

I dce 59



1047/I.

ALFRED PERNICE

Volksrechtliches und amtsrechtliches
Verfahren in der römischen
Kaiserzeit.

Inv. čis: 76

Sign: 21

Aus «Juristische Abhandlungen, Festgabe für Georg Beseler».

B

Die sog. *extraordinaria cognitio*, die seit Diocletian das gewöhnliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bildet, ist nichts anderes, als das Verwaltungsstreitverfahren vor dem Beamten, übertragen auf den Civilproceß und demgemäß abgeändert. Dieser Satz wird heute schwerlich mehr auf erheblichen Widerspruch stoßen¹⁾. Die Cognition wird bereits in republikanischer Zeit vom Consul, vom Censor, selbst in bestimmten Sachen vom Prätor angewendet.

I.

Freilich in republikanischer Zeit nehmen die Cognitionen des Prätors keinen großen Raum ein. Es gehören dazu I. die Missionen, Kautionen und Restitutionen, also die eigentlichen Fälle des sog. *imperium mixtum*²⁾. Die Juristen unterscheiden dies bekanntlich genau vom Straf- und Disciplinarrechte. Die Zwangsmittel des *imperium merum* verwendet der Prätor im Ordinarverfahren nicht; anders dagegen im Bereiche des *imperium mixtum*.

I. Bei Missionen durfte der Prätor grundsätzlich mit Pfändung oder durch seine Diener die Besitzergreifung durchsetzen oder den Eingewiesenen im Besitze erhalten. Aber im Allgemeinen war der Stadtprätor auch hier diskret: er gab lieber *ao. in factum* oder Interdikt³⁾

¹⁾ Bezeichnend dafür ist die bekannte Zusammenstellung bei Callistratus fr. 5 pr. de eo. cogn. 50, 13.

²⁾ Vgl. Parerga II (Zschr. f. R.-G. N. F. 5) S. 29 f.

³⁾ Fr. 4 § 2 de dam. inf. 39, 2; fr. 5 § 23, § 27 ut in poss. leg. 36, 4; fr. 1 § 9 quod leg. 43, 3. Schmidt (Interdicte S. 310 ff.) meint, die Fälle der außerordentlichen Hilfe seien erst später aufgekomen; die Stellen scheinen mir aber zu ergeben, daß sie Ueberbleibsel sind: *curandum est, ne vis fiat; habet interdictum, aut introducendus est; quaesitum est, an hoc interdicto teneatur.*



und «leitete so das Verfahren in den ordentlichen Rechtsgang über»¹⁾. Das war begreiflich in der Kaiserzeit anders, wenn ein Prätor im Verwaltungsverfahren entschied. Dem Fideicommissprätor ist die *pignoris capio* als Mittel der Zwangsvollstreckung geläufig, und er bedient sich ihrer bei Missionen und in ähnlichen Fällen²⁾.

Etwas anders steht es 2. bei Restitutionen. Hier ist das Cognitionungsverfahren selbstverständlich. Der Prätor hat sich durch die ediktalen Restitutionsgründe gebunden, im Uebrigen aber freie Hand gewahrt. Ob er bei der Durchführung der Restitution selbst eingriff oder eine a. rescissoria gab, mochte von seiner Individualität abhängen³⁾; noch häufiger hieng es von der Beschaffenheit des Einzelfalles ab. Denn der Stadtprätor kann nicht, wie der Präfekt oder der Consul, sich einen *iudex datus* zur Entscheidung besonderer Fragen zu Hilfe nehmen; er muß das Geschworenenverfahren eintreten lassen, wo er eine That- oder Rechtsfrage nicht selbst erledigen kann oder will. Beispiele des Schwankens zwischen Cognition und Aktion finden sich lediglich bei Restitution wegen Minderjährigkeit⁴⁾. Denn hier hatte sich der Prätor mit offener Absicht nicht durch das Edikt einen Zwang auferlegt; er sagt: *animaduertam*, ohne eine a. rescissoria aufzustellen⁵⁾. Ganz anders beim Edikte zu Gunsten Abwesender: hier ist die Formel in's Edikt aufgenommen⁶⁾, wie der Prätor ja auch ausdrücklich eine Klage zu geben verspricht (*actionem dabo*)⁷⁾. Das ist hier durchaus sachgemäß; es sollte ein durch Versäumnis verloren gegangenes Recht wiederhergestellt werden. Von diesem Standpunkte ist die Aeußerung des Callistratus fr. 2 ex quib. c. mai. 4, 6 zu würdigen. Er sagt: dem Abwesenden werde in Folge verschiedener Gesetze meist *extra ordinem* geholfen. Es handelt sich um *reipublicae causa absentes*; ein Eingreifen des Kaisers im Verwaltungswege ist daher begreiflich genug⁸⁾; man hat den Ausspruch mit Recht auf Soldaten und andere bevorzugte Personen bezogen⁹⁾. Nirgends steht zu lesen, daß der Stadtprätor selbst cognoscirt habe.

1) Fr. I § 2 si uentr. nom. 25, 5: *sed melius et ciuilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.*

2) Fr. 3 pr. § 1 ne uis fiat 43, 4 (Schmidt S. 312); § 3 de satisd. tut. I, 24.

3) Fr. 13 § 1 de min. 4, 4; fr. 9 § 4 de iureiur. 12, 2; vgl. Savigny, System 7, 234 f.

4) Fr. 24 § 4; fr. 27 § 1 de min. 4, 4; fr. 39 pr. de eu. 21, 2.

5) Fr. 24 § 5 de min. 4, 4.

6) Fr. 28 § 5, vgl. fr. 26 § 7, fr. 43 ex quib. c. m. 4, 6; Lenel, Edict S. 97.

7) Fr. I § 1 eod.

8) Vgl. c. 1 quib. ex c. mai. 2, 53.

9) Cujaz, parat. ad h. l.; auch Savigny S. 236.

Andere Fälle der prätorischen Cognition hängen II. mit dem Vormundchaftswesen zusammen. Dies ist dem Prätor durch ein besonderes Gesetz überwiesen worden¹⁾. Aber die Theorie der Kaiserzeit rechnete diese Thätigkeit gleich Mission und Kautio zum *officium ius dicentis*²⁾; man betrachtete also die erweiterte Amtsgewalt des Prätors als eine einheitliche. Dennoch gehört das Vormundchaftswesen bekanntlich unter den Kaisern nicht mehr vor den städtischen Prätor; mit dieser Ablösung ist wol auch die Betheiligung der Tribunen beseitigt worden.

Eine weitere Befugniss des Prätors, die auch zu Cognitionen führen kann, ist III. die Bestellung von Curatoren. Die älteste Cura ist, wie es scheint, 1. die *cura minorum ex lege Plaetoria*³⁾. In der Kaiserzeit, wol seit M. Aurels Verordnung⁴⁾, werden diese Curatoren nicht mehr vom Stadtprätor, sondern von der Obervormundschaft ernannt und beaufsichtigt, an letzter Stelle also vom Kaiser selber⁵⁾. Der Grund dafür liegt wahrscheinlich darin, daß auch diese Cura auf einer gesetzlich verliehenen besonderen Zuständigkeit des Prätors beruhte, daß man sie deshalb ganz wie die Vormundschaft behandelte.

Hieran schließt sich 2. die *c. furiosi* und *prodigi* unmittelbar an; sie ist ganz nach Analogie der Vormundschaft gestaltet. Darum scheint mir nicht, daß in der Befugniss des republikanischen Prätors diese Curatoren zu bestellen und zu beaufsichtigen, irgend welche Schwierigkeit liege. Ob auch sie auf den *praetor tutelaris* übergieng, läßt sich nicht feststellen; doch ist es nach fr. 6 de cur. fur. 26, 10 (Ulpian de omnibus tribunalibus) nicht unwahrscheinlich.

1) Diesen bisher unbestrittenen Satz hat neuerdings Wlassak (krit. Studien S. 27 f.) angefochten. Er meint, die Vormundsbestellung sei von jeher Befugniss des Oberamtes gewesen (S. 28); die l. Atilia habe dies Recht vielmehr beschränkt, indem sie die Tribunen zur Theilnahme daran berief (S. 29). Diese an sich bedenkliche Auslegung unserer Nachrichten über das atilische Gesetz (Gaius I, 185; Ulpian II, 18) scheint mir durch das Dasein der l. Julia et Titia geradezu ausgeschlossen. Denn der Proconsul hat doch gewiß das volle oberamtliche imperium; und doch wird ihm die Vormundsbestellung — natürlich ohne Theilnahme von Tribunen oder sonstigem Beirathe — ausdrücklich verliehen. Die Schwierigkeit, welche Wlassak (S. 27 f.) aus dem tutor praetorius (Gaius I, 184; Ulpian II, 24) entwickelt, ist m. E. eine wesentlich selbst geschaffene. Gewohnheitsmäßig bestellt der Prätor dem Pupillen, der mit seinem Vormunde processieren will, einen tutor: ich meine, das hängt so genau mit der Rechtspflege zusammen, daß der Prätor dafür einer gesetzlichen Ermächtigung nicht bedurfte; Ulpian hat, als er fr. 6 § 2 de tut. 26, 1 niederschrieb, an diesen ohne die Tribunen für den Einzelfall bestellten Vormund schwerlich gedacht.

2) Fr. I de iurisd. 2, 1.

3) Labeo I, 227 ff.; Bruns, kl. Schriften 2, 464 f.

4) V. Marci 9.

5) § 1 de cur. I, 23; c. 1 de tut. et cur. ill. 5, 33; fr. 3 pr. de min. 4, 4.

Die zahlreichen übrigen *curae* 3. hängen sämmtlich enge mit der Rechtspflege, besonders mit den Missionen und Kauttionen¹⁾ zusammen: so die *cura uentris* in ihrer zweifachen Erscheinungsform, die Konkursverwaltung, die *c. bonorum absentis*, die *c. hereditatis*. Zum Theil ist die Wechselbeziehung ausdrücklich bezeugt, sie liegt aber auch ohnehin zu Tage²⁾.

Sonach sind die Fälle der Cognition aus dem *imperium mixtum*, also der Rechtspflege im weiteren Sinne, wie sie dem Prätor oblag, erwachsen, oder ihm durch ein Gesetz übertragen; die letzteren hat die Kaiserzeit dem Stadtprätor wahrscheinlich alle wieder abgenommen.

In diesen Rahmen fügen sich allerdings anscheinend IV. zwei Cognitionsfälle nicht: die *remotio suspecti tutoris* und die *interdictio prodigi*.
1. Ueber das Absetzungsverfahren sind wir nur mangelhaft unterrichtet. Nach unseren Quellen müssen wir es uns als Strafproceß gegen den Vormund vorstellen³⁾: es durfte sogar von Amtswegen oder auf Anzeige eines Sklaven eingeschritten werden⁴⁾. Ein solches Verfahren vor dem Stadtprätor ist ungewöhnlich; denn dieser ist nur für Privatgerichte eingesetzt. Und in der That wird das Einschreiten gegen den treulosen Vormund ausdrücklich auf die XII Tafeln zurückgeführt⁵⁾. Eine gesetzliche Grundlage war also wirklich vorhanden oder — was für uns auf dasselbe hinauskommt — wurde angenommen. Ob der Prätor die Cognition sofort seit Errichtung des Amtes oder erst seit der *lex Atilia* übernahm, läßt sich nicht bestimmen. Jedesfalls ist die Entwicklung erst sehr viel später, welche die *accusatio* geradezu zu einem Theile des prätorischen Aufsichtsrechtes macht und sie deshalb dann wieder zur Jurisdiktion rechnet⁶⁾.

2. Das Verfahren gegen den Verschwender hat nicht den Charakter einer *causae cognitio*, um dem Prätor die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer *cura* zu verschaffen, wie beim Wahnsinnigen⁷⁾; sondern es läuft in eine wirkliche Entmündigung aus, welche den Mündel erst schafft. Der Spruch des Prätors entzieht dem prodigus die Ver-

¹⁾ Fr. I § 10, § 13 de coll. 37, 6.

²⁾ Fr. 15 pr. ex quib. c. m. 4, 6; fr. 23 § 3 de her. inst. 28, 5; fr. I § 17 sqq. de uentre 37, 9; fr. 6 § 2, fr. 8 quib. ex c. in poss. 42, 4; fr. I § 1 de cur. bon. d. 42, 7; fr. I § 4 de mun. 50, 4; vgl. c. 3 de postl. reu. 8, 50.

³⁾ Labeo 2, 296 f.

⁴⁾ Fr. 3 § 4, § 12, fr. 12 de susp. 26, 10.

⁵⁾ Fr. I § 2 de susp. 26, 10; pr. de susp. 1, 26.

⁶⁾ Fr. I § 4 eod.; fr. 4 de off. ei. 1, 21; fr. 6 pr. de off. proc. 1, 16. Gerade umgekehrt Rudorff, Vormundschaft 3, 175 f.

⁷⁾ Fr. 6 de cur. fur. 27, 10.

fügung über sein Gut vollständig, und damit erst ist die Nothwendigkeit einer anderweitigen Verwaltung gegeben¹⁾; das zeigt sich ganz deutlich darin, daß der Pfleger ursprünglich nicht vom Prätor angeordnet, sondern durch das Gesetz berufen wird²⁾. Eine solche Befugniß liegt nicht ohne weiteres in der Amtsgewalt des Prätors; sie findet in den Verboten seiner Interdikte keine genügende Analogie. Von den römischen Juristen weist Ulpian mehrfach auf eine gesetzliche Grundlage des Verfahrens hin: *lege bonis interdiceret*³⁾, und führt den Ursprung der *cura* auf die XII Tafeln zurück⁴⁾. Wenn die XII Tafeln wirklich Bestimmungen getroffen haben, so bezogen diese unzweifelhaft sich nur auf die Verschleuderung des Erbgutes⁵⁾. Und so wäre es erklärlich, daß die Interdiktion daneben auch aus der Gewohnheit hergeleitet wird⁶⁾. Man wird sonach annehmen dürfen, daß die XII Tafeln ausdrücklich die Interdiktion dem Consul übertragen, oder daß dieser in den gesetzlichen Vorschriften über die Wahnsinnspflege eine genügende Anlehnung für diese Erweiterung seiner Machtvollkommenheit fand.

Hiernach hätten wir es in diesen beiden anomalen Fällen polizeistrafrechtlicher Angelegenheiten mit unvordenklichen Ueberweisungen durch Gesetze an den Oberbeamten, später den Prätor zu thun. In geschichtlich klarer Zeit ist ähnliches mehrfach vorgekommen; so durch die *lex Julia*, das *Sc. Silanianum*⁷⁾, die *oratio Marci* über letztwillig hinterlassene Alimente⁸⁾. Nur hat die Doktrin diese Funktionen mit der Amtsgewalt des Prätors zu verschmelzen gewußt.

II.

Mit dem Beginne der Kaiserzeit macht sich mehr und mehr das Bestreben geltend, die gesammte ordentliche Privatrechtspflege in den Händen der beiden obersten Prätores zu vereinigen, sie aber auch darauf zu beschränken. Auf der einen Seite darf jetzt durch Senatsschluss dem Stadtprätor die ordentliche Marktgerichtsbarkeit der Aedilen über-

¹⁾ Paulus 3, 4a § 7; vgl. Puchta, Inst. 2 § 202 z. S. 38.

²⁾ Fr. 13 de cur. fur. 27, 10; Ulpian 12, 2; Labeo 1, 237 f.

³⁾ Ulpian 12, 3; fr. 18 pr. qui test. 28, 1; fr. 5 § 1 de adq. her. 29, 2.

⁴⁾ Ulpian 12, 2; fr. 1 pr. de cur. fur. 27, 10. Ulpian sucht hier Gesetz und Gewohnheit zu versöhnen, indem er die Gewohnheit vor die XII T. verlegt. Manche Gelehrte haben ihm dies apokryphe Gewohnheitsrecht geglaubt.

⁵⁾ Valerius Max. 3, 5, 2.

⁶⁾ Cicero Cato m. 22; Paulus 3, 4a, 7.

⁷⁾ Fr. 1 pr. de off. ei. cui 1, 21;

⁸⁾ Fr. 8 pr. § 8 de transact. 2, 15.

tragen werden¹⁾. Allmählich, da die curulischen Aedilen ganz verschwinden, ist sie völlig auf ihn übergegangen, wie die Aufnahme des Aedilenediktes in's prätorische zeigt. Zur ordentlichen Rechtspflege werden begreiflich die Missionen nach wie vor gerechnet: so gehören denn auch die neueren Missionsfälle, welche die Kaiser schufen, zum Machtbereiche des Stadtprätors, so z. B. die *missio ex edicto Hadriani*, die beiden Formen der Mission bei *inspectio uentris*²⁾. Es ist aber wichtig festzuhalten, daß Missionen und Restitutionen wol unentbehrliche Behelfe für die Rechtspflege, aber Ausflüsse des Imperiums sind. — Auf der anderen Seite kann davon nicht die Rede sein, daß der Stadtprätor überall da, wo es ihm billig und angemessen schien, mit Cognition eingegriffen hätte. Damit wären die in der Kaiserzeit gerade für die altrepublikanischen Beamten so fest gezogenen Grenzen der Zuständigkeit verwischt, und die Macht des Prätors, im Widerspruche mit dem sonstigen kaiserlichen Staatsrechte, in's Ungemessene erweitert. Vielmehr steht die Sache so, daß der Prätor durch die Zulässigkeit von actiones in factum und durch die Ausweitung des officium iudicis mittelst der bona fides innerhalb des Ordinarprocesses auf dem Boden des Ediktes hinreichende Mittel hatte, den Bedürfnissen der Rechtssuchenden zu genügen. Außerlich hat der Prätor allem Anscheine nach in der Kaiserzeit das Ediktsrecht durch Aufnahme neuer Klagen nicht selbständig weiter gebildet, sondern nur noch *edicta breuia* aus Anlaß von Gesetzen oder Mandaten³⁾ eingeschaltet⁴⁾. Wo in der Kaiserzeit neue gerichtlich verfolgbare Ansprüche aufkommen, da gehören sie zum sog. *ius extraordinarium*⁵⁾, sie werden regelmäßig vor eigenen Behörden geltend gemacht, und wie das Verfahren ein verwaltungsrechtliches ist, so fügen sich auch die so geschaffenen Befugnisse nicht ohne weiteres den Erfordernissen des Privatrechts. Ein Ueberblick über die verschiedenartigen Verhältnisse, die man als Fälle der Cognition aufzuzählen pflegt⁶⁾, wird das, hoffe ich, darthun.

¹⁾ Dio Cassius 53, 2.

²⁾ Fr. 1 pr. § 10, fr. 2 pr. de insp. u. 25, 4.

³⁾ Fr. 6 § 1 de cust. reor. 48, 3.

⁴⁾ Vgl. Mommsen, Staatsrecht I, 199. Man sollte die Richtigkeit dieser Thatsache einmal an dem Alter der Ediktsschichten prüfen. Vielleicht hängt mit ihr eine stärkere Ausbeutung der a. in factum zusammen.

⁵⁾ Darüber jetzt Wlassak, Studien S. 51 ff. Er hat damit unzweifelhaft Recht, daß das i. e. kein drittes Recht neben civile und honorarium ist. Aber den quellenmäßigen Ausdruck zu verbannen (S. 72), sehe ich keine Veranlassung: er faßt eine Anzahl von processualisch gleichartigen, materiell eigenartigen Instituten zusammen.

⁶⁾ Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2, 758 ff.; Bekker, Aktionen 2, 190 ff.

Zweierlei muß man dabei im Auge behalten: 1. wenn unsere Rechtsbücher vom Prätor sprechen, so braucht das nicht nothwendig der p. urbanus zu sein; amtlicher Sprachgebrauch ist es viel eher, den Stadtprätor als den vornehmsten mit vollem Titel zu bezeichnen. 2. In der Person des Provinzialstatthalters sind mannigfaltige Kompetenzen stadtrömischer Behörden zusammengefloßen¹⁾. Man darf begreiflich nicht annehmen, daß dem Präses allemal in Rom der praetor urbanus entspreche.

I. Die geistlichen Angelegenheiten gehören von jeher nicht vor den Prätor, sondern vor den Censor oder Consul und die Sachverständigen-Collegien: diese werden als die eigentlich anordnende Behörde bezeichnet. So läßt denn auch Papinian den Erben *pontificali uel principali auctoritate* zum Baue eines Grabdenkmals nöthigen²⁾. Den Nothweg zum Grabmale verschafft der Präses³⁾: wir wissen, daß Zwangsenteignung sonst nur zu sakralen Zwecken vorkam⁴⁾; so ist hier der Statthalter an die Stelle des geistlichen Gerichtshofes getreten⁵⁾. Aehnliches muß von der Erzwingung des Begräbnisses eines Verstorbenen gelten: es ist Sache des Pontifex, für rechtzeitige Bestattung zu sorgen⁶⁾; daher ist die Ordnung dieser Dinge auf den Kaiser übergegangen⁷⁾. Ulpian aber läßt den Prätor eintreten⁸⁾. Wie er dazu kommt, ist nicht zu sagen; man möchte eine Aenderung der Kompilatoren oder eine nachlässige Redeweise (praetor für Statthalter) vermuthen.

II. Wahre Verwaltungssachen, also dem Ordinarverfahren entzogen, sind Ansprüche des Fiskus, seitdem einmal dessen Bedeutung als Staatsinstitut anerkannt worden war⁹⁾, und theilweis Ansprüche der Gemeinden. Diese sind allerdings im Vermächtnisrechte, seit die Legate an sie klagbar geworden sind, und bei Erbittung der bon. possessio allem Anscheine nach dem ordentlichen Richter unterworfen¹⁰⁾,

¹⁾ Fr. 7 § 2 de off. proc. 1, 16; fr. 10 sq. de off. praes. 1, 18.

²⁾ Fr. 50 § 1 de H. P. 5, 3.

³⁾ Fr. 12 pr. de relig. 11, 7.

⁴⁾ Cicero de off. 3, 66; Val. Max. 8, 2, 1.

⁵⁾ Plinius ad Trai. 68 sq.; c. 1 de relig. 3, 44.

⁶⁾ Cicero de leg. 2, 57; Marquardt, Staatsverw. 3, 295 f.

⁷⁾ Fr. 8 pr. de relig. 11, 7; fr. 1 de cad. pun. 48, 24.

⁸⁾ Fr. 14 § 2 de relig. 11, 7.

⁹⁾ Mommsen 2b, 968, 980 f.

¹⁰⁾ Ulpian 24, 28; Celsus fr. 30 de leg. 2; fr. 73 § 1, fr. 117, fr. 122 pr. de leg. 1; fr. 3 § 4 de b. p. 37, 1; fr. 1 § 1 de lib. uniu. 38, 3 (das spricht auch für ordentliches Verfahren bei Vermächtnissen).

wie sie denn auch nach Art der Privaten vindicieren¹⁾. Dagegen gehören Pollicitationen vor die Verwaltungsbehörde. Vielleicht sind die Consuln schon seit dem Anfange der Kaiserzeit eingeschritten, wo die Verwirklichung der Zusage an eine Stadt angemessen erschien²⁾. Erst Traian aber hat eine vollständige einseitige Verbindlichkeit des Pollicitanten anerkannt³⁾. Indefs niemals ist eine Klage vor dem Prätor zugelassen, immer blieben die Consuln zuständig⁴⁾, und im äußersten Nothfalle griff der Kaiser ein⁵⁾.

III. Hieran schliessen sich die Fälle des fr. 2 de eo. cogn. 50, 13, soweit ich sie bis jetzt begreife, unmittelbar an: denn es sind lauter rein provinzielle Verwaltungssachen. Der Schlufs, dafs darüber in Rom der Prätor entschieden habe, ist m. E. durchaus unzulässig. *De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis, item de equis alienis a sciente possessis fetuque earum, et de damno dato per immisos in praedium suum universos homines eos, qui in plurimum praedia distribui debuerunt, si modo id non ex auctoritate eius, qui iubere potuit, factum est, praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det.* *Usus aquae* ist der Kunstausdruck für die Vertheilung des Wassers aus öffentlichen Leitungen an Private⁶⁾. Darüber steht in Rom und Italien natürlich dem curator aquarum die Aufsicht zu. In Verbindung damit werden *rivi novi* neue Berieselungsgräben sein, durch welche das Wasser aus einer öffentlichen Leitung ungehöriger Weise abgezweigt wird⁷⁾, *rivus* ist dafür die hergebrachte Bezeichnung⁸⁾. Das vierte Beispiel bezieht sich, wie mir scheint, auf die Einquartierung (*ἐνοικιασθήσια, munus hospitis recipiendi*). Sie ist eine Grundlast⁹⁾, die unter den Gemeindegliedern herumgeht¹⁰⁾. Dem Statthalter wird es zur besonderen Pflicht gemacht, die Provinzialen damit nicht zu über-

¹⁾ Fr. 3 § 1 de poll. 50, 12.

²⁾ Dafür spricht nicht nur die Inschrift des Helvius (Or. 4365; Labeo I, 284 A. 24), sondern auch die Erzählung Sueton Tib. 31.

³⁾ Fr. 14 de poll. 50, 12; Labeo I, 284; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 273.

⁴⁾ Ulpian de off. cons. fr. 8 de poll. 50, 12.

⁵⁾ Fr. 11 § 2 sq. de leg. 3.?

⁶⁾ c. 2 C. Th. 15, 2; Parerga S. 82 f.

⁷⁾ Fr. 17 de SPR. 8, 3.

⁸⁾ Vielleicht gehört Paulus 5, 6. 9. hierher. Dagegen ist es m. E. nicht wol möglich, mit Huschke ad h. l. an private Wasserleitungen zu denken. Fr. 4 de aq. cot. 43, 20 und fr. 19 § 4 comm. diu. 10, 3 zeigen, dafs hier spätestens seit Julian ordentliche Rechtsmittel bestanden.

⁹⁾ Fr. 3 § 14 de mun. 50, 4.

¹⁰⁾ Fr. 11 de uac. 50, 5.

schweren¹⁾. Demnach auch hier eine reine Verwaltungssache, eine Beschwerde an den Statthalter, wenn ein Grundeigenthümer mehr Mann Einquartierung erhält, als ihm zukommen. Der dritte Fall: die Untersuchung über wissentlich vorenthaltene fremde Stuten mit ihren Füllen, ist mir nicht ganz verständlich. Ohne Zweifel wäre hier eine gewöhnliche Vindikation statthaft: das Verhältnifs mufs eine Besonderheit haben, welche die Zusammenstellung mit den drei anderen Verwaltungssachen und das auferordentliche Einschreiten des Präses rechtfertigt. Ich möchte daher den Satz in Zusammenhang bringen mit der in mehreren Provinzen in gröfserem Umfange betriebenen Zucht von Rennpferden²⁾, die in Herden gehalten werden³⁾. Auf die Reinheit der Rasse, also auch auf die Herde, aus der die Thiere stammen⁴⁾, wird besonderes Gewicht gelegt. So erscheint das Wegfangen oder Weglocken tragender Stuten von der Weide als ein ebenso gewinnbringendes, wie verwerfliches Thun. Dafs der Statthalter selbst der Sache sich annimmt, erklärt sich entweder daraus, dafs hier die Spiele, eine öffentliche Angelegenheit, in Frage kommen, oder daraus, dafs die Pferdeherden auf verpachteten Staatsländereien gehütet wurden⁵⁾.

In diesen drei Gruppen von Fällen ist die Cognition wegen der Natur der verhandelten Sachen und wegen der dadurch bedingten Spruchbehörde nach römischem Staatsrechte der Republik wie des Kaiserreiches selbstverständlich.

III.

Der Kaiser darf als höchster Staatsbeamter Sachen an sich zur Verhandlung ziehen, welche vor das ordentliche Gericht, also in Rom vor den Prätor gehören⁶⁾. Dem Consul und dem Diktator steht diese Befugnifs nicht zu; denn sie werden von der Civilrechtspflege grundsätzlich fern gehalten. Der Kaiser dagegen hat eine neben dem ordentlichen Richter selbständige Gerichtsbarkeit in Privatsachen. Bezeichnend dafür ist Sueton Claud. 15: *alium (iudicem) interpellatum ab adversariis de propria lite negantemque cognitionis rem, sed ordinari iuris esse, agere causam confestim apud se coegit, proprio negatio documentum daturum rell.*

¹⁾ Fr. 4 pr. de off. proc. 1, 16; fr. 6 § 6 de off. praes. 1, 18.

²⁾ Schol. zu Juvenal 1, 155; Friedländer, Sittengeschichte 2, 293 f.

³⁾ Varro de RR. 2, 7.

⁴⁾ Symmachus 4, 62 sq.

⁵⁾ Vgl. ähnliches wegen der Schafherden CIL. 9, 2438.

⁶⁾ Mommsen 2b, 936.

Am guten Rechte des Kaisers, selbst zu entscheiden, wird nicht zweifelt; aber die häufige Einmischung des Claudius erscheint als eine seiner zahlreichen Narrheiten. Allerdings aber hat nach einer vielbesprochenen Nachricht bei Sueton Domitian Urtheile des Centumviralgerichtshofes, also Erkenntnisse in Erbstreitigkeiten, aufgehoben: *extra ordinem ambitiosas Cuiorum sententias rescidit*, nicht *rescindebat*; man darf daher nicht an eine regelmässige Berufungsinstanz denken¹⁾. Das Beiwort *ambitiosae* scheint mir weniger auf erzwungene und erschlichene Erkenntnisse zu deuten, als auf anmassliche, die Kompetenz überschreitende²⁾. In der That war die Gefahr einer Ungehörigkeit, namentlich auf dem Gebiete der *querella inofficiosi test.* besonders nahe gelegt: denn der Gerichtshof hatte ja fast vollständig freie Hand. Wirklich finden sich zwei Beispiele in den Rechtsbüchern dafür, daß der Kaiser Erkenntnisse in Erbschaftsprozessen vernichtete, weil sie der Billigkeit nicht zu entsprechen schienen. Es handelt sich beidemal um Erbeinsetzung aus irrhümlichem Beweggrunde, welche die Kaiser willkürlich genug abändern: Hadrian entscheidet zu Gunsten eines Soldaten, Sever wurde vielleicht von politischen Motiven mitbestimmt³⁾.

Die Kaiser haben von ihrer weit reichenden Macht, nur einen sparsamen Gebrauch in ganz besonderen Fällen gemacht — das dürfen wir hieraus schliessen. Es läßt sich sogar der Versuch nicht abweisen, das kaiserliche Einschreiten durch gewisse rechtliche Grenzen einzuschränken. Von jenen beiden Fällen abgesehen, handelt es sich in allen übrigen, die m. W. in den Rechtsbüchern vorkommen, nur um Restitutionen und Missionen mit Einschluss der *bon. possessio*⁴⁾. Und hier auf dem Gebiete des *imperium mixtum* ist die Geltendmachung der vorgeordneten Stellung des Kaisers erklärlich (S. 8): er hat sie dazu benutzt, das überlieferte Missionsrecht entsprechend weiter zu bilden⁵⁾. In dieser Thätigkeit des Kaisers ist nach römischer Anschauung keine Richterfunktion zu erblicken. Es sind Verwaltungs-

¹⁾ Sueton Dom. 8; Mommsen 2b, 941 A. 3; Merkel, Abhandlungen 2, 65 f., 71.

²⁾ Vgl. fr. 4 de decr. ab ord. fac. 50, 9; fr. 3 pr. de min. 4, 4.

³⁾ Fr. 28 de inoff. 5, 2; fr. 93 de her. inst. 28, 5. Der Erblasser Pactumeius war von Commodus (V. Comm. 7), der beiseitegeschobene Testamentserbe Novius Rufus wurde später von Sever selbst hingerichtet (V. Seu. 13; Mommsen 936 A. 4); vgl. dagegen Gordian c. 1 C. Greg. 3, 6.

⁴⁾ Gaius 2, 163 (§ 6 de her. qual. 2, 19); c. 1 de test. 6, 23 (§ 7 de test. 2, 10); fr. 38 pr. de min. 4, 4; fr. 52 pr. de adq. her. 29, 2 (Buchholtz, Zschr. f. Civilr. u. Proc. 14, 316 ff.).

⁵⁾ Fr. 3 § 3 ne uis fiat 43, 4; fr. 7 § 16 quib. ex c. 42, 4; fr. 1 pr. de insp. u. 25, 4; fr. 8, fr. 10 pr. de pact. 2, 14.

mafsregeln, die sich an die Normen des Privatrechtes nicht strenge binden, sondern nur einen billigen Ausgleich oder Ausweg suchen. Daher kommt es auch vor, daß die Kaiser, statt selbst vorzugehen, die Consuln, die gleichfalls vorgeordneten Beamten, zum Einschreiten gegen den Prätor anregen¹⁾.

So wie der Kaiser stellt sich auch sein Beamter zum ordentlichen Gerichte. Unmöglich können die Diener eine grössere Gewalt in Anspruch nehmen als ihr Herr; sie verwalten und richten ja lediglich im Auftrage und an Statt des Kaisers. Von willkürlichen Uebergriffen oder gar von einem systematischen Verdrängen der städtischen Behörden vermag ich auch hier nichts wahrzunehmen. Die Präfecten haben als solche regelmässig keine Civilgerichtsbarkeit, sondern nur ein gewisses Strafrecht in Verbindung mit ihrer polizeilich-verwaltenden Amtsthätigkeit. Doch erlangen sie allmählich auch eine Art von privatrechtlicher Befugniss, schwerlich durch Gesetz, wahrscheinlicher durch Uebergriff: denn es handelt sich hier gar nicht um wirkliche Konkurrenz mit den ordentlichen Gerichten. Bezeichnend dafür ist fr. 1 § 18 de exerc. 14, 1: *sed ex contrario exercenti nauem aduersus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio[nem] non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat . . . solent plane praefecti propter ministerium annonae, item in prouinciis praesides prouinciarum extra ordinem eos inuare ex contractu magistrorum.* Der *praefectus annonae*, dem die Sorge für die Zufuhr oblag, mußte begreiflich die Rheder in Schutz nehmen, auf deren Mitwirkung er angewiesen war. So wird es denn üblich, daß diese sich an ihn wenden, wenn der Mitkontrahent ihres Kapitänens seinen Verbindlichkeiten nicht genügt. Er hilft ihnen dann: ein wirklich processualisches Verfahren wird daraus ursprünglich kaum hervorgegangen sein, wenn es auch später stattgefunden haben mag. Erläutert wird dies Vorgehen durch fr. 8 quod c. eo 14, 5. Die *actio institoria* gegen den Herrn des flüchtigen Sklaven ist hier zweifelhaft; der Prätor hat Bedenken oder lehnt geradezu ab. Da geht der Getreidehändler an den *praefectus annonae*; und dieser verschafft mit einer kühnen Wendung, die dem Privatrechte nicht entspricht, seinem Schützlinge die gewünschte Zahlung. Hier liegen Ergänzungen der prätorischen Rechtspflege vor. Aber es gibt auch Fälle, wo der Präfect bequemer hilft, als der Prätor, und er deshalb von dem Rechtsuchenden bevorzugt wird, gerade wie man heutzutage wol die Polizei zum Beistande ruft, wo das Gericht angegangen

¹⁾ Fr. 30 pr. de adq. her. 29, 2 (Mommsen will freilich hier *proconsulem* für *consulibus* schreiben); fr. 50 de C. et D. 35, 1.

werden könnte¹⁾. Das ist der Thatbestand des fr. 1 § 2 de migr. 43, 32: *hoc interdictum proponitur inquilino qui soluta pensione uult migrare . . . cui rei etiam extra ordinem subueniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum*. Es scheint mir nicht zweifelhaft, daß die außerordentliche Hilfe hier vom *praefectus uigilum* gewährt wird²⁾: seine Kompetenz für Miethssachen und insbesondere für die aus der Perklusion hervorgehenden Schwierigkeiten ist ausdrücklich bezeugt³⁾. Aehnliches mag noch in zahlreichen Fällen vorgekommen sein, von denen wir nichts Sicheres wissen, z. B. bei Streitigkeiten mit den Bankiers⁴⁾. Nur scheint es mir klar, daß die kaiserlichen Beamten immer noch die zarte Grenze polizeilich-administrativer Thätigkeit achten; daß man sich ihr Auftreten nicht als tumultuarisches Eingreifen und willkürliches Zurückdrängen der Magistrate ausmalen darf.

Wenn nun der Kaiser oder seine Beamten eine Entscheidung treffen, so verhandeln sie die Sache gleichmäßig selbst oder durch einen bevollmächtigten Richter, *iudex datus*. Es ist uns kein Fall überliefert, wo der Kaiser ein Schwurgericht mit formelmäßiger Anweisung niedergesetzt hätte, und ob er es überhaupt durfte, erscheint recht zweifelhaft⁵⁾. Denn mit Sicherheit kennen wir ein schwurgerichtliches Verfahren nur bei Prätores und Aedilen, nicht bei Consuln und Censoren. Und gewiß ist, daß die kaiserlichen Beamten (Präefekten) nie *iudices priuati* bestellten. Auch im Strafproceß tritt der Kaiser niemals als Vorsitzender einer *quaestio* statt des Prätors auf.

IV.

Von einer solchen außerordentlichen Hilfeleistung des Kaisers hat auch I. die ständige Gerichtsbarkeit über Fideikommiss und gesetzliche Alimente ihren Ausgang genommen: sie ist eine vom Kaiser delegierte⁶⁾. Durch die Einrichtung einer dauernden Spruchbehörde ist in beiden Fällen eine Anforderung des Officiums in eine Rechtsverbindlichkeit umgewandelt worden. Dennoch hat man diese Ansprüche in klassischer Zeit mit den Befugnissen des ordentlichen

Rechtes niemals ganz ausgeglichen: es klebt ihnen immer noch etwas Verwaltungsmäßiges an¹⁾.

1. Für die Fideikommiss ist es uns bestimmt überliefert, daß Augustus ursprünglich nur bei Fällen ganz besonderer «Untreue» durchgegriffen haben wollte und daß er dazu die Consuln anwies²⁾. Dabei und später sind die Regeln des Privatrechtes nicht schlechthin maßgebend: die Klagbarkeit der Fideikommiss schließt die Anerkennung von *mandata post mortem* in sich, welche das Privatrecht verwirft³⁾; Haussöhne und Sklaven dürfen gegen ihre Gewalthaber «klagen»⁴⁾; und es drang gegen die Grundsätze des *ius ordinarium*⁵⁾ durch, daß die Freilassung und Emancipation vom Gewalthaber *extra ordinem* erzwungen, vom Richter schließlic die Freierklärung ergänzt werden konnte⁶⁾.

2. Hiermit durchaus parallel hat sich die sog. gesetzliche Alimentenforderung entwickelt, wenn wir auch über ihren Ursprung nicht unterrichtet sind. Von einer gesetzlichen Einführung wissen wir nichts⁷⁾. Es sieht vielmehr so aus, als seien in besonders gearteten Fällen die Consuln auf Anrufen eingeschritten. Durch die Praxis hätte sich dann das zwiefache Erforderniß der Bedürftigkeit auf der einen, der Wohlhabenheit auf der anderen Seite festgestellt⁸⁾. Daneben werden doch noch bei der Zubilligung recht polizeiliche Erwägungen gemacht⁹⁾. Die Regeln des Privatrechtes werden überall verletzt: vor allem «klagen» die Söhne gegen die Väter.

II. An diese Verhältnisse schließt sich eine Reihe von Forderungen der Gewaltunterworfenen gegen den Hausherrn an, die nicht im ordentlichen Proceß verhandelt werden konnten und sollten; ersteres nicht, weil der Richter nicht frei erklären durfte, wo über die Thatsache der Unfreiheit kein Zweifel war; letzteres nicht, weil man auf diese Verhältnisse nicht ausschließlic die Sätze des Privatrechts anwenden wollte. Es ist gerade die Absicht, diese Sachen als Verwaltungssachen zu behandeln, offenbar, weil dabei der Staat und das Gemeinwohl mit in

1) Vgl. Parerga S. 24.

2) Fr. de cod. 2, 25; § 1 de fcomm. her. 2, 23 u. Theophilus dazu; Labeo I, 413 f.; Mommsen 2a, 97 f.; 2b, 875.

3) Labeo I, 413 f., 447 A. 37.

4) Schon Pomponius fr. 44 de fcomm. lib. 40, 5.

5) Fr. 114 § 8 de leg. 1.

6) Fr. 92 de C. et D. 35, 1.

7) Bethmann-Hollweg 2, 764 A. 42.

8) Fr. 5 § 7 § 11 de adgn. lib. 25, 3.

9) Z. B. fr. 5 § 17 § 20 eod.

1) Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht I, 281.

2) Vgl. fr. 23 pr. q. m. c. 4, 2.

3) Fr. 9 in quib. c. pign. 20, 2 (Paulus de off. praef. uig.). Auf fr. 56 loc. 19, 2 will ich mich nicht berufen; es scheint, daß die *horrea* durchgängig Staatsanstalten waren; Jordan, Topographie 2, 128 f.; Marquardt, Staatsverw. 2, 128 f. Daraus erklärt sich fr. 3 § 2 de off. praef. uig. 1, 15.

4) Vgl. fr. 2 de off. praef. urb. 1, 12.

5) A. M. Mommsen 2b, 937.

6) Sueton Claud. 23.

Betracht kommen. So übt den Zwang zur Emancipation der Kaiser selbst aus¹⁾, und nur in ganz außerordentlichen Fällen²⁾. So wird der Herr zum Verkaufe oder zur Freilassung des Sklaven genötigt: die Behörde dafür ist der Stadtpräfekt³⁾; die Angelegenheit wird recht eigentlich als polizeiliche angesehen. Das bestätigt die spätere Gesetzgebung, welche hier dem Bischofe und dem *defensor civitatis* eine Einwirkung gestattet⁴⁾. Die Grundsätze des Privatrechtes werden dabei nicht beachtet⁵⁾. Der Stadtpräfekt aber kann den Sklaven nicht für frei erklären; denn er hat keine *Legisactio*. Damit mag es zusammenhängen, daß Pius hier die Consuln einschiebt⁶⁾: sie hatten seit der *lex Aelia Sentia* ohnehin eine Art von Jurisdiktion in Freilassungssachen⁷⁾. Später, jedesfalls schon in der severischen Zeit, tritt an ihre Stelle ein eigener *praetor de liberalibus causis*⁸⁾. Ein Erlaß Alexanders von 223, also aus der Blüteperiode des erneuerten Senatsregiments, zeigt den Prätor in dieser Funktion neben dem Stadtpräfekten⁹⁾. Und so wird es denn auch dieser Prätor, nicht der städtische, sein, der dem *noxae deditus* zur Freiheit verhilft, nachdem die Schuld abverdient worden ist¹⁰⁾. Die Einrichtung ist erst jüngeres Ursprunges¹¹⁾. Daß man aber diese Fragen von jeher zur Verwaltung, nicht zur Justiz rechnete, zeigt die Thätigkeit des Censors auf diesem Gebiete.

III. Mit dem Dasein dieses Freiheitsprätors ist es wol zu erklären, daß allmählich alle Statusprocesse im Cognitionsverfahren vor ihm verhandelt wurden¹²⁾. Zunächst 1. die Freiheitsprocesse: in der

1) Fr. 5 si a par. 37, 12.

2) Fr. 31 de adopt. 1, 7; fr. 8 extr. si tab. 38, 6.

3) Fr. 1 § 8 de off. pr. u. 1, 12; fr. 5 pr. de manum. 40, 1.

4) C. 2 C. Th. de len. 15, 8.

5) Darüber besonders die Zusammenstellung fr. 53 de iud. 5, 1 und der Erlaß des Pius Coll. 3, 3. 5 sq. Daher die Entscheidungen in fr. 56 de C. E. 18, 1; fr. 10 pr. § 1 de in i. uoc. 2, 4 und ähnliche, die man durch untergeschobene Resolutionsbedingungen zu erklären sucht: Schulin, Resolutivbed. S. 115 f.

6) Fr. 50 de C. et D. 35, 1 (S. 61 A. 1).

7) Fr. 1 de off. cos. 1, 10; Mommsen 2, 95.

8) CIL. 10, 5398; der Prätor ist Consul im J. 214. Vgl. Mommsen 2, 216. Vielleicht hängt seine Einsetzung mit der Einrichtung von Civilstandsregistern zusammen; M. Aurel führte sie gerade mit Rücksicht auf den Beweis der Freiheit ein (V. Marci 9). Fr. 37 de fcomm. lib. 40, 5 ist wohl der pr. fideicommissarius.

9) C. 1 si manc. 4, 56 . . . libertate competente secundum interpretationem eiusdem principis perducere eam ad praetorem, cuius de liberali causa iuris dictio est, ut lib. ordinetur, iubebit.

10) Papinian Coll. 2, 3; § 3 de nox. a. 4, 8.

11) Gaius 1, 140.

12) Fr. 8, fr. 41 § 1 de lib. c. 40, 7 [fr. 27 eod. möchte ich nicht hierherziehen: die Consuln treten wol als Vormundschaftsbehörde auf; erst als Alleinherrscher hat

diocletianischen Staatsordnung erscheint der Prätor geradezu als Richter über Freiheit und Unfreiheit¹⁾. Zu Anfange der Kaiserzeit urtheilten darüber Recuperatoren unter Leitung des Stadtprätors²⁾. Den Prätor bezeugt noch Gaius³⁾, die Recuperatoren setzen Celsus, Julian und Pomponius voraus⁴⁾. In welcher Weise die Consuln mit den Freiheitsprocessen zu thun haben, getraue ich mich nicht zu bestimmen⁵⁾.

Vielleicht konkurrierte 2. dieser Prätor auch in Processen über den Familienstatus mit dem städtischen. Sonst ist fr. 1 § 2 de R. V. 6, 1 schwer verständlich: *petuntur (liberi) aut praevindictis aut interdictis aut cognitione praetoria*. Bei allen drei Rechtsmitteln und der gleich folgenden Vindikation *adiecta causa* handelt es sich um Herausgabe vorenthaltener Kinder. Es ist nicht abzusehen, wie der Stadtprätor bei der Fülle der Rechtsmittel, die er für alle Bedürfnisse zur Verfügung stellen konnte, auch noch auf Cognition verfallen sein sollte.

IV. Verwickelter sind die Verhältnisse bei den Salar- und Honorarforderungen, die unter Umständen *extra ordinem* beigegeben werden können.

1. Das republikanische Staatsrecht kennt schon entgeltliche Vertrauensstellungen der Unterbeamten. M. W. werden diese niemals unter den privatrechtlichen Begriff des Mandats gebracht: die Löhnung wird *merces* genannt, und die Art, wie diese Gehilfen in den Dienst der Oberbeamten eintreten, ist dem Auftrage ganz unähnlich⁶⁾. Es liegt in der Natur der Sache, daß diese Leute in der Kaiserzeit ihre Gehaltsansprüche vor dem Verwaltungsgerichte, d. h. vor Consuln und Senat geltend machen, obgleich sie das *salarium* nicht unmittelbar vom Staate, sondern von ihren Vorgesetzten beziehen⁷⁾.

2. Nach dem Muster dieses Verhältnisses werden die entgeltlichen

M. Aurel den pr. tutularis eingesetzt]; damit könnte Alexanders Entscheidung (c. 3 de iud. 3, 1) zu erklären sein, welche die Statusprocesse einem andern als dem Richter über Mein und Dein zuweist.

1) C. 16 C. Th. de praet. 6, 4; c. 1 de off. praet. 1, 39. Wer die *iudices maiores* Justinians sind, die über Freiheit richten, weiß ich nicht: c. 6 ubi c. st. 3, 22; danach wol interpoliert fr. 32 § 7 de rec. 4, 8.

2) Sueton Vesp. 3; Dom. 8.

3) Fr. 9 de lib. c. 40, 12; Lenel, Edict S. 306 f.

4) Fr. 36—39 de re iud. 42, 1. Der unus iudex bei Labeo (fr. 42 de lib. c. 40, 12) und bei Pius (fr. 7 § 2 de H. P. 5, 3) ist daher höchst auffällig.

5) Was Bethmann-Hollweg 2, 766 darüber sagt, ist sehr unzulänglich; die Consuln scheinen neben dem Prätor thätig gewesen zu sein.

6) Mommsen 1, 320 A. 2; 338 A. 4; Parerga S. 102 f.

7) Plinius ep. 4, 12; fr. 4 de off. adsess. 1, 22; fr. 19 § 10 loc. 19, 2; fr. 52 § 2 de A. E. 19, 1; fr. 4 de eo. cogn. 50, 13.

Dienstleistungen der Aerzte und Lehrer zurechtgelegt. Auch hier heisst die Vergütung, soweit ich sehe, ausschliesslich *merces*¹⁾, und sie werden mit dem *comites* auf dieselbe Stufe gestellt²⁾. Diese Lehrer und Aerzte werden von den Gemeinden angestellt³⁾; sie haben Freiheit von Steuern und Bürgerlasten⁴⁾, beziehen aber in der Regel kein Gehalt von der Gemeinde⁵⁾: wohlthätige Bürger hinterlassen deshalb wol der Stadt für sie *salaria* und *alimenta*⁶⁾. Um so mehr muß die Stadt, also die Verwaltung, dafür sorgen, daß die Kranken und Schüler ihre Honorare ordentlich entrichten. Der privatrechtliche Gesichtspunkt des Mandats wird nirgends für die rechtliche Beziehung der Kunden zu diesen Leuten verwendet. Eher fassen sie die Juristen als Miethsvertrag auf⁷⁾. — Die Hebammen gehören zu den Aerzten und werden ihnen gleich behandelt⁸⁾.

3. Die Dienstleistungen der Anwälte zu belohnen war durch die *lex Cincia* verboten. Erst unter Claudius oder Nero wurde eine *merces* für die *advocati* festgesetzt⁹⁾. Sie stehen unter der Aufsicht des *praefectus urbi* und der Provinzialstatthalter, die ihnen die Ausübung ihres Berufes untersagen dürfen¹⁰⁾. Es kann auch sonst beim Statthalter Beschwerde über die Anwälte erhoben werden¹¹⁾. Beim Verfahren wegen der *merces* handelte es sich nicht um einen einseitigen Privatanspruch, sondern es werden wieder polizeiliche Erwägungen über deren Zulässigkeit und Umfang angestellt, die weit über die bloße *civile bona fides* hinausgehen und dadurch dem Ganzen ein öffentlich rechtliches Gepräge geben¹²⁾. Die Instanz in Rom kennen wir nicht; in der Provinz verhandelt der Präses den Anspruch amtsrechtlich.

4. Ulpian bezeichnet es als einen allmählich aufgekommenen Gebrauch (*usurpatum est*), daß auch für andere Dienste (ausbedungene?)

1) Cicero Phil. 2, 43; acad. pr. 2, 98; Sueton de gramm. 3, 7; fr. 7 de his qui eff. 9, 3; fr. 1 pr. de eo. cogn. 50, 13; c. 15 de neg. g. 2, 18.

2) Fr. 1 § 8 de eo. cogn. 50, 13.

3) Fr. 6 § 2 de excus. 27, 1; Vat. § 149; Kuhn, städt. u. bürgerl. Verfassung I, 83 f.

4) Dio Cass. 53, 30; fr. 18 § 30 de mun. 50, 4; fr. 10 § 2 de uac. 50, 5.

5) Fr. 4 § 2 de decr. ab ord. 50, 9.

6) Fr. 16 § 1 de al. leg. 34, 1.

7) Fr. 7 § 8 ad l. Aq. 9, 2.

8) Fr. 1 § 2 de eo. cogn. 50, 13; fr. 9 ad l. Aq. 9, 2; Cujaz, obseru. 17, 27.

9) Tacitus ann. 11, 7; Sueton Nero 17.

10) Fr. 1 § 13 de off. praef. u. 1, 12; fr. 9 pr. § 1 sqq. de poen. 48, 19. Auch der Senat befaßt sich damit: Plinius ep. 5, 13.

11) Fr. 1 § 9 de eo. cogn. 50, 13.

12) Fr. 1 § 10 sqq. eod.

Vergütung *extra ordinem* gefordert werden dürfe¹⁾; sogar der Ammenlohn (*nutricia*) ist endlich in dieser Form klagbar geworden (*deuenit officium praesidis*)²⁾. Und daran schließt sich endlich der Mäklerlohn, über dessen Herkunft nichts Näheres bekannt ist³⁾. In einer Anzahl von diesen Fällen haben die römischen Juristen ein Mandatsverhältniß angenommen: Ulpian sagt ausdrücklich, daß die Vereinbarung eines *honor* die *a. mandati* (*directa*) nicht ausschliesse⁴⁾. Dennoch hat niemals die *a. mandati contraria* zur Geltendmachung des Lohnanspruches gedient; immer ist dafür nur *Cognition* zulässig geblieben⁵⁾. Als Richter wird in allen übrigen Fällen der Statthalter genannt; nur beim Ammenlohne erscheint neben dem Präses der Prätor⁶⁾. Das muß man als Zufall ansehen; vielleicht ist der Prätor sonst von den Kompilatoren gestrichen und hier versehentlich stehen geblieben. Ueberliefert ist, daß durch eine Verordnung von Marcus und Verus die Klage auf Anwaltsgebühren vor den Präses verwiesen wurde: sie ist dann auf andere analoge Verhältnisse ausgedehnt worden⁷⁾. Es liegt wol am nächsten anzunehmen, daß durch dieselbe Verordnung in der Stadt der Prätor mit der Entscheidung über Honoraransprüche betraut wurde. Allein mir dünkt es nicht wahrscheinlich, daß dies gerade der Stadtprätor war, obwol ich eine Sonderprätor für diese Angelegenheiten nicht nachzuweisen vermag. Eine Ausdehnung der prätorischen Kompetenz liegt 1. nicht im Sinne der kaiserlichen Regierung. Es wäre 2. sehr eigenthümlich, daß die Honorarforderung nicht in der *a. mandati contraria* aufgieng, wenn wirklich derselbe Prätor entschied⁸⁾. In den Büchern *de omnibus tribunalibus*, aus welchen die hierher gehörigen Stellen entnommen sind, bespricht Ulpian 3. die verschiedenen Specialpräturen mit Ausnahme der *tutelar*is und *fideicommissaria*, die er in besonderen Büchern behandelt hat: fr. 15 de iurisdic. 2, 1 zeigt, daß nicht bloß von Einem Gerichte die Rede ist.

1) Fr. 1 § 6 h. t.

2) Fr. 1 § 14 h. t.

3) Fr. 1, fr. 3 de proxen. 50, 14. Cujaz, obseru. 11, 18 zieht wohl mit Recht auch fr. 15 de praescr. u. 19, 5 hierher.

4) Fr. 6 pr. mand. 17, 1; vgl. fr. 19 § 1 de don. 39, 5 (Labeo).

5) C. 1 mand. 4, 35.

6) Fr. 1 § 14 de eo. cogn. 50, 13.

7) Fr. 1 § 9 eod.

8) Wie es mit der Honorarforderung des Vormunds steht, bleibt, wie dieser ganze Anspruch, nach unseren Quellen unklar: fr. 33 § 3 extr. de adm. et per. 26, 7; fr. 1 § 6 de tut. et rat. 27, 3.

So ist hier überall wahrscheinlich für den neuen außerordentlichen Anspruch durch die Kaiser selbst eine neue besondere Behörde geschaffen worden. Diese bildete begreiflicher Weise ihre eigene, durch das Edikt nicht gebundene Praxis aus.

V.

Bei Erörterung einer ganzen Reihe von Fällen wird der Ausdruck *extra ordinem* zwar gebraucht, aber nicht im Sinne des amtsgerichtlichen Verfahrens, sondern um damit eine außerordentliche Rechtshilfe im volkrechtlichen Sinne zu bezeichnen¹⁾. Zuerst kommt hier fr. 17 de R. C. 12, 1 in Betracht: *cum filius fam. viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaeuola extra ordinario iudicio esse illi subueniendum*. Dem Haussohne soll nach Scaeuola durch eine außerordentliche Klage Beistand geleistet werden, wenn er seinen Wechsel in Rom verborgt hat. Man stellt sich das so vor, als habe der Stadtprator sich nicht getraut, dem Haussohne eine a. in factum zu gewähren, und sei deshalb selbst *extra ordinem* eingeschritten²⁾. Damit würde er viel kecker auftreten, als mit jener a. in factum; denn er würde willkürlich vom volkrechtlichen Verfahren abweichen. In der That aber hatte schon Julian dem Haussohne die a. depositi gegeben und Marcellus hatte zugestimmt³⁾. Bei Ulpian erscheint der Kreis der dem Haussohne zustehenden Klagen wesentlich erweitert⁴⁾. Es sähe wie ein Zurückklenken Scaevolae aus, wenn er nicht eine a. in factum nach dem Vorbilde der Darlehnsklage gestattete, sondern den Studenten auf außerordentliche Hilfe im allgemeinen verwies. Thäte er es wirklich, so wäre dem Haussohne besser mit dem Beistande des Stadtpräfekten als des Stadtprators gedient.

Aehnlich steht es mit fr. 43 de R. V. 6, 1 (Paulus l. 27. ad ed.): *quae religiosis adhaerent religiosa sunt et idcirco nec lapides inaedificati postquam remoti sunt vindicari possunt: in factum autem actione petitori extra ordinem subuenitur, ut is qui hoc fecit restituere eos compellatur*. Es handelt sich hier nicht um «widerrechtlich religiös gemachte Sachen». Kämen solche in Frage, so wäre ein amtsrechtliches Einschreiten hier wie in allen sacralen Angelegenheiten (II, 1) sehr erklärlich. Es handelt sich vielmehr um Steine, die aus dem Grabmale ausgebrochen

1) Darüber neuerdings Wlassak, Studien S. 89 f.

2) Z. B. Mandry, Familiengüterrecht 1, 201.

3) Fr. 9 de O. et A. 44, 7; fr. 19 dep. 16, 3; Labeo 1, 160 f.

4) Fr. 18 § 1 de iud. 5, 1.

und fortgeschafft worden sind¹⁾. Eine Vindikation ist durch die Religiosität der Steine ausgeschlossen. Daher wird dem Interessenten «aufsergewöhnlich» eine a. in factum auf Herausgabe gewährt.

VI.

Bei den bisherigen Ausführungen ist absichtlich der sog. Reskriptsprocefs übergangen worden, weil er einer besonderen Erörterung bedarf.

Die Einholung eines kaiserlichen Reskripts durch eine Partei wird seit Hadrian üblich; Traian hat, soviel wir wissen²⁾, auf Anfragen Privater noch nicht geantwortet. In seinen Anfängen ist ein solcher Erlafs allem Anscheine nach nichts anderes, als ein Gutachten für den Procefs gewesen; er steht also mit den *responsa prudentum* auf derselben Stufe. Um die Seltsamkeit eines solchen kaiserlichen Rechtsrathes zu verringern, muß man sich erinnern, dafs es eigentlich respondierende (sog. patentierte) Juristen nur in Rom und in Italien gab. Die Anfragen an den Kaiser aber gehen in der weit überwiegenden Zahl von Provinzialen aus: ihnen steht der Kaiser als Proconsul nicht blofs rechtlich nahe, sondern namentlich seit Hadrians Fürsorge für die außeritalischen Reichtheile auch thatsächlich. So haben wir denn eine große Anzahl von Kaisererlassen, welche lediglich als Gutachten erscheinen³⁾: eine Klage wird als angemessen oder rätlich bezeichnet⁴⁾, umgekehrt: ein Anspruch wird als unberechtigt oder verkehrt abgewiesen⁵⁾; es wird geradezu gesagt: der Gegner habe Recht⁶⁾; vorsichtige und weise Provinzialen muthen dem Kaiser sogar zu, ein gelehrtes Gutachten nachzuprüfen⁷⁾. So hat denn die Haltung der Reskripte Aehnlichkeit mit der Art und Weise der Responsen, vor allem in der Manier, wie neue Rechtsgedanken, namentlich eine Erweiterung vorhandener Aktionen, eingeführt und an das bisher Anerkannte angeknüpft

1) Vgl. Labeo 2, 147 A. II. Bestätigt wird diese Erklärung durch fr. 2 de sep. uiol. 47, 12, aus demselben Buche des Paulus, das auch von Gegenständen spricht, die von Grabmälern abgerissen werden.

2) V. Macrini 13; Mommsen 2b, 874.

3) C. Greg. 14, 2, 1; c. 10 loc. 4, 65; vgl. fr. 3, fr. 13 § 1 de al. leg. 34, 1.

4) C. 3 de his quae ui 2, 19; c. 3 de R. V. 3, 32; c. 1 de nox. 3, 41.

5) C. Greg. 13, 1, 1; c. 1 si cert. pet. 4, 2; c. 13 de usur. 4, 32; c. 2 de usufr. 3, 33; c. 1 de dote prom. 5, 11; fr. 17 § 1 de usur. 22, 1; fr. 6 § 7 mand. 17, 1; fr. 41 § 7 de leg. 1.

6) C. 1 sq. de cond. ob c. 4, 6; fr. 18 q. m. c. 4, 2.

7) C. 1 de his quae ui 2, 19; c. 5 ad exh. 3, 42; auch fr. 7 § 16 quib. ex c. 42, 4.

werden¹⁾. Und es wäre an sich möglich, daß solche kaiserliche Weis-
thümer auch zur Verwerthung im ordentlichen Verfahren vor dem
Stadtprätor ergiengen. Aber ein sicheres Beispiel dafür ist, soweit ich
die Quellen übersehe, nirgends zu entdecken²⁾.

Dies Eingreifen des Kaisers läßt sich m. E. nur thatsächlich er-
klären aus der schärferen Zusammenfassung der Reichsangelegenheiten
in der Hand des Princeps und der damit enge verbundenen Sorge für
das Wohl der Unterthanen, vor allem der Provinzialen. Denn die re-
publikanischen Kaiser haben sich nie als alleinige Quelle des Rechtes
oder der Rechtskunde betrachtet. Das Gegentheil läßt sich nicht aus
der «Verleihung» des *ius respondendi* an hervorragende Juristen er-
schließen. Die Kaiser haben das *ius respondendi* nie so übertragen, als
hätten sie das Monopol des Gutachtens; sie haben vielmehr lediglich
seine Ausübung nach Form und Wirkung geregelt. Gerade Hadrian
hat diese rechtliche Auffassung deutlich ausgesprochen³⁾; *ex auctori-
tate principis respondere* heißt unter Gewähr des Kaisers Gutachten er-
theilen.

Allerdings aber sucht Hadrian durchweg die Praxis der Recht-
sprechung in gesetzliche Normen zusammenzufassen und so sich und
seine Macht mehr in den Mittelpunkt zu schieben. Das Edikt wird
codificiert; der rechtliche Einfluß der Responsen in ziemlich äußerlicher
und mechanischer Weise festgestellt. Die beiden ersten Prätores, die
thatsächlich schon seit dem Beginne der Kaiserzeit keine Abänderungen
der *lex annua* vorgenommen hatten, müssen nun das Edikt in der julia-
nischen Fassung veröffentlichen⁴⁾. Das machte sich wieder besonders
in den Provinzen fühlbar, wo die Berührung mit der hauptstädtischen
Rechtswissenschaft keine lebhafte sein konnte. Insofern ist allerdings
ein Zusammenhang zwischen der Ediktsredaktion und der Zunahme
der kaiserlichen Procefsreskripte vorhanden: der Kaiser gilt als *uiua
uox iuris ciuilis*, nicht rechtlich, aber der Sache nach; es steht ihm ein
«Interpretationsrecht» zu.

Beim einfachen Gutachten sind die kaiserlichen Reskripte bekannt-

¹⁾ Papinian fr. 13 § 6 de H. P. 5, 3 mit c. 1 de inoff. 3, 28; Papinian fr. 30 § 4
de N. G. 3, 5 mit c. 3 de neg. gest. 2, 18; vgl. fr. 16 pr. de pact. 2, 14; fr. 3 pr. de trans-
act. 2, 15.

²⁾ In fr. 9 § 3 q. m. c. 4, 2 wendet sich der Gezwungene wol an den Kaiser,
weil eine Gemeinde in Frage kommt. Uebrigens rescribieren die Kaiser folgerichtig in
Restitutionssachen.

³⁾ Fr. 2 § 49 de o. i. 1, 2: *... Hadrianus ... rescripsit eis hoc non peti sed praestari
solere, et ideo si quis fiduciam sui haberet delectari se et q. s.* (mit Mommsens Emendation).

⁴⁾ So mit Recht m. E. Wlassak, Studien S. 15.

lich nicht stehen geblieben. Sie tragen in späterer Zeit durchaus den
Charakter von Instruktionen an den Richter. Diesen scheinen sie erst
allmählich und fast unbewußt angenommen zu haben. Den Uebergang
kann man sich aus einigen Erlassen Hadrians anschaulich machen: sie
sind durch Bittschriften (*libelli*) der Partei veranlaßt, aber an den er-
kennenden Beamten gerichtet, der angewiesen werden soll¹⁾; sie wer-
den demnach nicht der anfragenden Partei selbst «zu weiterer Veran-
lassung» mitgetheilt.

Zur Zeit des ausgebildeten Reskriptsverfahrens, seit der 2. Hälfte
des 2. Jahrhdts., ist dagegen, wie man schon öfters hervorgehoben hat²⁾,
der kaiserliche Erlaß ein vollkommenes Gegenstück der prätorischen
Formel. Die Parallele läßt sich in's Einzelne durchführen. Die kaiser-
liche Voruntersuchung schließt, wie die prätorische, mit *denegatio actionis*
oder Gewährung des Reskriptes; die Wirkungen der Litiscontestation
sind an die impetratio rescripti geknüpft³⁾; wie die Formel durch
Berufung an die Tribunen, so kann das Reskript durch Supplikation
angefochten werden; die Formel kommt nicht, wie ein Erkenntniß
unter Mitwirkung des Consiliums, sondern unter Beirath einzelner Sach-
verständiger zu Stande: so wird auch über den Libell nicht im kaiser-
lichen Consilium verhandelt, sondern der Kaiser beschließt unter Zu-
ziehung des *procurator a libellis*, höchstens betheiligte sich noch einer
oder der andere Würdenträger in wichtigen Fällen an dem Be-
schlusse⁴⁾.

Es ist von vornherein nicht eben wahrscheinlich, daß neben dieser
kaiserlichen Instruktion an den Beamten noch eine Formel, d. h. eine
Anweisung des Beamten an den Geschworenen gestanden haben sollte:
sie hätte nur wiederholen können und dürfen, was dem Beamten selbst
vom Kaiser vorgeschrieben worden war. In der That ist der Kaiser
wohl Berufungsinstanz gegenüber den republikanischen Beamten, aber
nicht ihre Aufsichtsbehörde. Das liegt weder in der tribunicischen
noch in der proconsularischen Gewalt; *mandata* ertheilt der Kaiser bloß
den Statthaltern der Provinzen. Stünde neben dem Reskripte noch
die Formel, so ergäbe sich die große Schwierigkeit, diese sacht-

¹⁾ Fr. 33 de re iud. 42, 1; fr. 3 § 9 de J. F. 49, 14; fr. 5 § 1 de H. P. 5, 3; fr. 1
§ 14 de uentre 37, 9; fr. 12 de cust. 48, 3; fr. 28 § 6 de adult. 48, 5.

²⁾ Puchta, Inst 1 § 178 S. 549 Kr.; Rudorff, Rechtsgesch. 2, 208 f.

³⁾ C. 33 de don. 8, 53; c. 8, c. 10 CTh. de diu. resc. 1, 3.

⁴⁾ Hier dafür nur die Belegstellen; ich hoffe auf diesen Punkt zurückzukommen:
Cicero de or. 1, 168; Seneca de tranq. 3, 4; Cicero Verr. 5, 53, 55; fr. 17 de i. patr. 37, 14;
fr. 57a de R. N. 23, 2; V. Macrini 13, 1; V. Alex. 16; Dio Cass. 52, 33 p. 487 E.

sprechend abzufassen. Denn häufig greifen die Reskripte stark in's *officium iudicis* über; sie ordnen an, was der Urtheiler thun soll¹⁾. Das ist mit der Formel nicht zu vereinbaren. Der Prätor kann den kaiserlichen Befehl in der Formel, die im Album steht, nicht zum Ausdruck bringen; und es ist undenkbar, daß er dem selbständigen Geschworenen zweierlei Anweisungen ertheilt haben sollte, die eigene und die kaiserliche. Ganz anders dagegen steht es, wenn man den *iudex datus* als Urtheiler voraussetzt: die Partei mit dem kaiserlichen Reskripte in der Hand legt einfach Berufung von seinem Spruche an den Beamten ein, wenn er der kaiserlichen Anordnung zuwiderhandelt. — Die Fälle, in welchen man die Niedersetzung eines Schwurgerichtes nach Reskriptseinholung hat finden wollen, sind thatsächlich nicht darauf zu beziehen. Julian fr. 8 de off. praes. 1, 18 (davon ist Callistratus fr. 9 nur abgeschrieben): *saepe audiui Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione 'eum qui prouinciae praest adire potes' non imponi necessitatem proconsuli uel legato . . suscipiendae cognitionis, sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an iudicem dare debeat*. Man müßte hiernach annehmen, der Statthalter habe nach freiem Belieben entweder selbst untersuchen oder einen Geschworenen bestellen dürfen. Das steht in bestimmtem Widerspruche zu allem, was wir sonst über die staatsrechtliche Schranke der prätorischen Gerichtsgewalt wissen. Vielmehr ist der Sinn Julians offenbar, daß gegenüber dem kaiserlichen Erlasse der Statthalter selbst die Sache verhandle. Es wird nur mildernd zugefügt, er dürfe erwägen, ob er nicht einen *iudex* zu Hülfe nehmen solle²⁾. So kann man aber in Julians Zeit nur vom *iudex datus*, nimmermehr vom *iudex priuatus* sprechen³⁾.

Nimmt man hiernach an, daß durch ein kaiserliches Reskript die Sache allemal in's Cognitionsverfahren übergeleitet wurde, so scheint mir das nur so erklärbar, daß der Kaiser einen Instruktionsbescheid überhaupt nur ertheilte, wo das amtsrechtliche Verfahren ohnehin stattgefunden hätte; seine Anweisungen beschränken sich auf die Fälle, in denen er auch ohne Anfrage der Partei hätte eingreifen oder das Erkenntniß hätte abändern können. Wäre es anders gewesen, so hätte

¹⁾ C. 3 de transact. 2, 4; c. 5 fam. enc. 3, 36; c. 1 comm. diu. 3, 37; c. 4 ad exh. 3, 42; c. 5 de pact. i. empt. 4, 54; fr. 18 § 3 fam. enc. 10, 2; fr. 15 § 3 § 5 loc. 19, 2; im Gegensatze dazu Pius c. 1 de ed. 2, 1.

²⁾ Das *debeat* scheint Wieding (Libellproceß S. 116) zu der Annahme veranlaßt zu haben, daß der Statthalter einen Richter bestellen müsse. Im Zusammenhange scheint es mir unmöglich, das Wort so zu pressen.

³⁾ S. auch Rudorff, Rechtsgesch. 2, 4.

das Reskriptsverfahren nothwendig zur thatsächlichen Lahmlegung des Stadtprätors führen müssen, wie die Konkurrenz der kaiserlichen Beamten das ordentliche Strafverfahren der Quästionen allmählich verdrängte. Davon aber ist nichts zu verspüren; der Stadtprätor übt sein Amt noch in der Mitte des 3. Jahrhdts. wie früher. So nur ist ein Erlaß des Philippus v. J. 246 zu verstehen: ein Miteigenthümer fordert die Kosten der Ausbesserung des gemeinschaftlichen Hauses; er wird vom Kaiser auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen¹⁾.

Folgerichtig wäre diese Beschränkung unzweifelhaft: die Fälle, welche durch Berufung an das Kaisergericht erwachsen konnten, brachte man vor Angehend des ersten Richters sofort an ihn, um von ihm die maßgebende Anweisung zu erlangen; die Unterrichter selbst konnten damit nur einverstanden sein. Auf der anderen Seite setzt die Ertheilung einer Instruktion immer ein Abhängigkeitsverhältniß des Beamten voraus; eine solche Unterordnung des städtischen Prätors unter den Kaiser widerspräche aber den Grundsätzen der Dyarchie. Im Strafverfahren läßt der Kaiser den Consuln freie Hand; er beeinflusst den Senat höchstens thatsächlich, indem er mitstimmt. Es läßt sich nicht ohne weiteren Beweis zugeben, daß er sich dem Prätor gegenüber auf dessen eigenstem Gebiete anders verhalten haben sollte²⁾.

Dagegen darf man sich keinesfalls darauf berufen, daß sehr häufig bei Reskriptssachen Aktionen und Exceptionen erwähnt, einzelne mit Namen genannt und die verschiedenen Klagfiguren auseinander gehalten werden. Das Aktionenrecht gehört nicht dem ordentlichen Verfahren ausschließend an; auch unter Diocletian, nach dem Untergange des *ordo iudiciorum*, finden wir dieselben Erscheinungen³⁾. Das Aktionenrecht ist eben, um den neuerdings bei solchen Fragen beliebt gewordenen Ausdruck zu gebrauchen, «materiellrechtlicher Natur».

Der Thatbestand der Quellen, soweit ich sie bis jetzt zu übersehen vermag, stimmt mit dem obigen Satze zusammen; es macht durchaus den Eindruck, als habe der Kaiser nur in den bezeichneten

¹⁾ C. 4 de aedif. priu. 8, 10; vgl. Marcus u. Verus fr. 30 de reb. auct. iud. 42, 5.

²⁾ Die Aeußerung bei Sueton Tib. 31: *cetera quoque non nisi per magistratus et iure ordinario agebantur* lautet zu allgemein, um als Beleg angeführt zu werden. Cal. 16 stimmt damit überein. Wenn es von Tiberius heißt: *magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se offerbat consiliarium* (Sueton 33), so bezieht sich das, wie der Ausdruck zeigt, auf amtsrechtliches Verfahren. Denn gleich darauf wird erzählt, der Kaiser habe die Quästionenrichter ermahnt. Klar ist's, daß er in beiden Fällen thatsächlich einwirkte, wie durch sein Erscheinen im Senate.

³⁾ C. 15, c. 17 de transact. 2, 4; c. 4 si cert. pet. 4, 2; c. 8 ad exhib. 3, 42.

Sachen reskribiert¹⁾. Die kaiserlichen Bescheide zerfallen in drei nicht gleich große Massen. Sie richten sich 1) an die republikanischen Beamten, also die Prätores: den *tutelar*, *fideicommissarius* und den Freiheitsprätor; sie werden auch für den städtischen Prätor in Cognitionsachen, namentlich bei Missionen und Restitutionen erlassen²⁾; denn hier hat sich der *Princeps*, wie wir wissen, die letzte Entscheidung vorbehalten³⁾. Ganz unbeschränkt bescheiden die Kaiser 2) in Fällen, wo ihre eigenen Beamten, die Präefekten und Procuratoren, als richtende Behörde in Frage kommen. Bei weitem die zahlreichsten Reskripte aber sind 3) für die Provinzialstatthalter bestimmt. In den Provinzen aber hat allem Anscheine nach das Geschworenengericht im Laufe der Kaiserzeit aufgehört; die *iudices* sind hier zuerst zu Unterrichtern geworden. Das läßt sich, hoffe ich, sehr wahrscheinlich machen.

1. Schon in der republikanischen Zeit ist es erkennbar, daß das Institut der Geschworenen in der Provinz nicht so feste Wurzeln geschlagen hat, wie in Italien. Rechtlich steht das *imperium militare* anders, als das *domesticum*, und thatsächlich ist die Stellung der Statthalter eine übermächtige und unverantwortliche: begreiflich, daß die Theilung des Richteramtes hier nicht so lebhaft als ein wesentliches Element der Staatsverfassung empfunden wird. Es giebt dafür zwei oft besprochene Belege. Einmal das Edikt des Verres: *si perperam iudicauerit se cogniturum*⁴⁾. Die richtige Auffassung scheint mir, daß Verres sich damit einer fehlerhaften Entscheidung der Geschworenen gegenüber eine neue Verhandlung der Sache (*cognitio*) vorbehielt. Aber wenn diese wiederholte Verhandlung sich auch nur beziehen sollte auf das vom Quästor niedergesetzte Gericht⁵⁾, so wäre selbst damit der Geschworenenwahrpruch angetastet. Dagegen kann es sich, meine ich, hier nicht um ein bloßes Disciplinarverfahren gegen den Richter handeln, das den Spruch des Richters bestehen ließe⁶⁾. Daß dies Edikt des Verres einen «Frevel» enthalte⁷⁾, sagt Cicero nirgends; über Vernichtung rechtskräftiger Entscheidungen als eine Gefahr für

¹⁾ Es ist schlimm, sich zum Beweise auf einen Eindruck berufen zu müssen; aber ich sehe keine andere Möglichkeit als dies Verfahren, um weiter zu kommen. Es läßt sich nun über widersprechende Stellen streiten.

²⁾ Fr. I § 14 de uentre 37, 9; fr. I § 3 ut in poss. 36, 4; Vat. 168; c. 3 de proc. 2, 12; c. 4 de inoff. 3, 28; fr. 86 de adq. her. 29, 2?

³⁾ Sueton Claud. 14; fr. 12 de adq. her. 29, 2; fr. 7 pr. de i. i. rest. 4, 1.

⁴⁾ Cicero Verr. 2, 33.

⁵⁾ Mommsen I, 225.

⁶⁾ Merkel 2, 32 ff.

⁷⁾ Keller, C. Pr. § 86 S. 449 W.

die Staatsordnung weiß er sonst andere Worte zu finden¹⁾. Hier handelt es sich um einen neuen Satz im Edikte, den der Ankläger als Eigenmacht darzustellen sucht, während er sogar vom Wohlwollen eingegeben sein kann. — Der zweite Fall, wo zu republikanischer Zeit ein Provinzialbeamter den Geschworenenwahrpruch angreift, ist die Verfügung des Q. Cicero, die Marcus höflich belobt²⁾. Die *Recuperatoren*, denen angeblich ihre Entscheidung abgezwungen wurde, sollen die Sache zum zweiten Male verhandeln. Daß etwas Aehnliches auch in Rom möglich gewesen wäre, wird man schwerlich behaupten.

2. Dies Verhältniß dauerte auch in der Kaiserzeit fort. — Für's erste in den Senatsprovinzen: der Statthalter bestellte Geschworene zur Entscheidung der Rechtshändel. Der Beweis dafür läßt sich aus Gaius' Erläuterung des Provinzialediktes entnehmen. Das Edikt ist das einer *proconsularischen*, also einer Senatsprovinz³⁾. Der *Proconsul* wird als richterliche und verwaltende Behörde an den ausschlaggebenden Stellen überall genannt⁴⁾. Dabei setzt Gaius deutlich den Geschworenenproceß voraus. Das von *officium* und *arbitratus iudicis* und von *accipere iudicium* wiederholt die Rede ist⁵⁾, würde freilich an sich nichts erweisen. Aber entscheidend dünkt mir die *translatio iudicii*, welche vorkommt⁶⁾, und der unzweideutige Hinweis auf die Formeln von *actio* und *exceptio*⁷⁾.

3. Negativ wird dies Ergebnis bestätigt durch die nicht eben zahlreichen Erlasse der Kaiser an *Proconsuln*; sie beziehen sich durch-

¹⁾ S. die Stellen Parerga S. 39 A. 2.

²⁾ Cicero p. Flacco 21, 49. Mit Unrecht zieht Merkel (S. 21 f.) Cicero de domo 78 gleichfalls hierher. Die *adsertio in libertatem* darf ausnahmsweise wiederholt werden, d. h. die *exco rei iudicatae* ist hier (wol durch ein Gesetz) ausgeschlossen: Quintilian inst. or. 5, 21 (*adsertio secunda*); II, 1, 78 (*etiam si apud alios iudices agatur, ut in secunda adsertione*); vgl. Keller A. 858 S. 169.

³⁾ Nicht ein allgemeines Provinzialedikt. Mir scheint es staatsrechtlich unmöglich, ein Edikt für alle Provinzen anzunehmen. Denn es giebt für dessen Erlaß keine Behörde; formell muß jeder einzelne Statthalter das Edikt in seinem Machtbereiche veröffentlichen. Aber daß auch materielle Verschiedenheiten in den provinziellen Edikten blieben, wird sich mit Rücksicht auf das Vulgarrecht schwerlich läugnen lassen.

⁴⁾ Daß daneben auch der Prätor ein paar Mal vorkommt, scheint mir — abgesehen von der Möglichkeit einer Aenderung durch die Compileren — nur von geringem Gewichte. Die zwifache Erwähnung des Präses ließe sich bei der Vormundschaft nicht vermeiden (fr. 5 de tut. dat. 26, 5; fr. 5 de cur. fur. 27, 10); Gaius mußte hier allgemein sprechen.

⁵⁾ Fr. 12, fr. 46 pr. § 3 de proc. 3, 3; fr. 3 § 4 de al. iud. mut. c. 4, 7; fr. 10 § 1 q. m. c. 4, 2; fr. 28 de R. V. 6, 1; fr. 3 fam. erc. 10, 2; fr. 25 § 5 loc. 19, 2; fr. 3 de eo q. c. l. 13, 4.

⁶⁾ Fr. 15 de nox. 9, 4; vgl. auch fr. 7 iud. solui 46, 7; fr. 10 § 3 de ed. 2, 13.

⁷⁾ Fr. 48 de proc. 3, 3; fr. 3, fr. 10 § 1 de H. P. 5, 3; fr. 1 § 1 fam. erc. 10, 2.

gänglich auf Cognitionssachen, gar nicht auf Privatstreitigkeiten¹⁾. Die einzige sehr erklärliche Ausnahme ist ein Erlaß M. Aurels an den Proconsul von Africa, der die Auslegung eines Senatsschlusses enthält²⁾. Wie es scheint, wird dabei das Ordinarverfahren in Africa noch als in Uebung vorausgesetzt.

4. Hält man aber hieran fest, so gewinnt fr. 9 qui satisd. 2,8 (Gaius ad ed. prou.) eine noch gröfsere Bedeutung, als man ihm bisher schon beigelegt hat³⁾: *arbitro ad fideiussores probandos constituto, si in alterutram partem iniquum arbitrium uideatur, perinde ab eo atque ab iudicibus appellare licet*. Die *arbitri* sind *dati iudices*, Kommissare des Proconsuls für eine besondere Verhandlung. Die *iudices* dagegen sind nach dem Ausgeführten im Zweifel Geschworene. Gegen ihren Spruch kann Berufung eingelegt werden, wie hier beiläufig und wie selbstverständlich erwähnt wird. Die Berufung geht natürlich an den Proconsul. Dafs hier der Kaiser eingriff und erneuerte Verhandlung gestattete, läfst sich vielleicht aus fr. 31 de iurei. 12,2 entnehmen. Jedefalls bekundet Gaius' Aeufserung die Anfänge einer Herabsetzung der Geschworenen zu Unterrichtern und das Aufkommen von *arbitri dati* in der Senatsprovinz.

5. Auf der anderen Seite ist es schwer, sich vorzustellen, dafs die *legati pro praetore* des Kaisers in seinen Provinzen das alte Geschworenenverfahren festgehalten haben sollten. Denn sie sind und bleiben Richter an Kaisers Statt, und man darf vermuthen, dafs sie auch wie dieser selbst verhandelt haben. Unzweideutige Belege dafür aus der früheren Kaiserzeit zu finden, ist mir bis jetzt in der Fülle des Quellenmaterials nicht gelungen. Immerhin weisen solche Urkunden darauf hin, wie Hadrians Brief an den Thessalischen Landtag über die Reihenfolge der Klagen⁴⁾; wie Pius' an den Legaten von Numidien über die Vermächtnisse bei lieblosem Testamente⁵⁾, oder an den thrakischen Landtag über Berufung gegen ein Reskript⁶⁾. Sie sind schwerlich mit dem Ordinarverfahren in Einklang zu bringen.

¹⁾ Hadrian: Coll. 1, 11, 2; fr. 3 § 3 de test. 22, 5; fr. 14 ad SC. Turp. 48, 16; Pius: Coll. 3, 3, 1 sq.; 5 sq.; fr. 2 de his qui sui 1, 6; fr. 6 § 1 de i. imm. 50, 6; fr. 31 de re iud. 42, 1; Marcus u. Verus: fr. 7 § 10 de interd. et rel. 48, 22; Sever: fr. 4 pr. de off. ei. cui 1, 21 = fr. 1 § 4 de susp. 26, 10.

²⁾ C. 1 de pet. her. 3, 31.

³⁾ Merkel, Abh. 2, 68 f.

⁴⁾ Fr. 37 de iud. 5, 1 (fr. 5 § 1 de ui publ. 48, 7?).

⁵⁾ Fr. 7 de leg. praest. 37, 5.

⁶⁾ Fr. 1 § 1 sq. de app. 49, 1.

6. Jedefalls fand in der severischen Zeit bereits durchgehends in allen Provinzen das amtsrechtliche Verfahren vor dem Präses statt¹⁾; ein Unterschied zwischen Proconsuln und Proprätoren ist in dieser Beziehung nicht mehr zu bemerken. Im J. 292 cognoscirt der Proconsul von Africa in einer Civilsache²⁾.

7. Von diesem Standpunkte aus tritt Diocletians vielbesprochene Verordnung c. 2 de ped. iud. 3, 3 in ein anderes Licht. Die immer noch herrschende Meinung³⁾ sieht darin die Aufhebung des Geschworenenverfahrens. In der That aber schließt sie sich unmittelbar an die bisherige Entwicklung der Provinzialgerichtsbarkeit an. Der Kaiser nimmt den Statthaltern das Recht, was sie bis dahin ganz selbstverständlich hatten, sich beliebig Gehilfen zu bestellen, *quod ipsi non possent cognoscere*, weil sie selbst die Verhandlung nicht führen könnten — der Conjunktiv ist bezeichnend — d. h. möchten⁴⁾. Die Selbstentscheidung wird demnach als Regel vorausgesetzt, die Bestellung eines *iudex datus* für Ausnahmefälle eingeräumt; das ist für den Präses eine Erleichterung, nicht eine Kompetenzschränke⁵⁾.

8. Die Stellen, nach denen es scheinen könnte, als werde ein *iudex priuatus* vorausgesetzt, wo der Kaiser rescribirt, können dem allem gegenüber m. E. das Ergebnifs nicht erschüttern⁶⁾. Es ist erklärlich, dafs auch der Prätor im ordentlichen Verfahren auf den Inhalt eines kaiserlichen Bescheides Rücksicht nahm, der anderweit ergangen war⁷⁾.

¹⁾ Sever c. 1 de ord. iud. 3, 8; Caracalla c. 2 quando fisc. 4, 15; c. 1 de fid. instr. 4, 21 (cod. Greg. 4, 2, 1); c. 2 de n. n. p. 4, 30; Alexander c. 2 comm. diu. 3, 37; c. 1 ad exh. 3, 42; c. 3 de relig. 3, 44; c. 1 de resc. uend. 4, 44; c. 1 de reb. alien. 4, 51; Val. u. Gallien c. 2 de inoff. don. 3, 29; Philippus c. 5 de seru. 3, 34; Claudius c. 6 eod.; Carus c. 9 de R. V. 3, 32.

²⁾ C. Hermog. 2, 1.

³⁾ Dagegen schon Rudorff, Rechtsg. 2 § 1, aber ohne Eindruck zu machen.

⁴⁾ Diesen Conjunktiv, der das *non posse* als Meinung oder Aeufserung der Statthalter erscheinen läfst, übersieht die herrschende Auslegung ganz; sie geht davon aus, «dafs es Sachen gebe, in welchen die Magistrate bisher das Recht der Cognition nicht gehabt hätten» (Wieding, Libellprocefs S. 116).

⁵⁾ Die bisherige Auslegung macht die wunderliche Annahme, dafs der Kaiser vorn im Gesetze die *iudicis datio* im Sinne von Geschworenenbestellung beseitigt, hinten die *iudicis datio* im Sinne einer Einsetzung von Unterrichtern erlaubt, ohne auch nur anzudeuten, dafs hinten und vorn von ganz verschiedenen Dingen die Rede ist, ja indem er sogar den alten (abzuschaffenden) Geschworenen als *iudex pedaneus* bezeichnet, also mit dem Kunstausdrucke für den Unterrichter.

⁶⁾ Namentlich öfter im ehelichen Güterrechte: fr. 12 pr. de Publ. 6, 2; fr. 1 pr. de dot. coll. 37, 7; fr. 1 § 5 sq. de her. inst. 28, 5; fr. 5 pr. de auct. et per. 26, 8.

⁷⁾ So lassen sich einige von den angeführten Stellen erklären; ganz deutlich ist dies in § 30 de act. 4, 6 (*ex rescripto D. Marci compensatio inducatur*: das Imperfekt ist

VII.

Aus diesem Ueberblicke der Sachen des amtsrechtlichen Verfahrens scheint mir hervorzugehen, daß auch hier die staatsrechtlichen Verhältnisse der Kaiserzeit geordneter waren, als man gewöhnlich sich vorstellt. Ich fasse die Ergebnisse nochmals zusammen.

I. Das volksrechtliche Verfahren wurde in der Stadt (*domi*) ausschließlich vom städtischen Prätor geleitet; mag er das amtsrechtliche Verfahren in einzelnen ihm besonders überwiesenen Fällen daneben noch geübt haben oder nicht; das letztere ist wahrscheinlicher.

II. Die neuen städtischen Instanzen, welche sämtlich nur amtsrechtliches Verfahren kennen¹⁾, beeinträchtigen die Stellung des Stadtprätors nicht wesentlich. Sie haben 1) neue, im Edikte nicht berücksichtigte Ansprüche zu verhandeln; 2) da, wo sie frei konkurrieren, wie das Kaisergericht, wird diese Befugniß mit Zurückhaltung geltend gemacht; 3) die Konkurrenz der kaiserlichen Präfecten hält sich in den Schranken polizeilicher Hilfeleistung.

III. Dagegen haben die Provinzialstatthalter (*militiae*) auch bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Verwaltungsverfahren entschieden, allgemein wol erst seit der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts.

IV. Unter diesen Umständen ist der Schluß nicht gewagt, daß der *ordo iudiciorum* nicht als solcher aufgehoben wurde, sondern daß er ganz von selbst verschwand, als die diocletianische Staatsordnung dem römischen Stadtprätor die Gerichtsbarkeit in Civilsachen entzog.

bedeutsam); fr. 8 de pact. 2, 14 (*ex D. Marci rescripto colligi potest*); fr. 3 pr. comm. 13, 6 (*sed mihi uidetur . . . secundum D. Pii rescriptum*).

¹⁾ Wenn wirklich der von Nerva eingesetzte Fiskalprätor (Pomponius § 32) mit Geschworenen (Recuperatoren) entschied, so ist dies sicher nur eine vorübergehende volkstümliche Einrichtung gewesen. Aber die Sache scheint mir doch nicht außer allem Zweifel: Sueton Nerva 17 ist vielleicht Mißverständniß von Tacitus ann. 13, 51; und Plinius paneg. 36 läßt sich auf *iudices dati* beziehen: die später jedesfalls zulässige *pignoris capio* und die Zulässigkeit einer Berufung deuten nicht auf Geschworene.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04209

J. Dorušan
knihárna
Dvorská 5.