst. In der Note des Paulus ist die Erheblichkeit angedeutet in dem Worte impeditus, das objectiv zu nehmen ist.

nationem respondiert Modestin: si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit. Hier wird die Annahme keinem Bedenken unterliegen, dass Modestin vermöge einer ebenso ungenauen Redeweise, wie wir sie oben bezüglich der Worte iudicatum, res iudicata kennen gelernt haben, den Antrag auf Executionsvollstreckung mit agere iudicati bezeichnet hat. Wahrscheinlich hat er diese Wendung auch deshalb gewählt, weil er der Möglichkeit gedachte, der Beklagte werde Nichtigkeit des Urtheils geltend machen (l. 19 de appell. 49, 1, gleichfalls von Modestin), und für diesen Fall ein responsum „exigi posse", welches der gestellten Frage genauer entsprochen haben würde, zu weit zu gehen schien.

Es wird durch die vorstehenden Erörterungen als erwiesen gelten können, dass die in duplum revocatio und die ihr correspondierende Nichtigkeitsquerel des Klägers dem Cognitionsprocess angehört haben. Aber dies, könnte man sagen, schliesst nicht aus, dass eben dieselben Institutionen auch schon im Formularprocess wenigstens im Bereich der iudicia quae imperio continentur gegolten haben.

So viel ist nun ja richtig, dass im Cognitionsprocess, wie im Falle, wo im iudicium quod imperio continetur Erkenntniss ergangen ist, der Beklagte gegen nochmalige Anstellung der Klage sich nur durch Berufung auf Urtheil schützen kann. Es ist daher zuzugeben, dass eine Nichtigkeitsquerel des abgewiesenen Klägers in der Form des rem iudicatam in iudicium deducere im Gebiete der iudicia imperio continentia technisch möglich gewesen wäre. Aber von Statuierung der Möglichkeit zu der der Wirklichkeit ist ein weiter Schritt, welchen ohne irgend welchen Anhalt in den Quellen — der nicht vorhanden ist — zu thun schon der Umstand abhalten muss, dass eine gleiche Möglichkeit

für iudicia legitima nicht bestund. Was aber die Nichtigkeitsquerel des Beklagten betrifft, so finden wir zwar im Formularprocess, jedenfalls im Bereich der iudicia quae imperio continentur desselben, das in duplum ire, welches mit der in duplum revocatio das gemein hat, dass der Beklagte angriffsweise vorgeht. Aber so viel zu sehen, ist dies im Formularprocess motiviert durch die besondere Lage, in der sich der verurtheilte Beklagte befindet, und auf diese Lage beschränkt, während es im Cognitionsverfahren das Normale ist, womit wieder zusammenhängt, dass Kläger im Cognitionsverfahren die Execution mit act. iudicati nicht einzuleiten hat, wohl aber in Formularprocess. Schliesslich ist es aber, insbesondere wenn es sich um Dinge handelt, die sofort bei der Entstehung des Formularprocesses geregelt werden mussten, dem Geiste römischer Rechtsentwicklung nur entsprechend, wenn die Gestaltung der Nichtigkeitsquerel im Formularprocesse, der den alten Geschwornen mit der Theilung von ius und iudicium aus dem alten Processe herübernimmt, sich möglichst eng an diejenige anschliesst, die dieselbe in dem Legisactionsprocesse hatte, und dass neue Bahnen erst im Cognitionsprocesse eingeschlagen werden, welcher diesen Geschwornen und dessen inappellabeln Spruch nicht mehr kennt.

Nachtrag zur ersten Abhandlung.

Eine Bestätigung dafür, dass bis zu den leges Iuliae iudiciariae des Augustus es bei iudicia imperio continentia eine Consumption durch litis contestatio, vermittelt durch exc. rei in iudicium deductae, nicht gab, glaube ich noch in einer Stelle der lex Iuliae coloniae Genetivae (vom Jahre 710) gefunden zu haben. Dabei nehme ich an, dass für die Jurisdictionsmagistrate in römischen Colonieen dieselben Grundsätze massgebend waren, welche im Edict des Stadtprätor bleibende Anerkennung gefunden hatten, und dass folglich ein Gesetzgeber, wenn der Stadtprätor die exc. rei in iudicium deductae auch im Falle von vorausgegangenem iudicium imperio continens gab, ohne Weiteres vorausgesetzt haben wird, es werde in der Colonial-Jurisdiction ebenso gehalten werden. Diese Annahme dürfte, wenn man sich den staatsrechtlichen Charakter der colonia civium Romanorum gegenwärtig hält, wohl kaum abgelehnt werden können.

In cap. 95 des genannten Colonialgesetzes ist von Recuperatorengerichten die Rede, und es findet sich da (tab. III col. 2 Z. 28 ff.; Bruns-Mommsen Font. p. 127) folgende Bestimmung:

Si privatus petet et is, cum de ea re iudicium fieri oportebit, non aderit neque arbitratu II viri . . . excusabitur . . . post ei earum rerum quarum hac lege quaestio erit, actio ne esto. Deque ea re siremps lex resque esto, quasi si neque iudices relecti neque reciperatores in eam rem dati essent.

Die Beweiskraft dieser Stelle liegt darin, dass ihre Bestimmungen nur unter der Voraussetzung des Rechtszustandes, der oben bezüglich der processualen Consumption bei iud. imperio continentia für die Zeit vor den leg. Iuliae angenommen und quellenmässig begründet wurde, als verständlich erscheinen.

Es handelt sich um unentschuldigtes Ausbleiben des Klägers in iudicio; denn die Worte cum de ea re iudicium fieri oportebit bedeuten nicht etwa, dass das iudicium erst eingesetzt werden soll, sondern, wie der Schlusssatz beweist, dass das niedergesetzte iudicium jetzt vor sich gehen soll. Die nachtheiligen Folgen aber, welche sich an das Ausbleiben knüpfen sollen, sind diese.

Durch den letzten Satz: deque ea re u. s. w. wird unmöglich gemacht, dass der Kläger in einem neuen Termin vor denselben Recuperatoren die Sache weiter betreibe. Die Fassung dieses Satzes ist aber so, dass dadurch dem Beklagten auch die exceptio „si ea res in iudicio non est“ abgeschnitten wird, die er andernfalls gegen den Kläger erheben könnte, wenn derselbe versuchen würde, mittelst nochmaliger Anstellung der actio ein neues iudicium recuperatorium zu bekommen. Würde freilich die exc. rei in iudicium deductae gegeben werden können, so würde man jene exceptio nicht brauchen und es würde überhaupt, damit die Absicht des Gesetzgebers erreicht werde, in diesem Falle gar nichts weiter nöthig sein, als die erwähnte Bestimmung des letzten Satzes; wogegen, wenn es zur Geltendmachung der processualen Consumption nur eine exc. rei iudicatae giebt, dann allerdings es nothwendig war, durch eine weitere Bestimmung das abermalige Anstellen derselben actio zu verhindern. Diese Bestimmung ist aber gegeben in dem ersten Satze si privatus petet et

is — non aderit, post ei — actio ne esto; sie ist überflüssig und in diesem Sinne unerklärlich, wenn eine exc. rei in iudicium deductae möglich ist.

Es ist zu diesem ersten Satze nur noch zweierlei zu bemerken. Der Wortlaut post ei earum rerum, quarum h. l. quaestio erit, actio ne esto kann nicht ganz richtig sein: nicht jede nach dem Gesetz anstellbare Klage, sondern doch wohl nur die angestellte soll dem unentschuldigt ausgebliebenen Kläger verloren sein.

Sodann ist darauf aufmerksam zu machen, dass das actio ne esto geknüpft ist an den Thatbestand si privatus in iudicio non aderit neque excusabitur; es ist also auch hier noch daran festgehalten, dass nicht schon durch lit. contestatio Consumption eintreten soll.

Berichtigung.

Der vorstehende, leider während des Druckes zu eilfertig hingeworfene Nachtrag zur ersten Abhandlung beruht auf einer unzutreffenden Auffassung des darin besprochenen Passus des c. 95 der lex Ursonensis. Es sind daher auch die daraus gezogenen Folgerungen hinfällig. Wegen des wirklichen Sinnes und Zusammenhangs der Stelle genügt es, auf Bruns in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 122 ff. zu verweisen.

Quellenregister.

(Es sind nur die in kritischer oder exegetischer Beziehung besprochenen Stellen angeführt.)

I. Vorjustinianische Quellen.

Cicero pro Flacco 21, 49 S. 152; 160 ff.
pro Flacco 21, 50 S. 16 ff.
de nat. deor. III, 30, 74 S. 87.
de offic. III, 14, 60 S. 92.
orat. 21, 72 S. 86.
de orat. I, 36, 167 S. 92.
" " I, 37, 168 S. 4 N. 1; 28 fg.; 103.
pro Rosc. com. 4, 10 S. 81.
" " " 5, 15 S. 88, 103.
in Verr. (acc. II) I, 45, 115 S. 83.
in Verr. II, 12, 31 S. 84; 108 fg.
Codex Gregorianus 10, 1 l. 1 S. 170 fg.
Festus ep. s. v. contestari S. 11 N. 5.
Gaius inst. III, 173 S. 158.
III, 180 S. 29.
IV, 21 S. 141 fg.
IV, 30 S. 67 fg.; 82; 106.
IV, 95 S. 82 N. 20; 85 N. 23.
IV, 103 S. 17 N. 9.
Lex agraria (vulgo Thoria) Z. 38 S. 19 fg.
Lex colon. Iuliae Genet. c. 95 S. 190 fg.
Lex Iulia municipalis Z. 44 S. 79.
Paulus sentent. V, 5a, § 8 S. 48 fg.; 170 ff.
V, 5a, § 10 S. 49.

II. Justinianische Quellen.

Codex 7, 52 l. 1 S. 139.
7, 56 l. 2 S. 49.
— l. 3 S. 49.
7, 64 l. 7 S. 49 fg.
— l. 10 § 1 S. 148 N. 30.
Digesta 2, 1 l. 13 § 1 S. 59.
2, 14 l. 7 § 13 S. 183 ff.
2, 15 l. 11 S. 178.
4, 2 l. 14 § 13 S. 52.
Digesta 4, 3 l. 18 § 4 S. 38.
4, 6 l. 1 § 1 S. 43 N. 26.
5, 1 l. 32 S. 59.
— l. 49 § 1 S. 61.
— l. 75 S. 185 f.
— l. 76 S. 60.
5, 3 l. 7 § 2 S. 31 N. 20.
9, 4 l. 4 § 3 S. 54.
12, 1 l. 9 § 3 S. 79 N. 15.

Digesta 12, 2 l. 31 S. 50.
13, 5 l. 18 § 3 S. 51.
15, 1 l. 32 S. 52.
— l. 51 S. 134.
16, 2 l. 16 § 1 S. 138.
20, 1 l. 13 § 4 S. 134.
21, 2 l. 50 S. 133.
27, 3 l. 23 S. 57.
27, 10 l. 7 § 2 S. 123.
36, 1 l. 80 § 15 S. 133.
42, 1 l. 4 § 4 S. 129 fg.
— l. 4 § 5 S. 136.
— l. 6 § 1 S. 136.
— l. 15 pr. S. 131 fg.
— l. 15 § 1 S. 132 fg.
— l. 27 S. 187 fg.
— l. 41 § 2 S. 138.

Digesta 44, 1 l. 11 S. 49.
44, 2 l. 9 § 2 S. 120.
— l. 11 § 3 S. 121 fg.
— l. 11 § 4 fg. S. 53.
— l. 11 § 7 S. 119 N. 3.
— l. 12, l. 14 S. 116.
— l. 20 S. 52.
— l. 21 pr. S. 53.
— l. 21 § 2 S. 56.
— l. 22 S. 116 fg.
— l. 27 S. 115 fg.
44, 4 l. 9 S. 139.
46, 1 l. 41 § 1 S. 139.
46, 8 l. 22 § 8 S. 56 fg.
49, 1 l. 14 pr. S. 180 fg. u. N. 51.
49, 8 l. 1 pr. S. 177.

Berichtigung.

Seite 48 Note 30 und S. 49 Z. 11 v. u. sind die Citate: Note 43, Note 47 unrichtig; es muss heissen Note 46, Note 50.

SEMINÁŘNÍ KNIHOVNA
Filos.-práv. oddělení

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. MOHR (Paul Siebeck)
in Freiburg i. B.

Früher erschienen:

Cognitur und Procuratur.

Untersuchungen

zur

Geschichte der processualen Stellvertretung.

Von

Dr. **F. Eisele.**

8. 1881. (VII. 252 Seiten.) M. 6. —.

Das

Deutsche Civilgesetzbuch

und

das künftige Privatrechtsstudium in Deutschland.

Von

Dr. **F. Eisele.**

Klein 8°. 1885. (IV. 31 Seiten.) M. 1. —.

Die

ACTIO UTILIS

des

Cessionars.

Von

Dr. **F. Eisele.**

8. 1887. (56 Seiten.) M. 1. 60.

REV15

ÚK PrF MU
3129S04661