

14
74-C-540

Der
Ursprung der römischen Eirede.

Eine Skizze

von

Prof. Moriz Wlassak

in Wien.

Inv. Cfs.: 604
Sign: 482

Sonderabdruck aus der Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum

von

Leopold Pfaff.



Wien.

Kommissionsverlag der Buchhandlung Gerold & Co.

1910.

Koupi od	~
Darem od	dr. Binka
v	~ za Kčs -
Inov čis:	37.075
Sign	



Eindrücke, die einer in jungen Jahren empfängt, prägen sich dem Gedächtnisse tiefer ein, als was uns in reiferem Alter trifft, mag es erfreulich oder betrübend sein. So bewahre ich aus der Zeit, in der ich als Schüler zu dem verehrungswürdigen Mann ausblickte, den wir heute feiern, noch sehr deutliche Erinnerungen an den Jubilar; lebhaftere fast, als aus den nahen Jahren des Zusammenwirkens am Beratungstisch der Wiener Juristenfakultät. Damals schon, als ich meine erste Vorlesung über österreichisches Privatrecht bei Leopold Pfaff hörte, erschien er mir als hohes Muster gewissenhafter und treuester Pflichterfüllung. Wir alle, die seinen Worten aufmerksam lauschten, hatten die Überzeugung: solche Vorträge kann nur ein Gelehrter halten, der seine ganze Kraft und allen Fleiß anbietet, um stets aus dem Vollen zu schöpfen. Tag für Tag lehrte er mit gleichem Eifer und größter Eindringlichkeit; nie war ein Nachlassen zu spüren, nie eine flüchtigere Behandlung eines minder anziehenden Gegenstandes, und niemals verstand er sich dazu, eine Schwierigkeit mit glatten Worten zu verdecken, statt auf sie hinzuweisen und die Lösung zu versuchen. Wer aber reif genug war, um die Werkstatt und die Vorarbeiten würdigen zu können, die so gehaltvolle Vorträge lieferten, dem war es auch klar, daß dieser Professor des österreichischen Rechtes überall weit hinausblitzte über die Grenzen seines Faches. Die Rechtsordnungen der Vergangenheit waren ihm offenbar ebenso vertraut wie die modernen, und vor allem in dem Bücherschatz, den die Schriftsteller des gemeinen Rechtes in reichster Fülle angehäuft hatten, wußte er vortrefflich Bescheid, so gut wie nicht leicht ein anderer.

Heute möchte ich von dem stets gütigen und liebenswürdigen Jubilar die freundliche Erlaubnis erbitten, seine Aufmerksamkeit zurücklenken zu dürfen auf eine Frage, die gerade in den ersten

Jahren seiner Wiener Professur, als man in Deutschland anfang, das Zivilgesetzbuch vorzubereiten, Wichtigkeit erlangt hatte, und die auch er in seinen Vorlesungen nicht ganz beiseite lassen konnte. Die Frage, die ich meine: ob die aus Rom stammende Exzeptio (in der privatrechtlichen Bedeutung) in ein modernes Gesetzbuch aufzunehmen sei, war in etwas anderer Fassung schon vor Savigny, der die bejahende Antwort vertrat, von M. Albrecht aufgestellt und nachher wieder von P. Krüger angeregt worden. Jetzt aber, nachdem F. Eisele ein ganzes Buch mit rechtsgeschichtlichen Erörterungen gefüllt hatte, um der Exzeptio das Urteil zu sprechen, wurde die Debatte besonders lebhaft. Eine Reihe von namhaftesten Gelehrten, wie G. J. Bekker, A. Brinz, K. Birkmeyer, D. Lenel verhandelten nun eifrig das Thema: „Gibt es noch Exzeptionen?“

Die Radikalen verlangten die restlose Ausmerzung des römischen Begriffes. Dieser sei vom Standpunkte der Logik aus unhaltbar. Wer ein Recht als vorhanden anerkenne, obwohl alle ihm zukommenden Wirkungen gehemmt sind, mache sich eines Widerspruchs im Verfall schuldig. Nur Sein oder Nichtsein stehe zur Wahl; ein Drittes gebe es nicht. Wenn dessenungeachtet das Undenkbare im alten Rom durch Jahrhunderte verwirklicht war, so sei für diese Erscheinung schlechthin nur eine Erklärung zu finden: das Neben- und Gegeneinander zweier Rechtsordnungen von ungleicher Kraft, der legitimen und der honorarischen. Nur hierdurch werde es begreiflich, daß die Exzeptionen, statt das Recht zu vernichten, bloß dessen Wirksamkeit hemmen. Und dieser Grund treffe wirklich bei allen Exzeptionen zu; denn trotz Gaius 4, 118 seien alle ohne Ausnahme amtsrechtliche Gebilde.

Die Verfasser des deutschen Gesetzbuches von 1896 haben augenscheinlich die hier angeedeuteten Erwägungen nicht für entscheidend erachtet. Die „Einrede“, die sie ins Gesetz aufnahmen, ist im wesentlichen nach dem Muster der gemeinrechtlichen Exzeptio gestaltet, wenn sie auch keineswegs überall da Anwendung findet, wo sie nach dem alten Rechte gegeben war. Wie jene Exzeptio, so hat auch die neue „Einrede“ bloß anspruchshemmende Kraft. Das BGB sagt von ihr bald: sie gewähre dem „Verpflichteten das Recht, die Leistung zu verweigern“, bald: sie „schließe die Geltendmachung des Anspruches (dauernd oder vorübergehend) aus“. So sehr diese Worte auf eine gerichtliche oder außergerichtliche Tätigkeit des „Verpflichteten“ und auf ein

Hindernis hinweisen, das nur dem Ansprecher entgegentritt, der sein Recht verfolgt, so kommt doch der Einrede des Gesetzbuchs schon auf Grund dessen, daß sie dem Verpflichteten zusteht, eine Wirkung zu, die den getroffenen Anspruch wesentlich abschwächt. Und auch in diesem Punkte stimmt sie überein mit der römischen Exzeptio¹⁾.

Demnach hat sich das deutsche Gesetz weder zu der Folgerung bekannt, welche die Exzeptionsgegner aus dem Wegfall des römischen Rechtsdualismus ableiten wollten, noch hat es die logischen Bedenken²⁾ beachtet, die gegen die Einrede des Privatrechtes erhoben wurden. Durchschlagend war wohl der Gedanke, daß gewissen Tatsachen just die angemessene rechtliche Wertung zuteil wird, wenn ihnen das Gesetz die unmittelbar zerstörende Kraft versagt und sie bloß als Entstehungsgrund anerkennt für ein verzichtbares Abwehrrecht des Verpflichteten.

Nach diesen einleitenden und sehr abgerissenen Bemerkungen möchte ich um Ihre gütige Zustimmung ersuchen, selbst zu meinem gewohnten Lesfen zurückkehren, Sie aber einführen zu dürfen in den Sünden, den Sie lieben, und in weit zurückliegende Zeiten: in das antike Rom der Republik, zur ältesten Exzeptio, die in unserer Überlieferung aufsteht. Ein bescheidener Beitrag zur Erforschung dieses Gegenstandes darf vielleicht auf Ihre Teilnahme rechnen. Denn im letzten Grunde handelt es sich dabei um den Gegensatz von Recht und Billigkeit, um den Kampf dieser Mächte: um eine Erscheinung also, die nicht auf ein Kulturvolk beschränkt ist, und die nur im alten Rom, ähnlich wie in England, mit besonderer Deutlichkeit hervortritt.

Die Zwölftafeln aus dem 4. Jahrhundert d. St. verkünden es, wie frühzeitig die Quiriten der römischen Gemeinde — vermutlich hellenischem Muster folgend — den Wert und die Notwendigkeit der Gesetzgebung erfaßt haben. Nie aber ist ihnen die unvermeidliche Lückenhaftigkeit ihrer Leges entgangen, und in früher Zeit haben sie auch die Gefahr erkannt, die unentrinnbar

¹⁾ Ob der Begriff der „Einrede“, den die Verfasser des BGB aufnahmen wollten, nicht einer baldigen Umbildung durch Wissenschaft und Praxis entgegengeht, darüber bin ich nicht gemeint, ein Urteil zu äußern. Wenn die sorgfältig erwogene neue Lehre von R. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 8 ff. durchdringen sollte, würde der Abstand von der gemeinrechtlichen Exzeptio viel erheblicher werden. Gegen Hellwig hat sich u. A. Ripp bei Windscheid, Pandekten I, S. 214 (9. Aufl. 1906) erklärt.

²⁾ Diese weist u. A. J. Kohler in Holtendorffs Enzyklopädie d. R. W. (6. Aufl.) I, S. 584 treffend zurück.

mit der Gesetzesherrschaft verbunden ist. Schon die Philosophen des Altertums wußten es und sprechen es klar aus, woher das Übel stammt. Wie der Vorzug, so ist der Fehler des Gesetzes bedingt durch die Allgemeinheit des Inhalts³⁾. Diese wesentliche Eigenschaft macht die Säkung unfähig, dem eigenwillig ewig wechselnden Leben überall die richtige Ordnung zu bringen. Der grobe Maßstab, den der Gesetzgeber anlegen muß, ist begreiflich nicht ausreichend für feine Messungen; oder mit anderen Worten: die Norm, die nach dem Typischen geformt ist, kann niemals alles Individuelle so regeln, wie es die Billigkeit erheischt. Wenn aber der gerügte Fehler unüberwindlich und besonders durch weite, elastische Fassung nicht zu beseitigen ist, — denn durch Unbestimmtheit wird eine Vorschrift leicht zum nichtigen Scheingesetz — so bleibt nur ein Ausweg übrig. Dem starren Gesetze muß eine bewegliche Macht zur Seite treten: ein Rechtspfleger, der befugt ist als Sprecher der Billigkeit einerseits die Lücken der geltenden Ordnung auszufüllen, andererseits die ungerechte Anwendung des Gesetzes dadurch zu hindern, daß er ihm für den Einzelfall die verbindende Kraft entzieht. Nur von der Gerichtshilfe in dieser letzteren, das Gesetz verneinenden Richtung⁴⁾ soll hier die Rede sein, oder um es sofort römisch auszudrücken: von dem *denegare actionem*⁵⁾ und von der *exceptio*.

Wie sich die vom Gerichtsbeamten ausgehende Verweigerung der „*Actio*“, d. h. der Mitwirkung zur Prozeßbegründung (*actio = litis contestatio*) geschichtlich zur *Exceptio* verhalte, das ist noch nicht genügend erörtert. Außer Zweifel steht das *Denegation*srecht des Prätors im alten Spruchverfahren mit *Legisactio*. Nur darüber wird heute in der Literatur verhandelt, ob dieses Beamtenrecht der ursprünglichen Ordnung angehört — wie ich⁶⁾ behauptete

³⁾ So sagt Aristoteles, *Ethic. Nicom.* (ed. Ramsauer) 5, 14: „... ὁ μὲν νόμος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δ' οὐχ ὅλον τε ὁρθῶς εἶπεν καθόλου.“ Dazu vergleiche man den im selben Werke 5, 10 an unrichtiger Stelle überlieferten Satz: 1135 a 3. 5 bis 8.

⁴⁾ Doch verkenne ich keineswegs, daß die zwei im Texte genannten „Richtungen“ der freien Jurisdiktion eine strenge Scheidung nicht zulassen.

⁵⁾ Eine sehr verdienstliche Übersicht über das Anwendungsgebiet der *Denegatio actionis* bietet Rich. Schott, *Das Gewähren des Rechtsschutzes* (Jena, 1903). Allgemein preisgegeben ist jetzt wohl die Abgrenzung zwischen *Exceptio* und *Denegatio*, die Oskar Bülow (1868) vorgeschlagen hat.

⁶⁾ *Zeitschr. d. Sav. St. R. A.* 28 (1907), 97 ff. (im *S. A.* „Der Gerichtsmagistrat“, S. 205 ff.).

— oder ob es — wie Girard⁷⁾ meint — erst im 7. Jahrhundert d. St., infolge des Lebendigen Gesetzes entstanden ist. Im neueren Verfahren mit geschriebenen Formeln, die sich von der *Legisactio* durch die Befreiung vom Gesetzeszwang unterscheiden, soll — wie man weiter lehrt — neben der prätorischen *Denegatio* ein zweites Schutzmittel des Verklagten aufgefunden sein: die *Exceptio*, die der Prozeßvorschrift (*formula*) eingefügt wird, und die die Anweisung an den Privatrichter, zu verurteilen, zurücknimmt, falls die Einrede richtig ist. Hiernach hätte also erst der Formularprozeß den Römern die *Exceptio* besichert.

Und mit einer gewissen Einschränkung ist diese Annahme auch wohlbegründet. Das Verfahren mit *Legisactio* kennt wirklich keinen Zusatz zu den solennen Parteisprüchen, der ohne Hemmung der Folgen, die sich an die *Contestatio* knüpfen⁸⁾, die Verteidigung auch gegen eine richtige *Intentio* sichern soll. Fehlt aber in den Sprüchen ein solcher Vorbehalt, so gibt es in der Tat im alten Prozeß keine Einrede, die erst nach der Streitbeseitigung wirksam werden und den Verklagten jetzt noch gegen Verurteilung schützen könnte. Andererseits ist es schlechthin unglücklich, daß Tatsachen, die nach der Rechtspflegeordnung, wie sie der Beamte handhabt, oder nach klarer Billigkeit oder gar einem Gesetz zufolge den Prozeß als unzulässig erscheinen lassen, nicht schon von alters als Hindernisse Beachtung fanden, auch wenn durch sie das behauptete Recht des Klägers weder im ursprünglichen noch im jetzigen Bestand verneint wird. War aber eine Einrichtung vorhanden, die diesem Zweck und hauptsächlich dem Schutz des mit der *Actio* Bedrohten diente, so darf wohl die Frage gestellt werden, ob nicht auch der Name *exceptio* schon dem *Legisaktionens*system angehört?

Die heutige Wissenschaft⁹⁾ betrachtet freilich schon die bloße

⁷⁾ *Zeitschr. d. Sav. St. R. A.* 29 (1908), 113 ff. Girards Lehre ist namentlich von Mitteis, *Röm. Privatrecht* 1, 40, 3 u. 1, 159, 25 verworfen und jetzt (1909) auch in einer eingehenden, durchaus ablehnenden Kritik von Lenel, *Zeitschr. d. Sav. St. R. A.* 30, 329 ff.

⁸⁾ Mit diesen Worten möchte ich die Frage offen halten, ob mit der *Legisactio* nicht doch ein Zusatz verträglich war, der so wirkte wie — meiner Meinung nach — die ältere *praescriptio pro reo* (*Gai.* 4, 133) im Formularverfahren.

⁹⁾ Statt Aller nenne ich E. Wenger in *Pauly-Wissowa, Realencyklopädie VI* (1909), 1555.

Frage als Kezerei, da ein zuverlässiger alter Zeuge mit einem schlichten „Nein“ antwortete¹⁰⁾. Ist dem auch wirklich so?

Gaius 4, 106 f. schildert die Art und Weise, wie im Formularverfahren die Regel bis de eadem re ne sit actio (= litis contestatio) durchgesetzt wird. War ein prätorischer Prozeß, ein imperio continens iudicium, vorausgegangen, so ist bei der zweiten Streitbefestigung über dieselbe Sache immer eine amtsrechtliche Exzeptio nötig, um die Verurteilung auszuschließen. War dagegen der erste Prozeß ein gesetzlicher (legitimum iudicium) gewesen, so findet jene Regel bald ipso iure Anwendung, d. h. nach Volksrecht und schon nach dem Wortlaut der Formelintentio, bald ebenfalls nur mittels Einrede. In den Fällen der letzteren Art würde ipso iure, d. h. nach den Worten der zweiten, exzeptionslosen Formel¹¹⁾, der Verurteilung des Beklagten nichts im Wege stehen.

An diese Darlegung des seit der Aebutia und Julia gültigen Rechtes schließt Gaius in 4, 108 eine Zwischenbemerkung an, die den Gegensatz hervorheben will zwischen dem jetzigen Formularverfahren, das einmal legitim, ein andermal aber prätorisch ist, und dem alten Spruchprozeß, der immer legitim war:

Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; . . .

Gaius berichtet also: ein zweiter Prozeß über dieselbe Sache sei einstens nach einer Streitbefestigung mit Legisactio immer ipso iure, d. h. „nach Volksrecht“,¹²⁾ ausgeschlossen gewesen. Mehr

¹⁰⁾ Auf die Zurechtweisung, die mir Girard a. a. D. 29, 149 f. widmet, kann ich hier nur aufmerksam machen. Erfreuen aber muß mich die Mitteilung, daß eine ältere französische Juristenschule, der mein verehrter Pariser Fachgenosse die starke Betonung des sens commun und bon sens zur Last legt, aus Gaius dasselbe herausgelesen hat wie ich. Übrigens ist mir auch ein Vorgänger in Deutschland bekannt: Carl Sell (1867). Was Girard zur Sache vorbringt, das ist im folgenden (oben im Text) — wie ich glaube, genügend — berücksichtigt.

¹¹⁾ Diese Auslegung von ipso iure vertritt schon Keller, Vitiscontestation S. 104; Zivilprozeß § 35 (S. 171, 6. A.). Wegen der Vieldeutigkeit von ipso iure ist besonders auf Penel, Exzeptionen S. 86 ff. hinzuweisen. Der Sinn der Worte ist meistens nur aus dem Ausgedrückten oder auch bloß gedachten Gegensatz zu erkennen. Etwas übertreibend sagt Penel S. 89: „ipso iure hat . . . immer nur eine negative, ausschließende Bedeutung.“

¹²⁾ Diese Übersetzung (ipso iure: „nach dem Recht im eigentlichen,

als dies kann in 4, 108 mit dem ipso iure nicht gesagt sein, und noch weniger kann es hier lediglich in der Bedeutung: „ohne weiteres“ oder „schon nach den Worten des zusatzlosen Legal-spruches“ gesagt sein. Denn — wie man¹³⁾ längst erkannt hat — ist nach einer Actio in rem im Fall der Wiederholung der Streitbefestigung mit genau denselben Sprüchen dem Richter des zweiten Prozesses nicht der geringste Anhalt geboten, den Kläger abzuweisen, mag auch die Identität der Streitfachen klar zutage liegen.

So guten Sinn es hatte, wenn der Kläger mit Actio in personam, um das bis agere zu verhindern, seiner zivilen Forderung verlustig ging, sobald einmal Litis contestiert war, so unverständlich wäre es gewesen, auch das Eigentum mit der Streitbefestigung untergehen zu lassen, da das erloschene Recht nun auch gegen andere Gegner nicht hätte verfolgt werden können. Dort also war der Richter des zweiten Prozesses zur Abweisung berufen: denn die Forderung bestand nicht mehr; hier dagegen hätte er im Fall wiederholter Actio in rem verurteilen müssen¹⁴⁾.

strengen Sinne“, d. h. nach Volksrecht im Gegensatz zum Amtsrecht) ist leicht zu rechtfertigen. Als Belege wähle ich aber mit Bedacht nur ein paar Zeugnisse aus Juristenschriften, wo der Sinn der fraglichen Worte keinem Zweifel unterliegt, und wo insbesondere die zwei Bedeutungen: „nach Volksrecht“ und „ohne Exzeptio“ nicht ineinander fließen, weil es in diesen Stellen ausgeschlossen ist, als Gegensatz zum ipso iure ein per exceptionem anzunehmen. Anzuführen sind: Gai. 3, 32 (vgl. Just. Inst. 3, 9, 2) — Gai. 3, 81 — Gai. 4, 112 — Pomp. D. 27, 6, 1, 5 — D. 38, 2, 2, 2 — Ulp. reg. 1, 10 — Ulp. Fr. Vat. 83 — Ulp. (mit Berufung auf Offitius u. Labeo) D. 4, 4, 16, 1 — Ulp. D. 7, 9, 9, 1 — D. 24, 1, 32, 1 — D. 43, 18, 1, 9 — D. 46, 6, 4 pr. Iure allein (= ipso iure) steht z. B. bei Ulp. Fr. Vat. 61 (= D. 7, 4, 1 pr.).

¹³⁾ Keller, Vitiscont. S. 119, 9 (anders freilich S. 82); Zivilprozeß S. 134 f. A. 317, S. 304 f. A. 712, Salpius, Novation und Delegation 143 f. Unhaltbares über Gai. 4, 108 bei Eisele, Abhandlungen z. röm. Zivilpr. (1889) S. 32 f. Vgl. ferner H. Erman, Z. Sav. St. R. A. 19 (1898), 313, 2 u. S. 352, 2, Girard, Manuel⁴ (1906) 1006.

¹⁴⁾ Der Hauptbefehl für das oben Ausgeführte ist Gai. 3, 180 f., wonach prozessualische „Konsumtion“ (d. h. unmittelbare Aufhebung des streitigen Rechtes: ein tolli — wegen des gleichen Wertes von tolli und consumi vgl. Proc-Paul. D. 17, 2, 38, 1 mit Paul. D. 44, 7, 34 pr. u. Ulp. D. 47, 1, 2, 1) nur dann stattfindet, wenn eine zivile Obligation der Gegenstand einer legitimen Streitbefestigung war. Statt dieser bekannten Stelle lasse ich einige sehr deutliche Äußerungen des (1899 zuerst veröffentlichten) Autors des Gaius-Kommentars hier folgen: actio . . . in imperiali iudicio numquam [ipso iure consumi] potest. (106) In legitimo iudicio

So bleibt nur die Frage, welches andere Mittel nach altem Recht anzuwenden war, um auch für den dinglichen Prozeß dem unentbehrlichen Verbot des *actum agere* die Geltung zu wahren. Eine runde Antwort finden wir leider bei Gaius nicht. Doch läßt er uns auch nicht ganz unbefriedigt, da er in 4, 108 die Bemerkung beifügt, daß eine *Exzeptio*, wie sie zum gedachten Zweck im Formelprozeß vorkommt, der *Legisactio* fremd war. Diesen Gedanken aber bringt er sofort verallgemeinert zum Ausdruck, und zwar in folgender Weise:

nec omnino (d. h. man könne es „allgemein“ in Abrede

non omnis actio consumitur, sed ea sola, quae habet [intentionem] personalem in ius conceptam; nam est et in factum concepta. (107) . . . Nam ubi in rem actio proponitur, non potest consumi legitimo [iudicio] . . . tamdiu enim potest tibi competere actio, quamdiu domi[nus es, nam] recte dominus quandoque dicit: 'si parret illam rem meam esse ex iure Quiritium' (109) . . . Et in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest. . . . (111) Ergo neque in factum [actiones] consumuntur neque in rem sed solae actiones personales, quae habent [in ius conceptam] intentionem. (113) In imperiali autem iudicio numquam actio consumitur, sed semper — (114). Ob die *Klassiker* mit dem Ausdruck „Konsumtion“ jemals auch die (bloß indirekte) Ausschlußwirkung der amtserrechtlichen Kontestation (des „imperiale iudicium“) bezeichneten, das ist zweifelhaft. Der angeführte § 114 spricht dagegen, und im § 106 ist die Textergänzung *ipso iure* — trotz Gai. 4, 106) m. E. nicht gesichert. Die Ausdehnung der „Konsumtion“ auf den Fall der prätorischen Obligation (mit formula in factum concepta) bezeugt Pomp.-Ulp. D. 4, 2, 14, 13 (vgl. übrigens *Alibrandi*, *Opere giur.* 1, 176 f.). Niemals aber ist in den klassischen Schriften (auch nicht bei Gai. 4, 98 in l., wo das 'magis' wohl beachtet sein will) von einer „Konsumtion“ der *A.* in rem oder des dinglichen Rechtes durch (legitime oder prätorische) Streitbefestigung die Rede (Beweis: 'actio' und 'consumo' im *Vocab. iurispr. rom.* 1, 120. 115. 975 f.). Der Grund dieser Enthaltung ist einleuchtend: den röm. Juristen ist der (vorprozessualische) „dingliche Anspruch“ des heutigen Rechtes unbekannt. Die *Plagmacht* (*potestas agendi* — diese läßt Gai. 4, 123 allgemein per *exceptionem perimere*; vgl. auch *Alex. C. I.* 3, 42, 3) aus dem Eigentum oder m. a. W. die Anwartschaft auf den dinglichen Prozeß erscheint ihnen nicht als ein nobilierbares Recht und überall nicht als eine obligationenartige Befugnis. — Die umfangreiche „Konsumtions“-Literatur der letzten Jahrzehnte hat durchweg (nur *Salpius a. a. O.* macht eine Ausnahme) die römische Begrenzung des *Actio*-verbrauches außer Acht gelassen. Zu dem hier Dargelegten vgl. man *Wlassak*, *Röm. Prozeßgesetz* 2, 354 bis 356; *Zeitschr. d. Sav. St. R. X.* XXV (1905), 141 ff. 153 ff. 160, 1 u. 2; XXVIII (1907), 100 f. Anm. Andere Anschauungen neuerdings (1909) wieder bei *J. E. Naber*, *Mnemosyne*, N. F. XXXVII, 273 ff. In der Beugnung des dinglichen Anspruches erfenne ich mich der Zustimmung von *Witteis*, *Röm. Privatrecht* 1, 92, 63.

stellen, daß) *ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

Um den Sinn dieses Satzes richtig zu erfassen, wird man einer — nicht ganz unbilligen — Forderung genügen müssen. Unser Satz besteht aus zehn Worten, und alle diese zehn wollen bemerkt und genau übersetzt werden. Es ist natürlich unstatthaft, bei der Auslegung von den zehn Worten drei (*ita, ut nunc*) kurzweg zu beseitigen. Gaius also sagt nicht: in jenen (alten) Zeiten gab es keine *Exzeptionen*. Vielmehr berichtet er: der Gebrauch (*usus*) der *Exzeptionen*, wie er jetzt ist (*ita, ut nunc*), bestand in jenen (alten) Zeiten (noch) nicht. Oder, um dasselbe bejahend auszudrücken: früher war der Gebrauch, den man von den *Exzeptionen* machte, anders geartet als heute. Within hat er schon *illis temporibus Exzeptionen* gegeben; doch hatten sie allerdings ein anderes Gepräge als im jetzigen Prozeß.

Vielleicht führte wegen der Abweichung im *usus* das *Vertheidigungsmittel*, das Gaius andeutet, und das den *Ältrömern* die moderne *Exzeptio* ersetzte, eine andere Bezeichnung, als heute üblich ist. „Vielleicht“ — denn mehr als ein leiser Zweifel kann keinesfalls zugestanden werden. Den Worten unserer Quelle schließen wir uns gewiß noch enger an, wenn wir behaupten, daß auch der Name 'exceptio' schon in der Zeit der vorherrschenden *Legisactio* vorhanden war.

Das Ergebnis ist also — um das Mindeste zu sagen — folgendes. Gaius ermächtigt uns, auch der alten Zeit außerhalb des Formelprozesses besondere *Verteidigungsmittel* des *Beklagten* zuzuschreiben, und er hindert uns nicht, ihnen vermutungsweise denselben Namen beizulegen, den sie später haben. So drängt sich jetzt die Frage auf, ob nicht aus anderen Quellen eine Bestätigung dessen zu gewinnen sei, was Gaius zufolge vermutet werden muß?

Zu den *Belegen*, die regelmäßig genannt werden, um die *Herkunft* aller *Exzeptionen* aus dem prätorischen Recht darzutun, gehört je eine Stelle aus der *Rhetorik ad Herennium* (1, 12, 22) und aus *Ciceros* Büchern über die *rednerische Erfindung* (2, 19, 57). In Wahrheit dürfte keine von beiden geeignet sein, das zu erweisen, wofür man sie immer anführt. Wohl aber enthalten sie beide — wenn ich recht urteile — eine sehr erhebliche, bisher nicht gewürdigte Nachricht, die vielleicht den *Rechtszustand* etwas deutlicher macht, auf den Gaius 4, 108 nur flüchtig hinweist.

Von gesicherten Anschauungen über das Verhältnis des Ciceronischen Werkes zur Rhetorik ad Her. können wir im folgenden leider nicht ausgehen, da dieser Punkt nach wie vor bestritten ist¹⁵⁾. Friedrich Marx, der zuletzt die einschlagenden Fragen aufs gründlichste geprüft hat¹⁶⁾, betrachtet beide Werke im wesentlichen nur als Niederschriften, die von Cicero und vom Anonymus nach Vorträgen ihrer Lehrer gefertigt sind. Hiernach wäre es weit wichtiger zu wissen, wann diese Vorträge stattfanden, als wann sie veröffentlicht wurden. Den Stoff, der in den Büchern de inventione überliefert ist, hält Marx für etwas älter als den der Herennianischen Rhetorik. Für den ersteren nimmt er als Entstehungszeit die Jahre 660 bis 668 d. St. an, für den letzteren die Jahre 668 bis 672.

Diese Zeitbestimmung — mag sie nur ungefähr richtig sein — macht es möglich, die Prozeßordnungen für Privatsachen zu bezeichnen, welche jene Lehrer der Redekunst vor Augen hatten, als sie ihre Vorträge hielten. Das letzte Drittel des 7. Jahrhunderts, das hier in Betracht kommt, kann mit ziemlicher Sicherheit der Epoche des zweiförmigen Prozesses zugeteilt werden. Ohne Zweifel war damals die alte Legisactio für Streitsachen unter Römern noch in Geltung; doch besteht bereits neben ihr — nach Wahl der Parteien, unter amtlicher Kontrolle — das Formelverfahren, vielleicht schon als legitimum iudicium¹⁷⁾, das heißt kraft gesetzlicher Anerkennung¹⁸⁾ durch die Aebutia.

Nach diesen Vorbemerkungen setze ich den Text der angerufenen Stellen aus dem Auktor und aus Cicero hierher, den ersteren ungekürzt, den letzteren nur soweit er unentbehrlich ist.

¹⁵⁾ S. M. Schanz, Gesch. d. röm. Literatur I (1898 — 2. Aufl.) § 148 (S. 286 f.), § 197 (S. 387 ff.).

¹⁶⁾ In den Prolegomenen zu seiner Ausgabe des A. ad Herennium — Lipsiae 1894. Über und gegen Marx vgl. Schanz a. a. O. I, S. 389 f. Als Urquellen, die den Schriften Ciceros und des Auktors zugrunde liegen, nimmt Marx (pag. 156 ff.) zwei verschiedene *τέχνη* griechischer (rhodischer) Meister an. Doch seien diese schon von den lateinischen Rhetoren, deren Vorträge — mit einigen Veränderungen — wir heute lesen, überseht und bearbeitet worden.

¹⁷⁾ Zu den von Gai. 4, 104 angegebenen Grenzen. Zum Obigen vergleiche man meine Röm. Prozeßgesetze I. Kap. 2, ferner Grünhuts Ztschr. 19 (1892) 729 bis 734; Ztschr. d. Sav. St. R. X. 28 (1907), 110, 2 und S. 118.

¹⁸⁾ Über die Bedeutung der Legalisierung s. meine Prozeßgesetze II, 212 f. 245, 253, 364.

A. ad Her. 1, 12, 22:

Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit¹⁹⁾. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in iure [civilis]²⁰⁾ plerumque utimur. [In hac parte nos iuris civilis scientia iuvabit]²⁰⁾. In iudiciis tamen nonnihil utimur ut hoc modo:

Si quis peculatus accusatur, quod vasa argentea publica de loco privato dicatur sustulisse, possit dicere, cum definitione sit usus, quid sit furtum, quid peculatus, secum furti agi, non peculatus oportere²¹⁾.

Haec partio legitima constitutionis his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit, nisi habuit actionem²²⁾, et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare nec ne²³⁾.

Cic. de inv. 2, 19, 57 bis 59 und 2, 20, 59 f.:

Cum autem actio translationis aut commutationis indigere videtur, quod non aut is agit, quem oportet, aut cum eo, quicum oportet, aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet, constitutio translativa appellatur Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes. Nam et praetoris²⁴⁾ exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemad-

¹⁹⁾ Diese Aufzählung ist nicht erschöpfend, wie das folgende zeigt.

²⁰⁾ Die in eckige Klammern eingeschlossenen Worte betrachten alle neueren Herausgeber (Rahser, W. Friedrich, F. Marx) als unecht, und zwar als später eingefügte Glosseme. A. A. ist E. Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen 1, 67 f., der civili beibehalten will.

²¹⁾ Zu diesem Beispiel vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht 765, 3.

²²⁾ So Friedrich und Marx. Die jüngeren Handschriften haben hier: is qui non quemadmodum oportet egerit (ebenso Cic. de inv. 2, 19, 57 in f.); vgl. aber auch A. ad Her. 2, 12, 18.

²³⁾ Die Schlußworte: in publicis quaestionibus . . . erläutert Mommsen a. a. O. 372, 2.

²⁴⁾ Bei Ernesti und in anderen älteren Ausgaben liest man hier praetoris — was gegen alle Handschriften verstößt. Den richtigen Text bietet schon Drelli-Baiter, ferner Weidner (1878), W. Friedrich (1893).

modum oportet egerit. (57) Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulatur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. In ipsis autem iudiciis rarius incidunt et tamen, si quando incidunt, eiusmodi sunt, ut per se minus habeant firmitudinis, confirmantur autem adsumpta alia aliqua constitutione . . . (58) . . .

Nun folgt als Beispiel der Fall einer subscriptio der par-ricidii causa, die der Verteidiger des Beschuldigten in ipso iudicio durch translatio abwehrt, indem er u. a. ausführt: ea poena, das heißt die der causa subscripta entsprechende Strafe, sei nicht anwendbar auf den Verklagten. Denn mögen ihm auch andere Übeltaten zur Last fallen, so sei doch nichts dargetan de nece parentis.

Daher: Hic defensor poenae commutationem ex translativo genere inducendo totam infirmabit accusationem. Verumtamen ceteris quoque criminibus defendendis coniecturali constitutione translationem confirmabit. — Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huius modi: Cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt, et cuidam equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. Postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem, 'Extra quam in reum capitis praeiudicium fiat.' (59) Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est: Excipiendum sit, an non. Ratio: Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri. Infirmatio rationis: Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari. Indicatio: Atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur? . . . (60).

Der Gegenstand beider, hier mitgeteilten Darlegungen ist der rhetorische, rechtswissenschaftlich unbrauchbare Begriff der constitutio (*στάσις*, status) translative, die beim Auctor (1, 11, 18f.) als Unterart der legitima constitutio erscheint, während sie bei Cicero (de inv. 1, 8, 10 und 11, 16), der dem Hermagoras folgt, als vierte Hauptart auftritt, die sich der const.

coniecturalis (welche die Tatfrage), der definitiva (welche die Namens-) und der generalis (welche die Eigenschaftsfrage betrifft) zur Seite stellt.²⁵⁾ Der Widerspruch, der den Streit (die controversia) erzeugt, richtet sich bei der translatio (*μετάληψις*, *παράγραφη*)²⁶⁾ gegen die Modalitäten der gegnerischen Actio²⁷⁾, mag diese privat- oder strafrechtlich sein.

Von dieser Art der Abwehr nun sagen unsere Gewährsmänner in voller Übereinstimmung: sie sei in Rom eine ziemlich seltene Erscheinung, wenigstens in iudiciis, das heißt in der Hauptverhandlung vor den privaten oder öffentlichen Spruchrichtern. Der Anonymus hebt dabei einen Punkt noch deutlicher hervor: er macht besonders aufmerksam auf den Gegensatz, der zwischen der römischen und der griechischen Gerichtsübung obwalte. Graeci — sagt er — hac parte constitutionis in iudiciis (utuntur). Ausgeschlossen freilich ist das Vorkommen der translatio auch vor römischen Richtern nicht. Doch werden uns als Beispiele in der einen wie

²⁵⁾ Diese Vierteilung beruht augenscheinlich auf einem logischen Fehler, da beim Anfügen der vierten Art etwas wesentlich Anderes als Gegenstand der Teilung vor sich wehrt, als bei den drei ersten Gliedern. So hat auch Cicero selbst in einem späteren Werke (de orat. 2, 26, 113) die Vierteilung preisgegeben. Sehr eingehend aber weist Quintilian 3, 6, 68 bis 82, früheren Irrtum bekennend (3, 6, 63 ff.), die Unhaltbarkeit des status translationis auch für die Rhetorik nach. (Nur im Anfangsunterricht will er 3, 6, 83 bis 85 die translatio noch dulden.) — Der Zusammenhang der translatio mit den „Prozeßreden“ des gemeinen Rechtes hat die neueren Juristen öfter veranlaßt, den in Frage stehenden Begriff der alten Rhetorik zu erörtern. Hervorzuheben ist D. Bülow, Prozeßreden 241 bis 256 und besonders Th. Schwalbach, Ztschr. d. Sav. St. R. 2 (1881), 209 ff. Vgl. ferner von Weisen, Ztschr. d. Sav. St. R. 21, 104 bis 106, H. Piffard, Les questions préjudicielles (Paris 1907) 53 bis 55. Belehrend und reichhaltig ist die Darstellung von M. Voigt, Jus naturale IV. 2 (1871), S. 333 ff. Voigt gibt auch eine Übersicht über das vom A. ad Her. angenommene System: S. 344, und über das ältere Ciceronische: S. 342.

²⁶⁾ Daß *παράγραφη* im Munde der griechischen Rhetoren (Hermogenes) kaum verschieden ist von der *μετάληψις*, darüber s. Partsch, Longi temporis praescriptio (1906) 74 f. Doch ist die Gleichsetzung allerdings nicht allgemein anerkannt. Zuweisen (bei Syrianos) wird *παράγραφη* in einem engeren Sinne gesetzt; ähnlich wie die lateinischen Rhetoren bald translatio und praescriptio abwechselnd gebrauchen, bald wieder diese Worte zwar verwandte, aber scheidbare Begriffe vertreten lassen (so Sulpitius Victor 44, bei Palm, Rhet. lat. min. pag. 340). Genauere Nachweisungen für das hier Gesagte bei Schwalbach a. a. D. 2, 213 f. 220 f., Partsch a. a. D. 2, S. 74 f. in den Anmerkungen.

²⁷⁾ Dies ist die Regel. Denkbar ist eine translatio auch von seiten des Klägers als Replik; s. Schwalbach a. a. D. 2, 213.

in der anderen Quelle bloß öffentliche Strafprozesse genannt. Bei Cicero: die oben schon erwähnte Einzeichnung einer *causa paricidii* ins Gerichtsprotokoll; beim Auktor: ein *Pekulats*prozeß, in dem der Verteidiger dem Kläger mit dem Einwand entgegentritt, daß die behauptete Tat nur mit einer *Actio furti* zu verfolgen wäre, nicht mit einer Anklage wegen *Pekulats*.

Welche Bewandnis aber hatte es mit der *translatio* im römischen Zivilprozeß? An welchen Platz gehört sie im privaten Streitverfahren, und weshalb war sie der Regel nach in der Hauptverhandlung vor dem Privatrichter nicht anwendbar? Die Antworten, die unsere Autoren erteilen, lauten sehr ähnlich. Beide verweisen die *Translationen* in den Prozeßabschnitt vor dem *Magistrat*. Bei dem einen heißt es: *in iure plerumque versantur* und beim anderen: *nos in iure plerumque utimur*. Weiter führen beide Quellen je zwei Gründe an, und offenbar die nämlichen²⁸⁾, weshalb das eigentliche *Judizium* für die *Translatio* gewöhnlich verschlossen sei. Uns kümmert hier bloß der eine Grund, den Cicero und der Auktor übereinstimmend an erster Stelle nennen. Zur Erläuterung des anderen²⁹⁾ ist nur unten in

²⁸⁾ Der Marcksche Text des A. ad Her. l. c. (s. oben S. 13 A. 22) darf nicht irreführen. *Causa cadit qui egit, nisi habuit actionem* kann nicht heißen: Sachfällig wird, wer *is* kontestiert hat, ohne daß ihm das eingeklagte Recht zustand. Denn dieser selbstverständliche Satz wäre doch keine Eigentümlichkeit des römischen Rechts! Und ein Mangel der *Actio* in diesem Sinn ist gerade hauptsächlich vor dem *Judex* geltend zu machen. Endlich hätte der Auktor, wenn seinen Worten die hier abgesehnte Bedeutung zukäme, der *translatio* (vor dem Beamten: *in iure*) einen so ungemessenen Umfang gegeben, daß dadurch seine eigene Lehre von den verschiedenen *constitutiones* unheilbar zerrüttet wäre. So wird man den angeführten Satz — so mangelhaft die Fassung sein mag — doch nicht anders deuten können, als die entsprechenden Worte bei Cicero de inv. 2, 19, 57 a. C. — A. ad Her. 2, 12, 18 beziehe ich auf populare Klagrechte im öffentlichen und privaten Prozeß. Was *Quintil.* 3, 6, 69 bemerkt, ist schwerlich durchaus haltbar, wenn man das *formula cadere* dieser Stelle mit dem *causa cadere* der Juristen gleichsetzen will.

²⁹⁾ Wie die Regel des *ius civile*, daß *causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit*, dahin führen soll, die *translatio* — meistens — vom *Judizium* auszuschließen, das ist keineswegs ohne weiteres klar. D. Bülow a. a. O. 243. 245. 252 f. meint: Die *Translation* zielt auf „Klagänderung“ ab; vor dem Spruchgericht aber könne nicht Verbesserung verlangt werden, sondern nur Abweisung (*Quintil.* 3, 6, 73 ist m. E. von Bülow 255 mißverstanden). Dazu stimmt aber nicht der *Translationsfall* im Strafprozeß, den Cic. l. c. 19, 58 f. anführt: *hic defensor poenae commutationem ex translato genere inducendo totam infirmabit*

den *Noten* Einiges bemerkt. Als Hauptursache aber für die besagte Erscheinung bezeichnet der *Anonymus* den Umstand: *quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt*; und noch klarer drückt Cicero dasselbe mit den Worten aus: *praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones*.

Beide Texte beziehen sich ohne Zweifel nur auf den Privatprozeß. Der erstere hebt diese Einschränkung besonders hervor und

accusationem. Der Anwalt wird also *Freispruch* verlangen; *Klagänderung* könnte er gar nicht begehren — und trotzdem ist es *translatio*. Meiner Ansicht nach wirkt der „*transferierende*“ Redner zwar dem Kläger immer vor: du hättest deine *Actio* anders fassen oder sonst die *Mobalitäten* ändern müssen; doch ist es gleichgültig, welchen Schluß (welches Begehren) er daraus ableitet. Wie aber hängt dann die obige Regel mit der Beschränkung der *translatio* zusammen? Ich weiß keine andere Antwort als folgende. Die übermäßige Strenge des *Legisaktionsrechtes* (*Gai.* 4, 30: . . . *ut vel qui minimum errasset, litem perderet*), die im *Formelprozeß* nicht aufgehoben, nur vermindert ist, zwingt den Kläger zur äußersten Vorsicht bei der Auswahl der *Prozeßformel*. Aus diesem Grunde sind fehlerhafte *Actiones* sehr selten, und deshalb ist auch vor den *Spruchgerichten* wenig Gelegenheit geboten zur Anwendung der *Translatio*. Dagegen konnte der Anwalt des *Beklagten* in *Iure* — ohne den fatalen Schnitt des *En. Octavius* bei Cic. de orat. 1, 36, 166 zu wiederholen — schon im alten *Spruchprozeß* die vom Kläger beantragte *Actio* bekämpfen; und noch mehr Spielraum zu *Änderungsvorschlägen* war ihm im neuen Verfahren mit *Schriftformeln* gegeben. — Übrigens hätte sich Cicero in seinen späteren Jahren, nachdem er bessere Einsicht ins *Gerichtswesen* erlangt hatte, gewiß nicht mehr so entschieden über den Ausschluß der *Translatio* vom *Judizium* geäußert, wie in der unvollendeten *Rhetorik*, die von ihm als *Jüngling* niedergeschrieben war. Beweisend hierfür sind besonders einige *Aussprüche* in den *part. orat.* 28, 99 und 100, z. B.: . . . *Quae etiam si ante quam res in iudicium venit aut concertata aut diiudicata aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: Plus petisti; sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege non his verbis, non hoc iudicio quod ea fere generis eius sunt, ut quamquam in ipsum iudicium saepe delabuntur, tamen ante iudicium tractanda videantur, paulum ea separo a iudiciis tempore magis agendi quam dissimilitudine generis*. Vgl. auch *Kübler*, *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 16, 169, 1. — Der *Kommentar* des *Victorinus* zu Cic. de inv. 2, 19 (*Halm*, *Rhetores lat. min.* pag. 276) aus der *Mitte* (?) des 4. Jh. v. C. unterstützt anscheinend die von *Bülow* gegebene Erklärung. Auf die bei Cicero vorausgehenden Worte über die *praetoris exceptiones* ist gar nicht näher eingegangen. Sicher kannte *Victorinus* weder die alte *Legisaktio* für *Streitsachen*, noch hatte er eine richtige Vorstellung vom *Formularprozeß*. Den letzteren vermengt er in der (noch heute) üblichen Weise mit dem *Kognitionsprozeß* seiner Zeit, in dem sich der Beamte einen *Vertreter* (*iudex pedaneus*) ernennt, dem er (allein) die zu lösende Aufgabe vorschreibt.

erleichtert auch insofern das Verständnis des vieldeutigen³⁰⁾ Wortes *actio*, als er die Wahl, die wir treffen sollen, um den Sinn zu bestimmen, in enge Grenzen schließt. Wenn der Auktor sagt: *in privata actione . . . exceptiones sunt*, so kann ihm hier gewiß nicht die privatrechtliche („materielle“) Bedeutung des Wortes vorschweben. Ebenso unstatthaft aber wäre diese Auslegung für die *actiones* des anderen Textes, den man bloß wieder einzufügen braucht in die Erörterung, aus der er genommen ist, um zu sehen, daß auch Ciceros *actiones* ein Stück des Gerichtsverfahrens sein müssen. Ferner kann hiernach bei den *exceptiones*, die der *actio* entgegentreten, sicher nicht an die außergerichtliche Wirkung gedacht sein, die schon eintritt als unmittelbare Folge des Bestandes einer Abwehrbefugnis³¹⁾. Soll doch die Gegenwirkung jener „Exzeptionen“ nicht darin hervortreten, daß die bedrohten Aktionen überhaupt nicht vor Gericht kommen. Vielmehr ist die Anrufung des Recht sprechenden Beamten gerade vorausgesetzt. Hier aber führen die Exzeptionen zur Erledigung des Streites schon im ersten Teil des Verfahrens; sie schneiden also das Judizium ab, so daß — wie Cicero bemerkt — für Translationen lediglich in *iure* Raum bleibt (*quare in iure plerumque versantur*).

Sobald aber festgestellt ist, daß die Worte, deren Sinn wir ermitteln wollen, keinesfalls privatrechtliche Begriffe vertreten, erhebt sich noch weiter die Frage, ob die *actiones* und *exceptiones* der obigen Texte auf prozessualische Handlungen zu deuten sind oder auf Prozeßmittel, das heißt auf Formeln, die prozessualischen Zwecken dienen? So sehr es die Klarheit fördert, wenn die Frage gestellt wird, so wenig dürfte es zweifelhaft sein, daß nur die erstere Deutung annehmbar ist. Der Anonymus kann mit seiner These nicht sagen wollen: „wir haben eine Prozeßformel, der hemmende prätorische Vorbehalte eingeschaltet sind“, da er zum Ausdruck dieses Gedankens — zumal neben den *exceptiones* im Plural — statt in *actione* notwendig in *actionibus* (oder *formulis*) hätte setzen müssen. Nicht minder verkehrt wäre der Versuch, bei der Auslegung des zweiten Textes die „formellen“ Wortbedeutungen zugrunde zu legen. Das *ex-*

³⁰⁾ Über den Gebrauch des Wortes in den Juristenschriften s. Paulyn-Wissowa, *Realencyklopädie* I, 303 ff.; *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 25 (1904) 170, 2; 28 (1907), 80, 1.

³¹⁾ S. oben S. 4 f.

cludere, von dem Cicero spricht: das „Ausschließen“ im Sinne des „Verhindern“, kann sich nur auf etwas Wirkendes beziehen: auf Menschen und die von ihnen beabsichtigten Handlungen, allenfalls auch auf Rechte, deren Wirksamkeit für die Zukunft beseitigt werden soll, nicht aber auf tote Formeln. Und anderseits dürfen auch die *exceptiones* unserer Texte gewiß nicht bloß als stehende Wortverbindungen, nicht als leblose Schemata gedacht werden, da ihnen die Kraft zugeschrieben ist, zu „exkludieren“. Sind doch beide Worte: *actio* wie *exceptio* Verbalsubstantiva, von *agere* und *excipere* abzuleiten, mithin berufen, vor allem Tätigkeiten anzuzeigen. Von solchen aber sind die in Rede stehenden Äußerungen sowohl Ciceros wie des Auktors unbedenklich zu verstehen. Der erstere hätte auch nicht sagen können, daß bloß viele (*multae*) Aktionen eine Hemmung erfahren, wenn es Prozeßformeln wären, die er im Sinn hatte. Denn Aktionen, — das Wort in formeller Bedeutung genommen — denen Exzeptionen niemals Gefahr bringen könnten, gibt es überhaupt nicht. *Multae actiones* müssen also Ereignisse sein, die sich häufig zutragen: wirkliche Prozesse, mit deren Verhandlung begonnen ist, ohne daß das Ziel erreicht wird.

Nach alledem bleibt freilich noch die Kernfrage übrig, jetzt aber befreit vom verwirrenden Beiwerk, die Frage nämlich: von welchen gerichtlichen Handlungen unsere Texte sprechen, und von wem diese Handlungen ausgehen?

Zunächst wollen wir die *actio* ins Auge fassen, die nach dem oben Gesagten ein Stück des Privatprozesses ist oder ihn zum mindesten vorbereitet. Beschränkt ist diese *actio* — so viel darf für sicher gelten — auf die Gerichtsstätte des Beamten. Wer die Erörterungen ganz liest, denen unsere Zeugnisse angehören, kann in diesem Punkte keinen Zweifel haben. Dagegen wird sich die Prozeßart, an die hier und dort gedacht ist, kaum ebenso rasch außer Streit setzen lassen. Darum also dreht es sich vor allem, ob die zwei Sätze, die zu erläutern sind, Aussagen enthalten über die *Legisactio* oder über das Verfahren *per concepta verba*?

In Ciceros Schriften sind bekanntlich nebeneinander beide Prozeßformen berücksichtigt. Die zitierten Kapitel 19 und 20 der *Rhetorik* bestätigen durchaus diese Wahrnehmung. Auf die jüngere Art des Verfahrens deutet schon die im § 58 erwähnte *conceptio privatorum iudiciorum*, deren Feststellung im Gericht

des Beamten zu erfolgen habe; und unverkennbar tritt sodann die Schriftformel auf in der eingeschobenen (§ 59 f.) Erzählung über die Injurienklage³²⁾ des römischen Ritters. Die exceptio, deren Zulassung der Beklagte hier vom Prätor begehrt (postulat), während der Kläger auf der Bewilligung eines iudicium purum (einer „Formel ohne Einschaltung“) besteht, ist offenbar die geschriebene Einrede, die der Streiturfunde beigelegt wird. Dagegen ist die Bemerkung über das causa cadere, die sich unmittelbar an den Satz über die Exklusion der Aktionen anschließt, unwidersprechlich auf die alte Legisaktio zu beziehen, wenn nicht allein auf sie, so jedenfalls in erster Linie³³⁾. Sollte diese Auslegung noch einer Stütze bedürfen, so wäre Cic. de orat. 1, 36, 166 f.³⁴⁾ anzurufen, wo dasselbe causa cadere begegnet und wieder als Folge einer unrichtig geformten Actio, und wo ausdrücklich bezeugt ist, daß ein legitimer Spruchprozeß beabsichtigt war.

Hiernach darf es nicht überraschen, wenn ich weiter behaupte: auch die vorangehende Ciceronische These handelt von der streitigen Legisaktio, und sogar nur von ihr. Auf den Formularprozeß kann der fragliche Satz nicht bezogen werden, weil was er aus- sagt unvereinbar ist mit der feststehenden Ordnung des neueren Verfahrens.

Begründen aber läßt sich der hier gemachte Vorschlag in folgender Weise. Für Cicero wie für den Auktor ist das prozessualische Handeln vor dem Gerichtsmagistrat eine actio. Eben dieses Wort ist von den Juristen zum Kunstausdruck erhoben und bezeichnet in ihrer Sprache die volksgesetzlich gültige Streitbefestigung und in der älteren Zeit nur die durch Spruchformeln vermittelte Contestatio. Wie Gaius 4, 108 und 11 zeigt, ist actum est ursprünglich gleichbedeutend mit lege actum est. Wo sich die Parteien des neueren Prozeßmittels bedienen, da heißt es im Rubrischen Gesetz (c. 20) und auf der Epenser Tafel

³²⁾ Diese gehört in die Zeit vor Sulla's Injuriengesetz: was gegen Huschke, Gaius. Beiträge 148 bemerkt werden muß. Die Lex Cornelia de iniuriis ist dem Jahre 673 (= 81) zuzuweisen; vgl. Liv. ep. 89, Fröhlich in Pauly-Wissowa, R. E. IV, 1562, Girard Mélanges Gérardin (1907) 258. 268 f.

³³⁾ Auf den Spruchprozeß beziehe ich auch die Worte des § 58: Ibi enim bis potestas datur.

³⁴⁾ Wegen der Datierung des hier besprochenen Prozesses vgl. Girard, Ztschr. d. Sav. St. R. A. 14 (1893), 31.

(Z. 8 und 9)³⁵⁾ von dem Vorgang, der den Rechtsstreit begründet, iudicium sit, und wo jenes Ereignis ein vergangenes ist: iudicium factum est; oder es wird gar das litem contestari näher bestimmt durch Beifügung des zwischen den Parteien spielenden iudicium accipere³⁶⁾. In sehr ähnlicher Weise bringt gerade Cicero einmal die Eigenart der jüngeren Streitbefestigung zum Ausdruck, in der o. pro Roscio com. 11, 32, wo er den Fannius sagen läßt: Lite contestata, iudicio³⁷⁾ damni iniuria constituto tu . . . decidisti; und ebenso bekannt war unserm Redner die Gewohnheit der Juristen, dieselben Worte, welche die konkurrierenden Prozesse, namentlich die Gründungsakte, anzeigen, auch für die hier und dort zu verwendenden Mittel zu gebrauchen: actio für den gesetzlichen Spruch³⁸⁾, iudicium für die Schriftformel³⁹⁾. Nur auf ein ganz deutliches Zeugnis, das

³⁵⁾ Abgedruckt ist das Atestiner Gesetzesfragment bei Mommsen, Jur. Schriften 1, 176 f.; bei Bruns Fontes⁷ (ed. Gradenwitz) 1, 101 f.

³⁶⁾ So in der Lex Rubria I Z. 48, wo der Sinn von iudicium = Schriftformel völlig gesichert ist durch die im Gesetz (Z. 41 bis 50) unmittelbar vorausgehenden Bemerkungen, denen zufolge in eo iudicio (so zweimal: Z. 42 und 47) gewisse Worte „eingeschaltet“, „aufgenommen“ (includantur concipiuntur), beziehungsweise nicht eingeschaltet werden sollen. Z. 48 lautet: iei, quos inter id iudicium accipietur leise contestabitur. — Wie die Römer dazu kamen, die Streitbefestigung des neueren Verfahrens durch iudicium factum, acceptum oder schlechtweg durch das Wort iudicium anzuzeigen, während für die alte Prozeßbegründung mit Sprüchen actum est oder actio gesetzt wurde, das ist nicht leicht auszumachen. Zugunsten einer besseren Erklärung würde ich die in meinen Prozeßgesetzen II vorgeschlagene sofort preisgeben. Vielleicht haben wir auch darauf Gewicht zu legen, daß das neuere Recht die Feststellung der Prozeßvorschrift und die Richtereinsetzung in einem Akte zusammenfaßt, während nach der Lex Pinaria, Silia und Calpurnia (Gai. 4, 15. 17^a. 18 f.) das lege agere aus zwei zeitlich getrennten Teilen bestand (vgl. meine P. G. 2, 197, 18. — Lenel, Ztschr. d. Sav. St. R. A. 24 (1903), 337 ff. kann ich mich nicht anschließen). Eines aber ist wesentlich: das Vorurteil muß endlich fallen, daß iudicium nur das Gericht und das Verfahren vor dem Jurex sei. Sedet bin ich für das erste Stück seines Artikels iudicium bei Heumann⁹ S. 294 sehr dankbar. Vgl. noch Ztschr. d. Sav. St. R. A. 25, 125, 2.

³⁷⁾ Dazu Massalf, Gesch. d. Kognitur 56, 12 f.

³⁸⁾ Belege in meinen Prozeßgesetzen 1, 75.

³⁹⁾ Meine Deutung von iudicium und actio ist angenommen von Lenel, Ztschr. d. Sav. St. R. A. 15 (1894), 380 f., Mitteis, Iherings Jahrb. 39 (1898), 168 f., Erman, Ztschr. d. Sav. St. R. A. 19 (1898), 277 ff., Girard, Manuel⁴ 1009, 5, Wenger, Actio iudicati 110, 18 und in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie VI, 2864; eingehend bekämpft (für

Runde hiervon gibt, sei verwiesen: auf de nat. deor. 3, 30, 74⁴⁰⁾.

Die Bücher de inventione tragen den Namen eines vielgewandten Mannes, der, selbst nicht Jurist, in rechtlichen Dingen der Ausdrucksweise der Juristen folgt,⁴¹⁾ und der — was hier in Betracht kommt — in einem Briefe ad Att. 6, 1, 8 die dies fasti als dies agendi⁴²⁾ bezeichnet. Daher ist es durchaus keine Willkür, wenn ich die actiones der Rhetorik l. c., die fraglos ein Stück des Streitverfahrens in iure sind, so verstehe, wie sie zu deuten wären, wenn ein zünftiger Jurist der Republik zu uns spräche.

Freilich darf eine Annahme, die keine Widerlegung zu fürchten braucht, deswegen nicht schon für gesichert gelten. Cicero hat die zwei Bücher der Rhetorik vielleicht nur als Nachschreiber zu verantworten, und selbst wenn er der Verfasser ist, so handelt es sich jedenfalls um ein Jugendwerk, das sich nicht verlässlich beurteilen läßt nach der Art, wie er sich später auszudrücken pflegt. Endlich hat es Cicero auch in den Reden und Schriften seiner Mannesjahre nicht ängstlich vermieden, zuweilen actio zu setzen, wo vom neueren Verfahren oder gar von Rechtsmitteln prätorischer Herkunft die Rede ist⁴³⁾.

So würde sich aus dem oben Dargelegten bloß einige Wahrscheinlichkeit ergeben für die Auffassung, die ich verteidige, falls es nicht gelingt, noch eine andere tüchtige Stütze beizuschaffen. Nun glaub ich als solche gerade die exceptio benutzen zu können, von der man bisher annahm, daß sie untrüglich auf den Prozeß mit Schriftformeln hinweise. Eben diesem Schluß aber ist die zwingende Kraft schon entzogen durch Gaius 4, 108, der uns — richtig verstanden — nicht hindert, den Quellen zu trauen, wenn sie irgendwo „Einreden“ in der Legisactio bezeugen. Und Ciceros These dürfte in der Tat geeignet sein, in der gedachten Richtung unsere Kenntnis zu ergänzen. Ihr zufolge werden in

die Zeit der Republik) von Kähler, Ztschr. d. Sav. St. R. A. 16 (1895), 137 ff.

⁴⁰⁾ Dazu Blassak, Prozeßgesetze 1, 72 f.

⁴¹⁾ Das will Erman a. a. O. 19, 281 gerade für Ciceros rhetorische Werke nicht gelten lassen.

⁴²⁾ Dazu Cic. pro Mur. 11, 25 a. E., Macrob. 1, 14, 12, Varro bei Macrob. 1, 16, 27, Wissowa in Pauly-Wissowa R. E. VI, 2015.

⁴³⁾ Solche Stellen sind verzeichnet in meinen Prozeßgesetzen 1, 80, 6 f.

iure gewisse Parteihandlungen — actiones genannt — „durch Exzeptionen ausgeschlossen“ (excluduntur). Die hindernde Wirkung aber, die den Exzeptionen zugeschrieben ist, macht es sofort möglich, zu bestimmen, was für Handlungen unter den actiones begriffen sind. Mag an die ältere oder jüngere Prozeßart gedacht sein, keinesfalls konnte das Exzipieren jemals die Folge haben, alle Vorgänge abzuschneiden, die gewöhnlich in Jure vorkommen. Das formlose Postulieren dem Beamten gegenüber und das Debattieren mit dem Gegner war schlechthin unentbehrlich, wie zur Vorbereitung der Streitkontestatio, so auch im Gegenfall, wenn das Verfahren, ohne Spruchgericht, zur Abweisung des Klägers führen sollte. Natürlich mußte die Exzeptio der Regel nach erst „verlangt“, und sie mußte ferner erörtert und geprüft werden, ehe sie ihre hemmende Wirkung entfalten konnte. Wenn also Cicero von einer „Exklusion“ vieler „Aktionen“ spricht, so ist es keineswegs die ganze Verhandlung in Jure, die hintertrieben wird durch Exzeptio. Nicht im weiteren und ursprünglichen Sinn, der heimisch ist in der Laiensprache, kann das Wort actio hier gebraucht sein, sondern nur in der engeren, erst von den Juristen aufgestellten Bedeutung, die zutage tritt in dem Verbot der zweiten actio de eadem re, und die verbürgt ist durch ungezählte Äußerungen der Klassiker.

Fragen wir endlich, ob Ciceros These auf die Streitbefestigung des älteren oder des jüngeren Prozesses gemünzt sei, so ergibt sich die richtige Antwort aus der Exklusionswirkung, die von der Exzeptio ausgehen soll. Doch wird man freilich sofort entgegen, daß diese Eigenschaft gerade für die Einrede des Formelprozesses gut beglaubigt sei. Bekanntlich schreibt ja ein so später Jurist wie Ulpian in den D. 44, 1, 2 pr. § 2 (zweimal) der Exzeptio seiner Zeit „exklusorische“ Kraft zu, und überaus häufig lesen wir ferner in den klassischen Schriften vom Kläger, daß er durch Einrede „exkludiert“ werde, oder daß er repellitur, summovetur oder andererseits, daß die Exzeptio den Beklagten eximit „herausnehme“⁴⁴⁾. Und in der Tat ist es in der Cicero-

⁴⁴⁾ Überflüssig wäre es, Belege anzuführen, da sie jedes Wörterbuch liefert. So oft vom Kläger gesagt ist, daß er exceptione repellitur, so selten ist es die actio, von der das repelli behauptet wird; und wo dieser Ausdruck vorkommt, da zeigt er einmal: in den D. 4, 3, 7, 8 (. . . quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam — Ulp.) deutlich

stelle nicht so sehr die Ausschlußwirkung an sich, die besondere Beachtung verdient, als das Objekt (das Geschehnis), welches durch die Einrede exkludiert ist. Als verhindert, „ausgeschlossen“ erscheint nämlich in der Rhetorik l. c. der Akt der Streitbefestigung, während die Einrede des jüngeren Verfahrens der Aufnahme in die Schriftformel bedarf, also mit dieser, das heißt erst im Augenblick der Kontestation, juristisch wirksam wird.

Hiernach aber besteht ein handgreiflicher Unterschied. Die *exceptio*, von der Cicero spricht, schließt die Prozeßbegründung aus, die *exceptio* des Formelverfahrens setzt sie als geschehen voraus; die erstere äußert ihre hemmende Kraft in *Jure*, die letztere erst *apud iudicem*; und hier im zweiten Abschnitt des Prozesses kann sie offenbar nichts anderes hindern als die *condemnatio* des Beklagten. Damit stimmen auch die Zeugnisse aus der Zeit der Klassiker — mit einer Ausnahme⁴⁵⁾ — völlig überein. So sagt Gaius 4, 116 (ebenso 4, 116 a):

Comparatae sunt . . . exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari.

Ulpian D. 44, 1, 2 pr.:

Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae

die Erfolglosigkeit des Klagebegehrens an (repellitur also = eliditur oder infirmatur), während das andre Mal, bei Ulp. D. 42, 4, 7, 14 *actio* die Forderung ist, die durch ein Abwehrrecht (per exceptionem) entkräftet wird. Gordian im C. I. 4, 34, 4 denkt vielleicht zunächst an *Denegation* auf Grund postulierter *exceptio*. Daß mit dem *repelli* gleichbedeutende *exceptione summoverti* ist nach Ausweis des *Vocabularium* s. v. *Actio* (1, 103 ff.) in den klassischen Schriften niemals auf die *actio* (immer auf den Aktionsberechtigten) bezogen. Erst bei Diocletian im C. I. 2, 20, 5 pr. und 8, 38 [39], 5 (vgl. auch C. I. 3, 31, 7 pr. und 8, 44 [46], 21 pr.) begegnet *petitio per exceptionem submovertur*. Auch hier wird wohl eine von den Erklärungen zutreffen, die suchen für das *repelli* der *actio* vorgeschlagen wurden. Gar nicht vergleichbar mit der „exkludierenden“ *exceptio* bei Cicero sind ein paar Äußerungen der klassischen Quellen, die der *exceptio* aufhebende Kraft zuschreiben: so das in einer Paulusstelle (D. 44, 7, 34, 1 — wohl nicht ganz echt; s. *Alibrandi Opere giur.* 1, 176) überlieferte *per exceptionem peremere* (vgl. *Gai.* 4, 123) der *actio*, wo übrigens zunächst an die Wirkung gedacht ist, von der die konkurrierende Forderung außergerichtlich getroffen wird; oder das in den Pandekten (Paul. 2, 14, 17, 2) nur einmal nachweisbare *tollit* der *actio per exceptionem*, das in ähnlicher Weise zu beurteilen ist; oder endlich die (verdächtige) *amissa actio propter exceptionem* bei Paul. D. 36, 1, 61 [59] pr.

⁴⁵⁾ Ulp. D. 44, 1, 2. 4 ist weiter unten (S. 32 f.) besprochen.

opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve⁴⁶⁾ deductum est.

Paulus D. 44, 1, 22:

Exceptio est condicio, quae . . . eximit reum damnatione . . .

„Exklusion“ also hat auch die Einrede des Formelverfahrens zur Folge. Allein bewahrt ist durch sie der Beklagte nur gegen Verurteilung, während die *exceptio* der Rhetorik ihm den Prozeß erspart. Nun kommt aber diese weitgreifende Wirkung niemals der Einrede zu, die der geschriebenen, rechtlich wirksamen Formel eingefügt ist. Daher dürfte es eine wohl begründete Behauptung sein, wenn Ciceros These, statt auf den neueren Prozeß, auf die *Legisactio* bezogen wird.

Diesem alten Verfahren schreiben wir schon seit Keller⁴⁷⁾ eine *denegatio actionis* zu, ohne für den Namen eine Beglaubigung zu haben, während die Sache selbst keinem Zweifel unterliegt⁴⁸⁾. Jetzt aber wissen wir, daß man in Rom in der zweiten Hälfte des siebenten Jahrhunderts von einer *exceptio* sprach, wenn der Prätor einer Partei die *Legisactio* versagte (*Val. Max.* l. c.: *lege agere passus non est*). Die angenommene Identität der in den Rhetoriken vorkommenden *exceptio* und jener *Denegatio* dürfte schon in dem bisher Gesagten eine zureichende Stütze haben. Doch treten bestätigend noch andere wichtigen Erwägungen hinzu.

Ein *excludere* der *actio*, wie wir es bei Cicero lesen, begegnet nach dem Zeugnis des *Vocabularium*⁴⁹⁾ in der klassischen Rechtsliteratur nur zweimal. Die eine Stelle: Paul. D. 40, 12, 24, 2 gehört nicht hierher, da sie von dem Erlöschen der an eine Frist gebundenen *actio* im „materiellen“ Sinne handelt⁵⁰⁾. Dagegen die andere: Paul. (*sent.* 2, 11, 3) D. 16 1, 30 pr. bezeichnet sich selbst als Auslegung des *Vellacianischen* *Senats-*

⁴⁶⁾ Vgl. *Massat*, *Litiskonstestation* 22 f., *Fernicc*, *Labco*² II, 1, 263.

⁴⁷⁾ *Zivilprozeß* § 36 S. 177.

⁴⁸⁾ *Sic. Cic. de orat.* 1, 36, 166 f., *Val. Max.* 7, 7, 5, auch *Cic. in Verr.* 2, 16, 39. *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 25 (1904), 81–83, *Bd.* 28 (1907), 97 ff.

⁴⁹⁾ *Unter Actio* Bd. 1 S. 121; vgl. auch S. 115.

⁵⁰⁾ Auch in dem Rechtsfall bei *Diocl. C. I.* 4, 1, 4 würde der eidliche Verzicht, wenn er gültig wäre, zunächst der Forderung hindernd entgegenstehen (*tutela actionem „exkludieren“*). Vgl. noch *Diocl. C. I.* 6, 30, 8.



beschlusses, der die Magistrate auffordert, den Frauen gegenüber in Interzessionsfällen an der hergebrachten Jurisdiktion festzuhalten: *ne eo nomine ab his petitio [sit] neve in eas actio detur,*

und lautet so: *actionem . . . quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit.*

Paulus drückt also die vom Senat angeordnete Denegatio, wodurch der Prozeß vereitelt ist, mit denselben Worten aus (*actionem excludit*), die in der Rhetorik die Wirkung der *exceptio* anzeigen.

Am deutlichsten aber sagt es Ciceros These selbst, daß die Handlung, welche die *Actio* ausschließt, ebenso den Prätor zum Urheber hat, wie die Denegatio des jüngeren Verfahrens. Der Gerichtsbeamte soll es ja sein, der „exzipiert“, nicht, wie im Formelprozeß, der Verklagte. Wer den Text unbefangen prüft, wie die Handschriften ihn übereinstimmend bieten, wird nicht zögern, den im Genetiv genannten *praetor* als die Person anzusehen, durch deren Tätigkeit (*exceptio*) im einzelnen Fall die Streitbefestigung (*actio*) verhindert wird. Dagegen wäre es üble Klünstelei, bei den *exceptiones praetoris* an amtsrechtliche Vorschriften — in Gestalt von Formularen — zu denken, die eine in Ciceros Texte verschwiegene Person handhabt, mit dem Erfolg des *Actio*-ausschlusses.

Besonders abzulehnen ist noch eine Auslegung, zu der man seine Zuflucht nehmen könnte, um zur Not unsere These mit dem neueren Prozeß in Einklang zu bringen. Wenn der vors Tribunal Berufene eine *Exceptio* ediert und die Aufnahme in die Schriftformel postuliert, und sodann der Beamte sich geneigt zeigt, dem Antrag stattzugeben, mochte der Kläger nicht selten seine Sache im Stiche lassen, da er im Falle gelungenen Einredewewises einer sicheren Niederlage entgegenging⁵¹⁾. Zu einer Prozeßbegründung kommt es unter solchen Umständen nicht: daher die Frage berechtigt scheint, ob hier nicht die *Exceptio* des neueren Verfahrens die *Actio* ausschließt, gerade so, wie es Cicero schildert. Allein zu erwidern wäre folgendes. Vor allem haben wir keine Nachricht darüber, ob der Rücktritt des Klägers in *Jure* das Verfahren ohne so mellen Abschluß zum Stillstand brachte. Nicht wahrscheinlich ist das nicht, weil der Gegner guten Grund hatte, zu besserem

⁵¹⁾ Vgl. Wenger in Pauly-Wissowa Realencyklopädie VI, 1556 f.

Schutz gegen nochmaliges Belangen einen amtlichen Bescheid zu fordern, der nichts anderes enthalten konnte, als eine *denegatio actionis*⁵²⁾. Sollte aber diese Annahme falsch sein, so dürften wir im vorausgesetzten Fall den Ausschluß der *Actio* keineswegs, wie bei Cicero, auf die *Exceptio* und auf den Prätor zurückführen. Nicht von der *Exceptio* wäre die Hinderung bewirkt, da die Einrede ja rechtliche Geltung gar noch nicht erlangt, und der Kläger vielmehr auf die bloße Drohung hin, zu exzipieren, den Rückzug beschloffen hatte. „Exkludiert“ also wäre hier die *Contestatio* weder durch den Gegner noch durch den Prätor, sondern durch den eigenen Entschluß des Klägers: durch den Verzicht auf die Fortsetzung des Verfahrens.

Dürfen wir hiernach Ciceros These unbedenklich auf die *Legisactio* beziehen und dieser Prozeßform eine „Einrede des Prätors“ zuschreiben, so ist noch das zu erwägen, ob sich der Ausdruck *exceptio* ohne Schwierigkeit dem Versuche fügt, auch den neuen Einredobegriff zu vertreten. Am besten fragen wir sofort, was wohl der ursprüngliche Sinn von *excipere* war? Denn die Antwort hierauf liegt klar zutage. Offenbar zeigt das Wort zunächst ein „Herausnehmen“, „Herausziehen“ oder „Entziehen“ an. Damit aber ist auch die Bedeutung schon gefunden, an die

⁵²⁾ Man könnte noch fragen, ob sich nicht ein Sprachgebrauch nachweisen läßt, der im jüngeren Verfahren die Abweisung des Klägers in *Jure* unmittelbar aus der nichtkontestierten *Exceptio* des Beklagten ableitet, statt — wie es allein richtig ist — den *Denegationsbescheid* des Prätors zu nennen. Die von den Klassikern überlieferten Definitionen der *exceptio* (oben S. 24 f.; dazu noch Gai. 4, 119) und der wichtige Ausspruch Ulpians in den D. 12, 2, 9 pr. § 5 (auch D. 4, 8, 21, 9) scheinen eine Bejahung dieser Frage bestimmt auszuschließen. Andererseits wäre doch eine Nachwirkung der ursprünglichen Einheit von *exceptio* und *denegatio*, die hineinreicht in die klassische Zeit, nicht undenkbar. Ist vielleicht Gaius D. 4, 4, 12 (. . . [minor] . . . non est . . . actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per *exceptionem* summoveri debet) hierfür ein taugliches Zeugnis? Jedenfalls kein ganz überzeugendes, da die Worte *per exceptionem* mit der unausgesprochenen Einschränkung gesagt sein können: „wenn es nötig ist“. Wie dem auch sei, die obige Deutung von Ciceros *exceptio praetoris* brauchen wir nicht für gefährdet zu halten. Denn nach Gaius 4, 119 gibt es im Formelprozeß nur eine *Exceptio* des Beklagten; und auf diese ist auch die Anführung im Fr. 12 cit. zu beziehen. Der Jurist nennt sie hier statt der *Denegatio*, weil auf ihr der vom Prätor ausgehende Bescheid beruht. — Einige Ähnlichkeit mit dem Gaiusfragment weist Ulp. 2531 D. 28, 4, 1, 3 auf; doch ist es hier nicht genau derselbe Fall, für den der Ausschluß des Anspruchs zuerst durch *exceptio*, und sofort durch *denegatio* behauptet wird.

wir denken müssen bei der exceptio des Spruchprozesses. Der Prätor „exzipiert“, das heißt gewiß nichts anderes, als er „zieht“ den mit der Actio Bedrohten „heraus“, er „entzieht“ ihn dem Prozesse, oder — was dasselbe ist — er hindert („exkludiert“) durch seine exceptio die Streitbegründung (actio).

Dem Gesagten nach wäre der wesentliche Unterschied der älteren und der neueren Einrede darin begründet, daß bei der ersteren der Beamte, bei der letzteren der Beklagte die handelnde Person ist. Damit im Zusammenhang stünde dann auch die Ungleichheit der Wirkung hier und dort. Um aber diese Aufstellung nicht ganz beweislos zu lassen, sei es gestattet, ein paar Worte zur Rechtfertigung einzufügen.

Wenn etwas Licht kommen soll in die vielerörterte Frage, ob das sogenannte „Vorschützen“ der Exceptio unentbehrlich war, müssen vor allem zwei Dinge streng geschieden werden. Die Anregung zum Gebrauch der Einrede kann von einer Person ausgehen, die doch nicht selbst exzipiert. Die erstere führt das Verteidigungsmittel in die gerichtliche Verhandlung ein; trotzdem ist es nur die letztere, die ihm rechtliche Wirksamkeit verleiht. Im neueren Verfahren — um mit diesem zu beginnen — steht es damit folgendermaßen.

Die Prozessformel schlägt der Kläger vor. Zur Streitbegründung aber durch die Parteien wird sie erst brauchbar, nachdem sie der Magistrat zugelassen, gebilligt hat (praetor actionem oder iudicium dat). Natürlich steht es dem Beamten frei, seine Zustimmung von Änderungen des Wortlautes abhängig zu machen. So kann er auch die Einschaltung von Exceptio (z. B. der Mazedonianiſchen, Vellaeaniſchen)⁵³⁾ verlangen — besonders im öffentlichen Interesse — ohne erst den Antrag des Beklagten abzuwarten und ohne gebunden zu sein an einen Verzicht, den der Beklagte etwa ausspricht. Unrichtig wäre es m. E., einen engeren Zusammenhang gerade zwischen diesem Vorgehen „von Amts wegen“ und der Denegatio actionis (im Gegensatz zur Exceptio) anzu-

⁵³⁾ S. Lenel Urspr. der Exceptio 133; Edictum² 91, Parloma Rechtsgeſchäft 136, Gradenwitz Ungültigkeit 74 f., Mitteis in Ihering's dogm. Jahrb. 28 (1889), 131 f. 137 f. 148; Röm. Privatrecht I, 244 f., Hölde's Arch. f. ziv. Prozeß 93, 57 ff., Partsch Z. der Sav. St. R. A. 30 (1909), 502 f. Wahrscheinlich gehört hierher auch die Exceptio temporis; f. Pauly-Wissowa Realencyklopädie I, 321.

nehmen⁵⁴⁾. Wer dem Beklagten die Verteidigung — sei sie exzeptivisch oder anders geartet — an die Hand gibt: ob er selbst dafür sorgt — was begreiflich weitaus das Gewöhnliche ist — oder ob der Prätor ihn „von Amts wegen“ unterstützt, das war sicher ohne nennenswerten Einfluß auf die Entscheidung der Frage, ob das Verfahren in Jure mit der Streitbegründung sub exceptione oder mit der Versagung des Prozesses abzuschließen sei. Hierfür maßgebend war vielmehr an erster Stelle ein anderer Umstand, auf den ein bekanntes Ulpianfragment hinweist: in den D. 12, 2, 9 pr. Wo die Erheblichkeit des Verteidigungsstoffes außer Zweifel, und auch die Tatsachen genügend erwiesen waren, da konnte sich der Prätor der Denegatio bedienen; in allen anderen Fällen war der Regel nach die Streitbegründung und das Verfahren vor dem Privatrichter unvermeidlich.

So gewiß nun die Formel Einreden enthalten konnte, die der Prätor nicht bloß zugelassen, sondern von sich aus angeordnet hatte, so wenig war der Beamte nach dem Sprachgebrauch der Klassiker im neueren Prozeß jemals selbst der „Exzipierende“⁵⁵⁾. Wenn die Quellen ihm zuweilen die Aufgabe zuschreiben, den Beklagten durch Einrede zu „schützen“ oder zu „verteidigen“ (tueri, defendere), so zielt dieser Ausdruck lediglich auf das Recht des Beamten, wie die ganze Formel, so auch die (meist) vom Beklagten postulierte Exceptio zu genehmigen (dare, accomodare, tribuere, permittere)⁵⁶⁾ oder zurückzuweisen (denegare). Häufiger aber heißt es von der angegriffenen Partei: sie selbst schütze sich durch Einrede (exceptione se tueri, defendere potest); und nur von ihr sagen die Juristen: exceptionem opponit, obicit oder exceptione utitur oder einfach excipit; wie denn auch der Beklagte es ist, dem exceptio competit⁵⁷⁾.

⁵⁴⁾ So anscheinend Bethmann-Hollweg Zivilprozeß 2 (1865), 216.

⁵⁵⁾ Bei Gaius D. 2, 2, 4 beziehen sich die Worte praetor excipit auf einen vom Prätor ins Edikt eingefügten Ausnahmesatz.

⁵⁶⁾ Das antike dare bedeutet genau dasselbe in der Verbindung mit exceptionem wie mit actionem (oder iudicium); f. Paul. 1740 D. 10, 2, 44, 1. Weber hier noch dort weist es auf ein körperliches Geben hin. Statt dare begegnet zuweilen permittere (perm. excipere bei Ulp. D. 44, 4, 4, 20, 21); dadurch ist der Sinn des ersteren Wortes festgestellt. Vgl. noch Ulp. D. 47, 10, 15, 44 in f.: . . . praetor . . . aut permittit aut denegabit actionem, Ztschr. d. Sav. St. R. A. 26 (1905), 394, 3. — Daß denegare actionem den Gegensatz macht zum dare, das bedarf keines Beweises; vgl. übrigens Gai. 4, 112: . . . actiones dantur . . . nec denegantur.

⁵⁷⁾ Den im Vocabularium noch fehlenden Artikel Exceptio, Excipere

Aus all diesen Redensarten ist nicht eigentlich eine Mehrung unserer Kenntnis zu gewinnen. Doch bestätigt sich hier von neuem, was schon durch ältere Untersuchungen ermittelt, aber immer noch bestritten ist. Wiederum zeigt es sich, daß die Formel, mag sie auch amtlich genehmigt sein, zunächst nur ein unvollzogenes Schriftstück ist — freilich ein drohendes, gefährliches — doch keineswegs eine schon fertige juristische Tatsache. Auch jetzt ist sie nur Entwurf; um bindend für die Streitenden zu werden und auch sonst rechtliche Wirksamkeit, negative wie positive, zu erlangen, müssen erst noch die Parteien einen förmlichen Akt einverständlich vornehmen: der angreifende Teil das *iudicium edere* oder *dictare*, der Beklagte das entsprechende *iudicium accipere*.⁵⁸⁾ Steht dagegen der Kläger um der *Exzeptio* willen, die der Beamte genehmigt hat, von der Rechtsverfolgung ab, so ist das Geschick der Formel entschieden: sie bleibt tot, und der Prozeß ist vereitelt; ebenso wie im anderen Fall, wenn der Beklagte sich weigert, die Streitvorschrift anzunehmen.

Haben aber die Parteien zusammen die Bezeugung der *lis sub exceptione* vollzogen, so wird in den Quellen wie dem Kläger das *litum contestari, agere, in iudicium deducere*⁵⁹⁾, so andererseits dem Beklagten das *exceptionem opponere, obicere*, das *excipere* und ähnliches zugeschrieben: dies alles, obgleich es keinen besonderen Akt des *Exzipierens* gibt, sondern nur ein allgemeines *iudicium accipere*, womit in einem die Zustimmung zur edierten Formel in allen Stücken bekundet ist. Doch kann gewiß das Herausheben gerade dieser Art der Verteidigung nicht auffallen, da die *Exzeptio* eine zweite Frage in den Prozeß einführt, und der Beklagte durch sie allein zu einer aktiven Rolle berufen ist.

Wenn der Kläger — wie jetzt meist gelehrt wird⁶⁰⁾ — nach

ersetzt einstweilen das von Roschembahr-Lyskowski Theorie der Exzeptionen 1 S. IX—XVII gegebene Stellenverzeichnis.

⁵⁸⁾ Vgl. Massak Litiskonfestatio 31 f. über *iudicium dare* (*iudicare*), ut *lis contestetur*, ferner S. 24 ff. 42 ff.

⁵⁹⁾ Massak Litiskonfestatio 24 f. 30. 21—23; Cognitur 7 ff.

⁶⁰⁾ Von Penel Ztschr. d. Sav. St. R. A. 15 (1894), 385 ff.; Edictum² 60, 3, Wenger *Actio iudicati* 121 ff. und in Pauly-Wissowa Realenzyklopädie V (1903), 1960—63; dazu Ztschr. d. Sav. St. R. A. 25, 169, 1 und 25, 156, 3. Vgl. auch Partsch Z. d. Sav. St. R. A. 30, 496 f., A. Finiaux N. Revue hist. de droit XXXIII (1909), 545, 3 und neuesten (1910) Mittels Berichte d. Kgl. sächs. Gesellsch. d. Wissensch. Phil.-hist. Kl. 62, 112. 117. f.

einem ersten außergerichtlichen *actionem edere*, weiterhin in *Iure* mindestens zweimal die Prozeßformel zu „edieren“ („anzuzeigen“, „mitzuteilen“) hatte: einmal vorläufig und unverbindlich, das zweite Mal förmlich und endgültig bei der Streitbefestigung, so dürfen wir nun ähnlich auch beim Beklagten ein zweifaches *exceptionem opponere, obicere* annehmen⁶¹⁾. Das erste vorläufige *Exzipieren* war — wie oben gezeigt ist — nicht unbedingt geboten, so selten es auch tatsächlich unterbleiben mochte. Doch war der Beamte allerdings in der Lage, statt des Beklagten eine *Einrede* vorzuschlagen, und er konnte auch das *dare actionem* geradezu abhängig machen von der Einschaltung jener *Einrede* in die Formel. Dagegen ist das zweite endgültige *Exzipieren* gar nichts anderes als ein Bestandteil des immer und notwendig vom Beklagten ausgehenden Aktes des *iudicium accipere*. Da nun kein Formularprozeß möglich war ohne erklärte *Einlassung*, so gibt es im neueren Verfahren überhaupt keine *Exzeptio*, die nicht vom Beklagten (bei der *Litiskonfestatio*) „vorgeschießt“ wäre. Und in diesem Sinn ist gewiß auch Gaius 4, 119 zu verstehen, der schlechthin bei allen *Einreden* (*omnes . . . exceptiones*) eine „Behauptung“ (*adfirmare*) dessen, *cum quo agitur*, voraussetzt, und dann noch hinzufügt: *omnis exceptio obicitur . . . a reo*.

Über die *Einrede* des *Legisaktionenverfahrens* werden jetzt nur noch wenige Worte nötig sein. Auch hier mochte bald der Beklagte bald der Magistrat die Erledigung der Streitfache durch *Exzeptio* anregen; ersteres wird, wie im jüngeren Verfahren, als das Regelmäßige, letzteres als Ausnahme gelten dürfen. Mehr aber als das Antragsrecht (das *postulare*) stand dem Bürger, *cum quo lege agetur*, keinesfalls zu. Während er im *Formelprozeß* häufig selbst in *Iure* *exzipierte*, um die *Condemnatio* abzuwehren, und der Beamte hier nach der Sachlage zu wählen hatte zwischen der Zulassung der Partei zur *Einrede* und der *Denegatio actionis*, war im älteren Verfahren immer nur der Magistrat berufen, die erbetene *Exzeptio* zu beurteilen und sie selbst auch zu vollziehen. Erst von ihm geht also das rechtlich

⁶¹⁾ Gaius 4, 123 sagt: *Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem*. Hier denkt er an die vom Beklagten vorläufig angezeigte *Exzeptio*. (In gleicher Bedeutung steht bei Ulp. D. 12, 6, 23, 3 *opponere exceptionem*.) Gaius fährt l. c. fort: *alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit*. In diesem Satz ist *obiecta exceptio* offenbar (egerit!) die *kontestierte Einrede*.

wirkame Einreden gegen die Legisactio aus; er ist es, der den vors Tribunal Gerufenen aus dem drohenden Prozesse „herausnimmt“.

Wie wenig die Wirkung der älteren und der jüngeren Exzeptio übereinstimmte, darüber ist früher schon Einiges gesagt. Jene verhindert die Prozeßbegründung, diese erst die Verurteilung im Spruchgericht. Damit aber hängt noch ein weiterer Unterschied zusammen. Im Formelprozeß verbindet sich die Ausschlußfolge der Streitbefestigung, die sich gegen den Kläger kehrt, mit der eigenartigen Wirkung der Exzeptio, die Kondemnatio zu vereiteln. So sehr die klassischen Juristen das „Exzipieren“ stets nur dem Beklagten zuschreiben, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß die neuere Exzeptio in ihrer rechtlichen Kraft auch vom Willen, deutlicher: vom Einverständnis des Klägers abhängt. Nur wenn dieser trotz der beigefügten, amtlich genehmigten Einrede darauf besteht, die Lis zu kontestieren, ist der Beklagte imstande⁶²⁾, durch Annahme der Formel endgültig die Exzeptio zu „opponieren“. Dadurch aber rechtfertigt sich — was sonst kaum zu begreifen wäre — der unwiederbringliche Verlust, den im Formelverfahren der abgewiesene Kläger auch dann erleidet, wenn der richterliche Freispruch einer bloß dilatorischen Einrede wegen erfolgt. Bei der peremptorischen haben jedenfalls schon die Klassiker⁶³⁾ den für alle Zukunft geltenden Ausschluß des Klägers auch auf die Exzeptio selbst zurückgeführt; und mit gutem Fug, weil eine dauernde Einrede doch jedesmal von neuem ihre Schutzwirkung hätte entfalten müssen, wenn es statthaft gewesen wäre, den Prozeß zu wiederholen⁶⁴⁾. Bei der Dilatoria aber macht uns, neben Gaius 4, 123, in recht eigentümlicher Weise Ulpian aufmerksam auf den Widerspruch zwischen dem Inhalt und der gerichtlichen Wirkung. Ausgehend vom Rechte seiner Zeit erklärt er (D. 44, 1, 2, 2 und 4) zuerst sehr bestimmt:

Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit replicatio reum,

⁶²⁾ Diesen Umstand beachtet G. Demelius nicht in Grünhuts Ztschr. 11, 742.

⁶³⁾ Gai. 4, 121; D. 44, 1, 3. Ulp. D. 44, 1, 2 pr. § 2. Just. I. 4, 13, 9.

⁶⁴⁾ Zum selben Ergebnis mußte man auch gelangen von der Erwägung aus, daß es eine dauernde Hemmung ist, die außergerichtlich aus dem bloßen Dasein eines peremptorischen Abwehrrechtes hervorgeht.

um dann sofort eine Bemerkung folgen zu lassen, die das eben Gesagte zur Hälfte wieder zurücknimmt:

Sane solemus dicere (freilich machen wir eine Einteilung, die sich schwer verantworten läßt,) quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias: ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, veluti procuratoria exceptio dilatoria est:

Um den Leser darüber aufzuklären, wieso die Juristen gewisse Einreden „dilatorisch“ nennen konnten, gibt er eine Begriffsbestimmung, die für die Zeit des (in Rom) vorherrschenden Formelprozesses nicht völlig zutrifft. „Aufschiebend“ soll eine Einrede heißen: quae differt actionem⁶⁵⁾. Allein genau richtig ist diese Behauptung nur, wenn sie auf den Fall der Denegatio actionis bezogen wird, die der Beklagte durch eine beantragte Dilatoria erzielt hat. Vielleicht ließe sich Ulpian's Ausspruch noch damit verteidigen, daß die erwähnte exceptio nicht als solche gedacht sei, die durch Kontestatio schon prozessualische Wirksamkeit hat, sondern als negatives Recht, das dem Verpflichteten (außergerichtlich) zusteht, und das den Gegner davon abhalten wird, vorzeitig oder sonst in fehlerhafter Weise die Streitbegründung (actio) zu betreiben. Wirklich befriedigend aber sind diese Deutungen wohl nicht. Eher möchte ich glauben, daß Ulpian in dem Buche, aus dem Fr. 2 cit. genommen ist, die überlieferte widerspruchsvolle Terminologie eingehender gewürdigt hat, — ähnlich wie Gaius 4, 123⁶⁶⁾ — während die Kompilatoren seine kritischen Bemerkungen, die sie nicht brauchen konnten⁶⁷⁾, wegstrichen; und daß daher für den mangelhaften Text, wie er jetzt ist, hauptsächlich die Byzantiner einstehen müssen.

Doch mag man darüber wie immer denken, jedenfalls wird die Vermutung erlaubt sein, daß die Dilatoria, Begriff und Wort, aus der Zeit der Legisaktionen her stammt, in der es noch durchaus richtig war, eine Exzeptio im prozessualischen Sinn anzunehmen, quae differt actionem. In den Schriften der Klassiker ist eine solche Einrede unter dem Namen exceptio nicht

⁶⁵⁾ Vorsichtiger und einwandfrei drückt sich Gaius aus im ersten Satz von 4, 123.

⁶⁶⁾ Treffend gründet Gaius 4, 123 die dauernde Ausschlußwirkung der Dilatoria (das rem perdere) zusammen auf die Streitbefestigung (re in iudicium deducta) und auf die Einrede (et per exceptionem perempta).

⁶⁷⁾ Vgl. Just. I. 4, 13, 10 (9) in f. Alibrandi, Opere giur. 1, 178 ff.
 Wlassak, Der Ursprung der röm. Einrede. 3

mehr nachzuweisen. Die Sache selbst aber war auch in dieser Epoche nicht unbekannt. Der Prätor wird die *Actio* bald ohne Einschränkung *denegiert* haben, bald nur zur Zeit oder angebrachtermaßen⁶⁸⁾.

Wie aber soll nun schließlich die Rechtsfolge näher bestimmt werden, welche im älteren Verfahren die von Cicero sogenannte *exceptio praetoris* hatte — die dauernde wie die aufschiebende — und im neueren Verfahren die *Denegatio actionis*? Kellers erstaunlich grober Irrtum: „der Prätor kontestiere die *Lis*“, konnte auch auf die Lösung dieser Frage nicht ohne Einfluß bleiben. Wenn der Beamte die rechtlich entscheidende Handlung setzt; aus der die Ausschlußfolge der *Kontestatio* hervorgeht, so ist nicht einzusehen, weshalb die Versagung der *Actio* geringere Kraft haben sollte⁶⁹⁾. Keller selbst hat freilich diese Folgerung m. W. nicht ausgesprochen und sich vielleicht mehr durch die Rechtskraftidee leiten lassen, deren Geltung im klassischen Gericht er noch etwas überschätzt⁷⁰⁾. Nach Keller⁷¹⁾ soll nämlich die *Denegatio actionis* dieselbe Wirkung haben, die dem richterlichen Urteil zukommt, wenn es den Verklagten der *Exceptio* wegen freispricht. Allein die Überlieferung bietet nicht den geringsten Anhalt für die Vergleichung mit der Sentenz des Richters oder mit der Streibefestigung; und, so weit ich sehe, ist in den Quellen auch keine Äußerung zu finden, die unzweideutig den Erfolg der *Denegatio* als „Konsumtion“⁷²⁾ oder sonst mit einem Worte

⁶⁸⁾ Vgl. *Ulp.* 874 D. 14, 6, 1, 1 (zu den Worten des *SC. Maecianum filio familias*): *Si pendeat, an sit in potestate filius, . . . in pendenti (est), an in senatus consultum sit commissum: . . . interim igitur deneganda est actio.*

⁶⁹⁾ Von diesem Gesichtspunkt geht G. Demelius aus bei der Fragestellung in *Grünhuts Ztschr.* 11, 742. Über eine mündliche Äußerung von G. Demelius, welche die *Denegatio* betrifft, berichtet V. Mitteis) in derselben *Ztschr.* 20 (1893), 622.

⁷⁰⁾ Vgl. nach Bekker besonders A. Pernice, *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 19 (1898), 149, 152, auch *Vd.* 5 (1884), 39. Die älteren Gelehrten übertragen häufig Zeugnisse, die sich auf das Urteil im Kognitionsprozeß beziehen, ins Formelverfahren.

⁷¹⁾ *Zivilprozeß*⁶ § 36 S. 176; dazu § 61 A. 719 (S. 313). Vor Kellers „*Zivilprozeß*“ vertritt dieselbe Anschauung Savigny, *System* 6, 287 f. *Ann. c.* und gründet sie zweifellos auf die Rechtskraft.

⁷²⁾ „*Consumitur actio, quum praetor formulam denegaverit*“ finde ich nur bei J. C. Naber, *Mnemosyne R. F.* XXVIII (1900), 64, der sich übrigens (p. 62–64) Savigny anschließen will. Die Zeugnisse, die

gleichen Wertes bezeichnet. Daher haben, nach Bekkers Vorgang, die neueren Gelehrten⁷³⁾ dem prätorischen Bescheid, der die *Actio* verhindert, fast einstimmig die negativen und positiven Urteilsfolgen aberkannt. Nach meinem Ermessen trifft diese Ansicht im allgemeinen das Richtige; nur wird es nötig sein, zur Begründung noch etwas beizutragen.

Der Gerichtsbeamte in Rom ist von alters her einerseits der Diener des Volksgesetzes, andererseits berufen, die Billigkeit zu verwirklichen: ebenso die Lücken des Volksrechtes auszufüllen, wie die unvermeidlichen Härten des Gesetzes zu mildern. Soll diese amtliche Überwachung die Gesetzherrschaft erträglich machen, sie fördern statt sie umzustürzen, so sind Sicherungen unentbehrlich, von denen eine und die wichtigste eng verwachsen ist mit dem Wesen des römischen Freistaates: ich meine die Vergänglichkeit des einzelnen Beamten, der die Aufgabe hat, das dauernde Gesetz frei zu handhaben.

War es weise, dem Prätor das *Exzipieren* oder *Denegieren* zu verstaten, so wäre es andererseits eine Vernichtung des Rechtsstaates (der *imperia legum*⁷⁴⁾ gewesen, wenn man den amt-

Naber heranzieht: *A. ad Her.* 2, 13, 19 und *Quintil.* 5, 2, 5 halte ich für unbrauchbar. Wenn die alte Rhetorik zum *iudicatum* wie die *sententia* so auch das amtliche *decretum* zählt, so ist das sehr begreiflich, beweist aber nichts für die rechtliche Gleichstellung. Im Sinne des Autors ist das *iudicium reddere* (= *dare*) ebenso ein *iudicatum* wie das *non reddere*. Niemals aber haben die Juristen jenen bejahenden Bescheid des Prätors *iudicatum* genannt oder ihn nur verglichen mit einem *Judikat*. Naber freilich scheint das merkwürdige Dogma vom „bedingten Urteil“, das in der Formel steckt, wieder aufzunehmen. — Bei *Quintil.* l. c. ist von der besten Art die Rede, schädliche Präjudizien zu bekämpfen. Die Worte *adversus decreta principum vel magistratum remedium nullum est* wollen es — wie der Zusammenhang zeigt — für unzulässig erklären, daß der Redner Entscheidungen so hoch gestellter Autoritäten (des Senats, der Kaiser, der Magistrate) nach derjenigen Methode kritisiere, die vorher geschildert ist, wo es sich um Urteile von Spruchrichtern (*iudices*) handelte. — Endlich führt Naber noch *Ulp.* D. 4, 6, 26, 4 an. Richtig gedeutet ist dieses Fr. von Ripp *Deutsche Literaturztg.* Jg. 1904 Sp. 2627.

⁷³⁾ Bekker, *Proz. Konsumtion* (1853) 112 bis 116; *Actionen* 2 (1873), 21 f., 26; *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 15 (1894), 184 f.; *Vd.* 24 (1903), 371, 374. D. Bülow, *Prozesseinreden* (1868) 274, 281 f. R. Schott a. a. D. 126 ff. Ripp, a. a. D. 1904 Sp. 2627: „Die *Denegatio* schafft . . . keine Rechtskraft, und das ist unbedingt richtig.“

⁷⁴⁾ Deren Übergewicht über die *imperia hominum* neben den *annui magistratus* für *Div.* 2, 1, 1 das Kennzeichen der Republik (*libertas populi Romani*) ist.

lichen Bescheid, der sich dem Gesetzeswort entgegenstellt, für unwiderruflich erachtet und ihn der gefehausführenden Verfügung gleichgestellt hätte. Hiernach dürfen wir eines wohl für ausgemacht ansehen: wo der Magistrat lediglich als Sprecher der Billigkeit (*aequitas, utilitas*) den Gebrauch einer gesetzlichen Formel (*actio legitima*) zur Streitbezeugung verhindert (*non dat, denegat*), da kann weder von "Konsumption" noch von Rechtskraft die Rede sein. Allerdings schafft die einmal ausgesprochene Denegatio ein tatsächliches "Präjudiz" gegen den Abgewiesenen, dem es jetzt schwer fallen wird, eine gegenteilige Entscheidung zu erzielen. Zulässig aber muß ein solches Begehren sicher gewesen sein, da der Beamte kraft seines freien Imperiums niemals gesetzliche Rechte geradezu vernichten kann, und auch sonst dem Widerruf des Amtsaktes⁷⁵⁾ nichts im Wege steht, mag ihn der Abgewiesene vom Urheber der Verfügung selbst erbitten oder von einem Nachfolger im Amte⁷⁶⁾.

Nun ist freilich die Denegatio nach freiem Ermessen keineswegs die einzige, die vorkommt. Auch Volksgesetze und (in der Kaiserzeit) Ratsbeschlüsse, die *legis vicem optinent*, konnten den Gerichtsmagistrat auffordern, unter bestimmten Voraussetzungen, die *Actio* zu versagen. Nehmen wir z. B. an, es sei der Sinn der „imperfekten“ *Lex Cincia* gewesen, daß ihr Verbot, welches die davon erfaßten Schenkungen nicht nichtig macht (*Ulp.: non rescindit*), durch den Gerichtsherrn verwirklicht werde⁷⁷⁾. Wenn hier der Beamte den mit der *Actio* bedrohten Schenker dem Prozesse „entzieht“ (*Cinciae legis exceptio: Ulp. u. Paul. Vat.*

⁷⁵⁾ Vgl. Cic. in *Verr.* 1, 46, 120 (wo das *decretum mutare*, wie es Verres betrieb, getadelt ist), Celsus *D.* 42, 1, 14 (bezieht sich zunächst auf Interdikttsbefehle und Interdikttsverbote: Lenel, *Pal.* 1, 159), Paul. *D.* 5, 1, 58 und 12 pr., *Ulp. D.* 39, 1, 16.

⁷⁶⁾ Der Widerruf wäre unnötig, ja unmöglich, wenn Mommsens Darstellung im *Röm. Staatsrecht* 1, 634 f., die sich Krüza zum *röm. Amtsrecht* (1907) 10 f. angeeignet hat, für durchaus richtig gelten müßte. Was vom *Album* und vom schwebenden prätorischen Prozesse bezeugt ist (*Gai.* 4, 105), soll nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes sein. Darnach hätte der Rücktritt des Magistrats ohne weiteres dessen Amtsakte, die auf dem freien Imperium ruhen, für die Folge beseitigt (weniger scharf ist die Ausdrucksweise auf *S.* 635). *M. C.* ist diese Anschauung unvereinbar mit den privaten Quasirechten prätorischen Ursprungs, die unsere Quellen überall anerkennen. Daher wird Mommsens Hypothese auf die Zeit zu beschränken sein, aus der wir keine Überlieferung haben.

⁷⁷⁾ So *Mitteis Röm. Privatrecht* 1, 159.

Fr. 266. 310⁷⁸⁾, so handelt er lediglich in Ausführung des Gesetzes, und der Nachfolger im Amte durfte nicht widersprechend entscheiden mit der Begründung, daß ihn das Cincische Verbot nicht binde, während er allerdings durchaus befugt war, eine bloße Billigkeitserwägung zu verwerfen, auf die der frühere Prätor in irgend welcher Sache die Denegatio gestützt hatte.

Oder ein anderes Beispiel, bei dem wir auf besser bekanntem Boden stehen! Der alte Satz, der die zweite Streitbefestigung de eadem re ausschließen will, hatte zweifellos gesetzsgleiche Geltung, mag er auch vielleicht für den privaten Spruchprozeß nicht ausdrücklich durch eine *Lex* bestätigt sein. Ob die Regel ihrer ursprünglichen Fassung nach die Verhinderung des nochmaligen agere aussprach (*ne sit actio!*⁷⁹⁾ oder so, wie sie *Gaius*⁸⁰⁾ anführt, ein Nichtkönnen (*agi non potest*) betonte,

⁷⁸⁾ Dazu *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 28, 101 Anm.

⁷⁹⁾ So *Quintil.* 7, 6, 4; doch sagt schon Cic. *Lael.* 22, 85: *acta agimus, quod vetamur veteri proverbio*. Daß aber die von *Quintilian* überlieferte Ausdrucksform aus dem hohen Altertum stamme, das ist unbedenklich schwer zu glauben, weiß das Wort *actio*, nach *M. Hübl* (*Dresden* 1894), in der lateinischen Literatur zum überhaupt ersten Mal beim *N. ad Her.* und in Ciceros *Rhetorik* begegnet. Älter ist nur ein Gesetzeswort, in dem es vorkommt: die *Lex Acilia rep. v.* 56. 75 (82) — *CIL* I 198.

⁸⁰⁾ In derselben Fassung, in der die Regel in 4, 108 für die *Legis-actio* ausgesprochen ist (*postea . . . agi non posse*), kommt sie bei *Gaius* (wenn die Umkehrungen mitgezählt werden) noch fünfmal vor: 3, 181 und 4, 106. 107; in allen diesen Stellen in Anwendung auf den Formelprozeß. In welchem Sinn hier, im neueren Verfahren, das *agi non posse* verstanden wurde, falls der Beamte nicht vorweg die zweite *Actio* verhindert hatte, das sagt uns der Jurist sehr klar in 3, 181: *Unde sit, ut, . . . postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo 'dari mihi oportere' . . .* Demnach ist in solchem Fall nur ein erfolgreicher zweiter Prozeß verwehrt. — War die Ausschlußregel in der alten Fassung noch im neueren Verfahren brauchbar (und für den dinglichen Prozeß unentbehrlich), so kam auch das Sprichwort der *veteres* in 3, 180, das die *Plastiker* auf den gesetzlichen Prozeß ihrer Zeit anwenden, nichts weiter sein als ein anderer Ausdruck, den man jener Regel gegeben hatte. Daß *Gaius* selbst dieser Meinung war, das ist deutlich zu sehen aus seinen Worten: *unde sit, ut* (3, 181), die das in 3, 180 mitgeteilte Sprichwort in Beziehung setzen zu dem in 3, 181 Gefagten, wo die Regel in der alten Fassung erscheint. Nur in einem Punkte weist der Spruch der *veteres*: *ante litem contestatam . . .* auch in der Sache eine Abweichung von dem zugrunde liegenden Rechtsatz auf. Ersterer bezieht sich nach den klaren Worten des *Gaius* lediglich auf die *Actio in personam in ius concepta* (nur diese ist novierbar), während die allgemeiner lautende Regel *ne bis . . .* auch den Fall der *A. in rem* einschließt. — Die *Robation* durch die *not-*

das ist schwerlich noch zu ermitteln. Indes weist auch das non posse zunächst auf eine Hemmung der Actio hin, die natürlich nur in Jure möglich⁸¹⁾ und daher durch eine exceptio praetoris zu erwirken war. Wo nun der Magistrat im einzelnen Fall die Regel anwandte und den Kläger durch Denegatio abwies, da war wieder sein Bescheid insoweit unantastbar, als auch die folgenden Prätores den Rechtszug, der die zweite Actio ausschließt, unbedingt anerkennen mußten.

Folgt aber daraus die Nötigung, den Beschlüssen des Beamten überall „Rechtskraft“ zuzuschreiben, wo der Entscheidung ein Volksgesetz zugrunde liegt? Es wäre sehr voreilig, diese Frage

wendig einverständliche Streitbefestigung ist schon in meiner „Litiskontestatio“ 57, 1 als eine Formel der Juristen (veteres) aufgefaßt, „die nur scharf und klar ausspricht, was der Volksanschauung gemäß war“. Doch ist das dort Gesagte insofern irreführend und fehlerhaft, als (mit der herrschenden Meinung) der Novationsgedanke (Gai. 3, 180) noch analog ausgebehnt ist auf den Prozeß mit A. in rem. Diese Annahme fällt aber sofort zu Boden, sobald erkannt ist, daß die alten wie die klassischen Juristen von unserem „dinglichen Anspruch“ nichts wußten (s. Pauly-Wissowa R. E. I (1894), 314 f. und oben S. 10 A. 14 a. E.). — Über die Entstehungszeit des Sprichwortes der veteres würde ich mich heute nicht genau so äußern wie in den Prozeßgesetzen 1, 99 bis 101 (s. auch oben S. 9). Das freilich ist richtig: Gaius 3, 180 bringt den Denkprozeß der „Alten“ in Zusammenhang mit dem gesetzlichen (Abutisch-Julischen) Formelprozeß seiner Zeit. Doch hindert uns nichts, an Übertragung von der Legisactio in personam her zu denken, während es feststeht, daß der Spruch keinesfalls für den Vorabutischen (prätorischen) Formularprozeß erfunden ist. Rückt man nun die Lex Aebutia nahe heran an die Ciceronische Epoche (s. Zeitschr. d. Sav. St. R. A. 28, 110, 2 und über die Lebenszeit des Ser. Aelius För's Röm. Rechtswissenschaft 1, 99 bis 101), so bleibt nur eine kleine Gruppe von veteres (das heißt Juristen vor Servius) übrig, die man als Urheber des Sprichwortes ansehen könnte. Deshalb soll auch der fruchtbare Gedanke vom Prozeßverhältnis, das die Kontestatio erzeugt, nicht schon erfaßt sein von den Juristen der Legisactio? Von hier aus war dann nur ein kleiner Schritt bis zur Aufstellung der Novation durch Streitbezeugung. Um den zweiten Prozeß de eadem re (vor dem Jubez) erfolglos, die intentio zur inutilis zu machen, lag es ja nahe genug, das dare oportere für erloschen zu erklären. Der Versuch aber die Frage der eadem res vor den Privatrichter zu bringen, würde hiernach zurückreichen in das System der Legisactio. — Mehr als eine unsichere Hypothese wollen übrigens diese letzten Bemerkungen nicht sein. Und wären sie selbst erweislich, so bliebe doch unsere Anschauung unberührt, daß die Auschlussregel in ihrer älteren Fassung (ne bis . . . und iterum agi non posse) deutlich auf die Handhabung durch den exzipierenden Prätor hinweist, während das neuere Sprichwort der veteres ebenso den Beamten zur Denegatio, wie den Richter zum Freispruch auffordert.

⁸¹⁾ S. auch B. Krüger, Konjunktio und Rechtskraft 11 f. 34.

zu bejahen. Das Dekret ist rechtskräftig wie ein richterliches Urteil, das würde heißen: Denegationsbeschlüsse sind unanfechtbar, auch wenn der Beamte den Gehalt verkannt, wenn er das Gesetz falsch angewendet, wenn er den Tatbestand mangelhaft festgestellt oder unrichtig erfaßt hat. Offenbar ist in allen diesen Punkten der amtliche Bescheid, der ein Gesetz ausführen will, gar nicht anders zu behandeln als ein Beschluß, der auf freiem Imperium ruht.

Zuletzt sind noch ein paar Worte zu sagen über Denegationsbescheide, die nach fester Regel des Amtsrechtes einer Actio praetoria entgegneten. Was sich ursprünglich als Beamtenwillkür darstellte, kam zu einer Ordnung niederer Art werden, Jeder Magistrat kann gewisse Grundsätze zum Jahresrecht machen; die Übereinstimmung der aufeinander folgenden Gerichtsherrn erhebt dann die Willkür zum tatsächlich dauernden Amtsrecht. In Rom ist diese Entwicklung schon zur Zeit der Frühklassiker ziemlich weit gediehen. Der fest gewordenen, wenn auch erweiterungsfähigen⁸²⁾ prätorischen Ordnung steht der einzelne Beamte, sobald er Recht spricht, kaum merklich anders gegenüber als der Lex publica. Am deutlichsten kommt diese Tatsache zum Ausdruck in den Quasirechten, Pflichten und Haftungen, welche die Juristen der honorarischen Ordnung gemäß ohne weiteres als vorhanden annehmen, genau so, wie sie auch von gesetzlichen Rechten sprechen⁸³⁾. Im vorliegenden Aufsatz ist ja schon öfter hingewiesen auf das in der Überlieferung anerkannte Dasein von Exzeptionen (im Sinn von Abwehrbefugnissen), denen rechtliche Wirkung zukommt, ohne daß sie erst in Jure nutzbar gemacht und vom Prätor zugelassen wären. Und die Exzeptionen sind bekanntlich der großen Mehrzahl nach amtsrechtlichen Ursprungs. Zum Beweis aber für das Gesagte genügen schon folgende Zeugnisse:

Paulus D. 50, 16, 55:

‘Creditor’⁸⁴⁾ autem is est, qui exceptione perpetua

⁸²⁾ Ergänzungen durch iudicia in factum, die der Prätor für den einzelnen Fall zuläßt, sind (trotz C. Tanta § 18) auch nach Hadrian möglich; s. Wlassak, Edikt und Klageform 111 f. 124.

⁸³⁾ Diese Anschauung ist nicht erst durch das Senatuskonsult hervorgerufen, welches Julianus Edikt bestätigte; vgl. übrigens Wlassak, Krit. Studien 12 bis 15.

⁸⁴⁾ Auf welchen creditor der Jurist hinzieht, das zeigt Lenel Paling. 1, 956, 2.

summo veri non potest. qui autem temporalem exceptionem timet, similis est condicionali creditori.

Ulpian D. 40, 12, 20, 3:

'Obligatum' accipere debemus, si exceptione se tueri non potest⁸⁵⁾: ceterum si potest, dicendum non esse obligatum⁸⁶⁾.

Gläubigerrechte stehen also nach Paulus einer Person nicht zu, die mit einer Einrede bekämpft werden kann, selbst wenn dies vom Schuldner gar noch nicht versucht ist. Und Ulpian zufolge darf einer nicht als „obligiert“ gelten, wenn er nur imstande wäre, sich mit einer Einrede zu verteidigen⁸⁷⁾.

Witihin steht so viel fest: für die Klassiker waren die Vorschriften des *Jus honorarium* ebenso unmittelbare Entstehungsquelle von Berechtigungen und Verpflichtungen wie die Sätze des *Jus civile*⁸⁸⁾. Dessen ungeachtet könnte der Prätor als Träger der Jurisdiktion immer noch größere Gewalt gehabt haben über subjektive Rechte, die seinem Edikt entstammen, als über volksgesetzlich begründete. Auch ohne Anlehnung an die Rechtskraft des Urteils wäre eine Regel denkbar, die der amtlichen *Denegatio* vernichtende Kraft beilegt, wo sie eine *Actio praetoria* trifft. Der Anlaß aber, diese Frage aufzuwerfen, ist uns geboten durch ein Fragment⁸⁹⁾ aus dem Gaianischen Kommentar zum Provinzialedikt, das in den *Dig.* (9, 4, 27 pr.) so lautet:

Si noxali iudicio agitur⁹⁰⁾ de servo qui pignoris iure tenetur aut de eo cuius usus fructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel ususfructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum et pignoris persecutionem vel usus fructus⁹¹⁾

⁸⁵⁾ Dieser Ausspruch bezieht sich auf den obligatus bei Ulp. D. 40, 12, 18 pr.; s. Venel, *Edictum* 2 § 182 (S. 374).

⁸⁶⁾ Dazu etwa Ulp. D. 44, 4, 2, 5: *dolo facit quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit*. Wegen der interpolierten Schlüsselworte des § 5 s. Pernice *Labeo* 2 II 1, 249 ff.

⁸⁷⁾ Vgl. auch Venel, Ursprung der Exzeptionen 106 ff., *Mitteis* in *Jherings Jahrb.* 28, 131 ff.

⁸⁸⁾ Venel, Exzeptionen 89 f. spricht von einer „Selbsttätigkeit“ des Honorarrechts, schätzt sie aber m. E. noch zu gering ein.

⁸⁹⁾ Aufmerksam mache ich noch auf *Labeo-Paul.* D. 21, 1, 47 pr.

⁹⁰⁾ Gaius hat gewiß nicht *agitur* geschrieben, sondern *agatur* („der Streit befestigt werden soll“) oder *agetur* (so Ulp. D. 2, 9, 3).

⁹¹⁾ Dazu Ulp. D. 2, 9, 3; D. 7, 1, 17, 2.

actionem negaturum. quo casu dici potest ipso iure pignus liberari (nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur): usus fructus autem, etiamsi persecutio eius denegetur, ipso iure durat eo usque, donec non utendo constituto tempore (Gai.: anno)⁹²⁾ pereat⁹³⁾.

Nach dem Schlußsatz ist dem Magistrat die Macht versagt, zivile⁹⁴⁾ Rechte geradezu aufzuheben. Insoweit bestätigt unser Text nur, was wir ohnedies längst wissen. Doch spricht er auch noch von der *Denegatio* der prätorischen *Actio* zur „Verfolgung des Pfandrechts“.

Wenn es der vorm Tribunal stehende (*praesens*) Pfandgläubiger abgelehnt hat, den beschuldigten Sklaven durch Annahme der *Noxalformel* zu verteidigen, so „werde“ — versichert Gaius — „der Prokonsul eingreifen“ (*interventurum*) und dem Pfandgläubiger die hypothekarische *Actio* verweigern (*negaturum*).

Man sieht sofort, der Jurist erörtert nicht die Wirkung der *Denegatio*, die ein Prokonsul einmal verfügt hatte; vielmehr stellt er zunächst nur fest, daß im bezeichneten Fall seinerzeit *Denegatio actionis* erfolgen würde. Begründen konnte er diese Mitteilung gewiß durch den Hinweis auf eine von den Juristen geforderte und im Gericht anerkannte Übung. Die durchgreifende Wirkung aber aufs Pfandrecht, welche die Worte *ipso iure*⁹⁵⁾

⁹²⁾ S. Venel, *Paling.* 1, 199, 5.

⁹³⁾ Zur Sache, die Gaius behandelt, vgl. Koschaker, *Translatio iudicii* 208 ff. Nur eines möchte ich hinzufügen. Es liegt kein Grund vor, Celsus D. 46, 3, 69 (dazu Celsus bei Ulp. D. 42, 1, 4, 8) und *Gai.* D. 9, 4, 27 pr. durchaus für unvereinbar zu halten. Celsus setzt die Anwesenheit des Pfandgläubigers in *Jure* nicht voraus. Hätte Titius, vom Sklaveneigentümer herbeigerufen und zur *Defensio* aufgefordert, diese verweigert, so würde wohl auch Celsus die *pignoris obligatio* für *dissoluta* erachtet haben. Übrigens erklärt Gradenwitz, *Bullettino dell'istit. di dir. Rom.* 2 (1889) 7 die Worte der Celsusstelle, die sich aufs Pfandrecht beziehen, für interpoliert.

⁹⁴⁾ Gedacht ist sicher an einen zivilrechtlich gültigen Mißbrauch.

⁹⁵⁾ Diese Worte sind nicht ganz unverdächtig, da unter dem *ipsum* hier nur Honorarrecht verstanden werden kann, während doch *ipsum ius* in aller Regel, und so auch im letzten Satz des *Fr.* 27 pr., das *Volkrecht* anzeigt. Doch läßt sich vielleicht die Annahme der Echtheit etwas stützen durch Hinweisung auf *Paul.* D. 2, 14, 17, 2 (vgl. Antoninus C. I. 8, 25, 2), wo wieder vom Pfandrecht und ebenso im Widerspruch mit der üblichen Ausdrucksweise gesagt ist: *tollitur . . . per exceptionem (pacti)*. — Überflüssig ist die Erklärung des ersten *ipso iure* im *Fr.* 27 pr. *cit.* bei

pignus liberari anzeigen, ist von Gaius keineswegs gedacht als Folge eines amtlichen Bescheides, der erlassen sein muß, sondern als Inhalt eines — wohl ungeschriebenen — honorarischen Grundsatzes, den die Beamten, wo es nötig war, mittels Denegatio ausführten, und zwar deswegen gerade in dieser Art, weil sich eine Ablehnung der Defensio, die der Pfandgläubiger in Jure erklärt hatte, rasch und leicht beweisen ließ. Auf dieses letztere Ereignis also weist der Jurist zurück mit dem: quo casu dicit potest und bezeugt nur, was wir auch sonst vermuten müßten, daß eine prätorische Norm die restlose Vernichtung eines honorarischen Rechts anordnen konnte. Dagegen erfahren wir durch Fr. 27 pr. nichts von einer Aufhebungswirkung, die der Denegationsbescheid von sich aus hervorbringt⁹⁶). In dem geschilderten Fall wenigstens kann die pignoris liberatio befriedigend aus dem prätorischen Rechtsatz über die Verweigerung der Defensio abgeleitet werden, so daß der — nur zuweilen eintretende — amtliche Bescheid bloß die Bedeutung hatte, die Geltung und Anwendung der Norm festzustellen.

Wie bedenklich es wäre, aus der erörterten Gaiusstelle auf die Kraft der Denegatio zu schließen, prätorische Rechte aufzuheben, das können wir einer erläuternden Bemerkung Ulpian's (D. 4, 6, 26, 4) zum Restitutionsedikt für Großjährige entnehmen, die auf Servius zurückgeht. Gegen den Aktionenverlust — hauptsächlich durch Zeitablauf — wurde Wiedereinsetzung bewilligt, wenn er „per magistratus“ verursacht war, und wenn dabei kein dolus des Verlierenden selbst mitspielte. Zu dieser Klausel nun bemerkt Ulpian: Restitution sei doch nicht zu gewähren, wo der Beamte die Aktio denegiert hatte, und der Berechtigte infolgedessen außer stande war, in noch offener Frist die Streitbefestigung vorzunehmen. Der Jurist setzt also augenscheinlich voraus, daß die Frist, welche die — meist prätorische — Aktio eingrenzt, weiter laufe⁹⁷): was unmöglich wäre, wenn die Denegatio mit der Temporalforderung⁹⁸) ein Ende gemacht hätte.

Lenel, Exzeptionen 90, 2. Unbefriedigend auch Eisele, Grundlage der Exzeptio 79.

⁹⁶) Anders Erman *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 13 (1892), 195, 1.

⁹⁷) Dies hat auch F. C. Naber, *Mnemosyne N. F.* XXVIII, 63 richtig gesehen; doch sucht er sich der Beweiskraft der Stelle zu entziehen. Vgl. aber Ripp oben S. 35 A. 72 a. E.

⁹⁸) S. Pauly-Wissowa, *Realencyklopädie* 1, 321.

Auf Grund der vorstehenden Darlegung werden wir wohl an der hergebrachten Lehre festhalten, die der Denegatio die Rechtskraft abspricht, und weiter auch die Konsumptionsfolge ablehnen dürfen, die jüngst einmal behauptet wurde. Mithin bleibt als Wirkung des abweisenden Bescheides, mag er Exzeptio praetoris heißen oder später Denegatio actionis, bloß die Abschneidung des zur Zeit versuchten Prozesses übrig und zudem noch ein schädliches Vorurteil, das sich nach dem amtlichen Spruch gegen den Abgewiesenen kehrt und ihm die Wiederaufnahme des Streites tatsächlich erschwert. Der Mangel der Rechtskraft aber mußte darin hervortreten, daß der Gegner des Klägers, der wieder belangt ist, trotz des früher errungenen Siegs seine Verteidigung nicht auf die Denegatio gründen konnte, sondern gezwungen war — der Regel nach — dieselben Tatsachen nochmals anzuführen, die er im ersten Verfahren vorgebracht hatte. Auch eine nunmehr etwa zu kontestierende Exzeptio konnte ihrer Fassung nach nicht dem Vorbild einer den Urteilsinhalt⁹⁹) betonenden Einrede folgen, weil von Rechts wegen der ältere Spruch des Beamten den Privatrichter nicht binden sollte.

Eine Bemerkung von Gaius hat die erste Anregung geboten zur Prüfung der Frage, ob dem Legisaktionenverfahren eine Exzeptio bekannt war. Als Hauptquelle für die Erkenntnis dieser ältesten Einrede hat sich ein Ausspruch erwiesen in Ciceros Büchern de inventione. Mit Vorbedacht ist das zweite, der Herennianischen Rhetorik entnommene Zeugnis, das denselben Gegenstand betrifft, nicht in gleichem Maße benutzt. Denn so sehr es eine erwünschte Bestätigung dessen bietet, was deutlicher aus Cicero zu ersehen ist, so wenig wäre es ohne solche Vergleichung geeignet, der hier gegebenen Darstellung als Grundlage zu dienen. Um aber zu zeigen, daß wirklich in der Sache volle Übereinstimmung besteht zwischen Cicero und dem Anonymus, sind die oben (auf S. 14 ff.) dem Text ad Her. beigefügten Erläuterungen noch in einer Richtung zu ergänzen.

Die Rhetorik 1, 12, 22 berichtet: Translationen seien deswegen so selten anwendbar in der Verhandlung vor dem urteilenden Richter,

⁹⁹) Wenn anzunehmen wäre, daß solche Einreden im Formelprozeß jemals im Gebrauch waren: was hier nicht zu entscheiden ist.

quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt.

Während Cicero den Urheber der als *exceptio* bezeichneten, in Jure vorzunehmenden Handlung im Genetiv ('*praetoris*') beisetzt, ist durch das Objektiv, dessen sich der Auktor bedient, die Verwechslung mit dem, bloß auf die Rechtsquelle hindeutenden Unterscheidungsmerkmal ziemlich nahe gelegt. Gewiß bezeugt auch so unser zweiter Gewährsmann gar nichts anderes, als was der erste befundet, und die Zeitgenossen des alten Rhetors werden auch leicht erkannt haben, was gemeint ist; uns aber ist der deutlichere Ausdruck bei Cicero besonders willkommen und wichtig.

Noch eine andere Abweichung wird dem aufmerksamen Leser kaum entgehen; und diese scheint erheblicher zu sein. Während bei Cicero durch den Eingriff des Prätors *actiones*, das heißt die förmlichen Handlungen, welche die Prozeßverhältnisse begründen, „exkludiert“ werden, behauptet der Auktor das Vorkommen von prätorischen Exzeptionen „in der privaten Aktio“; betrachtet demnach die letztere als einen Vorgang, dem sich das Exzipieren als Bestandteil einordnet. Sollten aber die verglichenen Äußerungen wirklich unvereinbar sein? Sehe ich recht, so schwindet der Schein des Widerspruchs, wenn nur erwogen wird, wie vieldeutig der Ausdruck *actio* ist. Der Anonymus gebraucht ihn offenbar in der ursprünglichen Bedeutung, die der Laiensprache geläufig ist; ihm ist *actio* die ganze Verhandlung vor dem Prätor¹⁰⁰). Cicero dagegen schließt sich der Terminologie der Juristen an, sondert die vorbereitende Verhandlung ab und behält das Wort vor für das rechtlich allein maßgebende Schlußereignis: für die Streitbegründung.

Über die zwei wichtigsten Zeugnisse, die den Rechtszustand besser erkennbar machen, den wir aus Gaius 4, 108 nur erraten können, wüßte ich jetzt nichts weiter zu sagen. Doch ist der Vorrat von Nachrichten, die Aufschluß geben über die Entwicklung der Exzeption im vorliegenden Aufsatz gar noch nicht erschöpft.

Vor allem: von der alten zur neueren Einrede führt eine sehr merkwürdige Brücke, die freilich als solche bisher nicht gewürdigt ist: die *praescriptio pro reo*, von der Gaius 4, 133 sagt: *nunc in speciem exceptionis deducta est*.

Beachtung verdient ferner die bekannte Tatsache, daß das

¹⁰⁰) Vgl. Ztschr. d. Sav. St. R. N. 25 (1904), 170, 2.

prätorische Album nicht wenige Edikte enthielt, die ein *actionem* oder *iudicium non dabo* verkünden, kein einziges aber, das die Gewährung einer Exzeption verheißt. Dem entsprechend steht auch im Album eine Anzahl von Einredeformularen unter der Rubrik: '*quarum rerum actio non datur*' (bei Lenel² § 278), und in Justinians Pandekten wiederholt sich diese Erscheinung in 44, 5. Die Überschrift dieses Titels ist die eben angeführte; sie ist sicher unverändert aus dem Album übernommen. Die zwei Fragmente aber, aus denen der Titel besteht — darunter Fr. 1 mit 13 Absätzen — reden immer bloß von Exzeptionen, während das *actionem denegare* nicht ein einziges Mal erwähnt ist. Und genau so wie die Edikte des Prätors lauten auch die *Senatusconsulte* privatrechtlichen Inhalts, die aus der ersten Kaiserzeit stammen. Trotz der mehrmals bezugten *exceptio senatus consulti Vellaeani* und *Macedoniani* weist der vom Senat beschlossene Text wieder nur das *non dare actionem* (*petitionem*) auf.

Nun fragt sich, was wir daraus schließen dürfen? Vielleicht kann folgende Vermutung einstweilen als Antwort gelten.

Die römischen Gesetze und Edikte verwenden von alters die Worte *actionem non dare*, wo sie diejenige Maßregel in Aussicht stellen, die wir heute *denegatio*¹⁰¹⁾ *actionis* nennen. An dieser Ausdrucksweise halten sie mit Zähigkeit fest, selbst noch in der Zeit, als nach Einführung des Formelprozesses das *non dare actionem* ersetzt werden konnte durch die Zulassung (*dare*) einer zu kontestierenden und demnach vom Richter zu beurteilenden Einrede. Erst den Juristen verdankt, dem Anschein nach, die *exceptio* ihre Aufnahme in die Rechtssprache. Ihnen dient das Wort dazu, die Wirkung anzuzeigen, die aus dem magistratischen *non dare actionem* hervorgeht. So ist das *excipere* im Munde der Juristen zunächst die vom Beamten bewirkte Herausnahme des Beklagten aus dem drohenden Prozesse. In späterer Zeit aber, als neben dem Befreiungspruch des Magistrats ein ähnliches *excipere* aufkam, das der Richter zu prüfen hat, beschränkt nun die juristische Literatur den Ausdruck *exceptio* auf die kontestierte Einrede und gebraucht von dieser Zeit ab für das *non dare* des Beamten bald *negare* bald *denegare actionem*.

¹⁰¹⁾ Das Hauptwort *denegatio* kommt, wie es scheint, zuerst bei Kirchenschriftstellern vor.

Endlich wären in einem Aufsatz, der die Geschichte der *Exceptio* behandelt, noch ein paar Worte am Platz über die Vergleichung des römischen Volkstribunats mit der *παρογογραφη*, die wir aus Plutarchs *Ρωμαϊκά*¹⁰²⁾ kennen. Ueberührt darf dieser Punkt nicht bleiben, weil Gelehrte vom Range F. L. Kellers¹⁰²⁾ und Th. Mommsens¹⁰³⁾ dem Gewährsmann des Plutarch etwas sehr Verlehrtes zumuten: nämlich die Gegenüberstellung der Tribuneninterzession und der *Exceptio* des römischen Formelprozesses. Allein, wenn es notwendig wäre, den zur Vergleichung herangezogenen Gegenstand durchaus in Rom zu suchen, so könnte dem klaren Texte zufolge nur an die alte *Exceptio praetoris* oder an die *Denegatio actionis* gedacht sein. Doch wird sich nach meinem Ermessen leichter die Annahme begründen lassen, daß Plutarch a. a. O. attisches, nicht römisches Prozeßrecht im Auge hatte.

Wenn ich mich bei den lesterwähnten Dingen einstweilen auf kurze Andeutungen beschränkte, so bedarf an dieser Stelle der Verzicht auf nähere Ausführung gewiß keiner Rechtfertigung. Nur dem festlichen Anlaß und der liebenswürdigen Nachsicht des Herrn Schriftleiters verdanke ich die mir als Schüler L. Pfaffs gewährte Gastfreundschaft. Längst muß ich fürchten, den mir gütig zugemessenen Raum verbraucht und die verehrten Leser der Zeitschrift einer harten Geduldprobe ausgesetzt zu haben. Sollte es der schönen Feier zuliebe auch einmal erlaubt sein, den heimatischen Boden zu verlassen, in dem diese Zeitung wurzelt, so wäre ihren Freunden sicher ein juristischer Vorstoß in Himmels Höhen, etwas wie eine Studie zum kommenden Lustrecht, erwünschter gewesen als die hier vorgeführten Grabungen nach Altertümern in fremder Erde. Darum ist es Zeit, ein Ende zu machen. Nur eines sei zum Schluß noch gestattet: in einem letzten Abschnitt die Ergebnisse der Abhandlung einzusammeln.

Die Beiträge zur Lösung von oft erwogenen Fragen, die oben nur nebenbei in Erörterung gezogen sind, will ich zuerst anführen.

Der Satz, der das *postea agere* über dieselbe Sache ausschließt, bezog sich schon in der Zeit der Vorherrschaft des *legi-*

¹⁰²⁾ Zivilprozeß^o § 36 a. E. (S. 181).

¹⁰³⁾ Röm. Staatsrecht³ 1, 267, 1.

timen Spruchprozesses auch auf die *Actio in rem*. Gaius zufolge stand er *ipso iure*, das heißt nach Volksrecht in Geltung. Als Mittel der Durchführung ist gar kein anderes bekannt als das dem Magistrat zustehende *non dare (legis) actionem* oder — was dasselbe ausdrückt — das *excipere*, das vom Beamten ausgeht und in diesem Fall auf volkrechtlicher Anweisung beruht. Das sehr hohe Alter dieser Rechtsordnung wird schwerlich jemand bezweifeln, und gewiß wird niemand an nachäbutischen Ursprung denken.

Sind schon im ältesten Gerichtsverfahren, das wir kennen, prozeßhindernde Bescheide nachweisbar, die der Beamte kraft Gesetzes (so *ex lege Cincia*) oder allgemeiner: kraft Volksrechtes erläßt, so fällt vollends jeder Grund weg, Gaius 4, 118 zu mißtrauen, der für die Zeit des Formelprozesses *Exceptionen* des gesetzlichen Rechtes (*quae ex legibus . . . substantiam capiunt*) und amtsrechtliche (*ex iurisdictione praetoris proditae sunt*) genau im selben Sinne unterscheidet, wie er in 4, 110 den *Actionen*, *quae ex lege . . . proficiscuntur*¹⁰⁴⁾, solche gegenüberstellt, *quae ex propria (praetoris) iurisdictione pendent*. Die Zeugnisse, aus denen sich besonders deutlich der amtsrechtliche Ursprung aller *Exceptionen* ergeben soll (Cicero und der *A. ad Her.*), enthalten, richtig verstanden, überhaupt nichts über die fragliche Quellengrundlage; und eine dritte, *Ulpian* zugeschriebene Stelle (*D. 13, 5, 3, 1*) ist in neuerer Zeit von einem der eifrigsten Vertreter der hier bekämpften Lehre: von F. Eisele¹⁰⁵⁾ selbst als *unecht* preisgegeben.

¹⁰⁴⁾ Dieses *proficisci ex . . .* und jenes *substantiam capere ex . . .* ist sicher das nämliche. Wie quellenwidrig und verwirrend es ist, alle *Exceptionen* wenigstens im „formalen“ Sinne „prätorisch“ zu nennen, weil sie vom Prätor im *Album* veröffentlicht sind (entworfen sind sie der Regel nach nicht zuerst von ihm), oder weil der Prätor sie in die Formel des einzelnen Prozesses eingefügt habe (was so wenig seine Sache war wie die Abfassung der anderen *Formeltheile*), das glaube ich schon 1884 in den *Kritischen Studien* 19 bis 21 gezeigt zu haben. — Beispiele von legitimen *Exceptionen*, die in der Literatur nicht beachtet sind, bei *Wlassak*, *Prozeßgesetze* 2, 356; *Pauly-Wissowa R. E. III* (1897), 1998.

¹⁰⁵⁾ *Ztschr. d. Sav. St. R. A.* 18 (1897), 39; vgl. S. 37. Mit *Unrecht* hat man zuweilen noch herangezogen: *Cic. part. or.* 28, 100 (wo dem *ius civile* nicht das prätorische Recht gegenübersteht, sondern die *aequitas*) und *Anton. C. I.* 2, 3, 5, wo nur die *Exceptio pacti* und *doli* dem *Amtsrecht* zugewiesen ist. S. auch *Wenger*, *Pauly-Wissowa R. E. VI.* (1909), 1556.

Die Anfänge der römischen Einrede hat man bisher im Formularprozeß gesucht. Im Gegensatz zu dieser Annahme ist die *Exzeptio* oben dargestellt als eine sehr alte, schon mit der *Legisactio* verbundene Einrichtung. Im neueren Verfahren lebt sie dann fort in zweifacher Gestalt, wovon die eine — das *denegare actionem* — sich deckt mit der *Urform*. Hingegen die andere, auf die sich der Name *exceptio* später beschränkt, ist das Ergebnis einer Umbildung, die das Wesen der Sache nicht unberührt ließ. Während die alte Einrede von der belangten Partei nur angeregt und erbeten („postuliert“), vom Magistrat aber in Kraft gesetzt wurde, ist die neuere ein Verteidigungsmittel, das der Beklagte, mit Zustimmung des Beamten, selber handhabt, um es der Prüfung des Richters zu unterwerfen. Diese Wandlung brachte die *Exzeptio* zusammen mit der Streitbefestigung, zu deren Bestandteil sie wurde; und davon war die Folge wieder eine Verquickung der Ausschlußwirkungen, die sich an diesen und an jenen Prozeßakt knüpfen. Wer nur auf den Erfolg sieht¹⁰⁶⁾, mag von einer erheblichen Verstärkung reden, die der *Exzeptio* im Formelprozeß zuteil wurde. Besonders bei der *Dilatoria* mußte die Umgestaltung in die Augen fallen. Denn aus ihr ist durch den Zusammenschluß mit der Streitbezeugung ein ganz wunderlicher Mißschling geworden. Erst *Zeno* und *Justinian* haben die „aufschiebende“ Einrede wieder zurückgeführt zu ihrer eigentlichen Bestimmung.

Dem Gesagten nach entspricht wohl dem Wesen der *Exzeptio* an sich nur die schwächere und noch anfechtbare Wirkung, wie sie allgemein verbunden war mit den bloß auf Amtsautorität ruhenden Handlungen, und wie sie dem *denegare actionem* in den meisten Fällen noch in der klassischen Epoche zukam. Und in der Tat ist außergerichtlich die prätorische *Exzeptio* den gesetzlichen Rechten gegenüber niemals mit unmittelbar aufhebender Kraft ausgerüstet, obwohl im Prozeß dieser Erfolg immerhin erreichbar

¹⁰⁶⁾ Dies ist die Methode, der *D. Bälou* in den „Prozeßeinreden“ (1868) folgt. Daher nimmt er eine „Konsumptionswirkung der *Exzeptio*“ an, und weil er diese auch bei der *Exzeptio procuratoria, cognitoria* und bei den Präjudizialeinreden anerkannt findet, spricht er ihnen allen „sachliche Natur“ zu (S. 258: „Sämtliche *Exceptiones* sind privatrechtliche Befugnisse“). Gegen *D. Bälou* aber muß die Entscheidung fallen schon auf Grund der einen Erwägung, daß die genannten Einreden keinerlei außergerichtliche („privatrechtliche“) Wirkung haben.

war, freilich nur dann, wenn der Beklagte die Einrede in legitimer *Contestatio* dem Streitstoff hinzufügt.

Die Anfänge und das Wachstum der römischen Einrede machen einen wichtigen Abschnitt aus im Kampfe der Billigkeit mit dem Volksgesetz. *Cicero*, *Gaius* und Andere betrachten die *Exzeptio* als ein Werkzeug der *aequitas* und bringen sie in Gegensatz zum *Jus civile*. Diese Anschauung blüht nichts ein an Glaubwürdigkeit, wenn die Einrede hinaufgerückt wird in die Epoche der *Legisactio*, und sie wird auch nicht erschüttert durch die Erkenntnis, daß der Beamte schon in alter Zeit zumeilen verpflichtet war, dasselbe Mittel (das *non dare actionem*), das er regelmäßig nach freiem Ermessen handhabt, auch kraft gesetzlicher Anweisung zu gebrauchen.

Aus den Schicksalen der *Exzeptio* ist ohne Schwierigkeit das allmähliche Vordringen der *Aequitas* dem strengen Recht gegenüber abzunehmen. Ursprünglich hat der Ausschluß der *Legisactio* durch den Beamten bloß die Bedeutung, die belangte Partei bis auf weiteres vom Prozeß zu befreien. Die Abweisung des Klägers kann der Urheber des Bescheides selbst widerrufen, und ein Nachfolger im Amt kann um deswillen anders entscheiden, weil er die Regel verwirft, die vom Vorgänger für billig erkannt war.

Einen Fortschritt bezeichnet sodann die Einführung der *Formularexzeptio*. Zwar verdrängt diese keineswegs das *denegare actionem*. Bringt aber der Beklagte die Einrede zur *Contestatio*, so bedroht er den Kläger mit einem viel schlimmeren Übel, als früher das *non dare* der *Legisactio* war. Da die Streitbezeugung die Wiederholung des Prozesses durchaus abschneidet, ist der Versuch, der *aequitas* entgegen ein ziviles Recht zu verfolgen, jetzt gefährlicher als ehemals.

Die *Formularexzeptio* bringt ferner die Streitsache vor den *Privatrichter*. Somit hat nunmehr, nach und neben dem *Prätor*, der zum Urteilen berufene Bürger einen — freilich sehr beschränkten — Anteil an der Handhabung der Billigkeit. Das Übergewicht über den Beamten als *Aequitätsrichter* gewinnt der private *Judex* erst von der Zeit ab, wo die später oft gebrauchte Einrede aufkam, die ohne Spezialisierung nur allgemein die jetzige Unrechtfertigkeit (*dolus*) des Klägers rügt.

Endlich wurde das vom *Prätor* und vom *Judex* anerkannte *bonum et aequum*, selbst wo es dem *Zivilrecht* widerstreitet, eine

bedeutende Macht auch außerhalb des Gerichtes. Das private Leben geriet begreiflich nach und nach unter den Einfluß der Gerichtsübung, die ja volkstümlich war. Vermittelt und beschleunigt ist in Rom diese Übertragung vielfach durch die Aufschreibung der das Legatrecht beschränkenden Ordnung und durch die Veröffentlichung im Album des Prätors. Wenn die Gerichtstafel Edikte aufwies, die ein *actionem non dabo* verkündeten, und wenn sie Formulare von Exzeptionen den Bürgern bekannt machte, so war die Vorstellung überaus nahe gelegt, daß von den Mitteilungen des Magistrats, die zunächst den Beklagten helfen sollten, noch weiter reichende Wirkungen ausgehen, die ganz unabhängig sind von einer Prozeßführung und von richtender Tätigkeit. Als Reflexerscheinung mußte so mehr und mehr eine außergerichtliche Ordnung erwachsen, die trotz des honorarischen Ursprungs ebenso dauernde Geltung hatte wie die Gesetze. Aus den Denegationen aber und aus den Exzeptionen gingen Abwehrrechte hervor, die ihre Wirksamkeit nun auch im friedlichen Verkehr bewährten, und die dann in der neuen Form wieder einwirken konnten auf die Rechtsprechung im Gericht. So mag besonders die alte Widerruflichkeit des abweisenden Bescheides verschwunden sein in all den Fällen, wo der Beamte die *Denegatio actionis* nicht mehr in voller Freiheit aussprach, sondern in Anerkennung des gesicherten Bestandes negativer Rechte zum Schutz der Beklagten. Die Billigkeit aber, von der wir hier reden, hatte so ihr letztes Ziel erreicht. Nur als kämpfende Macht wahrte sie ihr Wesen; ihr voller Sieg ist notwendig ihr Ende.

REV15

SEMINÁRNÍ
Historiá



Knihovna
oddělení

3129

ÚK PrF MU



3129S04777