I / 753.

I dhf 7

Festgabe

für

Felix Dahn

zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum

gewidmet von

gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät

II. Teil

Römische Rechtsgeschichte

Inv čís.: 372
Sign: 277

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY U[illegible]
STARÝ FOND
Č. inv.: 04378

Inhalt

Seite

Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia von Feodor Kleineidam 1

Über Klagenverjährung und deren Wirkung von Fritz Klingmüller 31

Die Replik des Prozessgewinns (replica rei secundum me judicatae), ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der exceptio rei judicatae, von Rudolf Leonhard 65

14-C-163

Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia

von

Feodor Kleineidam

Einleitung.

§ 1.

Die gesetzliche Personalexekution der Zwölftafeln [1]) war bereits in ihrem ureigenen Gefüge von einer Norm durchsetzt geeignet, den tatsächlichen Auslauf der Exekution abweichend von dem gesetzlichen zu gestalten. Es ist dies das bekannte ius paciscendi [2]) zwischen Gläubiger und Schuldner, welches den verschiedensten Inhalt in sich aufnehmen konnte. Insbesondere war es durchaus geeignet, den Mangel jeder primären oder sekundären Realexekution [3]) zu ersetzen. Vor allem häufig aber war die auch bei gänzlicher Vermögenslosigkeit des Schuldners noch anwendbare Vereinbarung des nexum, der schrankenlosen [4]) Schuldsklaverei [5]). Ja es mochte die Anwendung der grausamen und materiell unergiebigen, also nutzlosen gesetzlichen Endfolgen praktisch gegen das nexum so zurücktreten, daß letzteres schließlich

[1]) Vgl. meine Darstellung in Personalexekution der Zwölftafeln S. 218 ff. 56 ff. u. a.

[2]) Gellius noct. attic. XX, 1, 46.

[3]) Vgl. meine Personalexekution S. 258 ff. Wie auch noch in späterer Zeit dieses pacisci die fehlende Einzelrealexekution ersetzte, vgl. Cicero pro Flacco § 49, dazu meine Schrift S. 125. Dieser Ersatz der Realexekution dürfte übrigens manche Andeutungen realer Haftung in früherer Zeit erklären. Das wäre in meiner Schrift S. 258 ff. nachzutragen. Eine gleiche Stelle ist auch pro Fl. § 50.

[4]) Vgl. Horten: Personalexekution in Geschichte und Dogma Bd. II S. 26 ff.

[5]) Vgl. Varro d. l. l. VII, 105: liber, qui operas suas in servitutem .... dabat .... nexus vocatur. Über den Gegensatz zu dem späteren bloßen servire vgl. unten § 5. Auf diese Möglichkeit des Ersatzes der gesetzlichen Folgen durch Vereinbarung spielt wohl auch die vielgeschmähte Äußerung von Gellius noct. attic. XX, 1, 51 an und ist dann nicht trivial.

auch ohne besondere Vereinbarung an die Stelle des capite poenas dare aut peregre trans Tiberim venum ire trat[6]).

So lag die Sache, als um 300 vor Christus herum[7]) eine gesetzliche Abänderung der bisherigen Personalexekution vorgenommen wurde. Diese Abänderung ist unter dem Namen der lex Poetelia oder auch lex Poetelia Papiria[8]) bekannt, in ihrer Bedeutung aber durchaus bestritten. Es soll nun die Aufgabe der nachfolgenden Zeilen sein, zu deren Klarstellung etwas beizutragen. Wir wollen uns aber dabei beschränken auf das Verhältnis der lex Poetelia zur Personalexekution und die andere Seite das Verhältnis zur Realexekution[9]), so viel als möglich zur Seite lassen, um diesen Beitrag nicht übermäßig anschwellen zu lassen.

Auch in Beziehung auf das erstgenannte Verhältnis besteht manche Streitfrage, insbesondere die, ob die lex Poetelia die Personalexekution gänzlich abgeschafft hat oder nicht[10]). Es herrscht nämlich eine ziemliche Unklarheit in den Quellen. Allerdings hat man sich meist leicht über diesen Mangel hinweggesetzt und ohne weiteres zugunsten der zweiten Alternative entschieden. Es erscheint aber doch der Mühe wert, diese Ansicht einmal einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen. Denn

---

[6]) Vgl. Jhering, Geist 1, S. 130, Puchta: Inst. Bd. I, S. 555, meine Personalexekution S. 67 u. a. Von Stellen entspricht Tertullian Apolog. c. IV: consensu tamen publico crudelitas erasa et poena capitis conversa est; ferner auch Quint. inst. III, 6, 84: mos publicus repudiavit.

[7]) Das Alter ist bekanntlich streitig, vgl. zumal Huschke nexum S. 129 ff. Livius nennt als Rogatoren die Konsuln des Jahres 429 der Stadt, C. Poetelius und L. Papirius; Varro dagegen den Diktator des Jahres 440 der Stadt, C. Poetelius, in einer allerdings verderbten Wendung. Vgl. auch Heusde de lege Poetelia Papiria p. 113 sqq., welcher allerdings auf ein besonderes Gesetz unter Sulla kommt, dessen Rogator ein quaestor urbanus gewesen sei! Dazu Huschke a. a. O.

[8]) Je nachdem man Livius oder Varro mehr glaubt. Die Franzosen insbesondere neigen mehr zur Doppelbenennung, vgl. von Lehrbüchern z. B. Girard, Manuel elémentaire 2. ed. S. 960.

[9]) Vgl. das bona non corpus obnoxium esset und die unten zitierten Pönulusstellen einer- und die Cicerostelle pro Flacco c. 20 — dazu oben Anm. 3 — andererseits. Einen Einfluß leugnet z. B. ganz Bachofen: Das nexum S. 141 ff.

[10]) Vgl. über die Streitfrage und Ansichten z. B. Bachofen: das nexum, die nexi und die lex Petillia S. 122 ff., sowie die weiter unten Zitierten.

der Gegensatz in den einzelnen Quellenstellen ist wirklich zu auffallend, um leichten Herzens übergangen zu werden. Man lese nur die unmittelbaren ausdrücklichen Nachrichten über unsere lex, welche bekunden:

Livius VIII, 28: pecuniae creditae bona non corpus obnoxium[11]) esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur[12]).

Dionysius Halic. XVI, 9.: . . ἅπαντες οἱ δουλωθέντες πρὸς τὰ χρέα νόμῳ κυρωθέντι τὴν ἀρχαίαν ἐλευθερίαν ἐκομίσαντο.

Varro d. l. l. VII, 105: Hoc (sc. operas pro pecunia, quam debemus, in servitutem dare[13]) sublatum, ne fieret. . . .

Cicero de re publ. II, 34: omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum.

Damit vergleiche man dann die vielen Stellen, aus denen das Vorhandensein einer Personalexekution und Personalhaft in späterer Zeit unzweideutig hervorgeht. Aus der Fülle[14]) dieser Stellen will ich bloß anführen:

Plautus Poenulus v. 185:

Neque id unde efficiat habet. ubi in ius venerit,
Addicet praetor familiam totam tibi.

in Verbindung einerseits mit v. 563:

. . . leno addicetur tibi.

sowie v. 1324:

. . . ne addicar Agorastocli.

und andererseits mit v. 168:

Totum lenonem tibi cum tota familia
Dabo hodie dono.

---

[11]) Vgl. zu diesem Wortlaut die Mittelmeinung im Senat unmittelbar nach Vertreibung der Könige, wo nach Dion. Hal. V, 69:

Οἱ μὲν γὰρ αὐτοὺς μόνον ἀφεῖσθαι τῶν χρεῶν τοὺς μηδὲν κεκτημένους ἠξίουν τὰ χρήματα ποιοῦντες ἀγώγιμα τοῖς δανεισταῖς οὐ τά σώματα.

Dieser Wortlaut, der zweifellos die personale Haft ganz beseitigen will, klingt doch auffällig an Liv. VIII, 28 an.

[12]) Vgl. auch Valer. Max 6, 1, 11; Tertullian Apologet. c. IV; Quintilian decl. III p. 73 (ed. Burm.); inst. 3, 6, 84.

[13]) Vgl. meine Personalexekution S. 100 f. nach dem Vorgang der meisten Sprachforscher.

[14]) Vgl. die Aufzählung bei Keller, Civilprozeß Anm. 1028; Heusde de lege Poetelia Papiria S. 97 ff. Siehe ferner auch Costa, il diritto privato Romano nelle comedie di Plauto S. 439 ff.

Livius XXIII, 14: .... quique pecuniae iudicati in vinculis essent.

Terentius, Phormio v. 334:

ducent damnatum domum.

Cicero, de oratore II, 63:

apud Novium[15]) . . . iudicatum duci videns . . . Quanti addictus?

Cicero pro Flacco c. 20:

Cum iudicatum non faceret, addictus Hermippo et ab eo ductus est.

Lex Rubria c. 21 f.: . . . tantae pecuniae[16]) . . . duci iubeto. . . . duci iubeto . . . ducique eum iubeat.

Das edictum praetoris mit seinem Titel: Qui nisi sequantur ducantur und den folgenden[17]).

[15]) Ein eigentümliches Mißgeschick hat mich in meiner Personalexekution S. 214 dazu geführt, den von Bekker Sav. Z. Bd. 14 S. 98 vorgemachten Druckfehler dieses Namens in Nonius nachzumachen. Andererseits ist dieser Schriftsteller von mir auch durch Versehen ins dritte Jahrhundert vor Chr. datiert. Glücklicherweise ist dieses Versehen für die dortigen Ausführungen materiell belanglos, weil jedenfalls der mitzitierte Plautus vor die lex Aebutia fällt.

Übrigens sei bei dieser Gelegenheit mir noch gestattet, zu meiner Auslegung des partis secanto in dem Sinne, daß es sich um eine Scheidung der Gläubiger in Gruppen handelt, noch einige Stellen mit ähnlicher Bedeutung des secare nachzutragen. Forcellini zitiert unter secare = dividere, partiri Cicero orator 2 c. 27 cum causas in plura genera secuerunt und gar Boëthius de musica 4, 18: totam tribus partibus seco. Dazu käme noch ein direktes in partes secare in Varro d. l. l.: VIII § 44, wenn die alte Lesart richtig wäre. In allen diesen Fällen ist von einem wirklichen körperlichen Schneiden nicht die Rede. Ob nicht auch der Ausdruck secta = Partei eher mit secare als sequi zusammenhängt?

Für die Notwendigkeit der addictio spricht auch noch Varro d. l. l. VII, 30, vgl. auch Wlassak in Sav. Z. 25, 81 ff. Welches andere der tria verba solemnia hätte gepaßt?

Zu dem iudicatus sive damnatus in Gaius inst. IV, 21, vgl. auch die sententia Minuciorum v. 43 (iudicati aut damnati) und die sog. lex Thoria 39 Bruns fontes I, S. 82: iudicatus erit dare oportere). Auch Wlassak a. a. O.

[16]) Dieser Genitiv tantae pecuniae ist übrigens die schönste Parallele zu dem Genetiv aeris confessi in der tab. III.

[17]) Vgl. Lenel, edictum S. 325.

Lex colon. Gen. Jul. c. 61:

.... iudicati iure manusiniectio esto .... secum ducito iure civili[18]) vinctum habeto.

Gellius, noct. attic. XX, 1, 51: addici namque nunc et vinciri multos videmus.

Schließlich aber schenke man noch Aufmerksamkeit auch den folgenden Stellen:

Sallustius, Catilina c. 33: neque cuiquam nostrum licuit, more maiorum lege uti neque amisso patrimonio liberum corpus habere, tanta saevitia feneratorum atque praetoris fuit: libertatem petimus, quam nemo bonus nisi cum anima simul amittit .... legis praesidium, quod iniquitas praetoris eripuit restituatis. Und von Quintilian:

instit. VII, 3 § 26 . . . addictus, quem lex servire donec solverit iubet .... addictus legem habet.

declam. 311 .... addictus donec pecuniam solverit serviat .... lex dicit: addichtus donec solverit serviat, ut opinor, non servus sit .... in lege est, quae addictos servire iussit donec solverent . . . quae prudentissimi maiores constituerint.

Bei welchen Annahmen klingen diese Nachrichten harmonisch zusammen?

§ 2.

Livius und Varro im allgemeinen.

Wir müssen zunächst versuchen klar zu werden über die ausdrücklich von unserer lex zu berichtenden Stellen, hauptsächlich Livius VIII, 28 und Varro d. l. l. VII, 105. Wir müssen also insbesondere diese beiden letzteren, welche zum Teil bereits oben angeführt sind, näher ins Auge fassen. Die Liviusstelle geht

[18]) Die neuerdings von Ehrlich, Theorie der Rechtsqu. S. 71, behauptete Bedeutung, „der Schuldner sei in prozessualer) Privathaft zu halten", halte ich für gekünstelt. Der bloße Ablativ bedeutet doch oft — trotz Ehrlich Recht und Prätor S. 15 f. — gemäß, so z. B. in der lex municip. Mallacit., wo die Ausdrücke hac lege, ex hac lege, per hanc legem, neque adversus hanc legem wahllos wechseln. Nebenbei, die von Ehrlich Theorie S. 106 vermißte Gegenüberstellung von ius praetorium gegen leges in älterer Zeit findet sich bereits in der von Ehrlich anscheinend übersehenen, von Wlassak Krit. Studien S. 6 bereits zitierten Stelle, Cic. de off. I c. 10 § 33.

aus von der Erzählung des bekannten unsittlichen Attentats eines Gläubigers auf seinen jugendschönen nexus, dessen Flucht und Volksaufwiegelung, berichtet dann, mit dem Satz: victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei einleitend, als Ergebnis der einberufenen Senatsversammlung:

iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset und schließt ab mit den Worten:

ita nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur.

Die Varrostelle dagegen gibt zunächst verschiedene Definitionen des Wortes nexum, geht dann zu der Erklärung des nexus als einen liber, qui operas suas in servitutem pro pecuniam, quam debebat, dabat[1]) dum solveret über und fügt in einer, zwar verderbten aber wohl sicheren Bezugnahme auf die lex Poetelia[2]) zu:

hoc .... sublatum, ne fieret, et omnes, qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi dissoluti.

Daraus hat Huschke[3]) unter Beifall und teilweise auch Vorgang anderer dem Gesetz 4 Kapitel zugeschrieben:

1. Ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret ,in compedibus aut in nervo teneretur;
2. Pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset;
3. Ne quis posthac ob aes alienum necteretur;
4. Ut omnes, qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi solverentur.

Dabei bezieht Huschke die ersten beiden Kapitel auf die iudicati und nur soweit auch auf die nexi[4]) als „Dergleichen zeit-

[1]) Vgl. Spengel in seiner Ausgabe und dort Zitierte.

[2]) Darüber vgl. O. Müller, Lachmann und die Bemerkungen bei Spengel a. a. O. Huschke nexum S. 131. Bachofen a. a. O. S. 111 zitiert die Vorgänger Heraldus, Bach, Mazocchi, Niebuhr. Mommsen Strafrecht S. 754 Anm. 4 nennt das Gesetz ein publilisches trotz seiner Bemerkung zu Bruns fontes II, S. 63. Vgl. auch Mommsen röm. Forschungen II, 243 f. Gegner sind oben in § 1 Anm. 7 und unten § 4 Anm. 1 zitiert.

[3]) nexum S. 132 f.

[4]) Nach Huschke ist bekanntlich das nexum ein zur gesetzlichen Vollstreckung ohne vorgängiges Urteil berechtigender materieller Vertrag, also ein neben dem iudicatum stehender Vollstreckungstitel.

weise nach dem vierten Kapitel noch vorkommen konnten“[5]). Das vierte Kapitel soll nur eine Übergangsbestimmung für die derzeitigen nexi gewesen sein, deren Vorkommen für zukünftige Verträge das dritte Kapitel ganz beseitigt habe. Die zivile Personalexekution kraft eignen Rechts sei durch die Bestimmung des zweiten Kapitels aufgehoben worden. Jedoch habe der Prätor in der nicht näher geregelten Bestimmung des Gesetzes, pecuniae creditae ut bona obnoxia essent, und bei der prozessualen Ausführung dieser Grundnorm Gelegenheit gefunden, ein Detentions- und Fesselungsrecht an der Person des Schuldners fortbestehen zu lassen: Die lex habe nur die pönale Rechtsvollstreckung gegen die Person untersagt, die vermögens-, sachenrechtliche Seite der Person aber nicht schützen wollen. Letztere gehöre vielmehr zu dem vollen Begriff der bona[6]).

Vergleichen wir diese 4 Huschke'schen Kapitel mit den oben angeführten maßgebenden Texten, so ist zweifellos Kapitel 1 und 2 durch Livius gedeckt. Allerdings steht bei Livius dieser Wortlaut nicht unmittelbar als Inhalt des schließlich erlassenen Gesetzes, sondern nur als Inhalt des Senatsschlusses, welcher den Konsuln den Rogationsauftrag gab. Es wäre nun wohl nicht unbedingt ausgeschlossen, daß dieser Senatsschluß nicht den Wortlaut der Rogation und also des Gesetzes, vielmehr nur die allgemeine Tendenz vorgeschrieben hätte. Die genaue Formulierung der Rogation und damit des Gesetzes hätte dann den Konsuln selbst obgelegen. Durchaus unvereinbar mit der Fassung der Liviusnachricht wäre eine solche Ansicht wohl kaum. Vielmehr scheint der Schlußsatz nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur eine solche Auffassung sogar zu fordern. Es scheint nämlich diese zweifellos auf die endgültige Fassung der lex gehende Bemerkung etwas mehr zu enthalten als das, was sich aus dem bloßen Wortlaut des Senatsschlusses schon ergibt. Wenigstens hat Huschke sich veranlaßt gesehen, seinen Kapiteln 1 und 2, welche den Wortlaut des Senatsschlusses erschöpfen, aus eben diesem Schlußsatze noch ein selbständiges drittes Kapitel zuzufügen. Die von Varro erwähnte Bestimmung mit dem bonam copiam

[5]) nexum S. 132.

[6]) Ebenda S. 133 ff.

iurare, aus der Huschke sein Kapitel 4 entnimmt, scheint aber unbedingt nicht von dem Wortlaut des Senatsschlusses gedeckt zu werden.

Ehe wir die Frage näher untersuchen, müssen wir vor allem feststellen, daß das Huschke'sche Verfahren, den Text des Gesetzes wieder herzustellen, unter allen Umständen zu verwerfen ist. Huschke nimmt, wie wir sahen, einerseits die Bestimmungen des Senatsschlusses vollständig und wortgetreu in seinen Gesetzestext auf und fügt andrerseits aus den anderweiten Nachrichten noch zwei weitere Kapitel hinzu. Das ist unhaltbar gleichviel, wie man sich das Verhältnis des Senatsschlusses zur Rogation denkt. Denn enthält der Senatsschluß nur die allgemeine Tendenz, so dürfte sein Wortlaut nicht in der Rogation wiederkehren. Enthält er aber die Fixierung des Wortlauts der Rogation, so ist eine „Ergänzung" durch die Konsuln ausgeschlossen.

Welche Auffassung des Senatsschlusses ist nun aber die richtige? M. E. sprechen alle Gründe für die wörtliche Übereinstimmung des Senatsschlusses mit der Rogation. Einmal entspricht das durchaus der Stellung, die der Senat beim Ausgang der Republik den Konsuln gegenüber einnahm[7]). Diese Stellung aber dürfte der Darstellung des Livius über ein so altes Gesetz, wie es unsere lex Poetelia doch immerhin ist, zu Grunde liegen[8]). Ferner ist zu unwahrscheinlich, daß uns Livius den schließlich allein interessierenden Wortlaut der zu seiner Zeit durchaus noch nicht veralteten lex verschwiegen, den Wortlaut des Senatsschlusses dagegen angegeben hätte, wenn nicht beide übereinstimmten. Möglich ist vielleicht sogar bei der Arbeitsweise des Livius, daß er den Senatsschluß aus dem Wortlaut der ihm allein bekannten lex erst selbst konstruiert hat. Zu wenig beachtet im Sinne der hier behaupteten Übereinstimmung scheint mir auch das ita des Schlußsatzes zu sein. Dieser Schlußsatz selbst enthält demnach kaum die Angabe eines Gesetzestextes, sondern lediglich eine zusammenziehende Bemerkung über die Gesetzeswirkung. Sie entspricht so durchaus der einleitenden Bemerkung am Anfang desselben livianischen Kapitels: eo anno plebei

[7]) Vgl. Mommsen, Staatsrecht III, S. 1023 ff.

[8]) Vgl. über das ganze Verhältnis des Livius den Tatsachen gegenüber Teuffel, Geschichte der röm. Lit. § 257 und dort Citierte.

Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt[9]).

Mit dieser Auffassung stimmt vortrefflich l. 6 Cod. quae res pignori 8, 16:

Qui filios vestros vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione iuris se circumvenit, cum sit manifestum obligationem pignoris non consistere nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia.

Es handelt sich hier zwar um eine ausdrückliche Verpfändung eines dritten, während die Entwicklung der Personalexekution noch vor der lex Poetelia bereits zum Eintritt des nexum auch ohne ausdrückliche Vereinbarung geführt haben dürfte[10]). Deshalb wird auch hier von einem obnoxium facere[11]) gesprochen, während in dem livianischen Senatsschlusse von einem obnoxium esse die Rede ist. Trotzdem aber scheint mir die Anspielung auf den Wortlaut jenes Senatsschlusses unverkennbar. Eine Veranlassung dazu aber lag für die Kaiser Diokletian und Maximinian doch höchstens dann vor, wenn dieser Wortlaut in der schließlich allein maßgebenden lex wiederkehrte.

Die einzige Schwierigkeit, welcher diese Auffassung des Gesetzestextes unterliegt, ist folgende: Wie kann man die Nachrichten von der Wirkung des Gesetzes am Schluß des livianischen Berichts und besonders auch am Schluß des Varronischen mit seinem bonam copiam iurare mit dem Standpunkt vereinen, daß das Gesetz nur die beiden Bestimmungen des Senatsschlusses selbst enthalten habe?

Die Livianische Nachricht dürfte allerdings die geringere Schwierigkeit bieten. Ein unbefangenes Lesen der ganzen Stelle erweckt auch sicher den Eindruck, daß Livius eine solche Schwierigkeit nicht empfunden hat. Gewiß: Sobald verordnet war, daß künftighin bona, non corpus obnoxium esset und überdies die

[9]) Vgl. zu der ganzen Frage auch Heusde: de lege Poetelia Papiria p. 76 gegen Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger p. 83 sqq.

[10]) Vgl. oben § 1 bei Anm. 6.

[11]) Anderen Sinn hat das ἀγώγιμα ποιοῦντες in Dion. Hal. V, 69 (vgl. oben § 1, Anm. 10). Da ist das ποιεῖν vom Standpunkt des Gesetzgebers gebraucht.

schwere Fesselung des bloßen Forderungsexequierten aufgehoben war, fiel ohne weiteres das nexum, richtig als Zustand der schrankenlosen Schuldsklaverei verstanden[12]), künftig vollkommen hinweg und auch die bisherigen Schuldsklaven durften von diesem Augenblicke nicht mehr in der alten strengen Weise als nexi im technischen Sinne behandelt werden. Denn nexum in dem hier allein maßgebenden Sinne ist ja eben, richtig verstanden, ein Zustand, also etwas sich in jedem Augenblick seiner Dauer unter den Gesetzen eben dieses Augenblicks erneut Realisierendes, nicht ein einmaliger Vorgang, ein Ereignis, das sich in einem Moment verwirklicht und in seiner einmaligen, in der Vergangenheit liegenden Verwirklichung von späteren Gesetzen nicht mehr beeinflußt werden kann. Die ganze Aufstellung Huschke's unter Kapitel III ist also lediglich durch seine irrige Auffassung des nexums als eines einheitlichen, stets einen Vertrag bezeichnenden Begriffs veranlaßt. Bei der richtigen Auffassung dagegen bedarf es neben dem Verbot ut non corpus obnoxium esset, eines besonderen Verbots des künftigen Nektierens nicht.

Wie aber verhält es sich mit der Varronischen Nachricht: omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti? Das bezieht doch die gemeine Meinung[13]) auf eine Übergangsvorschrift hinsichtlich der bereits schwebenden Exekutionen. Später sei allerdings die Einrichtung des bonam copiam iurare beibehalten und zur Abwendung auch der noch fortbestehenden erleichterten Personalhaft verwendet worden, wie die lex Julia municipalis aus dem Jahre 709 der Stadt durch ihre Zeile 113[14]): quive in iure . . . abiuraverit, bonamve copiam iuravit, iuraverit deutlich bekunde. Das sei aber nur eine gewohnheitsrechtliche Anwendung gewesen, welche in der lex Poetelia selbst keine direkte Stütze gefunden habe.

Für unsere Auffassung scheint die Varronische Nachricht sowohl dadurch Schwierigkeiten zu bieten, daß sie sich mit der aus dem Satz ut corpus non obnoxium esset bedingungslos gefolgerten Notwendigkeit des Aufhörens jedes nexums nicht zu vertragen scheint, als auch dadurch, daß sie einen ausführlicheren

[12]) Vgl. meine Personalexekution, S. 35 ff.

[13]) Vgl. z. B. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 295.

[14]) Vgl. Bruns fontes I, S. 110.

Gesetzestext als den Livianischen zu erfordern scheint. Wir müssen deshalb dieses bonam copiam iurare näher untersuchen. Dazu aber soll uns der nächste Paragraph dienen. Hier sei nur noch hervorgehoben, daß die beschränkte Entlassung der bisherigen nexi, wie sie aus der Varronischen Nachricht hervorzugehen scheint, im Widerspruch mit den übrigen Quellennachrichten, dem Ciceronianischen omnia nexa civium liberata sowohl wie dem Livianischen ita nexi soluti, steht.

§ 3.

Das bonam copiam iurare.

Es bestehen über die Bedeutung des bonam copiam iurare im wesentlichen drei verschiedene Ansichten[1]).

Die Hauptmeinung[2]) faßt copia auf als das Vermögen und versteht unter bona copia natürlich den guten Vermögensstand, d. h. ein aktives Vermögen, welches die Schulden oder wenigstens die Exekutionsforderung deckt. Das iurare aber faßt diese Meinung als ein positives Beschwören auf, so daß also bonam copiam iurare nichts anderes bedeutet, als die eidliche Versicherung des Schuldners, daß er zur Deckung der Exekutionsforderung im Werte hinreichendes aktives Vermögen besitze. Man kann bei dieser Auffassung also den Eid auch kurz bezeichnen etwa als Solvenzeid.

Die zweite[3]) Meinung gibt dem bonam copiam dieselbe Bedeutung und weicht nur in der Auslegung des iurare ab. Das letzte wird nämlich im Anschluß an eine Festus-[4]), eine Cicero-[5]), und eine Novellenstelle[6]), welche von einem eiurare, bezw. bonam copiam eiurare bezw. iusiurandum, nullam sibi facultatem reliquam esse . . unde debito satisfaciat sprechen, mit diesem eiurare identificiert,

[1]) Vgl. über die ganze Frage auch Giraud in den Mémoires de l'institut de France V, S. 494 ff. und Citate, besonders Heusde de lege Poetelia Papiria p. 115 sqq.

[2]) z. B. Huschke, nexum S. 137 ff. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. II S. 295. Heusde a. a. O., p. 118. Horten a. a. O., II, S. 34.

[3]) z. B. Troplong, De la contrainte par corps, p. XLI. Dirksen, ad tab. Heracl. II, 105 sqq.

[4]) Festus s. v. eiuratio (Bruns font. Bd. II S. 8).

[5]) Epist. ad fam. IX, 16, 7.

[6]) nov. 135.

sei es nun, daß man eine Textemendation bei Varro vornimmt[7]) oder ohne solche auskommen zu können glaubt[8]). Eiuratio aber significat id, quod desideretur, non posse praestari, wie Festus an der erwähnten Stelle sagt. Danach ist bonam copiam iurare oder eiurare nichts anderes als die eidliche Versicherung der Insolvenz, ein Insolvenzeid.

Die dritte Meinung[9]) endlich sucht der Schwierigkeit durch andere Auffassung des bonam copiam Herr zu werden. Sie erinnert sich, daß copia auch bedeuten kann das Vorhandensein schlechthin, die Gegenwart, Gelegenheit, Zugänglichkeit[10]). So wird doch auch in den Digesten, namentlich Titel 42, 4, sehr häufig in diesem Sinne von einem copiam sui praestare, copiam sui facere und dergl. gesprochen. Bona copia in diesem Sinne wäre nun die leichte, gesicherte Zugänglichkeit oder wenn man den Begriff in besondere Beziehung zu der Vorschrift bona, non corpus obnoxium esset setzt, der gesicherte Zugriff an das Vermögen[11]). Bonam copiam iurare aber würde dann bedeuten, daß der Exequendus, um von der Personalhaft frei zu kommen, dem Gläubiger gesicherten, leichten Zugriff an sein Vermögen eidlich versprechen muß. Das schlösse natürlich dann auch wohl die eidliche Inventarisierung dieses Vermögens in sich. Man könnte diesen Eid also in spezieller Betonung dieses letzteren Gesichtspunkts auch kurz charakterisieren als Offenbarungseid.

Welche dieser drei Meinungen ist die richtige? Nehmen wir zunächst die zweite, die Auffassung des Eides als Insolvenz-

[7]) So z. B. Troplong a. a. O. unter Berufung auf Cuiacius, Danetius, Zimmern, Rechtsgesch. III, 247.

[8]) z. B. Dirksen a. a. O., auch Salmasius de modo usur. p. 805.

Sehr auffallend ist übrigens gerade bei der Anm. 5 genannten Cicerostelle, daß da auch das Wort popillium vorkommt, was dem handschriftlichen Varrotexte entspricht. Leider ist der ganze Passus des Briefes nur eine andeutungsweise Antwort auf einen uns nicht erhaltenen Scherz des Atticus, die Einzelheiten sind deshalb schwer verständlich.

[9]) Z. B. Giraud in den mémoires de l'institut de France t. V, p. 495; Bachofen a. a. O. S. 108; vgl. auch Mazocchi Kommentar zur tab. Heracl. S. 431 f.

[10]) Vgl. auch z. B. Dirksen: Manuale s. h. v.

[11]) copia se rapportait ... à l'intention de mettre sa fortune à la disposition du creancier bemerkt Giraud a. a. O. S. 495.

eid. Diese Auffassung erledigt allerdings in vortrefflicher Weise die Schwierigkeit, daß die anderen Quellenstellen von einem unbedingten solvere der nexi sprechen. Wenn wirklich der Exequendus zu seiner Befreiung nichts weiter zu tun hatte als den Eid der Zahlungsunfähigkeit zu leisten, so kam das praktisch auf ein unbedingtes solvere der nexi hinaus. Denn entweder besaß der Schuldner noch ausreichende bona, dann konnte er allerdings den Eid nicht leisten; aber er konnte sich dann leicht durch Versilberung seiner Habe oder auch Vereinbarung mit dem Gläubiger — vgl. Cic. pro Flacco c. 21[12]) — von der Exekutionsforderung und damit der Haft befreien. Oder aber er besaß kein solches Vermögen. Nun dann konnte er jeder Zeit guten Gewissens den verlangten Insolvenzeid schwören. Die Freilassung hing also dann lediglich von seinem Willen ab und es würde wenige gegeben haben, welche den Eid etwa aus Trotz nicht leisteten. Jedenfalls kam dann praktisch die Sache auf ein omnia nexa civium liberata hinaus. Aber dieser Lösung steht doch zweierlei bedeutsam im Wege. Zunächst ist eben iurare sprachlich nicht gleich eiurare, eine Textkorruption aber bei der Wiederholung der gleichen Wortverbindung in der lex Julia municipalis nicht gut anzunehmen[13]). Das ist der Hauptgrund. Sodann aber bleibt auch noch zu erwägen, daß bei einer solchen Auffassung des bonam copiam iurare eine unleidliche Unzuträglichkeit vorhanden wäre, falls der Schuldner nicht ganz vermögenslos war, sondern etwa beispielshalber zu $^3/_4$ zahlungsfähig war. Sollte er da schwören und das zur Deckung nicht hinreichende Vermögen unangefochten behalten können, während der zu $^4/_4$ der Schuld vermögliche Exequendus alles hergeben mußte? Das ist doch unglaublich, wäre aber bei der Abwendbarkeit der Exekution durch den einfachen Insolvenzeid kaum zu vermeiden[14]).

[12]) Atque is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset.

[13]) Vgl. Giraud a. a. O., Heusde a. a. O. p. 116.

[14]) Man könnte auch daran denken, sich auf die Tatsache der regelmäßigen Fortdauer der Personalhaft dafür zu berufen, daß nicht jeder Schuldner sich habe von der Haft befreien können, was die Auffassung als Insolvenzeid doch mit sich bringt. Dieser Schluß scheint sehr schlagend, ist aber doch nicht durchaus beweiskräftig. Wenigstens steht fest, daß auch nach der Einführung der cessio bonorum und also der Abwendbarkeit der Haft durch Abtretung des Vermögens die Personalhaft nicht gänzlich verschwunden

Gegen die Auffassung als Offenbarungseid ist von der sprachlichen Seite nicht Unmöglichkeit einzuwenden. Im Gegenteil die Analogien mit dem copiam sui praestare oder facere dürften an sich nicht abzuweisen sein. Trotzdem aber dürfte die Wahrscheinlichkeit gegen eine solche Deutung des copia in unserer Verbindung sprechen. Das ergiebt sich klar aus einem Blick auf die gleichartige Verbindung des bonam copiam eiurare bei Cicero[15]). Denn dort ist ganz zweifellos unter bona copia das ausreichende Vermögen zu verstehen. Es ist nämlich ausdrücklich als Gegensatz zu der gegenwärtigen Lage des bonam copiam eiurans die Vergangenheit mit den Worten gesetzt: tum, cum rem habebas. Auch das darauf folgende und die gegenwärtige Lage schildernde: nunc, cum tam aequo animo bona perdas muß trotz des Präsens perdas dahin verstanden werden, daß der Schuldner bereits sein Vermögen verloren hat. Denn da in dieser Cicerostelle ausdrücklich das Wort eiurare gebraucht ist, so ist eine Auffassung, als ob auch hier copia = Zugriff und also an einen Offenbarungseid und den dadurch herbeigeführten Vermögensverlust zu denken sei, vollständig ausgeschlossen.

Was die materielle Seite anlangt, so wäre bei der Auffassung als Offenbarungseid allerdings sehr gut erklärlich die Haltung der anderen Quellenstellen. Denn da dieser Offenbarungseid im Belieben eines jeden Schuldners steht, so wäre es bei Darstellung der praktischen Wirkung des Gesetzes hier ebenso angängig gewesen, diese Voraussetzung der Freilassung zu übergehen, wie oben.

---

ist. Auch bei dieser Abtretung aber ist man versucht sie als ein Mittel zu erachten, das in das Belieben jedes Schuldners gestellt ist und man wird dann zur Erklärung der Fortdauer der Personalhaft — trotz Mitteis Reichsrecht und Volksrecht S. 450 und Bethmann-Hollweg, Civ.-Proz. II S. 689 — sich m. E. kaum mit Puchta Instit. I, S. 559 darauf berufen können, daß konkursmäßige Schuldner sich auch heute meist möglichst lange im Besitz ihres Vermögens zu erhalten suchen und überdies die gemilderte Personalhaft der Poetelia nicht mehr so schlimm gewesen sei. Ich meine, das heißt doch die Schwere dieser nicht wie heute auf höchstens 6 Monate beschränkten, sondern bis zur Befriedigung währenden Personalhaft unterschätzen. Eher schon erklärt sich die Fortdauer, wenn man die cessio nicht jedem Schuldner gestattet, insbesondere dem betrüglichen nicht. Dafür spricht allerdings viel, vgl. l. 1 Cod. Th. 4, 20.

[15]) Vgl. oben Anm. 5.

Dagegen kämen wir bei dieser Auffassung mit der geschichtlichen Weiterentwicklung der Personalexekution etwas ins Gedränge[16]). Es wäre nämlich m. E. dann schlechthin nicht einzusehen, welchen weiteren Vorteil dem Schuldner die spätere Einführung der cessio bonorum gewährt hätte, die doch erst einem Julier aus dem 1. Jahrhundert vor Chr. ihre Entstehung verdankt. Daß aber diese cessio bonorum lediglich ein Fortschritt im Interesse der Gläubiger gewesen sei, deren Zutritt an das schuldnerische Vermögen insofern noch besser ausgestaltet worden sei, das ist doch kaum anzunehmen. Dagegen spricht auch klar, daß das ganze Institut in l. 1. Cod. qui bon. ced. poss. VII, 71 vom Kaiser Alexander ausdrücklich als ein beneficium zugunsten der Schuldner bezeichnet wird. Mithin wird man auch diese Auffassung kaum billigen können.

So bleibt nur noch die dritte Meinung[17]) übrig, die Auffassung des fraglichen Eides als Solvenzeid. Diese Auffassung ist sprachlich, wie sich bei Gelegenheit der bisherigen Erörterungen bereits ergeben hat, einwandfrei. Sie erklärt auch zur Genüge, daß die Personalexekution trotz der lex Poetelia noch fort blühte. Denn hinreichendes Vermögen besaß eben nicht jeder Schuldner. Wie aber können dann die außervarronischen Quellen so schlechthin von einem nexi soluti und omnia nexa civium liberata sprechen? Soll dafür wirklich die Erklärung genügen, welche Huschke[18]) gibt: Es seien einmal die „meisten“ nexi nicht wirklich insolvent, sondern nur momentan der baren Zahlungsmittel beraubt gewesen. Sodann aber habe die eidliche Abschätzung des eigenen Vermögens, wie sie in dem bonam copiam iurare enthalten gewesen sei, selbst ohne eigentliche Gewissenlosigkeit sehr häufig zur Überschätzung des Vermögens geführt? Mir erscheint das erste als Regel jedenfalls nicht glaublich[19]), beim zweiten aber dürfte der Gläubiger gegen eine solche leichtsinnige Schätzung doch kaum schutzlos gelassen worden sein.

---

[16]) Trotz Giraud a. a. O. S. 496.

[17]) Vgl. zumal Horten a. a. O. II, S. 34 ff.

[18]) nexum S. 139.

[19]) Da wäre das ius paciscendi doch zunächst im Sinne der realen Haftung ausgeübt worden, wie bei Cicero pro Flacco c. 21, vgl. oben Anm. 12.

Mir erscheint vielmehr als die einzige Möglichkeit aus dieser Klemme herauszukommen folgende Annahme: Die Worte nexum und nexi haben in dem varronischen Schlußsatze eine andere Bedeutung als in den übrigen Quellennachrichten. In Varros Schlußsatz sind sie gebraucht als Bezeichnungen der Personalhaft überhaupt, auch in ihrer nunmehrigen, abgeschwächten Form, in den übrigen Stellen dagegen beschränken sie sich auf die alte strenge Form der schrankenlosen Schuldsklaverei, die ja das eigentliche technische Anwendungsgebiet dieser Begriffe ist. Nehmen wir das an, dann löst sich der Zwiespalt. Denn die gänzliche und unbedingte Aufhebung der alten strengen Schuldsklaverei verträgt sich durchaus damit, daß die Exequenden trotzdem prinzipiell in der erleichterten Personalhaft weiter verblieben. Auch von dieser aber befreite das Leisten des Solvenzeides.

An sich ist diese Bezeichnung auch der leichteren Form der späteren Exekutionshaft als nexum nicht unerhört. Vielmehr begegnen wir ihr auch z. B. bei Columella de r. r. I c. 3 § 12:

. . . agros quos occupatos nexu civium et ergastulis tenent[20]).

Auch die Stelle Justinus 21, 1 und 2: nexorum tria milia e carcere dimittit . . . nec carcerem nexis . . replet kommt insofern in Betracht, als sie den Ausdruck nexus in einem allgemeinen Sinne = Häftling erweist. Von dem technischen altrömischen nexum ist auch da gar kein Gedanke. Es handelt sich vielmehr in der Stelle um Syrakusaner Verhältnisse zur Zeit des jüngeren Dionysius.

Bei korrekter schreibenden oder an ältere Quellen sich enger anschließenden Schriftstellern mochte dieser Gebrauch für gewöhnlich vermieden werden. Immerhin gehören die beiden genannten Schriftsteller keineswegs zu den schlechten[21]), so daß man schließlich den gleichen Gebrauch auch dem Varro wohl zutrauen kann. Allerdings besteht gerade in der Stelle de l. l. VII, 105 noch eine besondere Erschwerung für diese Annahme. Es ist nämlich dort unmittelbar vorher erst das Wort nexus in dem alten strengen Sinne definiert und betont hoc sublatum, ne fieret. Trotzdem aber dürfte ein nochmaliger Gebrauch des Wortes nexus

[20]) Vgl. damit Varro d. r. r. 1, 17 und Plinius epist. III, 19 § 7.

[21]) Vgl. Teuffel: Röm. Literaturgeschichte s. h. v.

in untechnischem natürlichen Sinne = verhaftet nicht durchaus zu verwerfen sein. Gebraucht doch gerade Varro auch das in de l. l. VII, 105 dem nexus gleichgestellte Wort obaeratus in d. r. r. I, 17 unbedenklich, um den Personalhäftling der späteren Zeit zu bezeichnen. Jedenfalls halte ich diesen Ausweg, Übereinstimmung in das gesamte Quellenmaterial zu bringen, für den einzigen, der sich allenfalls verteidigen läßt.

§ 4.

Folgerungen und Ergebnisse.

Nachdem wir so festgestellt haben, daß der Wahrscheinlichkeit nach das bonam copiam iurare einen Solvenzeid bedeutet und daß dieser zur Abwendung der erleichterten Form der Personalhaft diente, müssen wir wieder zu unserm Ausgangspunkte zurückkehren und erörtern, ob denn diese Bestimmung ausdrücklich im Gesetz gestanden hat[1]). Natürlich läßt sich auch hier kein zwingender Beweis geben. Wir müssen uns vielmehr auch hier mit der Wahrscheinlichkeit begnügen, welche sich aus der Prüfung ergibt, ob allenfalls bereits die beiden Livianischen Normen genügen, die eingangs festgestellte Rechtslage zu erklären. Es ist dabei kaum notwendig, daß diese Rechtslage in allen Einzelheiten unmittelbar aus dem Gesetz sich begründen läßt. Vielmehr werden wir auch die rechtsbildende Bedeutung der Praxis voll anerkennen müssen. Insbesondere dürfte die eidliche Versicherung des Schuldners ein solches Gebilde der Praxis sein, der überhaupt, zumal die Verfahrensvorschriften des alten Rechts zum größten Teile ihre Ausbildung verdanken dürften. Es muß uns also genügen, wenn wir aus jenen beiden Normen des Gesetzes nur den Grundgedanken des Instituts des bonam copiam iurare ableiten können. Dieser Grundgedanke aber — von den Verfahrenszufälligkeiten abgelöst — ist doch der, daß das Vorhandensein genügender Vermögensobjekte die Personalhaft auch in ihrer erleichterten Form gänzlich ausschließt, also mit anderen Worten

[1]) Über die Auffassung der Bestimmung als Sullanisches Gesetz vgl. oben § 1, Anm. 7. Auch Horten a. a. O., II, S. 34 geht übrigens davon aus, vgl. auch die Bachofen a. a. O., S. 110 Citierten: Neuhaus, Dirksen, Dabelow.

die Subsidiarität der Personalhaft. Ist es möglich, so spitzt sich demgemäß unsere Frage zu, diese Subsidiarität der Personalhaft aus den beiden livianischen Normen bereits herauszulesen?

Ich meine nun, diese Frage ist durchaus zu bejahen. Die Worte: pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset scheinen ja zunächst sogar noch über die Subsidiarität der Personalhaft hinauszugehen, die Personalhaft ganz zu verbieten. So schroff aber sollen sie nach dem Willen des Gesetzgebers offenbar nicht aufgefaßt werden. Das ist aus der ununterbrochenen Fortdauer der Personalhaft auch nach dem Erlaß unseres Gesetzes mit absoluter Sicherheit zu schließen, verträgt sich auch, wie wir bald des näheren darlegen werden, durchaus mit dem Wortlaut des Gesetzes, wenn wir nur die Entwickelungsgeschichte der lex beachten. Kann oder muß man dann nicht aber aus der offenbaren Zurücksetzung der Haftung des corpus gegenüber der Haftung der bona wenigstens das als Willen des Gesetzes herauslesen, daß die Personalhaft nur subsidiär gelten solle? Ich meine, es dürfte sich kaum etwas gegen diese Deduktion sagen lassen. Jedenfalls konnten und mußten die späteren römischen Praktiker, welche den Wortlaut des Gesetzes[2]) mit der effektiven Fortdauer der Personalhaft, die schließlich doch, man mag sagen, was man will, in gewissem Sinne ein corpus obnoxium esse bedeutet, verglichen, gar bald zu einer solchen Interpretation des Gesetzes kommen und für das Verfahren die

[2]) Vgl. außer der oben § 1, Anm. 11 citierten Stelle Dion. Hal. V, 69, deren an Livius VIII, 28 anklingender Wortlaut τὰ χρήματα ἀγώγιμα, οὐ τὰ σώματα zweifellos die Personalexekution gänzlich beseitigen will, auch noch das Edictum Tiberii Julii Alexandri für Ägypten mit der gleichen Tendenz und dem Wortlaut: ἵνα αἱ πράξεις . . . ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ὧσι καὶ μὴ ἐκ τῶν σωμάτων. Vgl. Bruns fontes I, S. 235. Sollte übrigens auch die l. 12 Cod. 4, 10: Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur aus dem Jahre 294 n. Chr. auf einer irrigen Auslegung des corpus non obnoxium esset der lex Poetelia beruhen? Die Bedeutung des liberos in ihr ist bekanntlich sehr umstritten. Auch berühmte Schriftsteller wie Cuiacius schwanken und benutzen die Stelle bald in dem Sinne liberi = Freie, bald liberi = Kinder. Levieil de la Marsonnière: Histoire de la contrainte par corps tut das sogar in derselben Schrift an zwei Stellen, welche nur zehn Seiten auseinanderliegen, S. 79, Anm. 1 und S. 89, Anm. 1. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte entspricht bei dem Gegensatz, der durch das servire unwillkürlich hervorgerufen wird, m. E. die Auffassung = Freie am meisten anerkannten Auslegungsgrundsätzen. Vgl. Cuiacius ed. Lugd. 1606, III 278 gegen I, 489.

nötigen Konsequenzen ziehen. Lag die Sache aber so, so ist es nichts Auffälliges, wenn Varro das praktische Resultat dieser Interpretation — das bonam copiam iurare als Abwendungsmittel jeder Personalhaft — als unmittelbares Gesetzesergebnis hinstellt. Es verträgt sich das durchaus mit der Livianischen Darstellung. Eine besondere Norm über das bonam copiam iurare braucht also im Gesetz nicht gestanden zu haben.

Aber wie verhält es sich mit der anderen Tatsache, daß eine Personalhaft überhaupt nach der lex Poetelia noch vorkommen konnte? Wir erwähnten schon öfter, daß der festgestellte Wortlaut des Gesetzes dem ersten Anscheine nach dieser Tatsache zu widerstreben scheint[3]). Trotzdem aber dürfte eine nähere Betrachtung auch hier zum Ziele führen und ohne Zwang eine Auslegung des Gesetzes ermöglichen, welche mit der Tatsache der Fortdauer der Personalhaft im Einklang steht. Wir müssen bedenken, daß es nach der ganzen geschichtlichen Entwickelung der römischen Personalexekution sich bei Abfassung der lex Poetelia nicht darum handelte, die Personalhaft neu einzuführen, sondern daß sie bereits bestand. Das ist für die ganze Würdigung des Wortlauts natürlich außerordentlich bedeutsam, wird aber so häufig übersehen, daß es, so trivial es eigentlich aussieht, von neuem betont werden mußte. Bei dieser Sachlage handelt es sich also nicht darum, in dem Wortlaut eine ausdrückliche Anordnung der Personalhaft zu finden. Vielmehr genügt es, den Mangel einer ausdrücklichen Aufhebungsbestimmung und die Verträglichkeit der vorhandenen Normen mit der Fortdauer der Personalhaft zu zeigen. Beides aber ist leicht möglich. Wir müssen uns nur vergegenwärtigen, daß der Satz non corpus obnoxium esset nach der Veranlassungsgeschichte der lex in den Augen der un-

[3]) Eine Andeutung dieses scheinbaren Widerspruchs zwischen Wortlaut und Inhalt der lex Poetelia scheint mir auch in Diodor I, 79 zu liegen, welcher von dem in Ägyten die Personalexekution aufhebenden Gesetze des Bocchoris betont, daß er „τὸ δὲ σῶμα κατ' οὐδένα τρόπον εἴασεν ὑπάρχειν ἀγώγιμον." Die Betonung des κατ' οὐδένα τρόπον ist bezeichnend; sie gibt die Möglichkeit eines σῶμα ἀγώγιμον ohne völlige Aufhebung der Personalhaft zu. So aber wollen ja auch wir das corpus obnoxium der Poetelia auslegen. Somit enthält die Diodorstelle eine weitere wertvolle Bestätigung unserer Hauptauslegung der Poetelia.

mittelbaren Zeitgenossen gar wohl lediglich den Schutz des verhafteten Schuldners vor körperlichen Mißhandlungen und Willkürherrschaft bedeuten konnte[4]). Überhaupt aber müssen wir uns vor einer Anklammerung lediglich an diesen zweiten Satz der lex hüten, so sehr dieser unwillkürlich in die Augen springt. Auch der erste Satz muß voll beachtet werden und grade dieser erste Satz scheint bei richtiger Würdigung und im Zusammenhalt mit dem unmittelbar vorhergehenden Rechtszustande wohl geeignet, die Fortdauer der Personalhaft zu rechtfertigen.

Halten wir uns vor Augen: der unmittelbar der Poetelia vorangehende Verlauf der Exekution wich, wie schon anfangs hervorgehoben, von dem gesetzlichen Endergebnis der tab. III insofern ab, als nicht der Tod des Schuldners oder sein Verkauf ins Ausland, sondern das nexum mit seiner scharfen Willkürherrschaft als schlimmste Konsequenz eintrat und zwar schließlich nicht bloß auf Grund besonderer Vereinbarung, sondern auch ohne solche. Die Willkürherrschaft des nexum führte zu körperlichem Mißbrauch des Schuldners. Dieser war unmittelbare Veranlassung der lex Poetelia und sollte also in erster Linie durch diese lex abgeschafft werden[5]). Was bestimmt nun das Gesetz? Einmal corpus obnoxium non esset. Das haben wir bereits besprochen. Sodann aber: ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. Damit wird für den regulären Privatschuldner auch die scharfe gesetzmäßige Fesselung[6]) der tab. III beseitigt. Wird aber damit jede

[4]) Vgl. auch wenigstens in gewissem Grade, Fleischmann: Vom pignus in causa iudicati captum, S. 5, Anm. 4. Eine sehr interessante Deutung des obnoxium dahin, daß der Körper nunmehr keinen Verkaufsgegenstand mehr bilden sollte, siehe bei Leonhard: Inst., S. 397, Anm. 5.

[5]) Vgl. Horten: Personalexekution II, S. 27.

[6]) Nervi und compedes. Für die Bedeutung des qui noxam meruisset, das mir nicht auf die einstweilige Haft bis zur Tötung des Delinquenten beschränkt werden zu dürfen scheint (so Huschke, nexum, S. 133 und Giraud a. a. O., S. 492), vgl. Cato bei Gellius noct. attic. 11, 18, 18: fures privatorum furtorum in nervo atque compedibus aetatem agunt. Dazu siehe Mommsen, Strafrecht, S. 754. Zweifelhaft in mancher Beziehung sind dabei aber die Komikerstellen: Plautus, Poenulus v. 1364, 1399, 1401, 1409; Rudens v. 872, 876, 889; ganz sicher aber von keiner noxa scheint zu handeln Terentius, Phormio 695 f.:

Personalhaft verboten? Mit nichten. Was hätte denn dann das besondere ausdrückliche Verbot der Fesselung mit nervi und compedes für Zweck, wenn überhaupt jedes teneri des Schuldners fortan unerlaubt sein sollte? Gerade dieses teneretur des ersten Satzes zeigt m. E. klar, daß an sich, d. h. ohne die schweren Fesseln, die Personalhaft fortdauern sollte. Ja, es gibt dieser Satz, richtig verstanden, sogar auch Auskunft darüber, wie lange die einzelne Personalhaft währen sollte. Das donec poenam lueret enthält die betreffende Bestimmung. Es mag richtig sein, daß diese Wortfügung zunächst und in erster Linie in Verbindung mit der Lage desjenigen steht, qui noxam meruit. Das schließt aber kaum aus, sie auch noch zu der allgemeinen Vorschrift des ganzen Satzes in Beziehung zu setzen und also auch von den gewöhnlichen Schuldnern zu verstehen. Auch bei diesen kann man mit vollem Recht von einem poenam luere sprechen, wenn man sich den Satz der tab. III vor Augen hält, welcher als Ergebnis der alten Personalexekution nach Gellius bestimmte: poenam capite dabant. Diese poena capitis ist infolge der gewohnheitsmäßigen Weiterentwickelung des Exekutionsrechts durch das nexum abgelöst worden. Das nexum stellt also ein poenam luere dar und ebenso der Rechtsnachfolger des nexum, die von unmittelbarem Körperzwange befreite Personalhaft jüngerer Form. Wie aber jene alte poena capitis bis zum letzten Augenblick durch Zahlung der Urteilssumme zu beseitigen war, so mußte auch dieses neuere poenam luere sein Ende finden, in dem Moment, wo die durch den Schuldner dem Gläubiger erworbenen Vermögenswerte den Betrag der Schuldsumme deckten[7]). Demnach bedeutet das donec

Quom argentum repetent, nostra causa scilicet
In nervum potius ibit.

Es handelt sich doch hier um die Rückforderungs-, nicht die Strafklage. Über noxa vgl. namentlich Festus s. v. noxia (Bruns fontes II, S. 18) aber allerdings auch Livius 23, 14, 3.

[7]) Über das Abarbeiten vgl. folgenden Paragraphen. Wenn bei Dion. Hal. VI., 82 Sicinius, der Anführer der Plebs bei der ersten secessio von einem δουλεύειν πάντα τὸν τοῦ βίου χρόνον spricht und dabei zweifellos das nexum meint, so denkt er wohl an besonders große Schulden oder an den Umstand, daß bei dem ewigen Kriege die Plebejer stets von neuem verschulden mußten.

poenam lueret für die gewöhnliche Personalhaft nichts anderes als daß sie dauerte, bis die eben erwähnte Deckung erreicht war.

§ 5.

Sallust und Quintilian.

Bei der eben gegebenen Darstellung sind die letzten der im § 1 zitierten Stellen zunächst außer Acht gelassen, um nicht zu verwirren. Wir haben uns aber natürlich auch mit ihnen, also mit der Sallust- und den Quintilianstellen abzufinden, wenn wir unsere Aufstellungen gegen jeden Angriff sichern wollen. Wir können uns nicht, wie es meist geschieht, über diese, wie zuzugeben, in gewisser Beziehung unbequemen Stellen einfach hinwegsetzen, gleich als ob sie gar nicht existierten.

Die Sallststelle ist einer Verteidigungsrede für die katilinarischen Verschworenen entnommen. Sie stellt in deren Sinne ganz schroff als Tatsache hin, daß bei den Römern die Personalhaft durch ein Gesetz — welches wird nicht genannt, vermutlich aber an die lex Poetelia gedacht, wenigstens kennen wir kein anderes, das in Betracht käme — also gesetzlich abgeschafft, dann aber durch den Prätor wieder eingeführt worden sei[1]). Allerdings handelt es sich, wie schon berührt, um eine rhetorisch zugespitzte politische Ansprache und eine solche braucht es mit der historischen Wahrheit nicht allzu genau zu nehmen. Berechtigt uns das aber, sie ganz unbeachtlich zu lassen? Ich glaube kaum. Ein Kern oder wenigstens ein Anschein von Wahrheit wird doch in ihr enthalten sein müssen. Sonst wäre den mit ihren Gesetzen, und zumal solch scharf einschneidenden Bestimmungen, sicher in ziemlich hohem Maße vertrauten Römern auch der niederen Masse ihre Unhaltbarkeit allzu sehr in die Augen

Das donec poenam lueret scheint mir etwas deutlicher auf das Abarbeiten hinzudeuten als das dum solveret bei Varro d. l. l. VII 105 und das donec solverit in den im nächsten Paragraph genannten Quintilianstellen. Letzteres wird oft in dem Sinn verstanden, daß nur die bare Zahlung die Schuld tilgen soll, so von Bachofen a. a. O., S. 81, Scheurl, nexum, S. 52 u. a. Unentschieden Mitteis in seinem berühmten Aufsatz in Sav. Zeitschr., Bd. 22, S. 121.

[1]) Vgl. Heusde a. a. O. S. 97 ff.

gesprungen. Dem durfte sich der Verfasser, gleichviel ob das nun Katilina oder Sallust ist, keinesfalls aussetzen. Worin aber besteht dieser Kern oder Anschein von Wahrheit?

M. E. ist festzuhalten, daß der Wortlaut der lex Poetelia tatsächlich für die ihrer Entstehung ferner stehenden Kreise den Anschein erweckt, als ob die Personalhaft durch sie gänzlich aufgehoben worden sei. Damit ist die erste Behauptung der Rede von dem praesidium legis mit seinem amisso patrimonio liberum corpus habere anscheinend genügend gesichert. Aber auch für die zweite Behauptung, daß dieses praesidium legis iniquitas praetoris eripuit muß wohl einen Anschein der Wahrheit gehabt haben. Dieser Anschein ist aber m. E. am einfachsten durch den Hinweis auf das prätorische Edikt erklärt, welches ja die Personalexekution auch eingehend regelte[2]). Daß das keine Neuregelung der Personalexekution war, ist allerdings richtig, brauchte aber den Römern des ersten Jahrhunderts vor Christus nicht stets gegenwärtig zu sein, zumal wenn sie an den irre leitenden Wortlaut der lex Poetelia dachten.

Somit wäre der gesuchte Anschein der Wahrheit in der Salluststelle gefunden ohne unsere vorhergehenden Feststellungen in Wirklichkeit anzufechten.

Etwas anderer Art sind die Schwierigkeiten, welche uns aus den zitierten Quintilianstellen erwachsen. In diesen beiden Stellen ist mehrmals mit einer großen Bestimmtheit und Schärfe von einer lex die Rede, quae addictum, donec solverit, servire iubet und zwar scheint es sich um eine ziemlich wortgetreue Angabe dieser lex zu handeln. Dafür spricht einmal die dauernde Wiederholung in fast gleicher Form. Ferner aber heißt es einmal ausdrücklich; lex dicit: addictus donec solverit serviat, ut opinor, non: servus sit. Was haben wir davon zu halten?

Wir können auch diese Quintiliannachrichten kaum für gänzlich unhistorisch halten. Ja wenn wir nur die zweite Stelle, die aus den Deklamationen besäßen! Diese Deklamationen sind ja anerkannt unzuverlässig und enthalten viele leges, welche lediglich rethorischer Übungen halber erdichtet wurden[3]). Dagegen

[2]) Vgl. Lenel, edictum S. 325 ff.

[3]) Siehe z. B. auch bei Schloßmann: Altrömisches Schuldrecht S. 69 f.

läßt sich die Institutionenstelle nicht so ohne weiteres bei Seite schieben. Dazu kommt, daß auch noch an einer zweiten Stelle der Institution, nämlich 5, 10, 60, von dem addictus und seinem servire die Rede ist, wobei der Kontroverse über die Bedeutung des servire und seinen Gegensatz zum in servitute esse auch gedacht wird. Diese Kontroverse und dieser Gegensatz wird uns sodann auch von anderen unanfechtbaren Quellen als tatsächlich bestehend nachgewiesen. So streift die Kontroverse über die Stellung des adiudicatus wohl noch z. B. Gaius inst. III, 189; den Gegensatz zwischen servire und in servitute esse aber betonen gar eine ganze Reihe von Stellen, indem sie ausdrücklich von einem servitutem servire sprechen. So kennt letzteren Ausdruck bereits Labeo nach der allerdings verstümmelten, aber doch in ihrer Ergänzung sicheren Stelle des Festus s. v. potitus, welche lautet[4]):

potitus servitu (te) . . . qui ut ait Labeo servitu (tem servit).

Selbst Mucius Scaevola[5]) berücksichtigt ihn bereits in der berühmten von Cicero in den topica 6, 29 erhaltenen Bestimmung des Gentilbegriffes. Die Stelle lautet:

Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt. Non est satis: qui ab ingenuis orti sunt. ne id quidem satis est: quorum maiorum nemo servitutem servivit. abest etiam nunc: qui capite non sunt deminuti. hoc fortesse satis est; nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.

Ja sogar ein Gesetzestext aus dem Jahre 550 der Stadt enthielt ihn. Unter den exceptae personae zählte nämlich die lex Cincia, wie Paulus lib. LXXI ad edictum, ad Cinciam laut Vat. fragm. 298—307 berichtet, an letzter Stelle noch auf:

si quis a servis quique pro servis servitutem servierunt.

Nun ist allerdings in keiner dieser Stellen ausdrücklich der Gegensatz der addicti und deren Stellung erwähnt. Immerhin scheint mir angesichts der Quintilianischen Stellen eine solche Beziehung sehr wahrscheinlich, zumal insbesondere die Stelle aus dem siebenten Buche der Institution[6]) gerade bei Erläuterung

[4]) Vgl. Bruns fontes II, S. 26.

[5]) Wohl der berühmteste Jurist dieses Namens, also der Konsul des Jahres 95 v. Chr., was in meiner Personalexekution S. 77 zu berichtigen ist.

[6]) Inst. VII, 3, 26.

der Kontroverse über die Stellung des addictus als eine Definition der antiqui für den Begriff des eigentlichen servus unser qui servitutem servit erwähnt[7]).

Kann man demnach kaum an der realen Existenz der Quintilianischen Norm: addictus donec solverit serviat zweifeln, so drängt sich natürlich die Frage auf: Wo stand diese Norm?

Quintilian selbst nennt sie eine lex. Nimmt man das scharf, so muß man natürlich an ein ordnungsmäßig zu Stande gekommenes Volksgesetz, sei es nun die lex Poetelia oder ein späteres, denken. Beides aber scheint nicht recht angängig. Was die lex Poetelia selbst anlangt, so wäre sie an sich nach unseren bisherigen Erörterungen selbst wohl keineswegs ungeeignet den inhaltlich gleichen Satz in sich aufzunehmen. Jedenfalls hat wohl der Exequendus in seiner privaten Personalhaft stets arbeiten müssen. Erst seit Einführung der öffentlichen Haft[8]) scheint das anders geworden zu sein. Bis dahin aber war ein Hauptgedanke der ganzen Personalexekution stets, als letzten Vermögenswert die Arbeitskraft des Schuldners auszunutzen. Das galt sogar schon zu den Zeiten, da noch die Geltung von tab. III mit ihren gesetzlichen Exekutionsfolgen der Tötung oder des Verkaufs ins Ausland unbestritten war. Denn anerkanntermaßen[9]) waren diese gesetzlichen Folgen mehr theoretische Schreckmittel als praktische Übungen. Offen trat dieser Zweck hervor, sobald das nexum als alleiniges Endergebnis der Exekution das Feld behauptete. Die lex Poetelia aber hat diesen Zweck keineswegs aufgehoben, wenn sie auch den unmittelbaren körperlichen Zwang und Züchtigung beseitigte[10]) und so allerdings einem dickfelligen, auf Freiheit und Selbstbestimmung nicht erpichten, mit der schmalen Haftkost zufriedenen Schuldner gegenüber das Abarbeitungsgebot häufig

[7]) Damit stimmt auch sehr gut überein, daß Varro in seiner Definition des alten nexus ausdrücklich von einem operas in servitutem dare, nicht bloß von servire spricht.

[8]) Vgl. etwa Horten a. a. O. S. 57; 2 Cod. 10, 18.

[9]) Darüber vgl. z. B. meine Personalexekution S. 224 ff. und Zitate.

[10]) Eigentümlicherweise wird dieser Umstand von Quintilian inst. V, 10, 60 u. VII, 3, 26 f. nicht als differens zwischen servus und addictus hervorgehoben; man müßte denn höchstens in dem addictus legem habet eine, allerdings versteckte, Andeutung finden.

wirkungslos sein mochte. Lediglich letzteres dürfte aus den von Horten zitierten Terenz- und Plautusstellen folgen[11]), falls man diese Stellen überhaupt nicht mehr als scherzhafte Wendungen[12]) zu verstehen hat. Es sind:

Plautus, Rudens v. 872 f.:

> Bono animo meliust te in nervum[13]) conrepere.
> Tibi optigit, quod plurimi exoptant sibi[14]).

Terentius, Phormio v. 335 ff.:

> Mihi sciunt nihil esse. dices, ducent damnatum domum?
> Alere nolunt hominem edacem et sapiunt mea sententia.

Daß das Abarbeiten der Schuld[15]) auch später noch lange das Regelmäßige war, beweisen wohl zur Genüge Stellen wie

---

[11]) Mehr meint wohl schließlich auch nicht Horten: die Personalexekution in Geschichte und Dogma Bd. II, S. 29.

[12]) Als solche vgl. auch Plautus, Menaechmi v. 87 ff.

[13]) Vgl. oben § 4 Anm. 6.

[14]) Übrigens scheint bei genauerer Betrachtung die Stelle gar nicht zu besagen, daß die meisten gern in die Personalhaft gehen. Sie enthält vielmehr die allgemeine Andeutung, daß jedermann gern sein Ziel erreicht vgl. die unmittelbar folgenden aufklärenden Bemerkungen:

Labr. Quid id est? Charm. Ut id, quod quaerant, inveniant sibi.

Das Ende des Labrax aber ist eben der Ansicht des Charmides nach schließlich doch der Kerker.

[15]) Puchta Inst. § 179 Anm. v. gründet das Abarbeiten auf die Analogie des Freien, der noxae gegeben worden war, und dessen Verhältnisse geregelt sind in Collatio II, 3, 1: Papinianus libro definitionum secundo sub titulo de iudicatis:

Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit.

Auch diese Analogie dürfte nicht abzuweisen sein, zumal der Titel de iudicatis bereits auf eine weitere Anwendung als der unmittelbare Wortlaut hinzudeuten scheint. Allerdings geschieht die noxae datio durch eine mancipatio vgl. Gaius inst. IV, 79, während es sich hier mehr um ein Verhältnis ohne Vertrag wie beim redemptus handelt. Dessen Erwerb soll nach l 12, 11 D 49, 15 dem redemptor zufallen vice illius, quod apud hostes quaesisset. Braucht sich der redemptor das also nicht auf den Loskaufspreis abrechnen?

Vgl. bezüglich des Arbeitszwanges aber auch Bachofen a. a. O. S. 80 f. Bethmann-Hollweg Civilprozeß § 113 A 23; siehe auch § 4a. E.

Plinius epist. III, 19, 7:

> Sunt ergo instruendi (sc. agri) eo pluris quod frugi mancipiis; nam nec ipse usquam vinctos habeo nec ibi quisquam

und Columella d. r. r. I c. 3 § 12:

> ... agros occupatos nexu civium et ergastulis tenent.

Varro de r. r. I. 17: Omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque. Liberis aut cum ipsi colunt ... aut mercennaris ... iisque quod obaeratos[16]) nostri vocitarunt.

Die addicti ersetzen hier also die anderen Feldarbeiter.

Mithin paßt die Quintilianische Norm inhaltlich sehr gut in die lex Poetelia. Trotzdem aber dürfte eine solche Zuweisung nicht zulässig sein. Einmal erscheint die ganze Bestimmung in ihrer Hervorhebung der Arbeitspflicht mit Rücksicht auf den bereits vorher bestehenden Rechtszustand als überflüssig und mit der Veranlassung der lex wenig harmonierend. Ferner aber ist zu beachten, daß die Bestimmung von Quintilian anscheinend wortgetreu wiedergegeben wird, wie bereits oben hervorgehoben ist. Der maßgebende Wortlaut der Poetelia ist uns ja aber anderweitig bereits bekannt, wie wir sahen, und enthält den Quintilianischen Satz nicht. Überhaupt aber dürfte dessen donec solverit mit dem livianischen donec poenam lueret in ein und demselben Gesetzeswortlaut kaum konkurrirend enthaltend gewesen sein.

Wir wären also auf eine spätere lex im technischen Sinne angewiesen. Eine solche ist natürlich möglich, bei dem uns vorliegenden Quellenmaterial aber kaum wahrscheinlich. Jedenfalls haben wir nirgends die leiseste Andeutung einer solchen anderen lex. Dazu kommt dann noch, daß bei Vorhandensein einer solchen neueren lex mit so zweifelsfreier Statuierung der Personalexekutionsfortdauer die am Eingang dieses Paragraphen erörterte Sallststelle durchaus unverständlich wäre.

Somit dürfte die Quintilianische lex kaum im technischen Sinne gemeint sein. Die Norm dürfte vielmehr dem prätorischen Edikt angehört haben[17]). Dafür spricht materiell die eben erwähnte Sallststelle, formell aber im gewissen Grade auch der

---

[16]) Vgl. dazu Varro d. l. VII, 105: nexus vocatur ut ab aere obaeratus.

[17]) Vgl. auch Troplong a. a. O. XCIX.

Gebrauch des direkten Konjunktivs statt des Imperativs[18]). Formelle Bedenken wegen des Ausdrucks lex bei Quintilian dürften aber kaum mit Recht erhoben werden können. Bereits Cicero hat in der bekannten Stelle in Verrem II, 1 c. 42 das prätorische Edikt im Sinne derjenigen qui plurimum tribuunt edicto wenigstens als eine lex annua bezeichnet. Seneca aber spricht controv. 9, 3, 8 ganz ohne Scheu in Beziehung auf den erweislich auf dem Edikt[19]) beruhenden Satz: Per vim metumque gesta ne sint rata: Arma lex et vincula et ultimum periculum completitur. Warum sollte da Quintilian peinlicher in seiner Ausdrucksweise gewesen sein? Spricht doch von den Späteren selbst ein Ulpian in l. 1 § 2 D 38, 8 unbedenklich bezüglich der bonorum possessio unde cognati: Pertinet auctem haec lex ad cognationes non serviles.

Ein Widerspruch in der Darstellung Sallusts und Quintilian ist also nicht durchaus zu finden. Aber auch unsere obigen Ergebnisse aus den Varro- und Liviusstellen stößt es nicht um, wenn das prätorische Edikt, das ja anerkanntermaßen selbständige Bestimmungen über die Personalexekution in einer formloseren Einleitungsweise besaß, für seine Exekutionsform über das Abarbeitungsrecht ausdrücklich dasselbe bestimmte, was ohne ausdrückliche Norm für die zivile Exekutionsform auch galt.

---

[18]) Vgl. Jhering, Geist II, S. 604 ff.; Karlowa, Rechtsgesch. I, S. 462.

[19]) Vgl. Lenel, Edictum S. 90 und Citate. Daß der Wortlaut der Bestimmung dort etwas anderes war als bei Seneca, ist bei der materiellen Übereinstimmung gleichgültig.

Über Klagenverjährung und deren Wirkung

von

Fritz Klingmüller

Etwa vor 100 Jahren begann sich die deutsche Juristenwelt wegen der in der Überschrift enthaltenen Rechtsfrage in zwei getrennte, nach Quantität und Qualität ungefähr gleiche Lager zu spalten. Der schließlich mit großer Hartnäckigkeit geführte Kampf der Meinungen sollte insbesondere die Entscheidung darüber bringen, ob der Verjährung eine stärkere, das ganze rechtliche Verhältnis vernichtende Wirkung zuzuschreiben sei, oder eine nur schwächere Wirkung, die von dem affizierten Rechtsverhältnis noch eine Naturalobligation übrig läßt. Eine Zeit lang schien durch Savigny's[1]) Autorität und nachhaltigen Einfluß die berühmte Streitfrage zu Gunsten der schwächeren Wirkung entschieden zu sein, sodaß Demelius[2]) glaubte, bereits von einem endgültigen Siege jener Auffassung berichten zu können. Die Siegesnachricht war aber — wie Bekker[3]) mitteilt — verfrüht; denn bald genug entstand wieder Bewegung in der Doktrin, und mehrfach machten sich Bestrebungen geltend, die eine Erschütterung des Savigny'schen Standpunktes zum Ziele hatten. Tatsächlich schien auch die gemeine Meinung sich wieder mehr der Auffassung von der stärkeren Wirkung zuzuwenden, nicht zuletzt beeinflußt durch Dahns[4]) Dissertation „Über die Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen", und die Stellungnahme Windscheids, die sich noch in der I. Kommission zur Beratung des BGB. merklich geltend machte.

---

[1]) System V §§ 248–251; Obl.-R. I 596 fg.

[2]) Untersuchungen aus dem röm. Civilrechte Bd. I (1856) S. 1—108; insbesondere S. 65.

[3]) Im Jahrb. des gem. R. IV S. 408 (1860).

[4]) Nach Bekkers Ansicht „der einzige, der nach Savigny eine selbständige Abhandlung über die vorliegende Frage geschrieben hat". —

Merkwürdig bleibt der Streit der Meinungen über eine praktisch und theoretisch so wichtige Frage. Er wird erklärlich durch Bekkers richtigen Hinweis: unleugbar, daß von dieser Frage ausgehend wir allmählich zu immer klarerer Erkenntnis des Wesens der Aktionen und der Naturalobligationen, der Verjährung und anderer Stücke unseres Rechtsystems gelangt sind. — Wissenschaftliche Fragen stehen eben als wesentliche Bestandteile eines großen Systems in unauflöslicher Verbindung unter einander; so haben auch mich eingehendere Untersuchungen über das Wesen der sogen. Naturalobligationen auf dieses strittige Gebiet geführt[1]).

Der Verjährungsbegriff — so geläufig er uns Modernen zu sein scheint — hat erhebliche Wandlungen durchgemacht und ist auch jetzt noch nicht dogmatisch unanfechtbar. Jedenfalls ist im modernen Recht eine rückläufige Bewegung zu beobachten, welche mit größerem juristischen „discernement“ vorgehend einer unzweckmäßigen und unheilvollen Generalisierung des Verjährungsbegriffes abhold ist. War man doch bereits „auf dem Wege ungebührlicher Abstraktion“[2]) so weit gekommen, den juristisch-technischen Begriff der Verjährung in dem weiten Laienausdruck, der unter „Verjähren“ jeden Untergang eines Rechts nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes versteht, farblos aufgehen zu lassen; nicht verwunderlich, daß man dann glaubte, auch von einer *„praescriptio momentanea“* reden zu können, wenn ein Recht nur in einem bestimmten Augenblick ausgeübt werden kann, wie etwa das Recht der Notwehr im Augenblicke des Angriffs, und man diesen Zeitpunkt untätig vorübergehen läßt[3]). Schließlich fügte man dieser *praescriptio extinctiva* noch die *„praescriptio acquisitiva“* bei, beides wesentlich verschiedene Institute, die sich nur in der allgemeinen Berücksichtigung eines bestimmten Zeitablaufs zusammenschließen, nicht aber unter einem für die juristische Systematik wertvollen übergeordneten Begriff. Die

[1]) Vgl. meine bereits zum Druck gegebene Monographie über die „Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten“. im bes. § 14 nro. II. —

[2]) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung (1880) S. 22.

[3]) Vgl. Windscheid I § 105 A. 6. Dagegen schon Rave in seiner Schrift „De praescriptionibus“ (1790), die sonst nur deswegen erwähnenswert ist, weil sie die Verjährungslehre des ALR. ungünstig beeinflußte. Vgl. besonders die verunglückten §§ 568, 569, I, 9 ALR.

neuere Rechtslehre hat alle Mühe gehabt, aus dem unzulässig erweiterten Verjährungsbegriff der älteren Doktrin selbständige Institute auszulösen und schärfer zu begrenzen. — — —

I.

Diese Richtung der gemeinrechtlichen Entwicklung hatte keinerlei Anknüpfungspunkte im **römischen Recht,** das eine allgemeine Lehre von der Verjährung und ein einheitliches Rechtsinstitut in diesem Sinne nicht gekannt hat. Den Römern mangelte schon ein allgemeiner Ausdruck für das, was wir als Verjährung zu bezeichnen gewohnt sind. Der zuerst von den Glossatoren und nachher in der kanonischen Rechtsprache hierfür gebrauchte Ausdruck *„praesciptio“* bedeutet bei den römischen Pandektenjuristen im gewöhnlichen Sinne ein als Vormerkung der formula inserierter Einwand des Beklagten, und da seit Gaius alle praescriptiones pro reo als Exceptionen formuliert wurden[1]), nahm „praescriptio“ überhaupt die Bedeutung von exceptio an[2]). So wird auch die Einrede der Verjährung promiscue als annua [s. annalis] exceptio oder temporis [s. temporalis] praescriptio bezeichnet[3]). — Immerhin hat Fitting darauf aufmerksam gemacht, daß schon dem Altertum „praescribere“ in dem speziellen Sinne von „Verjähren“ nicht unbekannt gewesen ist, wie sich aus den Vaticanischen Summarien des Cod. Theodos., aus einer Stelle des Cod. Iust., und sogar aus einigen Digestenstellen ergibt[4]).

Erste und letzte Frage aber bleibt, was man überhaupt unter „Klagenverjährung“ zu verstehen hat: einmal, wie ist der Vorgang des „Verjährens“ juristisch zu denken? — was verjährt eigentlich? — Es soll der immer wieder an den modernen Juristen herantretenden Versuchung widerstanden werden, von aprioristischen Begriffen auszugehen; die tatsächlichen Erscheinungen des Rechts-

[1]) Gai. IV 132—137.

[2]) Vgl. z. B.: D. (5, 1) 52, 3. — (31) 34, 3. — (44, 1) 10. — (47, 15) 3, 1. — (49, 1) 3. 1. — (48, 5) 16, 7. — (44, 1) 23. — u. a. m.

[3]) Nur einmal *exceptio temporis*: D. (40, 14) 1 [Marcellus].

[4]) Vgl. Zschr. f. Rgesch. X S. 337; Zschr. d. Sav. = St. IX S. 394 u. XIV S. 259. — Die Stellen: C. Just. (9, 35) 5 [a. 290]; D. (49, 14) 1, 3. 5 [Callistr.] u. D. (48, 17) 3 [Marcian.] — Summar. zu C. Theod. (10, 1) 15. — E. Heymann, Vorschützen d. Verjährung S. 51 A. 217 fügt hinzu: C. Just. (5, 62) 3 [a. 206]. —

lebens vorurteilslos zu betrachten, ist die erste Aufgabe, der die Begriffsbildung nachzufolgen hat. Auch die Entwicklung des römischen Rechts gewährt nach dieser Richtung hin mancherlei Nutzanwendung. —

Das alte *Civilrecht* ist arm an Fällen von zeitlicher Rechtsbegrenzung. Das ist erklärlich, weil überhaupt ältere Rechtsordnungen dem alogischen Element der Zeit wenig oder gar keinen Einfluß gewähren. Hierin liegt an sich ein ebenso charaktervoller wie logischer Konservatismus: was Recht ist, soll Recht bleiben[1]). Freilich wird dieser Vorzug von älteren Rechtsordnungen verhältnismäßig leicht erworben, da bei dem Vorherrschen sachenrechtlicher Gestaltungen und bei dem unentwickelten Zustande des Obligationenrechts — beides Folgeerscheinungen eines unentwickelten Verkehrs — die Bedürfnisse, die später zu irgendwelcher zeitlicher Begrenzung von Rechten führten, sich weniger geltend gemacht haben werden.

Den wichtigsten hierher gehörigen Fall des ius civile, in welchem ein entstandenes Rechtsverhältnis mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist erlischt, stellte die *lex Furia* aus der Zeit bald nach dem zweiten punischen Kriege[2]) auf: sponsor et fideipromissor biennio liberantur[3]). Da im übrigen keinerlei Quellenbericht darüber vorliegt, in welcher Weise diese Befreiung des Bürgen von seiner Verbindlichkeit eintrat, so geschah sie offenbar auf die natürlichste und einfachste Weise: durch bloßen Fristablauf, ipso iure in diesem Sinne, ohne Hinzutreten sonstiger Umstände.

[1]) Gewiß ist die Berücksichtigung der Zeit bei der „erwerbenden", wie „zerstörenden" Verjährung eine Inkonsequenz, indem „das Faktische geradezu an die Stelle des Rechts gesetzt wird", „eine Abweichung vom Begriffe des Rechts, welches ja eine ideale Ordnung des Materiellen ist, während hier gerade umgekehrt eine Ordnung des Idealen durch das Materielle geschieht". — Dahn a. a. O. S. 6 u. 7. — Bekker, Pand. I § 38 Beil. I: . . . „Und ebensowenig wird man es dem naiven Laiengefühl verübeln dürfen, wenn er trotz alledem mal Anstoß daran nimmt, dass ohne sonstige Änderung des Tatbestandes eine Sekunde aus Unrecht Recht und aus Recht Unrecht zu machen vermöge". — Stammler, Lehre v. richt. R., S. 263 f. führt aus, daß die Verjährung zu den Mitteln des *förmlichen* Rechts gehört u. dem *wirklichen* Rechte entgegengesetzt ist.

[2]) Vgl. E. Heymann a. a. O., S. 23 A. 72 u. die dort Cit.

[3]) Gai. III 121. 121a.

Daher ist quellenmäßig wie auch sachlich unbegründet Demelius'[1]) Annahme, daß die Bestimmung der lex Furia gewiß durch eine besondere exceptio legis Furiae realisiert worden sei; wird doch dadurch über die hier zunächst klarzustellende *materiellrechtliche* Wirkung des Zeitablaufs nichts entschieden. *Prozeßual* war im Formularverfahren das Denegationsrecht des Praetors — als formeller Ausfluß der ipso-iure-Wirkung — ausreichend, um Klagen gegen den sponsor über das biennium hinaus abzuweisen, sodaß die Aufnahme einer besonderen exceptio in die formula nicht erforderlich war; daß ein besonderes Exceptionsschema zur Verfügung stand, welches vom Praetor dann gebraucht wurde, wenn wegen Anwendbarkeit der lex Furia noch eine nähere Sachuntersuchung vor dem index notwendig war, ist möglich, aber nicht festzustellen. Überhaupt finden wir während der Herrschaft des Formularprozesses vielfach Ausübung des Denegationsrechtes und Gewährung einer Exceptio durch den Praetor bei gleichen Tatbeständen neben einander, ohne daß allgemeine regulierende Bestimmungen über die eine oder andere processuale Möglichkeit auffindbar wären[2]).

Jedenfalls ergibt sich als materiellrechtliche Wirkung des Zeitablaufs gemäß der lex Furia die völlige Befreiung des sponsor; die Bürgschaftsobligation ist ebenso vollkommen erloschen, wie wenn sie durch Zahlung getilgt wäre. Nihil remanet. —

Ging demnach der nur durch geringe Ausnahmen modificierte Grundsatz des ius civile dahin, daß die actiones perpetuae sind, so verließ auch in dieser Frage die *praetorische* Rechtsbildung die einfachen und starren Linien des alten Rechts. Immer zahlreicher werden die Fälle zeitlicher Beschränkung der im Edikt proponierten

[1]) a. a. O. S. 16. — Vgl. dagg. Savigny, Syst. V S. 181. — Keller, Röm. C Pr. § 36.

[2]) Hierauf kommt mehrfach R. Schott in seiner gehaltvollen Schrift über „Das Gewähren des Rechtschutzes im röm. Civil-Proc." (1903) zu sprechen. [S. 75 f. 79. 91. 92. 101]. — Wir finden denegatio u. exceptio neben einander bei: subjektivem Unvermögen (dann exc. doli) D. (44, 4) 4 2; iusiurandum delatum D. (12, 2) 7. u. 9; formellem Mangel einer gültigen Erbeseinsetzung D. (28, 4) 1, 3. 2; SC. Vellejanum D. (4, 4) 12 u. (16, 1) 19, 5. — Über den laxen Sprachgebrauch des jüngsten römischen Rechts, nach welchem der Ausdruck ‚exceptio' auch auf die nach klassischem Recht ipso iure wirkenden Verteidigungsmittel angewendet wird, vgl. Heymann S. 53 bes. A. 224.

Aktionen. Hierbei sollen nach Heymanns[1]) Untersuchungen zwei Gruppen zu unterscheiden sein:

1. Fälle, in welchen der Praetor oder Aedil die betreffende Prozeßformel von vornherein nur für eine bestimmte Zeit verheißen hatte[2]);
2. Fälle, in denen die zeitliche Beschränkung nicht auf ediktaler Verheißung beruhte, sondern auf der anschließenden interpretatio der Juristen[3]).

Nur ist fraglich, ob für diese Gruppenteilung, bei der sich Heymann Lenel[4]) angeschlossen hat, genügend sicheres Beweismaterial aus den Quellen vorliegt. Richtig ist, daß uns bei einer ganzen Reihe von Edikten die Beschränkung der actiones auf den annus in den Digesten nicht überliefert wird, daß aber die Juristen gleichwohl eine derartige zeitliche Begrenzung mehrfach unbedenklich in ihre Erörterungen einstellen[5]). Aber zwischen diesem Tatbestande und dem von Lenel und Heymann gezogenen Schlusse stehen doch gewisse hindernde Möglichkeiten. Einmal

[1]) a. a. O., §§ 5 und 6.

[2]) „*Intra annum,* quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, iudicium dabo." — In diesem Falle war der proponierten actio ein für allemal die exceptio annua eingefügt. H. weist dies nach z. B. bei der actio quod metus causa in quadruplum, actio de turba und de vi bonorum raptorum, actio de calumniatoribus. — Die nachweisbaren Zeitbeschränkungen bei den einzelnen Edikten sind zusammengestellt S. 27, A. 89. —

[3]) Bes. Beweisstelle D. (27, 6) 9, 1, wo Ulpian auf die Autorität Labeos verweist. — Nach Lenels [Ed. perp. S. 403] Nachweisung gab es im praetorischen Album ein generelles Schema für die exceptio annua. Prozessual spielte sich dann der Vorgang so ab: Bei der editio formulae seitens des Klägers [an dessen Verpflichtung zum edere trotz Schott festzuhalten ist: Klingmüller in krit. Vierteljahrsschr. 1905, S. 257 ff.] wurde die exceptio annua noch nicht erwähnt, sondern sie kam erst durch den Praetor bei der Verhandlung in iure in die von ihm bewilligte actio.

[4]) Ed. perp. S. 52, A. 5.

[5]) z. B. in dem D. (9, 3) 1 pr. mitgeteilten Edikt „de his, qui effuderint vel deiecerint" ist von irgend einer zeitlichen Beschränkung der actio nicht die Rede. Ulpian D. eod. 5, 5 erklärt deshalb auch grundsätzlich die actio für eine perpetua, unterscheidet aber davon die actio quae de eo competit, quod liber perisse dicetur und beschränkt diese auf 1 Jahr. Begründung: nam est poenalis et *popularis.* Dazu Ulpian D. (47, 23) 8: Omnes *populares* actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur. —

kann die Überlieferung des Edikts durch die Pandektenjuristen zum Teil ungenau sein, indem sie ständige Zusätze wie die exceptio annua als selbstverständlich für die Leser ihrer Zeit wegließen; ferner ist zu bedenken, daß die exceptio annua, allmählich stereotyp geworden, wohl vielfach durch „literae singulares" ausgedrückt wurde, woraus sich leicht die Möglichkeit des Missverständnisses oder der Fortlassung ergab[1]).

So ist kaum anzunehmen, daß in dem in der Anmerkung mitgeteilten Falle der actio de effusis vel ejectis Ulpian zu der zeitlichen Begrenzung dieser Klage bei Tötung eines Freien ohne Anhalt im Edikt lediglich im Wege der Abstraktion gelangt sei; wahrscheinlich ist, daß die Annalität der actiones populares insgesamt allgemein im praetorischen Edikt verordnet war[2]). Aber selbst wenn man der erwähnten Zweiteilung folgt, ist doch auch bei der zweiten Gruppe die prozessuale Lage so zu denken, daß die exceptio annua ohne besonderen Antrag des Beklagten in die Formel inseriert wurde, daß mithin die honorarische Temporalität in jedem Falle *von Amtswegen* berücksichtigt wurde. So das Ergebnis, zu dem Heymann[3]) gelangt.

Weiter ist wichtig festzustellen, auf welche Weise dieses praetorische Institut der Annalität zur Durchführung kam. Welches war der Grund der einjährigen Befristung? Wann sollte der annus zu laufen beginnen? Wie vollendete sich der Zeitablauf? —

Die einjährige Befristung ist mehrfach von altersher bis in die neuere Zeit in Verbindung gebracht worden mit dem praetorischen Amtsjahre. Bereits die Verfasser der Justinianischen Institutionen geben den Gaianischen Worten „eas vero [sc. actiones] quae ex propria ipsius [sc. praetoris] iurisdictione *pendent* plerumque intra annum dare[4])" die Begründung bei: „nam et ipsius praetoris

[1]) Karlowa, R. Rgsch. II. S. 974 f. weist darauf hin, daß sich im Cod. Einsidl. die litterae „*S. N. P. Q. A.* D." finden, aufzulösen = si non plus quam annus est [statt D. „E."].

[2]) Auch Wlassak, Edikt und Klageform S. 84 A. 19 zweifelt, ob der allgemeine Ausspruch Ulpians nur ein durch Abstraktion gewonnener Satz oder etwa im Album verzeichnet war.

[3]) S. 45.

[4]) Gai. IV. 110.

intra annum erat imperium[1])". — Es ist nicht ersichtlich, woher die Institutionenverfasser diesen Begründungsversuch entlehnt haben; da sonst bei keinem anderen römischen Juristen eine derartige Erklärung des annus der honorarischen Temporalklagen zu finden ist, dürfte sie aus den recht zweifelhaften rechtshistorischen Kenntnissen der Institutionenverfasser selbst geflossen sein. Immerhin ist sie in neuerer Zeit wieder aufgenommen worden und zwar von Ubbelohde[2]) auf Grund der Forschungen O. E. Hartmanns in beachtenswerter Ausführung.

Die Frist von einem Jahre für die meisten praetorischen Klagen habe ihren Grund in ihrem Ursprunge aus der Jurisdiktion des Praetors, die sich damit zu dem ius civile mit der grundsätzlich zeitlichen Unbeschränktheit der actiones in direkten Gegensatz gestellt habe; gemäß dieses Ursprunges müsse es „als durchaus selbstverständlich erscheinen, daß die zeitliche Beschränkung der praetorischen Actionen auch der zeitlichen Beschränkung der praetorischen iurisdictio entspreche". — Diese Selbstverständlichkeit erscheint aber doch einigermaßen fragwürdig, wenn man bedenkt, daß selbst actiones poenales vom Praetor in perpetuum versprochen wurden[3]), und daß sich der gleiche Grundsatz zeitlicher Beschränkung bei anderen aus derselben Rechtsquelle geflossenen Rechtsmitteln, den Interdikten gerade nicht findet[4]). So bringt diese angebliche Beziehung zwischen der zeitlichen Beschränkung der öffentlich rechtlichen Iurisdiktion des

[1]) Inst. (4, 12) pr., anschließend Theophilus in der Institutionenparaphrase: ἐπειδὴ καὶ αὐτὸ τοῦ πραίτωρος ἔδικτον μέχρι ἐνιαυτοῦ ἴσχυε πάλαι.

[2]) „Über die Berechnnng des tempus utile der honorarischen Temporalklagen." (1891.) bes. S. 20f. 31. 34f.

[3]) z. B. die actio de effusis vel eiectis nach D. (9, 3) 5, 5, die actio servi corrupti nach D. (11, 3) 13 pr., die actio in factum gegen nautae nach D. (4, 9) 7, 6. — Demelius, S. 29 erklärt diese Ausnahmen zutreffend aus der Anlehnung der praetorischen Rechtsbildung an das Volksrecht, insbesondere an das damnum iniuria datum der lex Aquilia.

[4]) Wir kennen nur 3 auf einen annus utilis beschränkte Interdicte: interd. de vi non armata nach D. (43, 16) 1 pr. und 39 und Cic. pro Tull. 19, 44; interd. quod vi aut clam nach D. (43, 24) 15, 5; interd. fraudatorium nach D. (42, 8) 10 pr. u. 18.

Praetors und ihren prozeßrechtlichen Ausflüssen nach allgemeiner Betrachtung keine Erklärung und ist demnach unverwertbar[1]).

Ubbelohde kommt aber auch selbst bei der näheren Verwertung dieses praetorischen Amtsjahres für die Berechnung des annus der einzelnen actiones in erhebliche Schwierigkeiten. Eigentlich wäre es folgerecht gewesen, die Zeitdauer dieser honorarischen Klagen mit der des Amtes in Einklang zu bringen, also die Klagen mit dem Amtsjahr ohne weiteres erlöschen zu lassen. Das hätte eine unerträgliche Rechtsungleichheit bewirkt, je nachdem zufällig ein Anspruch in einem früheren oder späteren Augenblicke des Amtsjahres zur Entstehung gelangte, oder auch eine direkte Versagung des Rechtsschutzes, wenn ein Anspruch erst so spät entstand, daß er in diesem Amtsjahre nicht mehr zur litis contestatio gebracht werden konnte. Da habe auch hier „der praktische Sinn der Römer" einen vermittelnden Ausgleich gefunden. Jedem Anspruche, dem lediglich das Edikt Rechtsschutz verhieß, sei *ohne Rücksicht* auf den Ablauf des Amtsjahres, in welchem er entstanden war, ein volles natürliches Jahr lang die Verwirklichung des verheißenen Schutzes gewährt worden; um Rechtsungleichheiten zu vermeiden, habe man die Frist mit der experiundi potestas, d. h. mit der rechtlichen Möglichkeit der litis contestatio, beginnen lassen. So sei dieser annus utilis der honorarischen Temporalklagen *an die Stelle* des Amtsjahres des Praetors getreten, und so sei es klar, daß die gewöhnliche Auffassung desselben als eines tempus utile ratione *cursus* unhaltbar sei, denn die Amtszeit des Praetors sei ein tempus continuum gewesen[2]).

[1]) So schon Vinnius ad tit. Inst. de perpet. et tempor. act. — E. Schrader ad eund. tit. nennt die Begründung mit dem praetorischen Amtsjahr „rationem . . . parum probabilem," Puchta Inst. II, § 208 A. d. einen „müßigen Einfall," Keller, Röm. CPr. § 93A. 1168 den behaupteten Zusammenhang „in der Tat unerfindlich", Demelius, S. 15, A. 4 eine „Hypothese". Ebenso Arndts in Zschr. f. Civilr. u. Proz. XIV, S. 1ff. §§ 1—32. Karlowa, R. Rgesch. II, 978. Auf der andern Seite schon vor Ubbelohde eingehend Elvers in Themis N. F., Bd. I, Heft 1, S. 127ff., Dernburg, Pand. I, § 145 A. 4 mit nur allgemeiuer Wendung: „diese Klagen sind ephemer, wie sie schon von einer ephemeren Gewalt ausgehen"; Leonhard, Inst. S. 517, Biermann in Zschr. d. Sav.-St. XIII, S. 384.

[2]) So zusammenfassend Biermann in der Besprechung a. a. O.

Diese Ausführungen mit ihrem Festhaltenwollen an dem praetorischen Amtsjahr und ihrem unwillkürlichen Abgleiten von dieser Beziehung sind gewiß gekünstelt. Was die Berechnung der einjährigen Frist anbelangt, so genügt es, als Beginn der Frist den Augenblick einzustellen, wo die experiundi potestas zuerst möglich war, eine Verlängerung der Frist aber um die Zahl derjenigen Tage eintreten zu lassen, an denen ein Hindernis für die experiundi potestas vorgelegen hat[1]). In diesem Sinne ist also von dem annus der honorarischen Temporalklagen als von einem tempus utile zu sprechen.

Wenn nun die Beziehung zu dem Amtsjahre des Praetors wegfällt, so ist, da diese zeitliche Beschränkung der Aktionen offensichtlich ein Werk der positiven Gesetzgebung ist, nach anderen und zwar legistatorischen Gründen zu suchen. Diese liegen bei den praetorischen Poenalklagen und ihrem Ursprunge aus dem Begriffe der römischen Privatstrafe[2]) nicht fern: die Rache an dem Übeltäter wird bald genommen, längeres Zögern ist hier dem natürlichen Gefühle der Menschen fremd. Überhaupt aber mag bei allen praetorischen Aktionen die einjährige Frist aus denselben Gründen verordnet worden sein, aus welchen gerade diese Frist in dem rechtlichen Leben aller Völker zu finden ist: es ist die Frist für den Kreislauf der Natur und des bürgerlichen Lebens[3]).

Der rechtliche Charakter dieser Frist und die Wirkung ihres Ablaufs ergibt sich aus der Sache selbst. Nur intra annum hatte der Praetor in seinem Edikt für bestimmte, ihm des rechtlichen Schutzes für würdig erscheinende Verhältnisse einen Kondemnationsbefehl versprochen; wurde die experiundi potestas von dem durch die actio Geschützten innerhalb der gesetzten Frist nicht ausgeübt, so waren nach ungenutztem Ablaufe der Frist nunmehr die Tatsachen, auf die er seine actio hätte gründen können, ebenso irrelevant, als sie es gewesen, bevor das „actionem dabo“ im Edikte erschienen war. Das neue Recht sollte eben nur 1 Jahr lang gelten und anerkannt sein, nach Fristablauf ohne weiteres erlöschen. — Ist aber die Wirkung des Fristablaufs so intensiv,

[1]) So gegen Savigny Syst. IV, S. 421 ff. Karlowa II, S. 975 f.

[2]) Jhering, Geist I, S. 121 ff. Huschke, Gaius, S. 121. 123. 126 f.

[3]) Karlowa, S. 979.

dann handelt es sich bei dem Institute der praetorischen Annalität um *keine eigentliche Klagenverjährung*, sondern um *Fälle gesetzlicher Befristungen*, um *sog. Legalfristen*. — Hierauf hat zuerst — soviel ersichtlich — A. Fick[1]) aufmerksam gemacht. Er unterscheidet 3 Arten eigentlicher actiones temporales, i. e. formulae post aliquod tempus denegandae:

1. ex pacto befristete Klagen[2]),
2. ex lege befristete Klagen[3]),
3. praetorische und aedilicische Temporalklagen.

In allen 3 Fällen aber erlösche mit dem Ablaufe des tempus das Recht, es bleibe keine naturalis obligatio zurück. Daher werde vom Praetor die actio denegiert, wenn sich schon in iure der Zeitablauf herausstelle, dagegen exceptio gegeben, wenn bei der Notwendigkeit eingehender Untersuchung diese Frage ins iudicium verwiesen worden sei[4]).

Gleiche Wege — ohne jedoch an Fick anzuknüpfen — schlägt Demelius[5]) ein; auch er betont immer wieder, daß die praetorischen Temporalklagen Fälle gesetzlicher Befristung sind. Hierzu stimmt sinngemäß, daß die dem Klagerechte anhaftende Zeitbeschränkung in den Quellen mit ‚dies actionis‘ und der Zeitablauf selbst mit ‚diem actionis exire‘ bezeichnet wird[6]).

[1]) Quid intersit, quoad vim tempore in ius exercitam, inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones. — Inaug.-Diss. Marb. 1847.

[2]) Nach D. (17, 1) 29, 6; (44, 7) 44, 1; (45, 1) 56, 4.

[3]) Z. B. die Klagen gegen sponsores u. fidepromissores nach der lex Furia. — Gai. III 121.

[4]) Das ist ganz richtig u. stellt das wirkliche Verfahren im römischen Zivilprozesse dar. Zu verwerten gegen Demelius' Annahme von einer bestimmten exceptio legis Furiae.

[5]) Bes. S. 12 ff. — §§ 3. 4. 7—10. — Anschließend Brinz, Pand. I § 47, S. 165; Unger, Östr. Privatrecht I § 104. — Bekker a. a. O, S. 424 f. — Kuntze, Kurs. S. 477 u. Exkurse S. 468. — Ubbelohde S. 54. — Grawein, Verjährung u. gesetzl. Befristung, S. 7 fg., S. 174 A. 122. — Schäffer in Zschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. IX S. 104 ff.

[6]) D. (4, 6) 1, 1. 21 [verba edicti]; (27, 6) 10 [Gaius]; (36, 1) 49 pr. [Papin.]; (2, 7) 4 pr. u. (5, 1) 28, 4 [Paul]; D. (2, 12) 3 u. (4, 6) 17, 1 u. (13, 5) 18, 1 [Ulp.]. — Demelius führt diese Auffassung in dogmatisch wie historisch gleich vorzüglichen Ausführungen durch, insbes. bei den praetorischen Poenalklagen, der actio de peculio, actio Publiciana rescissoria. Das

Wenn aber der Tag für das Ende dieser praetorischen Aktionen gekommen ist, dann erlöschen sie vollständig, und der nur für eine bestimmte Frist zugesagte gerichtliche Schutz wird dem zu Grunde liegenden Interesse wieder entzogen[1]). Jedenfalls ist bei dieser Sachlage, die sich aus der eigentümlichen Natur des praetorischen Rechtsschutzes ergiebt, kein Raum für das Zurückbleiben einer Naturalobligation; es ist in den Quellen keine Belegstelle auffindbar, die für eine derartige schwächere Wirkung der honorarischen Temporalität verwendbar wäre[2]).

Nun ließe sich denken, daß das römische Recht von einer gesetzlichen Befristung der Actionen zu einer bloßen Verjährung der Klagen fortgeschritten und so zu einer Mäßigung in der Wirkung des Zeitablaufs gelangt sei, die wohl — wie etwa in sonstigen Fällen bloßen Klagenverlustes — Raum gelassen habe

---

Bestehenbleiben einer naturalis obligatio wird für undenkbar erklärt und darauf hingewiesen, daß gegen den Untergang der Strafklagen durch Fristablauf keine Restitution gegeben werde [D. (4, 4) 37; C. (2, 53) 18], u. dies auf die austilgende Kraft der Poenalverjährung zurückgeführt. Dieser korrespondierenden Negierung von restitutio u. naturalis obligatio entspricht übrigens positiv das Zusammentreffen beider Institute, um die z. T. unbilligen Folgen der capitis deminutio minima, das liberari *occasione* iuris zu paralysieren: einmal restitutio in integrum „quasi id factum non sit", dann Annahme des Bestehenbleibens einer naturalis obligatio. Vgl. D. (4. 5) 2.— Dagegen hätte es wenig Zweck gehabt, nach Ablauf des annus bei der actio de peculio noch das Zurückbleiben einer naturalis obligatio des dominus anzunehmen, da ja eine solche von vornherein in Hinsicht auf den servus bestand. Daher Ulpian D. (15, 2) 1, 3: *sufficiebat* usque ad annum produci obligationem; u. African. D. (46, 1) 21, 2: die obligatio, quae intra annum est, wird ausdrücklich unterschieden von der obligatio naturalis des servus.

[1]) Paulus in D. (44, 7) 6: in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non *finit obligationem*.

[2]) Vgl. Dahn S. 21—25. — Dahn legt hier — wie auch sonst — Wert auf den Gebrauch des Wortes „obligatio" u. folgert aus den Zusammensetzungen mit exstinguere, finire u. a. auf die von den römischen Juristen angenommene stärkere Wirkung des Fristablaufs. Doch kann der Gebrauch des Wortes „obligatio" mit negativem Zusatze allein nicht entscheidend sein. Häufig wird in den Quellen die Möglichkeit einer Obligierung des *servus* geleugnet, während doch andererseits gerade die Entwicklung der naturalis obligatio im römischen Rechte bei der obligatio servi ansetzt. — Vgl. Gai. III 104. 176. 179. — Inst. (3, 19) 6. — D. (44, 7) 14 u. 43; (50, 17) 22 pr. — (4, 5) 3, 1. —

für das Zurückbleiben einer Naturalobligation. Tatsächlich ist mehrfach ein derartiger Entwicklungsgang des römischen Rechts behauptet worden, und man hat in längeren historischen und dogmatischen Ausführungen auf den prinzipiellen Gegensatz zwischen vortheodosianischer Legalbefristung und nachtheodosianischer Klagenverjährung hingewiesen. Zuerst hat wieder Fick[1]) diesen Gegensatz verwertet, um je nach Temporalität oder Verjährung das Bestehenbleiben einer naturalis obligatio zu verneinen oder zu bejahen. Bald nach ihm hat auch Demelius[2]) den Gegensatz scharf praezisiert, um nachzuweisen, daß bei den actiones temporales des praetorischen oder aedilicischen Rechts von einer Unterbrechung des Fristenlaufs wie bei der Verjährung nicht die Rede sein könne. *Zeitlich* soll nach Demelius die Klagenverjährung „im Sinne des Justinianischen Rechts" erst unter den christlichen Kaisern ins Recht gekommen sein, zwar als ein neues Rechtsinstitut, aber unmittelbar sich anschließend an das uralte der Ersitzung, an ihm erwachsen und herausgebildet; *sachlich* soll dann in der durch Theodosius II. eingeführten allgemeinen Klagenverjährung, gleich mit welcher Frist, insofern ein neues Rechtsinstitut vorliegen, als die Wirkung dieser Verjährung, innerhalb der gegebenen Fristen in Rücksicht auf das passive Verhalten des Berechtigten sich vollendend, weniger intensiv noch eine naturalis obligatio übrig gelassen habe[3]).

---

[1]) a. a. O., bes. p. 46 squ.

[2]) a. a. O., §§ 11—13.

[3]) Historisch knüpft Demelius die Theodosianische Klagenverjährung zutreffend an die longi temporis praescriptio an; ihm hierin folgend u. weiter ausbauend Heymann § 8. — Dagegen sind die dogmatischen Ausführungen von Demelius, insbes. die Verwendung der longi temporis praescriptio zu Gunsten der aus der Theodosianischen Verjährung sich ergebenden schwächeren Wirkung, z. T. gekünstelt und nicht überzeugend. Bekker a. a. O. S. 435 frägt mit Recht: „Ließ diese [sc. longi temp. praescr.] vielleicht von der actio in rem, die sie betraf, eine Naturalobligation, die Möglichkeit zur Novation u. Kompensation fortbestehen? Was niemand je behauptet hat." — Hatte sie absolute anspruchvernichtende Wirkung, so müßte doch conscinner Weise die sich ihr anschließende neue Klagenverjährung die gleiche starke Wirkung haben. — Beigetreten ist diesen Ausführungen von Demelius — soviel ich sehe — nur Brinz a. a. O. 847 u. Ubbelohde S. 54 f., der aber annimmt, daß die honorarische Annalität mit ihrem Wesen als gesetzliche Befristung noch bis in die Zeit der *späteren*

Eine solche Auffassung müßte sich irgendwie in der Ausdrucksweise derjenigen Konstitutionen wiederspiegeln, welche die Einführung der neuen Klagenverjährung oder deren Verhältnis zu dem früheren Zustande behandeln; denn der Unterschied wäre wohl wichtig genug gewesen, um irgend einmal hervorgehoben zu werden. Demelius kann in der bekannten constitutio Theodosius II.[1]) wieder nur Anklänge und Überleitungen von der longi temporis praescriptio entdecken und hebt als verbindenden Gedanken das Sichverschweigen im Rechte hervor[2]). Es enthalten aber die einschlägigen Konstitutionenstellen, vorurteilslos gelesen und ungezwungen interpretiert, von einer plötzlichen Änderung in der Wirkung der Verjährung nichts als das Gegenteil.

Theodosius l. c.: Hae autem actiones annis triginta continuis *extinguantur*, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus [fixis] temporibus limitantur.

Es soll also nach Ablauf der 30 Jahre eine „extinctio" des Rechts eintreten, offenbar auf dieselbe Weise und mit derselben Wirkung wie diejenige der alten Temporalklagen. Darüber ist der Kaiser nicht im Zweifel; denn er bedient sich folgender Wendungen:

... actiones triginta annorum iugi silentio ... *vivendi* alterius *non* habent *facultatem;*

und zum Schlusse nochmals einschärfend:

Post hanc vero temporis definitionem *nulli* movendi ulterius facultatem patere censemus ...[3])

Kaiser festgehalten worden sei, sich erst unter *Justinian* in eine „wahre Verjährung" umgewandelt habe [wegen Unterbrechung durch Zustellung des Klaglibells auf Grund von Cod. (7, 40) 3, 3.] — Gegen Demelius auch Schwanert, Naturalobl. S. 467 fg. —

[1]) C. Theod. (4, 14) c. un. tit. de action. certo temp. finiendis. — C. Just. (7, 39) 3. —

[2]) ... Quae — ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum *iugi silentio* ... Quae —, triginta annorum devoluto curriculo, *tradita oblivioni ex diuturno silentio* comprabantur .... tempora, quae — *iugi taciturnitate* fluxerunt.

[3]) Dahn S. 13 ff. — Heymann S. 54 ff., der zutreffend darauf hinweist, daß dem Kaiser Theodosius sämtliche älteren Fälle der — honorarischen u. kaiserlichen — Temporalität als ganz einheitliches Institut vorschwebten, u. er nicht eigentlich ein neues Institut schaffen, sondern nur ein bereits vorhandenes erweitern wollte. — Zustimmend Windscheid, Pand. I § 106 A. 2.

Auch die nachfolgenden Kaiser haben ohne Bedenken dieselbe Auffassung von der absoluten Wirkung des Fristablaufs vertreten.

So Valentinian III.[1]):

... post triginta annorum curricula nulla deinceps *actio* moveatur. Et *negotium*, de quo per expressa tempora solemniter nemo pulsavit, novum nemo proponat ... ut post triginta annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat.

Hier ist besonders beachtenswert die ausdrückliche Hervorhebung des ‚negotium' als eine auf das materielle Recht gehende Bezeichnung gegenüber der ‚actio'. Als Wirkung des Fristablaufs soll nicht bloß der Verlust dieser ‚actio' eintreten, sondern überhaupt die Unmöglichkeit, das unterliegende negotium selbst irgendwie noch einmal geltend zu machen (etwa compensando oder mit sonstiger einer naturalis obligatio zukommender Wirkung).

Schließlich Anastasius:[2])

... cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere iure vel ex principalibus decretis descendunt ... *cum suo robore* durare et suum cunctis et reliq ...

Möglich, daß nach Erlaß der Theodosianischen Verordnung in der Praxis irgendwelche Zweifel hervorgetreten sind; doch diese constitutio läßt keinen Zweifel mehr: die alten exceptions temporales bestehen in unverminderter Kraft fort, sie werden in ihrer Wirkung gleichgesetzt den aus dem Kaiserrecht stammenden Verjährungseinwendungen.

So ist, was die Wirkung des Fristablaufes anbelangt, ein prinzipieller Gegensatz zwischen vor- und nach-theodosianischer Klagenverjährung nicht aufzufinden. Nicht anders steht es, wenn wir den Lauf der Frist selbst und deren Berechnung näher ins Auge fassen.

Nach einfacher logischer Überlegung müßte man sagen: ist für eine actio ein tempus verordnet, so kann dieses tempus nicht zu laufen beginnen, ehe die actio vorhanden ist. Diese Schlußfolgerung erscheint juristisch verwertet in der Verjährungslehre

[1]) Novell. Valent. tit. XXVI § 3, m. W. zuerst von Dahn S. 17 in diesen richtigen Zusammenhang gestellt.

[2]) C. Just. (7, 39) 4 [a. 491]. Vgl. auch Justinian in C. (7, 40) 1, 1 d.

gewöhnlich als erste Voraussetzung für den Beginn der Verjährung: actio nata. Nach rechtshistorischer Betrachtung ergiebt sich auch diese Schlußfolgerung nicht ohne weiteres, sie ist — wie manche andere in der Jurisprudenz — erst allmählich entstanden. Das praetorische Edikt gab in seiner knappen Fassung wenig Aufschluß über den Augenblick, in welchem der Lauf der Frist einsetzen sollte; in diese Lücke trat wieder als wahre „Vermittlerin" zwischen der notwendig strikten Fassung des Rechtssatzes und den Erscheinungen des vielgestaltigen Lebens die „interpretatio" der römischen Juristen [1]). Sie verwenden den Begriff der actio nata bei der praetorischen Annalität noch nicht, wiewohl das recht nahe gelegen hätte, vielmehr beschränken sie sich darauf, mit dem Begriffe der experiundi potestas und dessen — oft genug über die ausdrücklichen Ediktsworte hinausgehender — Erweiterung zu operieren. Gleichwohl hat — was die Sache selbst betrifft — schon Demelius darauf hingewiesen, daß der spätere Begriff der actio nata auch für die ältere Verjährung des römischen Rechts *genau dieselbe Bedeutung* hat, wie für die Theodosianische. Also auch hier beim Einsetzen des Fristenlaufs kein wesentlicher Unterschied.

[1]) Z. B. die Ediktsworte über die actio Pauliana D. (42, 8) 1 pr.: Ait praetor: ‚Quae frauditionis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra *annum*, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo . . .' Da kein anderes Factum hier genannt wird als das gestum frauditionis causa, so hätte eigentlich der Lauf des annus einsetzen müssen mit dem Abschlusse des fraudulosen Rechtsgeschäfts; aber diese Eigenschaft des Rechtsgeschäfts, die betrügerische Beeinträchtigung der Gläubiger ließ sich erst nach stattgefundener venditio bonorum des Schuldners feststellen. Daher unbedenklich Ulpian D. eod. 6, 14: Huius actionis annum computamus *utilem*, quo experiundi potestas fuit, *ex die factae venditionis*. Die »*Utilität*« des tempus liefert dem Juristen genügende Begründung für diese weite Auslegung; die interpretatio ist durchaus benigna für den verletzten Gläubiger, da die causa frauditionis als Voraussetzung der actio Pauliniana erst feststellbar ist von dem dies venditionis an. — Ebenso wird nach Julian u. Ulpian der annus bei der actio de peculio, falls sie bedingt, ‚non ex quo emancipatus est', gerechnet, sondern ex quo peti potuit *conditione existente*. D. (15, 2) 1, 2. — Demelius S. 51 ff. Auf diesem Felde spielte sich die interpretierende Tätigkeit der römischen Jurisprudenz ab; nicht nach der Richtung positiver Fristsetzung hin, wie Heymann will; das war u. blieb Sache der positiven Gesetzgebung.

Aber auch der weitere Lauf der Frist gibt nahe Beziehungen zwischen der praetorischen Annalität und der Theodosianischen Verjährung. Die Berechnung des annus als tempus utile will besagen, daß in die Frist nicht diejenigen Tage eingerechnet werden, an denen eine experiundi potestas für den Klageberechtigten nicht besteht. Als derartige Hinderungsgründe kommen in Betracht: 1. Behinderung des Klageberechtigten in eigener Person, z. B. Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit in Staatsgeschäften, Unwetter u. dgl.; 2. Abwesenheit des Gegners ohne genügende Vertretung; 3. Hindernis in der Person des Jurisdiktionsmagistrats [1]). Demnach bedeutet die utilitas temporis im letzten Grunde nichts anderes als eine Hemmung des Fristenlaufs [2]); es liegt also dieselbe Erscheinung vor, die bei dem Institut der Verjährung ‚praescriptio dormiens' bezeichnet wird. Denn es ist nur ein anderes Bild zur Bezeichnung desselben Zustandes, wenn bei dem Ruhen der Verjährung gesagt wird: der Lauf der Frist wird durch diejenigen Umstände, welche das experiri oder peti posse [3]) unmöglich machen, gehemmt. Dogmatisch betrachtet liegt also dieselbe rechtliche Erscheinung vor; positivrechtliche Unterschiede bestehen nur in der anderweitigen Normierung und speziellen Ausbildung der Hemmungsgründe. Es liegt das auch daran, weil die praetorische Annalität doch rein prozessuale Wurzeln hat: keine Zeitdauer für die actio im materiellen Sinne, sondern eine Zeitfrist für das Ansuchen um eine versprochene Klageformel [4]). Die actiones standen dem Berechtigten nicht ipso iure zu, sondern mußten ihm erst vom Magistrat gewährt werden. Nach Abkommen des Formularprocesses erfolgt die Entwickelung der Verjährungsidee mehr nach der materiellen Seite, und so auch der Hemmungsgründe.

So läßt sich in der Entwickelung der Verjährungsidee des römischen Rechts wenig von principiellen Gegensätzen, nichts von einer plötzlichen Änderung der leitenden Gedanken entdecken.

[1]) Vgl. Savigny, Syst. IV., S. 421 ff. Karlowa, R. Rgesch. II, 975. Windscheid, Pand. I, § 104.

[2]) So Schwalbach in Jherings Jahrb. Bd. XX, S. 265 ff.

[3]) Beide Ausdrücke werden mehrfach von den römischen Juristen promiscue gebraucht; daß sie begrifflich nicht immer congruent sind, hebt Karlowa a. a. O., S. 976 f. hervor.

[4]) So die vorzügliche Formulierung von Demelius, S. 55.

Auch hier geht die römische Rechtsentwickelung nicht sprunghaft oder plötzlich, sondern wie allmähliches Wachstum vorwärts. Nicht verwunderlich, daß auch die Rechtsbegriffe ineinander fließen. Deswegen haben auch Fick, Demelius, Brinz, Grawein, Ubbelohde mit ihrem strengen Auseinanderhalten von gesetzlicher Befristung und Verjährung mehr dogmatisch, als historisch recht, wenigstens in Rücksicht auf das römische Recht. Förderlicher ist es, erst der tatsächlichen Rechtsbildung nachzugehen; nach deren Erkenntnis können die für die Rechtssystematik erforderlichen Begriffe aufgestellt werden. Tut man den zweiten Schritt vor dem ersten, so verliert man leicht die Verbindung mit dem wirklichen Leben und gelangt auf naturrechtlichen Schwingen in den Begriffshimmel der Jurisprudenz. Es kann zunächst mit Bekkers Worten geschlossen werden: „Solche nachträglich erfundene Grundtypen sind Verjährung und Legalbefristung, und es ist beinahe selbstverständlich, daß die in Angriff genommene Gruppenbildung sich nicht glatt durchführen läßt, manche Gebilde auf der Grenze stehen, manche die wir aus überwiegenden Gründen dem einen Typus zusprechen zu sollen glauben, doch zugleich charakteristische Merkmale des anderen zeigen [1])."

Aber noch außerhalb der Diskussion und noch unberücksichtigt blieben einige Quellenstellen, welche das infolge des Zeitablaufes erloschene Recht zwar nicht vom Untergange retten können, aber wenigstens dessen Accessionen zu Hilfe zu kommen scheinen.

Zunächst eine Stelle von Ulpian D. (13,5) 18, 1 (lib. 27 ad ed.):

Quod adicitur: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tum debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Dem Texte nach steht das Fragment so fest [2]); freilich glaubt

[1]) Pand. I § . . . .

[2]) Die Florentina hat nur „soliturum" statt „soluturum."

Savigny [1]) eine Veränderung des Textes durch die Kompilatoren annehmen zu müssen, da Ulpian selbst überall nicht von der Klagenverjährung, sondern vom Ablaufe der Frist bei der lex Furia gesprochen habe, und die Kompilatoren die temporalis actio nur in die Stelle hineingeflickt hätten. Diese Interpolation ist — wie manche in der neuesten Literatur behauptete — völlig beweislos [2]); das Fragment spricht mit genügender tatsächlicher und juristischer Klarheit, sodaß seine Ausdrucksweise an keinem Punkte anstößt. — Ulpians Sätze umfassen doch zweierlei:

1. für die *Begründung* eines Constitutum ist das Vorhandensein eines debitum unbedingtes Erfordernis;
2. für seine *Fortdauer* nicht, es kann auch ohne debitum weiter wirksam fortbestehen.

Diese Sätze werden beispielsmäßig durch den Hinweis auf den Ablauf des tempus obligationis (s. actionis) und im Anschlusse besonders an Julian belegt: Möglichkeit eines vor Ablauf des tempus eingegangenen constitutum, in welchem die Erfüllung nach dessen Ablauf versprochen wird. An dem Satze zu 1. hält Ulpian ohne Ausnahme und Modification fest, er kann sich in seinem Ediktskommentar nicht über die ausdrücklichen Worte des Praetors hinwegsetzen, der sagt: „qui pecuniam *debitam* constituit [3])." Die plenior interpretatio, deren sich Ulpian be-

[1]) Syst. V, S. 401 ff. Bes. dagg. Demelius, S. 74 ff. Dahn, S. 34 ff.

[2]) Savigny ist durch seine vorgefaßte Meinung von der schwächeren Wirkung der Verjährung zu dieser Ausflucht gelangt. Er meint, daß sich Ulpian, beziehe man das Fragment auf die Klagenverjährung, halb für die eine, halb für die andere der (über den Bestand der naturalis obligatio) streitenden Parteien erklären würde; immerhin gibt er doch zu, unwidersprechlich im Hintergrunde liege der nicht ausgedrückte Satz, daß das constitutum ungiltig sei, wenn es geschlossen werde erst nach dem Zeitpunkte, mit welchem die erste Obligation aufgehört hat. Weder Halbheiten sind bei Ulpian zu finden, sondern nur feste Grundsätze; noch kann man sagen, daß sie im Hintergrunde stehen, da sie klar genug ausgesprochen sind. Scharf, aber gerechtfertigt gegen die grundlose Annahme von Interpolationen Bekker S. 428: „Dieselbe Methode vermöchte alle beweiskräftigen Stellen des Corpus juris ohne weiteres zu beseitigen, eine dreiste Behauptung erklärt das Quellenzeugnis zugleich für unecht und ungültig."

[3]) Über die Ediktsworte vgl. Lenel, ed. perp. S. 197 ff. Karlowa, R. Rgesch. II, 1373.

fleißigt, und die dem Wesen wie Zwecke des Constitutum gut entspricht, überschreitet nicht die festgestellten Grenzen. War doch das Constitut ursprünglich mehr dazu bestimmt, die Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld festzusetzen, weniger ein neues selbständiges Versprechen hervorzubringen, weshalb auch diese Festsetzung einer besonderen Erfüllungszeit den Grund für seine weitere Ausgestaltung und praktische Verwendbarkeit bildete[1]). Darüber aber sind sowohl Ulpian, wie seine Gewährsmänner Celsus und Julian, letzter Hand auch Savigny selbst einig: nach Ablauf des tempus obligationis keine Möglichkeit mehr, ein giltiges Constitutum zu begründen. Denn es bleibt nichts übrig, was als dessen — wenigstens theoretische — Grundlage hätte gedacht werden können; ausdrücklich wird von einem „nunc non debitum" gesprochen. Damit ist auch die Beweiskraft des Fragments für die starke Wirkung des Zeitablaufes festgestellt. Hätten die römischen Juristen eine naturalis obligatio nach Fristablauf bei den Temporalklagen angenommen, es wäre ihnen, vor allem Julian, dem hervorragenden Förderer dieses Rechtsgedankens, nicht schwer geworden, auch dieses „natura debitum" unter das debitum überhaupt mit einzurangieren. Auch sagt derselbe Ulpian in demselben 27. Buche seines Edictskommentars anläßlich der Erläuterung der Worte: Qui pecuniam debitam constituit" ausdrücklich: „Debitum, autem vel natura sufficit." Der Jurist hätte den Widerspruch gescheut, das eine Mal von einem „natura debitum," das andere Mal von einem „non debitum" kurz nacheinander zu sprechen, falls er nur eine schwächere Wirkung des Zeitablaufs im Sinne gehabt hätte.

Eine zweite hier zu besprechende Stelle stammt von Paulus D. (46, 1) 37 lib. 17 ad Plaut.:

> Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

[1]) Ulpian, D. (13, 5) 3, 2 referiert die Ansicht Labeo's über die Entstehung des Constitutum: vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt (obligatio in diem), constituta introducta: quam sententiam non invitus probarem. Die sachgemäße Entwicklung ging über die verbindliche Kraft der Festsetzung eines dies hinaus.

Die Versuche, auch die Beweiskraft dieser Stelle für die intensive Wirkung des Zeitablaufs zu beseitigen, können längst als abgetan gelten[1]). Paulus' Ausführungen decken sich durchaus mit dem Ulpianischem Fragment: kein zu denkendes obligatorisches Etwas bleibt nach Ablauf der Verjährungsfristen übrig; zu diesem Nichts kann daher auch keine fidejussio hinzutreten, eine Sicherungsmöglichkeit, die doch gerade der naturalis obligatio von den römischen Juristen vor Paulus und von ihm selbst[2]) ohne Bedenken gewährt wurde.

Die dritte Stelle rührt aus etwas früherer Zeit her, von Africanus D. (46, 3) 38, 4 — lib. 7 Quaest. —:

> Si quis pro eo reverso fidejusserit, qui, cum rei publicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occiderit.

Der Mangel einer klaren Darstellungsgabe, im allgemeinen bei Africanus zu beobachten, zeigt sich auch in dem vorliegenden Fragment; manches bleibt dunkel, sodaß die aus der Stelle sich ergebenden Folgerungen nicht völlig sicher sind[3]). Es soll ein Schuldner von der actio liberiert worden sein, und zwar während seiner Abwesenheit in Staatsgeschäften; die actio muß eine tem-

[1]) Früher glaubte man, Paulus habe eine obligatio ad tempus constituta im Sinne gehabt, vgl. Dahn, S. 26f. Savigny, Syst. V, S. 398 sucht den Grund der Entscheidung in dem error, sich beziehend auf den Ablauf der Verjährung; der in Anspruch genommene fidejussor könne sich dann mit der temporis praescriptio verteidigen, der freilich bei Nichtvorhandensein des error die replicatio doli entgegenstände. Brinz, Pand. I, S. 163 kritisch wie immer: dann wäre doch die fidejussio ulla, während sie doch nulla sein soll. Widerlegungen bei Bekker a. a. O., S. 429. Schwanert, S. 459.

[2]) Vgl. D. (12, 6) 13.

[3]) Aeltere Interpretationen bei Heimbach in Linde's Zeitschr. f. Civilr. Bd. I Heft 3 S. 444 f. u. Burchardi, Wiedereins. i. d. v. St. S. 529 f. Den richtigen Weg hat Büchel, Civilr. Erört. Bd. I S, 68 f. gewiesen. Ähnlich Bekker S. 431 u. Dahn S. 29 f. — Unzureichend Schwanert S. 459.

poralis[1]) gewesen sein, da „actione liberari“ ein gewöhnlicher Ausdruck für das Erlöschen des Klagerechts durch Fristablauf ist. Wenn die Hauptverbindlichkeit erlischt, so auch die Bürgschaft als accessorisches Rechtsverhältnis; aber es gibt noch eine Möglichkeit, beide Verbindlichkeiten wieder aufleben zu lassen, nämlich durch nachgesuchte restitutio in integrum ex capite absentiae innerhalb eines annus utilis[2]). — Diese Möglichkeit und diesen annus hat Africanus im Sinne, er hätte das nur klarer ausdrücken sollen. Nach Rückkehr des Schuldners beginnt der annus zu laufen und läuft ungenutzt ab (praeterit), d. h. der Gläubiger beantragt keine Restitution gegen den zurückgekehrten Schuldner. Frage: wird auch der Bürge durch diesen Zeitablauf ohne weiteres frei? — Grundsätzlich gewiß; aber Julian nimmt den Fall aus, daß innerhalb des annus keine experiundi potestas in Hinsicht auf den Bürgen vorlag; dann gibt es noch Restitution gegen diesen, wie im Falle schuldhafter Vernichtung des geschuldeten Gegenstandes durch den fidejussor. — Letztenfalls ist also hier möglich, daß die wiederherstellbare Bürgschaftsverpflichtung die endgiltig abgestorbene principalis obligatio noch eine Zeit lang überlebt. Sie ist so als accessorisches Rechtsverhältnis eigentlich ohne Stützpunkt, und man könnte eine naturalis obligatio, die nach Fristablauf von der principalis obligatio noch zurückgeblieben ist, als Trägerin der Bürgschaftsverpflichtung denken. Aber davon hören wir nicht einmal andeutungsweise etwas; Paulus weist einen solchen Gedanken in dem eben besprochenen Fragment D. (46, 1) 37 direkt ab, indem er die Möglichkeit verneint, eine fidejussio für eine verjährte Schuld einzugehen. Im vorliegenden Falle ist das Überleben der Bürgschaftsverpflichtung nur möglich auxilio praetoris. An sich ist die actio ex stipulatu gegen den Bürgen durch den Fristablauf erloschen, weshalb es *besonderer Rechtsmittel* bedarf, um in

[1]) Nicht notwendig nur eine mit tempus continuum (z. B. querela inoff. test.), wie Büchel will; Restitution ist auch möglich bei actiones mit tempus utile, also auch bei honorarischen Temporalklagen. Nach Ubbelohde S. 44 f., weil der annus utilis erst von der Zeit läuft, wo experiundi potestas vorhanden war, dann aber continue; nach Karlowa II S. 976, weil die Tage ohne experiundi potestas zwar dem annus zugerechnet wurden, selbst aber keine utiles dies zu sein brauchten.

[2]) Verba edicti: D. (4, 6) 1, 1. —

diesem Ausnahmefalle die — vielleicht harten — Folgen eines rechtlichen Grundsatzes zu brechen[1]). —

Bisher also war keine Quellenstelle des klassischen Rechts für die Auffassung zu verwerten, daß für Obligationen, deren Frist zur gerichtlichen Geltendmachung abgelaufen ist, accessorische Sicherungsobligationen ohne weiteres aufrecht erhalten bleiben; demnach lag weder eine Notwendigkeit noch eine Möglichkeit vor, im Wege theoretischer Konstruktion eine naturalis obligatio zur Aufrechterhaltung der Sicherungsobligation anzunehmen. — Doch zum Schlusse dieser Übersicht muß bekannt werden, daß in zwei, mehrere Jahrhunderte auseinanderliegenden Kodexstellen[2]) mit ebenso kurzen, wie unzweideutigen Worten der Fortbestand des Pfandrechts auch nach Erlöschen der Hauptklage durch Fristablauf anerkannt ist, und zwar sowohl für die Zeit vor wie nach Einführung der Theodosianischen Klagenverjährung. In Rücksicht auf die accessorische Natur des Pfandrechts wäre aus dieser Schwierigkeit, die doch mit Grundsätzen von dem Wesen des Pfandrechts zu kämpfen hat, am besten herauszukommen, wenn man eine Naturalobligation als Stützpunkt für das hinzutretende Pfandrecht annehmen würde. So sind auch diese beiden Kodexstellen, besonders die letztere, die Hauptstützpunkte derjenigen gewesen, welche die schwächere Wirkung der Verjährung verteidigten. Jedenfalls läßt sich an diesen beiden Gesetzesstellen nicht deuteln: die actio hypothecaria kann nach verjährter Hauptklage noch mindestens 10 Jahre lang fortbestehen.

[1]) Übereinstimmend mit der konkreten Rechtsfolge des vorliegenden Falles auch das Fragment African's aus dem vorhergehenden (6.) Buche seiner Quaestionen D. (46, 8) 25, 1, aus welchem sich klarer ergibt, daß post tempus liberato iam debitore kein debitum zurückbleibt, auch kein solches, auf das sich die ratihabitio des dominus gegenüber dem procurator beziehen könnte. — Daß schließlich Africanus eine naturalis obligatio als Grundlage für die Aufrechthaltung einer fidejussio recht gut kennt, ergibt sich aus einer Stelle, die demselben 7. Buche seiner Quaestionen entstammt: D. (46, 1) 21, 2. —

[2]) C. (8, 31) 2: Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota. (a. 240. Gordian). —

C. (7, 39) 7, 1: Quamobrem iubemus hypothecariam persecutionem ... non ultra quadraginta annos prorogari .... In actione scilicet personali iis custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia. (a. 525. Justinus).

Zur Lösung der Schwierigkeit ist in der Literatur bereits alles nötige getan worden, nachdem auch hier zuerst Büchel[1]) auf den richtigen Weg gewiesen: der Praetor hatte in seinem Edict die dingliche Pfandklage davon abhängig gemacht, daß die Forderung noch nicht durch Zahlung getilgt, oder der Gläubiger auf andere Weise zufrieden gestellt sei. In Rücksicht auf diese Edictsworte haben die römischen Juristen und Kaiser die Fortdauer der Pfandklage nach abgelaufener Verjährung der Hauptschuld angenommen; denn weder ein „solvere" noch ein sonstiges „satisfacere" war dem Gläubiger gegenüber eingetreten. — Bei diesen Worten des Edicts wurde mehr als einmal von den römischen Juristen eingesetzt, um die actio hypothecaria gegen sonstige Erlöschungsgründe der Hauptobligation zu Gunsten des Gläubigers zu wahren[2]); dann ist es ganz treffend, wenn Marcian erklärt: .... suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est. — Die accessorische Natur des Pfandrechts, dieser schöne Grundsatz des Systems, wird mehrfach verdeckt, um die pfandrechtliche Haftung zu Gunsten des Gläubigers aufrecht zu erhalten und gegen die Erlöschungsgründe zu festigen, welche sonst die Hauptobligation bedrohen ohne Befriedigung des Gläubigers. Das alles geschah aber aus rein praktischen Gesichtspunkten ohne Rücksicht darauf, wie die accessorische Natur des Pfandrechts am besten dem System zuliebe gewahrt werden könne, ohne Rücksicht auf eine etwa zurückbleibende naturalis obligatio nach Ablauf der Verjährungsfristen[3]).

So sind Ausgangspunkt und Endpunkt des römischen Rechts bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Verjährungsproblems in der gleichen Wegrichtung geblieben, und Deviationen nicht festzustellen. Die Erklärung ist wohl darin zu finden, daß auch hier der Beginn der Entwicklung auf prozessualem Gebiete lag. Denn

[1]) Civilr. Erört. I S. 55 f. Anschließend Vangerow, Pand. § 151; Windscheid, Pand. I § 112 A. 5; Dahn, S. 35 f. — Bekker, S. 421 f. — Schwanert S. 455.

[2]) Folgende Stellen: D. (16, 1) 13, 1 von Gajus; D. (36, 1) 61 pr. und (44, 2) 30, 1 von Paulus; D. (20, 1) 13, 4 von Marcian. —

[3]) Auch das moderne Recht durchbricht mehrfach den Grundsatz von der accessorischen Natur des Pfandrechts, bes. beim Immobiliarpfandrecht; das sind ähnliche Erscheinungen.

das Versprechen des Praetors „intra annum iudicium dabo" forderte dazu auf, die betreffende Klageformel innerhalb der gestellten Frist zu erbitten; weshalb diese Frist eine rein prozessuale ist. Bei der langen Geltungsdauer des Formularverfahrens, zugleich die Periode der klassischen Ausbildung des römischen Rechts, war eine Verwertung der Verjährungsidee nach der materiellrechtlichen Seite hin, die dann vielleicht zu Gunsten der schwächeren Wirkung erfolgt wäre, nicht möglich. Auch hier bleibt die Entwicklung[1]) des römischen Rechts aus den erkennbaren Grundformen stetig und klar, der Ausbau einfach und klassisch.

II.

Merkwürdig bleibt bei diesem einfachen Entwicklungsgange des römischen Rechts der lebhafte Streit der Meinungen im **gemeinen Recht.** Aber die Geschichte der Kontroverse liegt — wie eingangs betont — kaum ein Jahrhundert zurück; die ältere gemeinrechtliche Literatur ist von ihr noch unberührt. Nur Donellus[2]) beschäftigt sich gelegentlich etwas näher mit dem Gegensatze der actiones perpetuae und temporales, und er versucht auch für das Justinianische Recht nicht bloß einen quantitativen, sondern auch qualitativen Unterschied der älteren und neueren Verjährung nachzuweisen: die actiones temporales des älteren Rechts sollen mit Ablauf des tempus ipso iure erlöschen, dagegen nur ope exceptionis diejenigen actiones, für die erst durch spätere Gesetze die Verjährung eingeführt ist (Theodosianische Verjährung). Diese falsche Behauptung ist natürlich auf den Mangel in der Kenntnis des praetorischen Edikts, in welchem die exceptio temporis gerade für die honorarischen Temporalklagen ständig proponiert war, und des römischen Zivilprozesses zurückzuführen. Den weiteren Schritt, von diesem immer noch formellen Unterschiede zur Annahme einer Naturalobligation nach verjährten actiones perpetuae überzugehen, hat Donellus noch nicht getan; ihm liegt dieser Gedanke noch so fern, daß er den Text der vorhin erwähnten constitutio Gordians C. (8, 31) 2, so wie er vorliegt,

[1]) „wie unsere Sprache so tiefsinnig sagt". — Dahn, Über den Begriff des Rechts. Rektoratsrede. 1895.

[2]) Comment. XVI, 8, 21 ff.

für verdorben ansieht und ohne weiteres durch Einschiebung eines „*non*“ vor durare verbessern will, was natürlich weder in Rücksicht auf die Handschriften, wie auf den Sinn der Stelle zulässig ist. Das verjährte Recht ist ihm so sicher völlig vernichtet, daß auch alle Accessionen hinfällig sein müssen[1]).

Die sogenannte relative Theorie des gemeinen Rechts mit ihrer Auffassung von der schwächeren Wirkung der Verjährung ist also nicht auf dem Boden des römischen Rechts erwachsen; ihre Wurzeln liegen vielmehr einmal in der Verbindung der Verjährungsidee mit dem Rechtsgebilde der Naturalobligation, deren Ausbildung allerdings vollkommen genug im römischen Recht erfolgt war, ferner in rechtspolitischen Erwägungen[2]).

Bei dem Mangel ausdrücklich entscheidender Quellenstellen mußten sich die Vertreter der relativen Theorie entweder auf allgemeine Gesichtspunkte oder auf Analogieen beschränken. Die ersteren suchte man darin zu finden, daß man die exceptio temporis für eine „odio creditorum“ eingeführte erklärte im Gegensatze zu den „in favorem debitoris“ wirkenden Exceptionen. Dieser Gegensatz kommt in den Quellen mehrfach vor; doch er wird mehr beiläufig als grundsätzlich erwähnt. Man legte ihm einmal unzu-

[1]) Vgl. Schwalbach a. a. O. S. 267 f.

[2]) Die Anhänger der relativen Theorie sind vornehmlich: Weber, L. v. d. natürl. Verb. § 92. — Glück, Erläut. Bd. 15, 5. 65. — Mühlenbruch II § 481. — Unterholzner, Schuldverh. I § 247; Verj. — l. II §§ 248. 258. — Francke, Abh. I S. 73 f. — Guyet, in Arch. f. civ. Pr. Bd. 11 S. 62 f. — Böcking, Pand. Grdr. I § 160. — Göschen, Vorl. I S. 445 f. — Savigny, Syst. V §§ 248 · 251; Obl.-R. I S. 96 f. — Puchta, Inst. II S. 410 f.; Pand. § 92. — Brinz, Pand. § 47. — Eisele in Jher. Jahrb. Bd. 31 S. 379 f. — Regelsberger, Pand. I § 186. — Dernburg Kompens. S. 473 f.; Pand. I § 150 u. II § 5. — Hölder, Pand. S. 341 f. 352.

Die absolute Theorie besonders vertreten von: Sommer, Rechtsw. Abh. (1818) 8, S. 6 f. — Büchel, Erört. I. 1. — Löhr in Arch. f. civ. Pr. Bd. 10 S. 70 f. — Sintenis I § 31 A. 57; gem. Pfandr. S. 579. — Kierulff, Theorie u. Prax. d. Civilr. I S. 210 f. — Heimbach in Zschr. f. Civilr. I S. 436 f. — Vermehren ebenda II S. 319 f. — Wächter, Württ. Privatr. II §§ 119 u. 68. — Vangerow I § 151 Anm. — Dahn, Wirkung d. Klageverj. — Bekker, Jahrb. d. gem. R. Bd. 4 S. 468 f. — Schwanert § 22. — v. Scheurl in Jher. Jahrb. Bd. 7 S. 346 f. — Windscheid Pand. I § 112. — Kuntze in Schletters Jahrb. II S. 312 f. — R. G. bes. Bd. 2, S. 158; 34 S. 158.

lässige Wichtigkeit bei, und machte sich ferner bei dieser allein auf die „desidia“ des Gläubigers Rücksicht nehmenden „Nachlässigkeitstheorie“ einer petitio principii schuldig[1]). — Ein noch sonst geltend gemachter allgemeiner Gesichtspunkt war der: die sich lediglich auf jus civile gründenden Exceptionen lassen Raum für eine fortwirkende naturalis obligatio, während die schon im jus gentium wurzelnden Exceptionen auch die Zerstörung der naturalis obligatio mit sich führen[2]). Aber dieser Gesichtspunkt ist schief eingestellt und ein allgemein zurückgewiesener Versuch, dem angeblichen Ursprunge der Naturalobligationen aus dem jus gentium praktische Folgen zu geben. —

Schließlich wird noch zu Gunsten der schwächeren Wirkung, aber nur „als entferntere Bestätigung“, die allgemeine Erwägung geltend gemacht: es sei grundlos und unnatürlich, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren hat, in eine nachteiligere Lage zu versetzen als denjenigen, welcher niemals eine Klage hatte[3]). Hierbei berücksichtigte man nicht, daß allgemeine rechtspolitische Erwägungen — und solche liegen bei der Verwertung dieses Gedankens allein vor — als praktische Folgerungen nicht de lege lata, sondern de lege ferenda anzustellen sind, und daß der Praetor bei der Aufstellung zeitlich beschränkter Aktionen nur ein intensives Mittel ergriff, um das Erlöschen eines Rechts mit dem Elemente der Zeit in juristischen Kausalzusammenhang zu bringen, und so also nichts Inkonsequentes tat. —

Die Analogieen, auf die man zur Unterstützung für die schwächere Wirkung hinwies, bezogen sich auf die Prozeßverjährung und auf die Verjährung dinglicher Klagen[4]), Rechts-

[1]) Die Quellenstellen: D. (12, 6) 19 pr. — (12, 6) 40 pr. — (14, 6) 9, 4. — Gegen die Verwertung dieses Gegensatzes: Savigny selbst, System V S. 375 ff.; — Anderes v. Scheurl in Heidelb. Krit. Zschr. I S. 514. — Dawider Büchel a. a. O. S. 25 ff. — Vangerow, Leitf. § 151 Anm. — Bekker S. 414 f. — Dahn S. 44. 46. — Demelius S. 67. —

[2]) Savigny a. a. O. —

[3]) Göschen Vorl. III § 154. — Savigny a. a. O. S. 369. 380. — Dagegen wieder Demelius, S. 66. — Bekker, S. 412. —

[4]) Savigny, S. 368 ff. Puchta, Pand. § 92. Dagg. bes. Büchel, S. 37. Dahn, S. 41. Bekker, S. 411.

institute, die nur in der Verwendung der Zeit, nicht aber in den verordneten Folgen des Zeitablaufs gemeinsame Punkte aufweisen.

Auf der andern Seite aber sind auch die Verteidiger der stärkeren Wirkung nicht schuldfrei; die Überspannung von rechtslogischen Folgerungen hat auch hier geschadet. So ist Windscheids[1]) Deduktion anfechtbar: ein besonderer Beweis für die von ihm verteidigte Ansicht brauche garnicht geführt zu werden; denn es sei eine entschiedene Anomalie, wenn eine zerstörliche Einrede nicht die ganze Obligation wegnehme, weshalb diese Ansicht als die richtige anzunehmen sei, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt sei. — Nicht auf diese Dogmatik der exceptio kommt es an, sondern auf ihren Inhalt in jedem einzelnen Falle, ob und inwieweit eine Wirkung auf die actio und das bekämpfte obligatorische Recht zuzulassen sei, da die exceptio nicht notwendig einen Aufhebungsgrund auch für das letztere enthält[2]).

Im übrigen und schließlich beschieden sich beide Parteien dahin, daß ein vollkommen entscheidender Beweis für die eine oder andere Ansicht durch Quellenzeugnisse nicht geführt werden könne[3]); hierdurch wurde das ganze Problem in der gemeinrechtlichen Entwicklung vom positiven Recht losgelöst und so zu einem rechtspolitischen, am deutlichsten sichtbar bei Dernburg[4]), der mit sicherem Rechtsgefühl die für den modernen Standpunkt erheblichen Gründe zusammenfaßt: um des allgemeinen Nutzens und des sozialen Friedens willen tritt die Rechtsordnung der zwangsweisen Geltendmachung von Rechten entgegen, wenn deren Verjährungsfrist abgelaufen ist; aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger Befriedigung nicht erlangt, Gründe genug, um die Forderung desselben (als naturalis obligatio) bestehen zu lassen, wenn ihm auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen.

Auf der anderen Seite hatte noch O. Fischer[5]) im Jahre 1889 in einer Besprechung des ersten Entwurfs des BGB. die

[1]) Pand. I., § 112.

[2]) z. B. die exc. SC. Macedoniani als exceptio perpetua. Schwanert, S. 452.

[3]) Windscheid a. a. O.

[4]) Pand. I., § 150, sub. 2.

[5]) Recht und Rechtschutz, S. 124ff.

gesetzliche Festlegung der stärkeren Wirkung gefordert. Es sei zwar sittlich verwerflich, wenn jemand sich wissentlich seiner Verbindlichkeiten durch Vorschützen der Verjährung zu entziehen suche; gleichwohl müsse diesem Gedanken die rechtliche Anerkennung versagt werden, um eine Beeinträchtigung der im öffentlichen Interesse liegenden Verjährungszwecke, insbesondere Prozesse mit veralteten Tatbeständen zu verhindern.

III.

Mit diesem rein legislatorischen Problem endet die gemeinrechtlich Entwickelung und gibt den Faden weiter an das deutsche **bürgerliche Recht.**

Noch deutlich sichtbar ist hier in den einzelnen Stadien des Zustandekommens des neuen Gesetzbuches die gemeinrechtliche Kontroverse. Der Entwurf I und die Motive folgen der absoluten Theorie, wohl den Einflüssen Windscheids nachgebend. Gemäß § 182 I soll nach Vollendung der Verjährung dem Anspruche eine Einrede entgegenstehen, „durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird." Die Motive[1]) erklären ausdrücklich, damit sei die sogenannte stärkere Wirkung der Verjährung anerkannt; für die sonst mehrfach hervorgetretene Ansicht, daß die Verjährung der Forderung dieser nur die Klagbarkeit entziehe, sei auf dem Gebiete der *Anspruchs*verjährung schon an sich kein Raum[2]). Der Zweck der Verjährung werde nur erreicht, der Rechtsfriede nur gewahrt, wenn der verjährten Forderung die Geltendmachung, sowohl im Wege der Klage, wie im Wege der Einrede versagt sei[3]). Wenn man

[1]) I, S. 342.

[2]) Das ist natürlich doktrinär und weiter nichts als eine Wiederholung der Windscheid'schen Lehre. Vgl. z. B. dessen Pand. I, § 112, A. 5, a. Anf.: „Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das Recht, insoweit es ohne Klage bestehen kann, unberührt. *Dieses Argument trifft uns nicht (!),* die wir in der actio nicht die Klage, sondern den *Anspruch* sehen." [Windscheid, Actio, S. 31—41].

[3]) Ganz ähnlich hatte sich Dahn, S. 49f. ausgesprochen: wenn man zulasse, daß die für eine verjährte Schuld eingegangene Bürgschaft den Bürgen und also mittelbar den Schuldner noch immer oder aufs Neue binde, daß der Schuldner die irrtümliche Zahlung einer verjährten Schuld nicht kondicieren dürfe, könne man doch diesen Zustand fortwährender Angst und Unruhe und Haftung keinen Rechtsfrieden nennen.

aber auch bei der gesetzlichen Normierung von der absoluten Theorie ausgegangen war, der Endpunkt, zu dem man gelangte, war doch die relative Theorie. Schon die Motive hatten die Frage, ob wegen des Ausschlusses der condictio indebiti bei dem zur Befriedigung des verjährten Anspruchs Geleisteten[1]) theoretisch das Zurückbleiben einer „unvollkommenen Rechtspflicht" anzunehmen sei, vorsichtiger Weise auf sich beruhen lassen. Durch die in der II. Kommission vorgenommene Änderung des ursprünglichen § 182[2]) wurde die erforderliche Klarstellung bewirkt, daß der Anspruch keineswegs ipso iure und unter allen Umständen durch die Verjährung vernichtet wird, sondern es lediglich bei dem Verpflichteten steht, sein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen oder nicht. Schließlich verließ die zweite Kommission in der Frage, ob eine verjährte Forderung noch zur Aufrechnung benutzt werden kann, ebenfalls den Standpunkt der Motive und erkannte diese Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen an[3]). So wird z. Z. gerade die verjährte Forderung von den meisten Schriftstellern als Hauptfall der *Naturalobligation* hervorgehoben[4]).

Die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, der durch Geltendmachung vergilbter Forderungen nicht beunruhigt werden soll, ist auch jetzt noch das leitende Motiv der Verjährung. Aber diesem Frieden dient es wenig, wenn der Schuldner kondizieren kann, was er in Unkenntnis der Verjährung an den Gläubiger geleistet hat; dieses Hin- und Herschieben von Vermögenswerten ist bereits der Beginn des Kampfes. Wenig gedient ist weiter dem Rechtsgefühl des Volkes, wenigstens nach seiner jetzigen Tendenz, wenn der Gläubiger das wieder herausgeben soll, was ihm der Schuldner doch schuldig war; denn creditor suum recepit. Es ist die Schwierigkeit des Rechts in seiner praktischen und theoretischen

[1]) was Entw. I in § 182 II verordnete.

[2]) Protok. VI., S. 142. Bundesrats- und Reichstagsvorlage § 217 u. § 222 BGB.

[3]) Protok. I., S. 361 f. Entw. II § 334. Bundesrats- und Reichstagsvorlage § 384 = § 390 BGB. Die Minderheit in der II. Kommission wies ganz zutreffend darauf hin, daß durch die Zulassung der Aufrechnung mit einer verjährten Forderung das Institut der Verjährung eine — mit seinem Zwecke nicht wohl vereinbare (?) — *Abschwächung* erleiden würde.

[4]) Vgl. die Zusammenstellung bei Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 189 A. 1.

Gestaltung: kein Grundsatz läßt sich bis in alle seine letzten Folgen durchführen. So gewährt der Realismus des Rechts dem unjuristischen und alogischen Elemente der Zeit genügenden Einfluß und zugleich sein Idealismus dem Rechtsfrieden genügenden Schutz, wenn es den *direkten* Zwang gegen den Schuldner nach abgelaufener Verjährung ausschließt. Eine weitergehende Begünstigung der Schuldnerseite und Erleichterung seiner Verbindlichkeiten würde die Wagschale des Gläubigers zu stark belasten: deshalb ist freiwillige und indirekte Erfüllung den Einwirkungen der Zeit entzogen. So bleibt trotz Ablauf der Zeit die Verpflichtung des Schuldners noch eine *Rechts*pflicht, und als sog. *natürliche* Verbindlichkeit übrig; Natur und Kunst fliehen sich auch hier nicht, denn natürliche Auffassung und juristische Technik kommen zu demselben erwünschten Ergebnisse.

„Also gibt es unerzwingbare Rechtspflichten, also ist die Erzwingbarkeit nicht wesentliches Merkmal des Rechts"[1]).

Ersichtlich ist, wie in der Rechtsentwicklung vom römischen Rechte an bis zum geltenden Recht die Einwirkung des zerstörenden Elements der Zeit, des negativen Poles, mehr und mehr zurücktritt gegenüber der Einwirkung des positiven Poles, die sich in tunlichster Aufrechterhaltung des rechtlichen Verhältnisses und seiner Wirkungen geltend macht. Auch hier ist geschehen, was immer geschieht, wenn ein Verhältnis, das sonst ruhelos zwischen zwei entgegengesetzten Polen hin- und herpendeln würde, zur Ruhe gebracht werden soll, wenn Gegensätze in ihrer Wirkung vereinigt werden müssen: die endgültige Wirkung kommt dann in der mittleren Linie zustande.

[1]) Dahn in der Rektoratsrede von 1895, S. 17.

Die Replik des Prozessgewinns

(replica rei secundum me judicatae)

Ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der exceptio rei judicatae

von

Rudolf Leonhard

I. Das Ziel der Untersuchung.

§ 1.

Nach der herrschenden Lehre hat die Einrede der abgeurteilten Sache zwei Funktionen. Die eine betrifft, wie man zu sagen pflegt, die „nackte“ Tatsache oder das Dasein eines früheren Urteils, die andere dessen Inhalt. Man nennt die eine negativ, die andere positiv[1]).

Wie sich diese Funktionen innerhalb der Rechtsgeschichte zu einander verhalten haben und wie sie sich in der Gegenwart zu einander verhalten, darüber besteht bekanntlich viel Streit[2]).

Alle Zweifel wurzeln aber in zwei Übelständen. Einmal herrscht über die Fragestellung keine volle Klarheit, weil das Wesen der beiden Funktionen im Dunkel liegt. Zweitens haben sich in die übliche Auslegung zweier Quellenstellen Mißverständnisse eingeschlichen.

Gegen den einen Übelstand richtet sich der kritische, gegen den andern der exegetische Teil der nachfolgenden Abhandlung.

---

[1]) Keller, Über Litiscontestation und Urteil, 1827, S. 231. v. Savigny, System VI., S. 268. Wächter, Erörterungen, No. 3. Pfeiffer, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 37, S. 110. Keller, Pandekten-Vorlesungen, herausgegeben von Friedberg. Leipzig 1861. S. 188. Kleinschrod, die proceßuale Consumption und die Rechtskraft des Civilurteils, Leipzig 1875. S. 191, 227. v. Vangerow, Pand. I, § 173. Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatr. 1842. II. S. 552. Dernburg, preuß. Privatr. 5. Aufl. I, § 137, S. 298. Brinz, Pandekten. 2. Aufl. S. 328, § 96. Regelsberger, Pandekten I, § 196, S. 701. Wendt, Pandekten, § 99, S. 275 und andere.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. § 130, Anm. 23 ff. S. 577—580 mit Literaturangaben. Kleinschrod a. a. O., S. 218 ff.

Ihr Ziel ist, aus einer verworrenen Lehre einen wahren Kern herauszuschälen, der nicht bloß für die Rechtsgeschichte, sondern auch für das praktische Recht der Gegenwart nicht ohne Bedeutung ist.

In der replicatio: si non secundum me judicatum est sieht man meistens einen Ausdruck des Unterschiedes der beiden erwähnten Funktionen[1]). Daraus mag sich die Überschrift des Aufsatzes rechtfertigen.

II. Kritischer Teil.

I. Verhängnisvolle Verwechslungen.

§ 2.

Der Ausgangspunkt der Lehre von den beiden Functionen der exceptio rei judicatae liegt in Kellers bekannter Schrift Litiscontestation und Urteil[2]). Durch die Lobeserhebungen bekannter Autoritäten wurde sie bald zur herrschenden[3]).

Ihr entschiedenster Gegner war Bekker[4]), dessen Ausführungen so eindrucksvoll waren, daß man der Kellerschen Schule eine Bekkersche entgegenstellen konnte[5]).

---

[1]) Vgl. v. Savigny, System VI., S. 277. Pfeiffer a. a. O., S. 112. Windscheid-Kipp, Pandekten I, § 130, Anm. 17, S. 574 u. a.

[2]) Vgl. besonders S. 582, Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. § 130, Anm. 26. Dernburg, Pandekten I, § 162, Anm. 3. Übrigens versichert v. Bethmann-Hollweg, röm. Civilproceß II, S. 494, § 103, Anm. 39 schon vor Keller die Lehre von den beiden Funktionen vorgetragen zu haben. Dies spricht in hohem Maße dafür, daß sie nicht aus der Luft gegriffen sein kann.

[3]) Vgl. namentlich v. Savigny, System Bd. VI., 20.

[4]) Die processualische Consumption im class. röm. Recht. Berlin 1853. S. 12 ff.

[5]) So Westerburg, Archiv f. prakt. R., N. F. IX., S. 284, der ihr eine Reihe bedeutender Autoritäten zuzählt. Übrigens hat Bekker selbst seine älteren Anschauungen, ohne sie preiszugeben, später in mehrfacher Hinsicht berichtigt. Aktionen I, S. 317 ff. Gegen Savigny ist namentlich zu vergleichen Unger, System des österr. allg. Privatrechts. 4. Aufl. II., § 133 S. 682, 683 A. 17, 684, Anm. 20.

Beseitigt wurde Kellers Lehre jedoch nicht. Man fühlt, daß sie einen richtigen Kern in sich birgt; doch ist es nicht gelungen, ihn aus der dunklen Schale klar auszulösen.

Die Lehre von den beiden Functionen findet sich in den Quellentexten nicht ausgesprochen[1]), obwohl man sie hat hineinlesen wollen[2]).

Dagegen ist hervorzuheben, daß die romanistische Lehre keineswegs auf solche Sätze beschränkt werden darf, die von den Römern selbst geprägt worden sind, ebensowenig wie der Grammatiker sich mit seinen allgemeinen Lehren auf Regeln beschränkt, die bereits in der Volkssprache in einer bestimmten Fassung vorliegen.

Trotzdem ist Bekkers Vorwurf durchaus berechtigt, insofern die Lehre von den beiden Funktionen als altrömische Gedankenarbeit vorgetragen wird. Insofern aber Keller aus den einzelnen instinctiv getroffenen Entscheidungen der Römer für das bessere Verständnis der Quellen und für die Praxis unserer Zeit diese Lehre durch Verallgemeinerung herstellte, war er durchaus im Rechte. Auf diese Weise ist ja der Hauptinhalt der Pandektendoctrin und der aus ihr entlehnten Gesetzbücher entstanden und zu erklären.

Wenn also Keller zu dem Gedanken kam, daß von uns aus den Entscheidungen der Quellen zwei verschiedene Gruppen von Fällen der exceptio rei judicatae zu bilden sind, von denen die eine als veraltet anzusehen, die andere aber als giltig, so ist gegen seine Methode nichts einzuwenden.

Nur ist ihm leider dabei das Unheil widerfahren die Verwechslung zweier verschiedener Dinge zu veranlassen: der Begründung der exceptio rei judicatae und der Kraft der res judicata.

---

[1]) Bekker, proc. Cons., S. 12 ff.

[2]) Vgl. namentlich v. Savigny a. a. O. zu Dig. 44, 2, 6 und 7 § 1 und hingegen Keller a. a. O, S. 263, Bekker, processuale Consumption, 14 ff. Rümelin, Zur Lehre von der exc. rei jud. Tübingen 1875, S. 7, Westerwald, Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, Neue Folge IX, S. 376 auch Dernburg, pr. Privatrecht I, § 137, 5. Aufl., S. 297. Daß die beiden Functionen in den Quellen „in ihrem eigentümlichen Gegensatze nirgends erwähnt sind“, gibt übrigens auch Savigny zu, System VI, S. 282.

Die Ausgangspunkte seiner Lehre darf man nicht aus der Darstellung herauslesen, die sie bei seinen Nachfolgern gefunden hat, sondern aus seinen Vorstudien, von denen er ausging.

Er hat sich hier von Ribbentrop[1]) anregen lassen, gerade umgekehrt, wie dieser bei seinem Werke über die Correalobligationen sich bekanntlich von einem Gedanken Kellers leiten ließ.

In den von Ribbentrop erklärten Stellen (Dig. XX, 1, 16, 5 und XLII, 2, 9, 1) stehen sich eine exceptio und eine replicatio rei judicatae gegenüber. Die letztere lautet: Si non secundum me judicatum est, beruft sich also auf den Inhalt eines Urteils[2]).

Dagegen berief sich zweifellos die exceptio rei in judicium deductae nur auf die Tatsache und den Gegenstand der Litiscontestation. Das Gleiche nimmt man auch von der exceptio rei judicatae an.

Es gab also Fälle, in denen eine replicatio gegenüber der exceptio rei judicatae den vollen Inhalt eines Urteils hervorkehrte und andere, in denen diese replicatio fehlte, bei denen also ein exceptio rei judicatae durchschlug, die nur die Tatsache eines früheren Urteils über denselben Gegenstand erwähnte, nicht den vollen Urteilsinhalt, namentlich nicht den Sieger im Vorprozesse.

Da nun in der gegenwärtigen Praxis ein jeder, der ein früheres Urteil für sich anruft, auch dessen vollen Inhalt hervorzukehren pflegt, so lag es nahe anzunehmen, daß die Einrede, welche bloß das frühere Urteil über denselben Gegenstand, nicht aber auch den Prozeßsieger nannte, einem veralteten Rechtszustande angehöre.

Dafür sprach auch die Verwandtschaft der exceptio rei judicatae mit der im spätrömischen Rechte beseitigten exceptio rei in judicium deductae, die natürlich keinen Prozeßsieger nannte.

Ehe wir zu den Mängeln der hieraus entwickelten Lehren Kellers übergehen, mag hervorgehoben werden, daß seine Ansicht, insoweit sie bisher wiedergegeben wurde, durch neue Forschungen eine erhebliche Stütze gefunden hat. Lenel[3]) vertritt die Ansicht, daß die beiden exceptiones rei in judicium deductae und rei judi-

[1]) Commentatio ad l. 16 § 5 de pignor. und l. 9 § 5 de exc. rei jud. Gottingae 1824.

[2]) Von den Neueren, nicht aber von den Römern, wird sie replicatio rei judicatae genannt.

[3]) Edictum perpetuum S. 403.

atae im prätorischen Edikte und, wie er anzunehmen scheint, auch in jeder einzelnen formula identisch waren, d. h. durch ein einziges Formular ausgedrückt wurden[1]).

Es geschah dies mit den Worten Si ea res qua de agitur judicata vel in judicium deducta non est[2]).

Die Meinung Savignys nach der der Beklagte in jedem Falle zwischen beiden Einreden wählen mußte und eine alternativ gefaßte Einrede (des Prozeßbeginns oder des gefällten Urteils) nicht erlangen konnte, scheint mir von Lenel widerlegt zu sein[3]). Man darf aber auch nicht in der Annahme der Unerläßlichkeit des Doppelformulars zu weit gehen.

Wenn ein Beklagter zu beweisen vermochte, daß seine Sache durch ein gültiges Urteil bereits erledigt war, so wird man ihm wohl gestattet haben, die Worte „vel in judicium deductae“ in der Formel wegzulassen. Ebenso wird man ihm wohl die Worte „judicatae vel“ erspart haben, wenn der anhängig gewordene Anspruch durch Prozeßverjährung untergegangen war und er sich daher nur auf die deductio in judicium, nicht auf die res judicata berufen wollte. Ebenso auch, wenn er in der Lage war, die frühere deductio in judicium, nicht aber die spätere Urteilsfällung zu erweisen[4]).

Allein, selbst wenn man die beiden Exceptionsformulare wirklich getrennt haben sollte, so hatten doch jedenfalls beide exceptiones denselben Zweck, die Wiederholung des verhandelten An-

[1]) Ältere Literatur s. bei Lenel, Ed. perp. S. 403 Anm. 15 (vgl. namentlich Bekker, Cons. S. 136 ff. und Dernburg in der Heidelberger krit. Zeitschrift II S. 348), neuere in der französischen Übersetzung des Lenelschen Werkes: Essai de reconstitution de l'édit perpétuel von Frédéric Peltièr, Paris 1903, Bd. II S. 255. Anm. 1 u. 2. Für Lenel Dernburg Pand. I. § 162. Girard, manuel. 3. éd. p. 1026. Naber, Mnemosyne XVII p. 115 f. Gegen Lenel Eisele, Abhdl. i. röm. Civilpr. 1889, I p. 4 ff. Derselbe, Zeitschr. d. Sav. Stiftg. XXXIV, p. 1 f. Dagegen wiederum Lenel in der franz. Ausgabe a. a. O.

[2]) In der französischen Ausgabe S. 259 hat Lenel von Eisele (Abhandlungen z. röm. Civilpr. 1889 III S. 113 ff.) veranlaßt, diese Formel gegenüber einer älteren Fassung berichtigt.

[3]) Vgl. Savigny VI S. 267 und dagegen Lenel, Ed. perpetuum, S. 404.

[4]) Hierdurch erledigt sich die Frage, wozu man überhaupt eine besondere exceptio rei judicatae eingeführt habe. Eisele, Abhdl. S. 6.

spruchs unmöglich zu machen. Ein Anspruch, der in judicium gebracht war, war todt. Eine Leiche kann man nicht ermorden. Folglich vertilgte das spätere Urteil den Anspruch nicht mehr, sondern bewies nur, daß er schon früher untergegangen sein mußte, weil es kein Urteil gab, dem nicht eine deductio in judicium vorausgegangen wäre. Darin ist auch Lenel mit seinem Gegner Eisele einverstanden[1]).

Diese Identität des Zwecks genügt, um zu erklären, warum auch die exceptio rei judicatae zu ihrer Begründung nur derselben Tatsache bedurfte, die zur Rechtfertigung der exceptio rei in judicium deductae genügte, daß es also auch bei ihr nicht darauf ankam, festzustellen, wer eigentlich den Prozeß gewonnen hatte, ein Umstand, der in dem Zeitpunkte der res in judicium deducta ja überhaupt noch nicht feststehen konnte.

Die formula stellte am Sichersten fest, daß ein Anspruch vor Gericht gekommen war[2]). Die sententia wurde erst im späteren Rechte aufgezeichnet. Ursprünglich eignete sie sich also weit weniger, als die formula, dazu, dem Beklagten den Beweis dafür zu sichern, daß der eingeklagte Anspruch der Entscheidung des Richters unterbreitet worden war.

Die Frage, welche Prozeßwirkungen an die Litiscontestation und welche an das Urteil anzuknüpfen wären, muß mit dem Beurkundungswesen aufs Engste zusammengehangen haben[3]). Die Veränderung der Art, wie man den Streitgegenstand beurkundete, ist daher m. E. auch eine der vornehmlichsten Ursachen davon, daß man der Litiscontestation nicht die frühere volle novierende Kraft belassen konnte. Nicht, weil man die juristische Natur dieses Prozeßaktes anders auffaßte, hat man späterhin seine Kraft vermindert, sondern umgekehrt, weil ihm die alte Beurkundung in den neueren Prozeßformen verloren gegangen war, konnte man ihm nicht mehr die alte Kraft belassen und, weil man dies nicht konnte, auch an seiner früheren juristischen Beurteilung nicht

[1]) Eisele, Abhandl. S. 6. Lenel, édit. II p. 255.

[2]) Nach Schloßmann (Litis contestatio 1905), ursprünglich in gesprochenen Formeln, erst später schriftlich. Erwiesen ist dies m. E. nicht, wenn auch nicht unmöglich.

[3]) Darauf scheint auch Rümelin hinzudeuten. (Zur Lehre von der exc. rei jud. Tübingen 1875 S. 39.)

festhalten. Zur Zeit der älteren Beurkundungsformen war es dagegen aus praktischen Erwägungen zweckmäßig, die vernichtende Kraft des Prozesses an die in der Regel sicher erweisliche Litiscontestation anzuknüpfen und dadurch zur Novationskraft dieses Aktes zu gelangen. Daß sich dies änderte, war nicht ein Sieg des Zweckgedankens über einen zwecklosen Formalismus, dessen Fesseln man abschüttelte[1]), sondern eine einfache Umgestaltung der Rechtszwecke wegen veränderter Umstände.

Daraus, daß schon die Litiscontestation den Anspruch aufzehrte, ergab sich, daß man zur Abwehr einer Wiederholung des abgeurteilten Anspruchs einer vollen Aufklärung des Urteilsinhalts nicht bedurfte, namentlich nicht der Angabe, secundum quem judicatum erat.

Insoweit Keller das festgestellt hat, ist seine Lehre unanfechtbar. Leider hat sich aber Keller hierbei von der bei Gelehrten nicht seltenen Vorliebe für dunkle Terminologien nicht freigehalten. Er nannte die Begründung der Einrede der abgeurteilten Sache aus der bloßen Angabe des Urteilsgegenstandes „negative Funktion der Urteilseinrede“, die Einrede des vollen Urteilsinhalts „positive Funktion“.

Dabei war er sich merkwürdigerweise der Unrichtigkeit dieser Terminologie voll bewußt. Er schrieb sich selbst die schärfste Kritik[2]). Funktion und Begründung sind zweierlei. Einreden haben nach Keller streng genommen immer nur negative Funktionen[3]). Trotzdem konnte Keller dem Gelüst nicht widerstehen, die „Begründung“ der Einrede mit „Funktion“ zu bezeichnen, in der Hoffnung, daß man den unpassenden Namen nicht mißdeuten werde.

Strenge genommen gibt es also auch nach Keller (S. 223, Anm. 4) nicht zwei Funktionen (Wirkungen), sondern nur zwei Begründungsformen der Einrede der abgeurteilten Sache, eine

[1]) Dies ist herrschende Meinung; vgl. namentlich Savigny, System VI, S. 270. 282.

[2]) Man lese: Litiscontestation und Urteil S. 223, Anm. 4.

[3]) Anders z. B. Erman (Prof. in Münster) Dig. (44, 2) 21 § 4. études de droit classique et Byzantin. Lyon 1902 der p. 284, eine „exception rei judicatae positive“ kennt als Gegensatz der exception rei judicatae ordinaire invoquant le „judicatum esse“ et non pas le „ita judicatum esse.“

oberflächlichere und eine ausführliche (erschöpfende), einerseits die Begründung mit der Urteilstatsache nebst Angabe des Urteilsgegenstandes und anderseits die Begründung mit dem vollen Urteilsinhalt. Die Worte Urteilstatsache (bei Savigny Urteilsdasein) und Urteilsinhalt sollen also den Gegensatz, der Keller vorschwebte, wiedergeben[1]). Allein auch dieser Gegensatz birgt eine Ungenauigkeit in sich. Es liegt auf der Hand, daß bei der sogenannten negativen Funktion (richtiger der minder eingehenden Begründung der exceptio rei judicatae) die bloße Tatsache eines irgendwo und irgendwann unter den Parteien gefällten Urteils nicht genügte. Die Identität der früheren und der späteren Sache mußte dargetan werden. Das ist aber bereits ein Stück von Urteilsinhalt. Die sogenannte negative Funktion betrifft also ebenfalls eine Einrede des Urteilsinhalts, das heißt des nur oberflächlich (unter Verschweigung des Prozeßsiegers) angegebenen Urteilsinhalts, die sogenannte positive Funktion bezieht sich dagegen auf die Einrede des vollständig angegebenen Prozeßinhalts. Man könnte dort beinahe von einer exceptio quae indiscrete loquitur reden, hier von einer exceptio discreta. Eine Urteilseinrede, die einen Teil des Urteilsinhalts verschweigt, ist freilich nicht sein getreues Ebenbild, sie funktioniert also ihm gegenüber nicht völlig positiv; denn sie wiederholt seine Beschaffenheit nicht. Trotzdem müßte man sie dem Urteilsinhalt gegenüber, insoweit er verschwiegen wird, besser indifferent, als negativ nennen. Wer etwas dahingestellt läßt, der negiert es nicht.

Es gab also gegenüber der Person des Prozeßsiegers gleichgültige und rücksichtsvolle Urteilseinreden.

Keller würde jedoch schwerlich seinen terminologischen Mißgriff begangen haben, wenn nicht eine sachliche Verwechslung dem zu Grunde gelegen hätte. Er betont, daß die beiden Funktionen der Einreden mindestens ungefähr mit den beiden Funktionen des Urteils (oder Prozesses), von denen er spricht, gleichen Schritt halten[2]). Die Funktion des Urteils, von der er öfters redet[3]), fließt in Folge dessen bei ihm zusammen mit der Einrede des

[1]) Vgl. die oben § 1 S. 67 Anm. 1 Angeführten, auch Dernburg, Pandekten 7. Aufl. I. § 162, S. 375. 376.

[2]) Litiscontestation und Urteil S. 107.

[3]) Vgl. z. B. S. 71 ff. 235 und 236 mit S. 223 Anm. 4.

rechtskräftigen Urteils. So verwechselt er die positive Funktion der Einrede des Urteils mit der Einrede der positiven Funktion des Urteils[1]). Daher erscheint denn schon bei Savigny[2]) die „Funktion“ als „Gestalt“, der neueren Doktrin ist sie nichts als „Kraft“ und „Wirkung“ des Urteils[3]).

Daß ein Urteil eine negative (zerstörende) Kraft (Funktion) gegenüber den eingeklagten Ansprüchen hat und daneben auch noch positive schöpferische Wirkungen oder Funktionen, das hat ja einen recht guten Sinn, nur leider nicht den, welchen Keller mit den entsprechenden Worten (auf S. 223 Anm. 4) verband, obwohl er anderweitig auch ihm vorschwebte. Von dieser positiven Funktion behauptete aber Keller nicht, daß sie die jüngere und schließlich die einzige war. So vermischte sich denn Kellers Lehre von der doppelten Art der vor Gericht erforderlichen Begründung von Urteilseinreden mit der Lehre von der doppelten Kraft der Urteile.

Zwei verschiedene Gegenstände sind hier identifiziert. Wir müssen sie trennen und jeden für sich betrachten. Dabei stellen wir von vornherein fest, daß in der Kellerschen Lehre zwei praktisch wichtige Behauptungen stecken, die noch für die Gegenwart von Bedeutung sind:

1. Der bereits gewonnene Prozeß darf (wenigstens im Notfalle) nach spätrömischem und modernem Rechte vom Kläger wiederholt werden. (Sogenannte Verdrängung der negativen Funktion durch die positive).

2. Die Einrede der rechtskräftig abgeurteilten Sache verlangt heutzutage immer eine Angabe des vollen Urteilsinhalts.

Beide Behauptungen zu sondern und anzufechten ist der Zweck des Folgenden.

Es kann dies nicht anders geschehen, als indem ihre exegetischen Voraussetzungen umgestürzt werden (s. unten § 4 und 5).

[1]) Diese Verwechslung zieht sich durch die ganze neue Literatur hindurch. Siehe z. B. Bethmann-Hollweg, Civilproceß II, § 111, S. 636. Rudorff, röm. R. G., II. S. 262, Anm. 3. Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. XI, S. 381.

[2]) Der nach Windscheid, Actio S. 100, „zu einem Irrthum veranlaßt worden ist“, vor dem Keller „ausdrücklich gewarnt hat“.

[3]) Das Marginale zu den Motiven I, S. 374, spricht sogar von einer „positiven Wirkung der Rechtskraft“.

Da sie jedoch nicht bloß auf die Texte gegründet werden, die von der replicatio rei judicatae sprechen, sondern auch auf das gegenseitige Verhältnis der beiden Urteilsfunktionen, die man als negative und positive bezeichnet, so ist es nötig, zunächst die Art und die Kraft dieser Funktionen einer noch genaueren Prüfung zu unterwerfen (§ 3).

2. Das Sonderrecht bloss negativer Urteilswirkungen.

§ 3.

Wir sahen schon oben, daß die Funktionen der Urteilseinrede nicht mit den Funktionen des Urteils selbst verwechselt werden dürfen.

Damit soll jedoch nicht geleugnet werden, daß ein Parallelismus beider Arten von Funktionen sehr wohl denkbar ist, d. h. daß eine negative Einredenfunktion neben einer ebensolchen Urteilsfunction herlaufen kann und eine positive Einredenfunction neben der positiven Urteilswirkung.

Vielleicht war also Keller gegen sich selbst zu streng, als er meinte, daß jede Einrede „genau genommen“ nur negativ wirken könne[1]).

Wir müssen uns daher die Frage vorlegen, was man vernünftiger Weise unter einer positiven oder negativen Funktion des Urteils verstehen könne.

Man wird gut tun, sich hierbei darüber klar zu werden, daß die Ausdrücke „positiv“ und „negativ“ so lange völlig unklar sind, sobald nicht sicher ist, was denn eigentlich „festgestellt“ oder „negiert“ werden soll[2]).

Überall will man mit den Worten „positiv“ und „negativ“ Gegensätze bezeichnen. Sie haben also nur soweit Berechtigung als sie sich auf ein und denselben Gegenstand beziehen, der von der Position und von der Negation ergriffen wird.

[1]) Litiscont. und Urteil, S. 223, Anm. 4.

[2]) Auf die übliche Verwechslung der Begriffe „Verneinen“ und „Zerstören“ hat der Verfasser schon früher hingewiesen (Institutionen, S. 495). Sie spielt hier aber deshalb keine sonderlich große Rolle, weil der Beklagte einen Anspruch vernichtet, indem er das Recht zu seiner Anstellung mit Erfolg verneint.

In der üblichen Redeweise, die positive und negative Funktionen unterscheidet, stellt aber das positive etwas ganz anderes sicher, als das negative verneint. Die negative Funktion verneint das Recht zur Anspruchswiederholung, die positive bejaht den Urteilsinhalt. Jene Verneinung schließt aber diese Bejahung nicht aus.

Es gilt vielmehr auch hier der Satz Unius positio non est alterius exclusio. Es liegen also nur scheinbare Gegensätze vor.

Ganz anders läge die Sache, wenn man behauptete: Die „exceptio rei judicatae vernichtet das Recht auf Anspruchswiederholung die replicatio rei secundum ne judicatae begründet und festigt dagegen dasselbe Recht[1])“. So drückt man sich aber bekanntlich nicht aus.

Jetzt sehen wir auch, warum es möglich war, zu behaupten, daß die positive Funktion von der negativen umschlossen werde[2]) und andererseits, daß die positive Funktion die negative in sich aufnehme und verschlinge[3]). Nimmt man an, daß das Urteil nicht bloß den angestellten Anspruch negiert, sondern alles, was sich ihm in den Weg stellt, so ist die Einrede, die den Widerspruch gegen einen Urteilsinhalt beugt, gegenüber diesem Widerspruche negativ und gegenüber dem Urteilsinhalt positiv, etwa ebenso, wie die Behauptung des Todes eine Verneinung des Lebens ist[4]).

Man würde aber doch zu weit gehen, wenn man der Unterscheidung der negativen Funktion von andern Funktionen des Urteils alle und jede praktische Bedeutung absprechen wollte[5]).

[1]) Ein derartiger Gedanke scheint Wach zu Kellers röm. C. Proz. 5, A. 1876, A. 849 zu § 72 in seinen Ausführungen gegen Rümelin vorzuschweben.

[2]) So Bekker, proc. Consumption, S. 12ff., vgl. aber auch Aktionen I, S. 317ff.

[3]) So G. Rümelin zur Lehre von der exc. rei judicatae, Tübingen 1875. Ähnlich auch Hölder, Pandekten, S. 380, Anm. 1: „In Wirklichkeit fallen jene beiden Functionen zusammen, da die prozessualische Consumption eben darin besteht, daß das zum Objekte des Prozesses erhobene Rechtsverhältnis ein solches ist, dessen Existenz von der Entscheidung dieses Prozesses abhängt und daher nicht mehr zum Objekte einer andern Entscheidung gemacht werden kann.“

[4]) Vgl. des Verf. Allgem. Teil des BGB., Berlin, Guttentag, S. 393, § 88 I, über positive und negative Bedingungen.

[5]) Die Beurteilung der G. Rümelinschen Schrift durch Heyssler

Negation der Klagenwiederholung und Position des Urteilsinhalts sind freilich keine Gegensätze[1]), andrerseits sind sie aber auch nicht identische Größen. Der Urteilsinhalt schließt vielmehr das Wiederholungsverbot in sich[2]), dies ist ein Stück von ihm. Freilich wird oft genug das Gegenteil behauptet, aber mit Unrecht. In Wahrheit ist ein Wunsch nicht nur dann erledigt, wenn er verworfen ist, sondern auch wenn er seine Erfüllung gefunden hat. Der Richter, der eine Klage anerkennt, macht dadurch ein weiteres Klagen über denselben Gegenstand überflüssig. Aus seinem Spruche kann man daher nicht herauslesen, daß er Klagenwiederholungen erlaube[3]). Unmöglich will er dem Kläger das Recht zusprechen, sich für einen einzigen Anspruch mehrere Vollstreckungstitel durch wiederholte Prozesse zu verschaffen. Das Gegenteil entspricht vielmehr im Zweifel seinem Willen[4]).

Wäre es also wirklich wahr, daß dem Kläger nach dem siegreichen Urteile die Anspruchswiederholung erlaubt wäre, so würde dies doch nur eine Abschwächung der negativen Kraft des Urteils sein, niemals aber eine positive Verwirklichung des Urteilsinhalts[5]).

(Grünhuts Zeitschrift f. d. Privatrecht u. öffentl. Recht, III, S. 185) ist in dieser Hinsicht viel zu schroff, vgl. aber auch Regelsberger, Pandekten, § 196, A. 9. M. E. steht die praktische Bedeutung der Frage, ob es besondere Rechtsregeln für bloß negative Urteilswirkungen gebe oder nicht, außer jedem Zweifel.

[1]) Dies hat Rümelin a. a. O., m. E. erwiesen, vgl. insbesondere S. 6. 21.

[2]) Diese richtige Auffassung der rein negativen Urteilskraft als einer bloßen Unterart der positiven Urteilswirkung findet sich namentlich bei Unger, System des österr. Pr. R. 4 A. II, § 133, S. 682, Sohm, Institutionen, 11. Aufl., S. 248 und Franz Leonhard, in Birkmeyers Encyklopädie. 2. Aufl., S. 45.

[3]) So richtig Windscheid, die Actio des römischen Civilrechts, Düsseldorf 1856, S. 105. Ähnlich Regelsberger, Pandekten, § 196, Anm. 10 und Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900. S. 169.

[4]) Ist die Klage zur Zeit abgewiesen worden, und wird sie zur rechten Zeit wiederholt, so liegt nicht mehr dieselbe Klage, sondern in Folge des Zeitablaufs ein neuer Klagegrund vor. Dasselbe gilt auch von der in angebrachter Art abgewiesenen Klage, die später in anderer Art angebracht wird. Vgl. über diese letztere Erscheinung Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1844. S. 266 ff. und Bethmann-Hollweg, Civilprozeß III, § 156. S. 292.

[5]) Bekker, prozeß. Consumption spricht S. 305 ff. mit Recht von „Milderungen der Consumption."

Ein Urteil des Inhalts, daß der Kläger seine schon jetzt erfolgreiche Klage später wiederholen dürfe, hat es wohl nie und nirgends gegeben, vielmehr hat Rümelin (a. a. O.) das Gegenteil mit Recht behauptet.

Wenn hiernach das Verbot der Klagenwiederholung naturgemäß zum Urteilsinhalte gehört, so erschöpft es doch keineswegs den vollen Urteilsinhalt. Insoweit dieser z. B. ein eingeklagtes Recht feststellt, liegt er neben jenem Verbote.

Man sollte daher nicht negative und positive Funktionen des Urteils unterscheiden, sondern statt dessen bloß negative Funktionen (Wiederholungsverbote) und anderweitige, nicht bloß negative Funktionen. So berichtigt ist die Absonderung der negativen Funktionen an den Gesamtfunktionen des Urteils nicht zu beanstanden.

Es fragt sich nur, ob diese Sonderung irgend einem Bedürfnisse entsprach.

Diese Frage muß bejaht werden. Und zwar erfordert sowohl die Rechtsgeschichte, wie die Praxis eine solche Sonderung.

Zunächst die Rechtsgeschichte. Das Verbot der Anspruchswiederholung knüpfte sich wie schon erwähnt wurde, im Formularprozesse nicht erst an das Urteil an, sondern schon an die Litiscontestation. Diese nahm dem Urteil die rein negative Funktion vorweg. Letztere fehlte dem Urteile, weil dieses zu spät kam, um sie auszuüben. Erst als die processuale Consumption durch Prozeßbeginn aufhörte, fiel die gleiche Kraft dem Urteile zu, das sie bisher entbehrt und sich auf die nicht bloß negativen Prozeßwirkungen beschränkt hatte.

Diese interessante Erscheinung wird nur dann verständlich, wenn man die negative Funktion von den übrigen sondert.

Aber auch die Praxis verlangt eine solche Sonderung, nämlich in der Frage, ob zur Begründung der Einrede des rechtskräftigen Urteils der Nachweis des vollen Urteilsinhalts nötig ist, namentlich, ob der Sieger in dem früheren Prozesse festgestellt werden muß (s. oben § 1). Wo das frühere Urteil nicht in bloß negativer Weise wirken soll, da muß dies auf alle Fälle geschehen. Wo es dagegen bloß eine Anspruchswiederholung abwehren soll, da war das jedenfalls zur Zeit der processualen Consumption nicht nötig, wie wir oben sahen.

Daß sich dies aber mit dem Wegfalle der novierenden Kraft der Litiscontestation geändert haben muß, kann nicht ohne Weiteres zugegeben werden, bleibt vielmehr zu untersuchen (s. unten § 5).

III. Exegetischer Teil.

I. Die Replik des Prozessgewinns bei nachträglichem Besitzerwerbe des Gegners.

a) Der Sinn der lex 9 § 1 Dig. de exceptione rei judicatae XLIV, 2.

§ 4.

Der Ausgangspunkt der Lehre von der replicatio rei secundum me judicatae ist Ulpians (libro septuagesimo quinto ad edictum) viel behandeltes Fragment Dig. 44,2 d. exc. r. j. fr. 9 § 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere defenderit mox emerit[1]): re secundum petitorem judicata an restituere cogatur. et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum debere de re secundum se judicata[2]).

Die Stelle mag als ein Hauptbeispiel dafür dienen, daß es sich empfiehlt, neben der bekannten duplex interpretatio der Quellentexte auch ihre Beziehungen zu dem gemeinrechtlichen Prozesse und endlich auch noch ihr Verhältnis zu den Rechtssätzen der Gegenwart festzustellen, um so in einer quadruplex interpretatio das volle Maaß der Anregung zu gewinnen, das uns die Überlieferungen des römischen Rechts zu gewähren vermögen.

[1]) Die Interpunktion ist zweifelhaft, s. unten.

[2]) Ältere Literatur s. b. Keller S. 586, vgl. auch Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 10 S. 379. Kellers Auslegung lehnt sich an Ribbentrop (vgl. oben S. 70 Anm. 1 an. Von besonderer Bedeutung sind neuerdings Bekker, processuale Consumption, S. 269 ff. 317 ff. und ähnlich G. Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae Tübingen 1875, der S. 25 Anm. 5 Hypothesen erwähnt, die er selbst für gewagt hält. Der Verf. hielt es nicht für seine Aufgabe, eine Blütenlese aller unbefriedigenden Vermutungen über den Sinn der Stelle mitzuteilen; vgl. übrigens auch noch Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschrift V, S. 84 und auch noch Krüger, processuale Consumption und Rechtskraft des Urteils. Leipzig 1864, S. 118. 120 ff. 153 ff.

In der Regel versucht man nicht einmal den ursprünglichen Gedanken Ulpians von dem Sinne, den das Fragment durch seine Aufnahme in die Justinianische Sammlung erhalten hat, zu sondern. Dies ist auch nicht nötig, sofern man annimmt, daß der arbitratus de restituendo schon zu Ulpians Zeit vollstreckbar war[1]). Nimmt man freilich an, daß zu dieser Zeit im Vindikationsprozesse nur die Geldcondemnation vollstreckt werden durfte, so könnte Ulpian nicht die Frage gestellt haben; an restituere cogatur (rem), sondern höchstens etwa: an condemnandus sit, nisi restituat. Wir müßten dann an eine Interpolation denken. Für die Deutung der Stelle würde dies aber von geringem Einflusse sein. Die Hauptfrage, die sie stellt, bliebe für das Recht der Ulpianischen Zeit dieselbe, wie für das Recht Justinians.

Es hat jemand sich auf eine rei vindicatio eingelassen[2]), ohne die Sache zu besitzen und ohne eine litise offerre zu begehen, weil er irriger Weise glaubte Besitzer zu sein[3]). Man denke an einen Großgrundbesitzer, dem von einem seiner Inspektoren ein falscher Bericht über seinen Besitzstand auf einem entlegenen Gute gemacht wird und der deshalb an dem angeblich vorhandenen Besitze der eingeklagten Sache nicht zweifelt oder an einen Beklagten, dem die eingeklagte Sache gestohlen ist, ohne daß er es weiß. Bald darauf kauft der Beklagte die Sache und zwar heißt emere hier wohl so viel wie „käuflich erworben[4])“. Die Über-

[1]) Dafür namentlich Keller a. a. O., S. 215 Anm. 5. Eine Übersicht der Parteien bei Westerburg, Archiv f. civ. Praxis N. F., Bd. 9, S. 380 Anm 8. Gegen die Naturalexecution auch Krüger, proc. Consumption, S. 124 und namentlich auch Ubbelohde. (Hartmann-Ubbelohde: Ordo Judiciorum Göttingen 1886, S. 517) wegen Dig. XXVII, 9. de reb. eor. fr. 3 § 2. XLIII, 29 de lib. hom. exhib. f. 3 § 13. Für Keller spricht Dig. 42, 1 de re jud. fr. 15 pr. Literatur s. b. Hartmann-Ubbelohde, S. 517. Anm. 69, vgl. auch Wetzell, Vindicationsproceß 121 ff.

[2]) Vgl. hierüber die eingehenden und im Wesentlichen überzeugenden Ausführungen Wlassaks in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung Bd. XXV, S. 123 ff. Abweichend ist die Auffassung Krügers, processuale Consumption u. Rechtskraft des Urteils. Leipzig 1864. S. 122.

[3]) Seine Benennung als fictus possessor (vgl. Buchka, Einfl. des Prozesses, S. 149) ist hiernach irreführend.

[4]) Eine andere Ansicht deutet G. Rümelin S. 25 Anm. 5 als möglich an, m. E. mit Unrecht.

gabe der Sache wird vorausgesetzt. Sonst könnte die Frage an restituere cogatur nicht aufgeworfen werden. Es sind fast alle Ausleger darüber einig, daß der Erwerb dieser Sache erst geschehen sein soll, nachdem der Nichtbesitzer bereits verurteilt war, obwohl der Text mit der üblichen Interpunction dagegen spricht: Si quis fundum .... defenderit, mox emerit: re secundum petitorum judicata an restituere cogatur. Nichts liegt näher als das Kolon hinter judicata zu setzen[1]). Ribbentrop, der dies einsieht, will sich trotzdem nicht dazu verstehen, weil Ulpian, wenn er sich genau ausgedrückt hätte, würde haben schreiben müssen: mox, re secundum petitorum judicata, emerit. Da er jedoch nun einmal ungenau geschrieben hat, so sollte es doch näher liegen anzunehmen, daß seine Ungenauigkeit nur eine halbe war, und nicht eine ganze, d. h. daß das Kolon hinter judicata zu setzen ist. Im Geiste tun ja dies auch Ribbentrop und Keller, warum wagen sie nicht dasselbe auch auf dem Papier zu tun[2])?

Also das Eine steht fest: Der Nichtbesitzer ist verurteilt, ehe er den Besitzerwerb erlangt hat.

Fraglich ist nur, ob dies Urteil ein bloßes Zwischenurteil war, wie es als Grundlage des arbitratus restituendi anging. Die Meisten nehmen dies an[3]). Dann wäre die Stelle nur aus Versehen in die Digesten gekommen; denn zu Justinians Zeit gab es den alten arbitratus nicht mehr.

Schon aus diesem Grunde nehme ich an, daß gegen den Nichtbesitzer ein Endurteil ergangen, nicht aber, daß der Kläger nach ergangenem Zwischenurteil doch noch wegen Nichtbesitzes

[1]) Vgl. Ribbentrop a. a. O. p. 61. Zustimmend Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 588. Anm. 5.

[2]) Auch in Mommsens Ausgabe und Lenels Palingenesia 1667, II, pag. 858, findet sich die angefochtene Interpunktion.

[3]) Vgl. Ribbentrop, commentatio p. 66. Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 587. Pfeiffer, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 37, S. 246. Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zschr. Bd. V, S. 94. Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 9, S. 380. Buchka hält sogar die entgegengesetzte Ansicht für unmöglich (Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis I, Rostock 1846, S. 154. Er erblickt schon in l 9 pr. einen Hinblick auf die replicatio des § 1, setzt also schon hier eine Präjudicialsentenz voraus.

des Beklagten abgewiesen worden ist[1]). M. E. konnte Ulpian, wenn er eine endgültige Klagebeweisung als gescheheu voraussetzte, nicht schreiben: re secundum petitorem judicata, während die Sache doch höchtens vorläufig secundum actorum abgeurteilt war, hinterher aber ungültig contra actorem.

Jetzt lautete die Frage Ulpians: Kann die Verurteilung des Nichtbesitzers vollstreckt werden, wenn der Verurteilte den Besitz erst später erlangt[2])? Ulpian beantwortet diese Frage nicht direkt, sondern er läßt Neratius für sich reden. Daß er die von Neratius angeführte Ansicht mißbillige[3]), halte ich für ausgeschlossen. Wenn man auf eine Frage, die man stellt, mit einem Zitat antwortet, so kann dies nur bedeuten, daß man sich die in diesem Zitate ausgesprochene Ansicht aneignen will. Neratius beantwortet nun freilich die gestellte Frage nach der Vollstreckbarkeit des Urteils durchaus nicht, sondern behauptet nur, daß der Kläger zum zweiten Male mit Erfolg klagen könne. Darin liegt aber eine deutliche Verneinung der gestellten Frage[4]). Wenn man einen Kläger, der eine Vollstreckung seines siegreichen Urteils wünscht, auf eine neue Klage hinweist, so liegt doch darin deutlich, daß man den Wunsch für unerfüllbar hält. Niemand klagt aufs Neue, wenn er den Gegenstand der früheren Klage im Wege des Zwanges unmittelbar erreichen kann.

Diese Ansicht des Neratius läßt sich auch sehr wohl begründen. Hat ein Verurteilter den Gegenstand des Urteils erst später aus einem neuen Rechtsgrunde erworben, so ist es unbillig, ihm dies Erworbene zu entreißen, ohne ihn über seinen neuen Titel auch nur zu hören. Es wäre ja möglich, daß er die Sache bereits dem siegreichen Kläger herausgegeben, dieser sie hierauf an einen Dritten veräußert und der frühere Beklagte sie von dem

[1]) Dies wird auffallender Weise vielfach angenommen, vgl. z. B. Keller a. a. O. S. 587. Buchka a. a. O. S. 154. 155. Westerburg a. a. O. S. 380.

[2]) Der Wortlaut des § 883 der C. P. O. spricht für die Bejahung nach gegenwärtigem Rechte. Dem Beklagten wird hier m. E. eine Klage aus § 767 helfen, wenn der neue Erwerbsgrund die frühere Verurteilung als ungerechtfertigt erscheinen läßt.

[3]) So Bekker, process. Consumption S. 271.

[4]) Nach der oben S. 81 Anm. 1 erwähnten Ansicht, nach der zu Ulpians Zeit die Sentenz im Eigentumsprozesse nicht vollstreckbar war, wäre diese Antwort selbstverständlich. Nicht so für das Justinianische Recht.

Dritten gekauft hätte. Man könnte hier von einem causa superveniens auf passiver Seite reden.

Etwas anders würde es sich vielleicht dann verhalten, wenn die Sache dem Beklagten etwa vor seiner Verurteilung durch Diebstahl abhanden gekommen wäre und er hierauf mit obrigkeitlicher Hilfe oder auch ohne eine solche wieder in den Besitz käme. Von diesem Falle spricht Ulpian nicht. In ihm fehlt dem Verurteilten der neue Erwerbstitel. Darum würde man ihn auch wohl anders beurteilt haben.

In unserm Falle führt der frühere Prozeß nicht zur Vollstreckung. Darum bleibt nichts übrig als einen neuen zu beginnen.

Daß ein solcher Prozeß erfolgreich sein kann, sofern nur der Kläger wirklich Eigentümer ist, darüber herrscht kein Streit. Befremden erweckt nur die Begründung, mit der dies Ergebnis verteidigt wird. Hier muß die quadruplex interpretatio einsetzen, um volle Klarheit zu gewinnen. Wir unterscheiden:

1. Das Recht zur Zeit Ulpians, Neratius und Ulpian sind der Ansicht, daß eine rei vindicatio wegen eines angeblich vorhandenen Besitzes des Beklagten identisch sei mit einer spätern rei vindicatio wegen eines erst später erworbenen Besitzes desselben Gegners. Die Verschiedenheit des Besitzes ist ihnen also für die Indentitätsfrage gleichgültig. Denn der Besitz gehört nicht mit zu dem Klagegrund. Die formula erwähnte ihn nicht[1]). Er war keine causa actionis, sondern nur eine nebensächliche conditio sine qua non. Dies zeigte sich namentlich bei der Frage, ob der Besitz schon litis contestationis tempore vorhanden sein müsse, um eine Verurteilung zu begründen[2]).

Wurde also jedesmal das Eigentum in judicium deduciert, so war der Anspruch zwar nicht ipso jure, aber doch ope exceptionis consumiert[3]) und auch das Urteil betraf das Eigentum[4]). Davon gab es auch dann keine Ausnahme, wenn das Eigentum vom Richter untersucht und verneint worden war. Den Römern

[1]) An sie lehnt sich die Identitätsfrage an; Savigny, System VI, S. 278.

[2]) Windscheid-Kipp, Pand. I, § 128, Anm. 5.

[3]) Gaj. IV, 107.

[4]) Vgl. Westerburg a. a. O., S. 384.

erschien es unangemessen, den bereits gescheiterten Beweis des Eigentums nochmals zu wiederholen, wenn sich die Besitzlage des Beklagten geändert hatte, und es ist fraglich, ob uns nicht diese Auffassung selbst dann sympathisch sein muß, wenn wir genötigt sind, in ihr einen veralteten Rechtszustand zu erblicken.

Der Grundsatz: „Jede neue Eigentumsverletzung erzeugt einen neuen Anspruch“ war somit nicht römischen Rechts[1]).

Nur, wenn der Kläger den Eigentumsprozeß früher gewonnen hatte, erschien es unbillig, eine Konsumption anzunehmen, dann sollte die exceptio rei judicatae dem Kläger nicht schaden, falls der Beklagte aus einem neuen Grunde den Besitz erwarb und dadurch eine neue Eigentumsverletzung eintrat.

Nach l 9, § 1 dig. 44,2 war es hierbei Sache des Klägers, zu behaupten und zu beweisen, daß der frühere Prozeß zu seinen Gunsten ausgefallen war. Der Beklagte brauchte nur zu behaupten, daß über das Eigentum bereits geurteilt war, um zunächst der wiederholten Klage einen Damm entgegenzusetzen. Sache des Klägers war es dann zu replicieren und den früheren Prozeßgewinn darzutun.

Die Zulässigkeit und das Erfordernis dieser besonderen Replik soll angeblich mit andern Stellen in Widerspruch stehen. Nach diesen soll auch ohne dieses Rechtsmittel eine exceptio rei judicatae unzulässig gewesen sein, sobald eine neue Besitzstörung gegenüber dem siegreichen Eigentümer eintrat[2]).

Betrachten wir zunächst Dig. 44,2 de exc. rei judicatae fr. 9 pr. (Ulpianus eodem loco): Si a te hereditatem petam, cum

[1]) Vgl. Bekker, proc. Cons. 242 ff., 252 und dagegen richtig Aktionen I, S. 341. Unrichtig auch Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 6 „Bei einer angestellten rei vindicatio dagegen wurde durch die Litis Contestation natürlich nicht das Eigentum des Klägers consumiert, sondern nur der Anspruch des Klägers.“ Den Römern schien dies garnicht natürlich, ebenso wenig wie die Unschädlichkeit der pluspetitio für das minus. Vielmehr mußte, wer unvorsichtiger Weise sein Eigentum einklagte, obwohl der Gegner ihm dazu keinen Anlaß gab, zur Strafe dies Eigentum verlieren, sofern ihn nicht eine replicatio begnadigte. Richtig Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschrift II, S. 350 ff., auch Puchta-Krüger, Institutionen, 10. Aufl., S. 541, Regelsberger, Pandekten I, § 107, S. 704, 705.

[2]) Bekker, Consumption, S. 252, G. Rümelin, S. 24.

nihil possideres, deinde ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam an noceat exceptio ista? et putem sive fuit judicatum hereditatem meam esse, sive adversarius quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem (übersetzt in den Basilika XLI, 2, 9).

Aus dem sofort folgenden l 9, § 1 dürfen wir entnehmen, daß Ulpian das Widerspiel von exceptio und replicatio, das er uns in § 1 schildert, auch schon im principium als einen Fall des „non nocere“ vor Augen hatte.

Daß aber der Satz: „exceptio non nocet“ zweideutig ist, gibt auch Bekker zu[1]).

Ein Säbelhieb nach meinem Kopfe ist nicht bloß dann unschädlich, wenn er bei meinem Kopfe vorbei geht, sondern auch, wenn ich ihn mit meinem Säbel pariere. Der Säbelhieb ist die exceptio rei judicatae, die Parade die replicatio rei secundum me judicatae.

Daher widerspricht das principium der lex 9 dem folgenden § 1 nicht.

So ist auch zu deuten: l. 17, Dig. h. t. 44,2 (Gajus): Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei judicatae.

Daß in den beiden Stellen ein besonderer Hinweis auf die Möglichkeit einer replicatio nicht enthalten ist, läßt sich sehr wohl erklären. Der Ausdruck exceptio non nocet ist ja darum so gut gewählt, weil er zwei Fälle betrifft. Wenn der Beklagte den vollen Inhalt der Sentenz erwähnte, indem er sich auf sie berief, dann bedurfte es einer replicatio nicht. Aus der Sentenz, von der die Einrede spricht, ergab sich dann die Zulässigkeit der neuen Klage. Verschwieg er aber das Ergebnis des Urteils und erwähnte nur die Tatsache einer früheren Entscheidung über die jetzt wiederum geltend gemachte Eigentumsfrage, so mußte diese Einrede durch replicatio unschädlich gemacht werden.

Zu ganz andern Ergebnissen führen allerdings zwei Stellen, die mit Unrecht den bisher besprochenen gleichgestellt werden[2]).

[1]) Processual. Cons., S. 270.

[2]) So z. B. von Krüger, prozessuale Consumption S. 118, ebenso von Bekker u. Rümelin a. a. O.

L. 18. Dig. de exc. rei jud. 44, 2 (Ulpianus): Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat nancto eo possessionem: rei judicatae exceptio locum non habebit, quia alia res est.

Hier zeigt sich der Unterschied der persönlichen Klage von der dinglichen[1]). Die actio ad exhibendum führte kein dingliches Recht in judicium; sie individualisierte sich lediglich nach dem Tatbestande, der ihr zu Grunde liegt. Folglich lag schon im römischen Formularprozesse keine res judicata vor und keine Identität des früheren und des späteren Anspruches, sobald in der neuen Klage sich ein Punkt des verpflichtenden Tatbestandes, nämlich der Besitz des Beklagten, geändert hatte.

Dasselbe gilt von l 8 pr. Dig., ratam rem haberi 46, 8. Es klagt zwar hier ein dominus, aber nicht mit der dinglichen rei vindicatio, sondern mit der actio ad exhibendum.

2. Das Justinianische Recht soll angeblich das Widerspiel von exceptio rei judicatae und replicatio rei secundum me judicatae überwunden haben[2]). Doch ist dies in Wahrheit nicht der Fall und l 9 § 1. D. 44, 2 durfte sehr wohl in die Pandekten aufgenommen werden.

Allerdings waren die formulae weggefallen und die Frage, ob ein früherer Anspruch mit dem älteren identisch war, konnte nicht mehr aus dem Wortlaute der Formel beantwortet werden, sondern nur aus dem Inhalt der Gerichtsverhandlungen, die den Streitgegenstand nunmehr feststellten.

Allein dieselben Gründe, die früher dahin führten, das dingliche Recht als den eigentlichen Gegenstand des Vindicationsprozesses in der Formel zu nennen, mochten dazu drängen, ihn in den Gerichtsverhandlungen als solchen aufzufassen und zu protokollieren.

Es blieb somit alles beim Alten und es lag keine Veranlassung vor, das frühere Recht zu ändern. Noch im spätrömischen Rechte schließt, wie Wetzell bemerkt[3]), die dingliche Klage eine prä-

[1]) Vgl. die bekannten Stellen, Dig. XLIV, 2 fr. 11 § 5 und 14 § 2.

[2]) Dies war jedenfalls Savignys Ansicht, der die Aufnahme der l 9 § 1 in Justinians Sammlung für einen Mißgriff hielt (System VI, S. 280.

[3]) Vindicationsproceß S. 2. Ähnlich Buchka, Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh., S. 129 ff.

judiciale Bedeutung in sich, die Feststellung des dinglichen Rechts, die nur einmal vor Gericht möglich war, aber dann, wenn sie erreicht war, bei späteren Rechtsverletzungen eine Klagewiederholung nicht verbot.

Da die Entscheidung über einen Anspruch dessen Wiederholung nach wie vor grundsätzlich ausschloß, so lag in diesem Ausnahmefalle die Beweislast darüber, ob der frühere Prozess gewonnen war, noch immer dem Kläger ob.

3. Im gemeinen Prozesse hat sich die Sachlage insofern völlig geändert, als die Grundlage des Urteils und der Einrede der abgeurteilten Sache nunmehr in die Klageschrift fiel, die völlig substantiirt sein mußte. Alles, was dazu gehörte, war Klagegrund und der Besitz des Beklagten war es seitdem nicht minder als das Eigentum.

Aus der späteren Verletzung des schon früher einmal vor Gericht gebrachten Eigentums entsprang seitdem ein ganz anderer Anspruch[1]). Eine exceptio in judicatae gegen ihn hatte wegen fehlender Identität beider Ansprüche keinen Sinn mehr. Hier genügte die Rechtsausführung des Klägers, daß eine solche exceptio wegen Nichtidentität unzulässig sei. Einer replicatio rei secundum me judicatae bedurfte es nicht mehr. Daraus ergab sich freilich die unerquickliche, aber kaum abweisbare Folge, daß ein Kläger, dem sein Eigentumsnachweis mißlungen war, ihn

[1]) Unsere scharfe Unterscheidung zwischen dem dinglichen Rechte und dem obligationsähnlichen dinglichen Anspruche, wie sie namentlich auch von Affolter, das römische Institutionensystem, Berlin 1897, betont ist (S. 138, 180, 352 ff.), war jedenfalls den Römern nicht in gleicher Weise geläufig, weil der deutschrechtliche strenge Substantiirungszwang bei der dinglichen Klage noch nicht bestand. Wlassak (Ztschrift. der Savigny-Stiftung Bd. XXV, S. 160, Anm. 1) geht sogar so weit, den Begriff des dinglichen Anspruchsrechts für gänzlich nachrömisch zu erklären. Krüger dagegen nimmt an, daß er nur dem älteren Rechte fremd war, sich aber schon in Rom entwickelt habe und daß unsere lex 9 § 1. D. 44, 2 diese Umwälzung veranschauliche (proc. Cons. S. 153 ff. bes. 156). Allein auch diese Stelle beruht auf einer Identification des dinglichen Rechts mit dem dinglichen Anspruch, sonst hätte Ulpian einfach die exceptio rei judicatae wegen mangelnder Identität des früheren und des späteren Anspruchs verwerfen müssen, nicht aber durch eine besondere Replik helfen dürfen. Für die processuale Consumption halte ich daher Wlassaks Ansicht für richtig, darüber hinaus geht sie m. E. zu weit, wie bei anderer Gelegenheit ausgeführt werden soll.

wiederholen durfte, sobald die Sache aufs Neue in den Besitz des früheren Verklagten kam, sofern dieser sie nicht etwa selbst veräußert und von seinem Rechtsnachfolger zurückerworben hatte.

War der Nachweis des Eigentums aber gelungen, so galt der Satz: „exceptio rei judicatae non nocet“ zu Gunsten des Klägers bei einem späteren Besitzerwerb des Beklagten als selbstverständlich, weil die Einrede der abgeurteilten Sache dann unzulässig war.

Indem man dies Ergebnis der deutschen Prozeßrechtsentwickelung in das römische Recht zurückprojicierte, mußte man dahin gelangen, Ulpians richtige Entscheidung für falsch zu erklären[1]). Für das römische Recht war sie richtig, für das gemeine Recht wäre sie falsch gewesen.

4. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs hat bekanntlich aus dem Eigentumsanspruch das präjudiciale Element ganz herausgestrichen[2]). Daß also heutzutage eine Analogie der replicatio rei secundum me judicatae im Falle der l 9 § 1. D. 44, 2 undenkbar ist, ist zweifellos[3]). Rückblickend stellen wir fest:

> Die Replik der l 9 § 1. D. 44, 2 hat mit der Hervorkehrung einer positiven Kraft des Urteils gegenüber einer negativen nichts zu tun, sie beschränkte vielmehr lediglich die negative Urteilskraft bei Ansprüchen, die nach römischem Rechte bloß formell identisch, aber materiell verschieden waren und die heutzutage formell und materiell identisch sind, also der Einrede der abgeurteilten Sache nicht unterliegen.

b) Die gegenwärtige Bedeutung des Inhalts der lex 9, § 1, Dig. de exc. rei jud. LXIV, 2.

§ 5.

Nach zwei Richtungen bedarf der Wert der besprochenen Stelle für die Gegenwart einer Erörterung: als eine Grundlage für das angebliche Recht auf Wiederholung der siegreich gewesenen Klage und als eine Regel für die Behauptungs- und Beweislast dessen, der sich auf die exceptio rei judicatae beruft.

[1]) So Bekker a. a. O. S. 271 und Rümelin a. a. O. S. 25, 26.

[2]) Motive zum ersten Entwurfe III. S. 396.

[3]) Richtig Pagenstecher, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 11.

Daß ein siegreiches Urteil nach seinem Inhalte eine beliebige Wiederholung der Klage gestatte, hatte Keller nicht behauptet[1]).

Ein solches beliebiges Wiederholungsrecht ist aber in der Tat von Savigny behauptet worden[2]).

Die praktische Bedeutung der Frage ist dabei von ihm völlig verwischt worden, weil er den Unterschied zwischen einer wiederholten Klage und einer actio judicati in befremdlicher Weise bestritt[3]). Der Inhalt einer actio judicati werde sich, so bemerkt er, oftmals von demjenigen einer einfach wiederholten Klage gar nicht unterscheiden lassen. Es muß jedoch ausnahmslos bei jeder actio judicati das frühere Urteil als Teil des Klagegrundes erwähnt sein und der Klageantrag daraus hergeleitet werden. Auch darf bei ihr die Verteidigung nicht auf die Rechtslage, wie sie vor dem Urteile war, zurückgreifen, weil in ihr nicht eine einfache Wiederholung der alten Klage liegt.

Genau so wie Savigny drückt sich in der Frage, ob eine siegreiche Klage wiederholt werden dürfe, auch Windscheid aus, dessen Text jedoch durch Kipps Anmerkung eine erfreuliche Abschwächung im Sinn Kellers erfahren hat[4]).

Die sachlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit beliebiger Anspruchswiederholungen (vgl. oben S. 78) scheinen freilich von Julian in einem mehrfach[5]) herangezogenen Ausspruche für unerheblich angesehen worden zu sein:

Dig. XLIV, 2 de exc. rei judicatae fr. 16. Evidenter enim iniquissimum est proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quam judicatum est.

---

[1]) S. 582. Hier erlaubt Keller die Wiederholung einer siegreichen Klage schlechterdings nur soweit, als der Kläger keine actio judicati hat oder sich mit ihr nicht alles verschaffen kann, wozu ihn der Inhalt der Klage berechtigt. An welche Fälle Keller dabei gedacht hat, ist freilich dunkel, den gleichen Standpunkt mit Keller vertritt Dernburg zwar nicht für das römische, aber für das heutige Recht. Preuß. Privatrecht I, 5. Aufl. § 137, S. 298, Anm. 2.

[2]) System VI, S. 305.

[3]) System a. a. O.

[4]) Pand. I, § 130, Anm. 26.

[5]) z. B. von Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschrift, Bd. V, S. 93. Keller a. a. O., S. 583. Buchka, Einfluß u. s. w., S. 147.

Derartige allgemeine Aussprüche muß man jedoch cum grano salis verstehen. Julian nahm wahrscheinlich an, daß gegenüber einer grundlosen Klagenwiederholung die exceptio rei judicatae dem Verklagten nicht einen Vorteil verschaffe (proficere), sondern ihn nur gegen eine zwecklose Schädigung sichere[1]).

Daß die oben besprochene l. 9, § 2. Dig. 44,2 nur ausnahmsweise[2]) die Wiederholung eines siegreichen Anspruchs erlaubt, und auch nur für das römische, nicht mehr für das gemeine und das gegenwärtige deutsche Recht, wurde im vorigen Paragraphen ausgeführt.

Das Reichsgericht hat sie freilich auch noch neuerdings zur Entscheidung eines Rechtsstreites verwertet[3]), der aber mit ihrem Inhalte nur eine begrenzte Ähnlichkeit hat, sodaß der Spruch des obersten Gerichtshofes sich auch auf andere Weise hätte begründen lassen.

Ein Kläger hatte im Ausland einen Prozeß verloren, konnte ihn aber im Inlande nicht vollstrecken lassen, weil das Urteil zu denjenigen ausländischen Entscheidungen gehörte, denen das deutsche Prozeßrecht die Vollstreckbarkeit versagt (C. P. O. § 720)[4]).

Hier mußte allerdings eine Wiederholung der Klage gestattet werden. Dabei waltete aber natürlich noch ein besonderer

---

[1]) Nicht mit Unrecht sieht man in dem Verbote der beliebigen Prozeßwiederholungen, das sich schon aus dem Mangel eines privatrechtlichen Bedürfnisses an solchen Wiederholungen rechtfertigt, sogar einen Satz des öffentlichen Rechts vgl. Endemann, Lehrbuch des Bürg. R. I § 89 a. Anm. 3. 9. Aufl. Ähnlich Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1902. § 2 S. 7 ff. Crome, System I § 130. Anm. 8. S. 571. — Gegen die Wiederholung der siegreichen Klage vgl. auch ein Urteil des O. B. G. R. Dresden in Seufferts Archiv. Bd. 42 nr. 228. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht S. 148 nennt die Gewährung einer wiederholten Klage ohne besonderes Bedürfnis sogar „eine wahre Sinnlosigkeit". Wenn endlich Dig. 44, 2, fr. 6 (Paulus) eine Prozeßwiederholung für unstatthaft hält: maxime si diversa pronuntiarentur, so liegt darin, daß sie (wenn auch in minder hohem Grade) ebenfalls dann unstatthaft sein muß: si eadem bis pronuntiarentur.

[2]) Gegen eine Verallgemeinerung Bekker, Aktionen I. S. 351.

[3]) Urteil des ersten Civilsenats v. 30. Juni 1886. Entsch. Bd. 16, nr. 106, S. 427 ff. 434 ff. bes. 435.

[4]) Von der Wirkung der Rechtskraft über die Landesgrenzen hinaus spricht Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 267 ff.

Grund vor, der den Fall der l. 9 § 1. cit. nicht betrifft. Ist nämlich ein ausländischer Spruch so geringwertig, daß das Gesetz ihm die Vollstreckbarkeit versagt, so scheint es angemessen ihm auch die Consumptionskraft abzusprechen. Der neue Prozeß ist hier in den Augen des Gesetzes deshalb keine Wiederholung des alten, weil dieser für nichts gilt.

Immerhin muß zugestanden werden, daß bei den nichtvollstreckungskräftigen Urteilen des Auslandes ausnahmsweise die Wiederholung einer siegreich gewesenen Klage möglich ist.

Daß hierbei ähnliche Billigkeitserwägungen obwalten, wie bei der Entscheidung des Ulpian in D. XLIV, 2, 9, 1., muß ebenfalls dem Reichsgerichte zugestanden werden.

Der Unterschied zwischen der Reichsgerichtsentscheidung und der besprochenen l. 9 § 1. Dig. 44, 2 liegt aber trotzdem darin, daß ausländische minderwertige Urteile, die keine Vollstreckbarkeit besitzen, überhaupt nicht zur exceptio rei judicatae taugen, mag der ausländische Prozeß vom Kläger gewonnen sein oder nicht. Gegen eine solche exceptio würde daher nicht die Replik des Prozeßgewinnes, sondern die Replik der Unzulänglichkeit des ausländischen Urteils gehen (keine replica secundum me judicatae, sondern rei imperfecte judicatae). Diese Unzulänglichkeit muß aber auch zu Gunsten des besiegten Klägers gelten. Freilich läßt sich darüber streiten; denn in dem Falle, daß der Kläger den Prozeß gewonnen hat, aber dessen Ergebnis nicht vollstrecken lassen kann, erscheint es weit notwendiger, ihm durch eine Klagenwiederholung zu helfen, als in dem andern, in dem er von der auswärtigen Behörde, die er selbst angerufen hatte, zurückgewiesen worden ist.

Nimmt man dies an, so verstärkt sich die Ähnlichkeit der Ulpinianischen Entscheidung mit dem Urteile des Reichsgerichts.

Es fragt sich nun, ob man nicht noch weiter gehen müsse[1]), und dem Kläger, dessen früherer Prozeßgewinn ihn aus irgend einem Grunde (Verlust der Akten und dergl.) nicht zur Vollstreckung verhelfen kann, eine wiederholte Klage zu gestatten habe, wie das im Wesentlichen herrschende Meinung ist[2]). Kipp,

[1]) Dafür die Gründe des Reichsgerichts a. a. O.

[2]) S. oben S. 90 Anm. 4.

der sie teilt, hebt mit Recht hervor[1]), daß eine solche Klage niemals dem Kläger vorteilhafter sein dürfe, als das erste Urteil gewesen wäre[2]).

Freilich ist es höchst fraglich, ob die Römer der Klagenwiederholung, die sie ausnahmsweise gestatteten, diese Schranke gesetzt haben. Ulpian erwähnt sie in Dig. 44, 2, 9, 1 nicht.

Jedenfalls würde sie sich aber für das heutige Recht rechtfertigen; denn ohne sie würde der Kläger als Ersatz für das ihm fehlende Recht auf Vollstreckung mehr erhalten, als sein Schaden beträgt. Die erwähnte Quellenstelle bindet uns nicht, weil sie einen veralteten Fall betrifft.

Ist dem aber so, so kann man noch einen Schritt weiter gehen als Kipp und dem Kläger, der außer Stande ist, sein siegreiches Urteil zur Vollstreckung zu bringen[3]), die Klagenwiederholung grundsätzlich verweigern und ihn lediglich auf die actio judicati verweisen[4]). Ein Gesetzestext, der eine solche actio judicati im Bedürfnisfalle gewährt, läßt sich freilich nicht finden. Da aber unsere Zeit für jedes Recht die erforderliche Klage im Zweifel ohne Weiteres gewährt, so muß es auch die Judicatsklage dann geben, wenn ohne sie das Recht klaglos sein würde. Es gilt hier nichts anderes, als in dem ähnlichen Falle eines zweideutigen Urteilstextes[5]). Hier kann ebenfalls nicht die ältere Klage wiederholt, sondern nur eine neue actio judicati auf Feststellung des wahren Urteilsinhaltes gegeben werden.

[1]) Pand. I, § 130. A. 26, S. 580.

[2]) Namentlich sei sie nicht zu verwenden, um § 669 C. P. O. zu umgehen. Kipp a. a. O.

[3]) So lange er noch in der Lage ist statt der verlorenen vollstreckbaren Ausfertigung eine andere zu erlangen (C. P. O. § 733), wird man nicht annehmen können, daß er in dieser Notlage ist. Eccius, preußisches Privatrecht Bd. I, § 56. Anm. 2.

[4]) Dies ist die Meinung von Eccius a. a. O. gegen Dernburg Bd. 1 § 137 und gegen den ersten Entwurf des B. G. B. I, § 191 und die Motive I S. 375 zu 3, die sich auf Dernburgs Standpunkt stellen. Nach Eccius muß der besonnene Anwalt in solchem Falle zur actio judicati raten und „höchstens zur eventuellen Begründung“ die ursprüngliche Klage mit ihr verbinden. Diese letztere Vorsichtsmaßregel rechtfertigt sich daraus, daß ein sorgsamer Anwalt auf herrschende Ansichten auch dann Rücksicht nimmt, wenn sie unrichtig sind. Vielleicht wird aber noch einmal der Stand der Wissenschaft diese Vorsichtsmaßregel überflüssig machen.

[5]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. I § 129 Anm. 2, § 130 Anm. 26.

Das Gesagte erweckt nur dann Bedenken, wenn der Kläger auch nicht einmal die Tatsache und den Inhalt des früheren günstigen Urteils nachweisen kann, also nicht einmal die actio judicati zu begründen in der Lage ist.

Wiederholt hier der Kläger den früheren Anspruch und beruft sich dagegen der Beklagte auf das frühere Urteil, ohne aufzuklären, wer damals Sieger war, so ist der Klageanspruch verloren. Eine replicatio rei secundum actorem judicatae würde dem Kläger deshalb nicht zustehen, weil er ihre tatsächliche Grundlage nicht beweisen könnte. Das mag unbillig scheinen, es ist dies aber nur eine Anwendung der allgemeinen Regel, daß es vor dem Richter ohne Beweis kein Recht gibt.

Ein Recht auf Wiederholung der siegreichen Klage läßt sich also der Ulpinianischen Entscheidung für das gegenwärtige Recht nicht entnehmen.

Es bleibt nur noch zu erwägen, ob die in ihr enthaltene Verteilung der Beweislast für das Recht unserer Zeit als Vorbild verwertbar ist. Diese Verteilung besteht darin, daß der Verklagte zur Abwehr der wiederholten Klage nur die Tatsache eines früheren Urteils über denselben Anspruch zu behaupten braucht, während der replicierende Kläger die Gründe, aus denen das Urteil nicht gegen ihn wirkte, darzutun, also „eines genauen Eingehens auf den Inhalt des Vorprozesses“ [1]) benötigt war. Man hat die Ansicht ausgesprochen, daß dies nur auf einer mangelhaften Fassung der exceptio rei judicatae beruhte [2]). Diese Ansicht hängt sicherlich mit der schon erwähnten Meinung zusammen, nach der das Widerspiel von exceptio und replicatio mit der konsumierenden Kraft der Litiscontestation stand und fiel. Richtig ist, daß die Verteilung der Beweislast, wie sie uns in Dig. XLIV, 2, 9, 1 entgegentritt, aus dieser Kraft allerdings unmittelbar folgte, weil die Litiscontestation noch keine Feststellung des Prozeßsiegers enthalten konnte. Diese Kraft ist bekanntlich weggefallen. Keller scheint daher auch jene Beweisverteilung nicht mehr als gültig anzuerkennen (vgl. oben S. 69). Es ergibt sich dies aus dem von ihm behaupteten späteren Wegfalle der negativen Funktion der

[1]) So Dernburg, preuß. Privatrecht I, 5. Aufl. § 137. S. 297.

[2]) Hölder, Pandekten, S. 392.

Einrede der abgeurteilten Sache und der Bedeutung, die er dieser Funktion zuspricht [1]). Jene Consumptionskraft war aber keineswegs der einzige Grund, der sich für die Zulässigkeit einer exceptio rei judicatae, die den Sieger nicht nannte, anführen ließ. Wie wir gesehen haben, darf (zu allen Zeiten) die Klage (mindestens in der Regel) nicht wiederholt werden, mag sie siegreich gewesen sein oder nicht. Darum muß zur Ausschließung einer wiederholten Klage schon der Erweis der Tatsache eines früheren Urteils über die gleiche Klage genügen. Mindestens ist dies der Fall nach weiterverbreiteten Anschauungen, die das Regelmäßige oder dem gewöhnlichen Laufe der Dinge Entsprechende entweder nicht für beweisbedürftig [2]) oder, was nahezu auf dasselbe hinausläuft, als „bewiesen“ [3]) ansehen. In diesem Sinne ist dies richterliche Verbot einer Anspruchswiederholung erwiesen, sobald über den Anspruch entschieden ist, mag er nun anerkannt oder verworfen worden sein [4]).

Ein Bedürfnis zu einer so oberflächlichen Begründung des Urteils wird freilich nur selten vorliegen.

Wer ein Urteil hervorkehrt, beruft sich natürlich immer auch auf den Inhalt, sobald er die Akten oder die Ausfertigung vorlegt. Das moderne Beurkundungswesen bringt dies mit sich.

Es ist aber möglich, daß auch ohnedies die bloße Tatsache des Urteils über einen Anspruch durch Zeugen oder anderweitig bewiesen wird, weil die Urkunden verloren gegangen sind oder die Partei es für vorteilhaft hält, sie nicht beizubringen. Namentlich wird bei Urteilen, die im Auslande gefällt sind, derartiges vorkommen [5]).

Das wäre dann eine Einrede der bloßen Tatsache eines früheren Urteils über denselben Gegenstand mit Verschweigung des Siegers.

[1]) Litisc. und Urteil S. 223 Anm. 4.

[2]) Vgl. über diese Wahrscheinlichkeitstheorie Franz Leonhard, die Beweislast. Berlin 1904. S. 114 ff. (§ 58) und ebenda S. 70 § 14 gegen eine andere ebenfalls hier in Betracht kommende Anschauung.

[3]) So nach der Auffassung der in der vorigen Anmerkung angeführten Schrift meines Bruders.

[4]) Die völlig entgegengesetzte Ansicht wird freilich von Dernburg vertreten (preuß. Privatrecht I. 5. Aufl. § 137. A. 2. S. 298), und zwar ohne Angabe von Gründen.

[5]) Dernburg, pr. Privatrecht. 5. Aufl. I. § 137. S. 298. A. 2.

Eine solche Einrede genügt nun auch heutzutage da, wo es sich nur um die Abwehr eines wiederholt vor Gericht gebrachten Anspruchs handelt, nicht jedoch dort, wo aus dem Inhalte des früheren Urteils etwas anderes gefolgert werden soll[1]).

Darum besteht auch noch heute ein Bedürfnis, daß man die beiden Begründungsarten der Urteilseinrede unterscheidet. Diese Unterscheidung angeregt zu haben, bleibt Kellers Verdienst.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Grundsatz, den l. 9 § 1. cit für die Substantiierung und den Beweis einer lediglich abwehrenden exceptio rei judicatae aufstellt, auch für die heutige Praxis von Wert ist. Ihr Inhalt ist in diesem Punkte nicht veraltet[2]).

2. Die Replik des günstigen Zuschlagsurteils[3]).

(lex 16 § 5. Dig. de pignoribus XX, 1).

§ 6.

Das Widerspiel von exceptio rei judicatae und replicatio rei secundum me judicatae wiederholt sich noch in einer zweiten Stelle Dig. XX, 1 de pignor. fr. 16. § 5. (Marcianus) libro singulari ad formulam hypothecariam:

Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam, quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium ejus vindicare non

[1]) Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts 9. Aufl. B. 1. § 89a Anm. 4. meint, in Anlehnung an bekannte Anschauungen Bülow's (Archiv f. civ. Praxis, Bd. 83. S. 1 ff.), daß heutzutage das Gericht das frühere Urteil von Amts wegen zu beachten habe und man von einer Einrede der Rechtskraft nicht mehr reden könne. Dies geht m. E. zu weit. Nicht jedes Interesse des öffentlichen Rechts ist von Amts wegen zu beachten.

[2]) Anders namentlich v. Savigny, System VI S. 309, Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts 1842. Bd. II. § 73. S. 557 und viele andere.

[3]) Ältere Literatur zu l. 16 § 5 Dig. de pignor. XX, 1., s. b. Ribbentrop, commentatio ad l. 16 § 5 Dig. de pign. etc. Gottingae 1824. pag. 47. Aus der neueren sind hervorzuheben Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 591. Bekker, proc. Consumption S. 132, Anm. 13. 317 ff. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. S. 156 ff. Krüger, processuale Consumption 123 ff. G. Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae, Tübingen 1875, S. 23 ff. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, § 60 S. 660 Anm. 3, nennt Dig. XX, 1, 16, 5 „eine Stelle mit der man nicht recht weiß, was man anfangen und wo man sie hinbringen soll".

potest, sed hypothecaria agere potest, et si exceptio objicietur a possessore rei judicatae, replicet: si secundum me judicatum non est.[1])

Dies legte den Gedanken nahe, daß beide Stellen im wesentlichen gleichartige Fälle betreffen und namentlich, daß in beiden eine Wiederholung der schon früher angestellten Klage ausnahmsweise durch Replik gewährt werde.

Dieser Gedanke zieht sich dann neben andern mißglückten Deutungen auch durch die Mannigfaltigkeit der Erklärungsversuche seit der Glosse hindurch[2]). Da diese alle mehr oder weniger unbefriedigend ausgefallen sind, so erübrigt sich ihre Besprechung.

Es soll statt dessen der Nachweis versucht werden, daß die Stelle von einer Klagenwiederholung überhaupt nicht redet.

Wenn einem Pfandgläubiger ein Pfand durch Endurteil zugesprochen war, so konnte er zur Zeit der Geldcondemnation die Urteilssumme im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen, im späteren Verfahren die Sache selbst. Wurde also die Frage aufgeworfen, auf welche Weise er in den Besitz der Sache kommen könnte, so lag nichts näher, als ihn auf die actio judicati zu verweisen[3]).

Marcian vertritt anscheinend die Meinung, daß der siegreiche Kläger seine Klage wiederholen müsse, wobei ihn die replicatio: „si non secundum me judicatum est" gegen eine exceptio rei judicatae schützen werde.

Diese Deutung würde jedoch nur dann einen Sinn haben, wenn das erste Urteil aus irgend einem Grunde (z. B. wegen Nichtbesitz des Verklagten) zunächst nicht vollstreckbar gewesen wäre und der Verklagte erst später den Besitz erlangt hätte, wie dies beides in D. 44, 2, 9, 1 vorausgesetzt wurde.

Von diesen beiden Voraussetzungen ist aber in unserer Stelle schlechterdings nicht die Rede. Wollen wir sie aber nicht hinzu-

[1]) Die von Ribbentrop, commentatio S. 47. und Keller, Litisc. u. Urt S. 591 Anm. 2 erwähnten abweichenden Lesarten haben keine Billigung gefunden; vgl. Lenel, Polingenesia I, p. 649, Marcianus 28.

[2]) vgl. Keller, Litiscontestation und Urteil S. 593.

[3]) Davon, daß die Sache nach dem ersten Urteile dem Kläger herausgegeben worden ist, sagt die Stelle nichts.

dichten, so würde die Stelle völlig widersinnig sein, falls man sie in der angegebenen Art deutete.

Wiederholt nämlich der Kläger einen gewonnenen Prozeß und kommt zum zweiten Male zum Siege, so ist er der begehrten Sache auch nicht um einen Schritt näher gekommen, als vorher. Es wäre in der Tat ein seltsames Mittel für seinen Zweck, das ihm damit anempfohlen würde. Auch blieben bei dieser Deutung die Worte: „Nam dominium ejus vindicare non potest“ unerklärt. Sie sind dann nur allzu wahr. Ein Pfandgläubiger ist allerdings kein Eigentümer und kann als solcher nicht klagen. Undenkbar aber ist es, daß ein Jurist eine solche Binsenwahrheit mit „nam“ als Beweisgrund anführen konnte. Nach Ribbentrop[1]) wollte er hervorheben, daß der Pfandgläubiger kein fiduciarischer sei und folgeweise das Eigentum am Pfande nicht habe. Dies wäre aber ein rein tatsächlicher Umstand, kein Argument. Ein solcher konnte wohl erzählt, aber nicht mit „nam“ als Grund der getroffenen Entscheidung angeführt werden.

In Wahrheit wird auch hier die möglichst wörtliche Übersetzung die beste sein, d. h. eine solche, die das Wort adjudicatio in seiner gewöhnlichen[2]) Bedeutung versteht.

Die regelmäßige Bedeutung der adjudicatio ist das Zuschlagsurteil im Teilungsverfahren.

Der Versuch, diesen Umstand zu verwerten, lag zu nahe, als daß er nicht auch schon früher gemacht worden wäre. Ribbentrop stand einen Schritt vor der richtigen Übersetzung des Wortes adjudicare[3]). Er erwog sie und verwarf sie. Buchka billigte dies, seitdem kommt das Gegenteil nicht mehr in Frage. Allein Ribbentrop verfehlte den richtigen Sinn deshalb, weil er hypotheca falsch übersetzte. Die hypotheca adjudicata ist ihm das im Teilungs-

[1]) Commentatio p. 58. Zustimmend Keller a. a. O. und Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis S. 161.

[2]) Vgl. das Vocabularium jurisprud. Romanae von Gradenwitz u. s. w. unter adjudicatio Nr. 1. Für die Bedeutung „rem adjudicare in rem agenti judicio non divisorio“ werden nur drei Beweisstellen erwähnt D. XX, 4, 12 pr. XXI, 2, 63, 1 und unsere Stelle D. XX. 1, 16, 5, die nach den Ausführungen des Textes dort zu streichen sein würde.

[3]) Commentatio. S. 48. Zustimmend Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. S. 156.

verfahren zugeschlagene Pfandrecht. In Wahrheit ist sie hier das durch Teilungsurteil als Eigentum zugesprochene Pfandstück.

Man könnte freilich meinen, daß ein Eigentumszuschlag gegenüber einem Pfandanspruche, der zu seinem Inhalte im Gegensatze stehe, deshalb keine exceptio rei judicatae begründe, weil der frühere Teilungsanspruch nicht mit dem späteren Pfandanspruche übereinstimmt. In Wahrheit sind aber die beiden Ansprüche noch mehr als identisch; der Teilungsanspruch umfaßt alle dinglichen Rechte der Parteien am Teilungsgegenstande, die dem erwünschten Teilungsurteile im Wege stehen könnten, also auch ihre Pfandrechte. In majori inest minus, der Pfandanspruch ist ein Stück von dem Ganzen, das in das judicium divisorium hineinkam[1]). Er wird später zwar nicht eigentlich wiederholt, aber immerhin zum zweiten Male der richterlichen Gewalt unterstellt. Darauf kommt es an; diese doppelte Unterstellung soll durch die exceptio rei judicatae abgewehrt werden[2]).

Erläutern wir nunmehr die Stelle unter richtiger Übersetzung des adjudicare.

Die Sache ist durch ein Teilungsurteil einem Pfandgläubiger zugeschlagen worden. Da er aber als solcher gar nicht Partei im Teilungsprozesse sein konnte, ist dies nur so denkbar, daß sein Pfandrecht, (das vielleicht ererbt war), ihm selbst und dem jetzigen Besitzer, (der vielleicht ebenfalls als Erbe in fremde Verhältnisse hineingekommen war), unbekannt blieb, während beide

[1]) Daß auch das Teilungsverfahren konsumierende Kraft hat, ist zweifellos (Bekker proc. Cons. S. 121). Eine zweite Klage auf ein konstitutives Urteil ist, wie Hellwig (Anspruch und Klagerecht 1900 S. 165) hervorhebt, undenkbar. Doch umfaßt die res, die hier in judicium deduciert wird, die Gesamtheit der dinglichen Rechte der Parteien am Teilungsgegenstande.

[2]) In G. Rümelins Redeweise (a. a. O. S. 7) müßte man sagen: der zweite Anspruch ist früher „zwar nicht angebracht, aber doch abgeurteilt worden“. Affolter (das römische Institutions-System Berlin 97. S. 280 ff.) spricht in solchen Fällen von einer „synthetischen Identität“ des früheren und des späteren Prozeßgegenstandes. Mit dieser Theorie Affolters beschäftigt sich H. Erman (Prof. in Münster), Mélanges Ch. Appleton D. (44,2) 21 § 4. études de droit classique et Byzantin. Lyon A. Rey 1903 (annales de l'université de Lyon), eine höchst inhaltreiche Schrift, in der „im kleinsten Punkte die größeste Kraft“ betätigt ist, d. h. aus der Auslegung einer Stelle, die einen ganz speziellen Fall betrifft, grundlegende Sätze für die richtige Behandlung der Quellentexte entwickelt werden.

irrtümlicher Weise als Miteigentümer galten. Dem einen wurde dann im Teilungsprozesse die ganze Sache allein zugesprochen, der andere für den Verlust seines Anteils auf andere Weise entschädigt.

Erst später stellt sich heraus, daß der im Zuschlagsurteile Begünstigte nicht Miteigentümer war, sondern Pfandgläubiger. Es fragt sich, ob er dies Urteil für sich geltend machen könne. Marcian verneint dies: „Nan dominium ejus vindicare non potest.“ Der Grund liegt wohl darin, daß das Teilungsverfahren ihm kein Eigentum verschaffen konnte, weil er überhaupt kein Anrecht hatte, aus diesem Verfahren Rechte herzuleiten, in dem er nicht als Partei auftreten durfte, da er ja in Wirklichkeit gar nicht Miteigentümer war[1]).

Die römische Teilungsklage war überhaupt grundsätzlich erfolglos (irrita), wenn sie unter Umständen gegeben wurde, unter denen ihre Erteilung unzulässig war, namentlich auch dann, wenn nach Lage der Sache statt der actio finium regundorum eine andere Klage hätte gegeben werden sollen[2]).

Eigentum hat also der Sieger nicht erlangt (dominium vindicare non potest). Es fragt sich nun, ob er nicht durch das Teilungsverfahren auch noch sein Pfandrecht verscherzt habe. Von diesem hat das Urteil freilich nicht gesprochen. Aber trotzdem liegt die Frage nahe, ob er es nicht verloren habe. Wäre nicht ihm das Eigentum zugesprochen worden, sondern dem Gegner, so würde ihm in der Tat die exceptio rei judicatae entgegenstehen, da das Urteil unter den Parteien Recht schafft und alle Befugnisse zerstört, die dem im Wege stehen. Hiernach kann man also bei einem Teilungsverfahren, an dem man nicht teilnahmeberechtigt war, zwar keine Befugnisse erwerben, wohl aber solche verlieren. Da jedoch der Pfandgläubiger selbst als Eigentümer

---

[1]) Vgl. Kipp (Windscheid-Kipp, Pandekten. I. § 132. A. 13): „Nur ist die Adjudication eine derivative Erwerbsart und der Adjudicator muß im Streitfalle beweisen, daß er und sein Teilungsgegner vor der Adjudication Miteigentümer waren“. Diese Ansicht Kipps, die sich lediglich auf sein gesundes Rechtsgefühl stützt, gewinnt durch die im Text gegebene Auslegung der lex 16 §5. Dig. XX, 1 eine quellenmäßige Grundlage.

[2]) Vgl. Frontinus (Lachmann-Rudorff) p. 43 Z. 26, p. 44 Z. 3 (quando de alia re judicem aut arbitrum sumpserit).

im Zuschlagurteile genannt ist, so wäre es unbillig und chicanös, wenn er durch ein solches, für ihn wertloses Urteil leiden sollte. Dies Urteil wollte ihn begünstigen, aber nicht schädigen. Will und kann er davon keinen Gebrauch machen, so muß es ihm doch unbenommen bleiben, auf sein wahres Recht, das Pfandrecht zurückzugreifen. Beruft sich der Gegner nunmehr darauf, daß das Zuschlagsurteil dies Pfandrecht nicht erwähnt, also zerstört habe, so antwortet der Kläger mit der Replik der Chicane (replicatio doli = replicatio si non secundum me judicatum est). Freilich muß der Kläger den vollen Inhalt des Zuschlagsurteils nachweisen, während dem Beklagten nur der Beweis obliegt, daß unter den Parteien ein Zuschlagsurteil im Teilungsverfahren gefällt worden ist.

So bestätigt denn diese Stelle das oben über die Begründung und den Beweis der exceptio rei judicatae Ausgeführte. Dagegen ist sie für die Lehre von der Wiederholung siegreicher Klagen gänzlich unbrauchbar. Dafür wirft sie ein erfreuliches Licht in die dunkle Lehre von dem Einflusse des Teilungsverfahrens auf die Rechte der Parteien[1]).

Das römische Teilungsurteil ist nun freilich nicht in das B. G. B. aufgenommen worden[2]).

Ein Beispiel möge jedoch dartun, daß trotz der Beseitigung des Teilungsurteils der Grundgedanke des Ausspruchs Marcians (XX, 1, 16, 5) noch für die Gegenwart von Wert ist.

Man nehme an, daß jemand für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber, die er für verloren hält, ein Ausschlußurteil erwirkt. Hinterher findet er das Papier. Der Schuldner erhebt gegen ihn die exceptio rei judicatae. Der Gläubiger weist nach, daß secundum se judicatum est, indem er zugleich auf seine Rechte aus dem Amortisationsurteile verzichtet.

---

[1]) Mit der processualen Consumption scheint man bei Teilungsklagen (Bekker, Consumption S. 121 ff.) es nicht so streng genommen zu haben, wie bei andern Klagen. Wenn nämlich die Teilung von dem Richter nicht vollständig erledigt war, so konnte unmöglich dieser Zustand der Unordnung dauernd unanfechtbar bleiben. Vielmehr konnte die Partei hier völlige Teilung nachträglich verlangen und zwar nach Paul. I, 18 § 1 von dem bereits ernannten Richter. Nach Ulpian X, 3 fr. 20 § 4 war sogar eine neue Klage causa cognita nicht unmöglich.

[2]) Motive I, 369.

Mit andern Worten: Es war die Duplicität des judicium divisorium und die einerseits konstitutive[1]), andererseits derivative Kraft des Teilungsurteils, die in dem Ausspruche Marcians zu der eigenartigen Replik des Prozeßgewinnes hinführte, weil in jedem constitutiven Urteile eine Präclusivkraft steckt, die sich auch gegen den Sieger selbst kehren kann[2]).

Allerdings hat auch jedes andere Urteil, wenn es unrichtiger Weise ein dingliches Recht anerkennt, eine constitutive Wirkung[3]). Trotzdem läßt sich das bisher zur l. 16 § 5 D. XX, 1 Ausgeführte bei diesen quasi-constitutiven Urteilen nicht ohne Weiteres anwenden, weil man hier von dem Kläger nicht sagen kann: dominium vindicare non potest.

[1]) Diese ist außer Zweifel; vgl. Regelsberger, Pand. I S. 699.

[2]) Zum Wesen des constitutiven Urteils vgl. Kipp, die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. Kiel und Leipzig 1892 S. 56. Zitelmann, internationales Privatrecht II, S. 281. Hellwig, Wesen und subj. Begründung der Rechtskraft 1902 S. 3, dessen Behauptung, daß das constitutive Urteil grundsätzlich gegenüber jedermann wirke, in solcher Allgemeinheit nicht unbedenklich ist oder höchstens in dem Sinne gelten kann, in dem Mendelssohn-Bartholdy Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900 S. 509, eine Rechtskraftwirkung gegen Dritte ganz allgemein anerkennen will (vgl. daselbst auch S. 310, 311). Für die Erklärung der l. 16 § 5. D. XX, 1 genügt die Duplicität des judicium divisorium. Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1903 S. 165. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903 S. 57, 64. Endemann, Lehrbuch d. bürg. R. 9. Aufl., I, S. 538 § 89 b, c.

[3]) Vgl. O. Fischer in Jherings dogmat. Jahrb. Bd. 40, S. 158 u. 247. v. Bar bemerkt in v. Holtzendorff's Encyklopädie 5. Auflage S. 819: „Das im Urteil Festgestellte ... soll das materielle Recht faktisch nicht ändern, dasselbe nur klarstellen; aber juristisch muß es jene erstere Wirkung haben können". Näheres b. Kohler in derselben Encyklopädie 6. Aufl. II, S. 147. Es macht hierbei wenig aus, ob diese rechtserzeugende Kraft des Urteils dem materiellen Rechte oder dem Prozeßrechte zuzusprechen ist; vgl. hierüber Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 18 ff. und dazu Pagenstecher, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 69 ff. Auch das macht nichts aus, daß das vom unrichtigen Urteile erzeugte Recht, namentlich bei dinglichen Rechten in seinem Inhalte hinter einem wahren, anderweitig entstandenen Rechte derselben Art zurücksteht; vgl. Pagenstecher a. a. O. § 67, S. 465, bes. 467, Anm. 83.

Dies beweist auch eine Entscheidung des Pomponius (libro trigesimo primo ad Sabinum)[1]). Dig. XLIV, 2, 21, 3: Si fundum meum esse petiero, deinde postea usum fructum ejusdem fundi petam qui[2]) ex illa causa ex qua fundus meus erat, meus sit: exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest.

Nehmen wir an, daß jemand ein Eigentum klageweise geltend gemacht hat und hinterher es vorzieht, auf ein vermeintlich vorhandenes Nießbrauchsrecht klagend zurückzugreifen, so kann sich der Verklagte zur Abwehr der neuen Klage auf das frühere Verfahren berufen.

Man muß sich also vor einer zu weiten Ausdehnung des gefundenen Rechtssatzes hüten.

Bei falscher Übersetzung des adjudicare bietet unsere Stelle (Dig. XX, 1 fr. 16 § 5) unlösbare Rätsel, bei richtiger wirft sie ein neues Licht auf den Umfang der Rechtskraft der Teilurteile.

3. Die Replik des Prozessgewinnes gegen ein einredeweise vorgeschütztes Recht.

§ 7.

Die besprochenen Fälle sind nicht die einzigen, in denen eine Replik des Prozeßgewinns Erwähnung findet.

Die replica rei secundum me judicatae kommt auch noch in einer Reihe von Fällen vor, in denen sie nicht einer exceptio rei judicatae einschränkend gegenübertritt, sondern einer andern exceptio, z. B. der exceptio dominii[3]).

A. hat z. B. das Eigentum an einem Hund erstritten, dieser wird ihm herausgegeben, läuft aber zu dem früheren Beklagten zurück. A. klagt mit der actio Publiciana auf Herausgabe. Der

[1]) Vgl. Affolter, das röm. Institutionensystem S. 281.

[2]) Mommsen denkt hier an Einschiebung eines non, doch halte ich sie nicht für nötig. Der Eigentumserwerbsgrund wird im zweiten Prozesse vom Kläger als Nießbrauchbestellung gedeutet und zwar mit Unrecht (meus erat).

[3]) Dig. 44, 2 de exc. r. jud. fr. 15. 24. 30 § 1. Dig. III, 3. fr. 40 § 2. Rümelin a. a. O. S. 9.

Beklagte beruft sich auf sein ihm aberkanntes Eigentum. Der Kläger repliziert mit dem Hinweise auf das siegreiche Urteil.

Es haben sich hier die Rollen vertauscht. Der Kläger, nicht der Beklagte erhebt den Vorwurf der unzulässigen Prozeßwiederholung, dessen der Beklagte sich durch seine Einrede schuldig macht (Reus in exceptione actor)[1]).

Muß er hier seine Replik mit der bloßen Tatsache des früheren Urteils über dieselbe Sache begründen oder mit dem vollen Inhalte des Urteils unter Nennung des Prozeßsiegers? Das Letztere ist anzunehmen.

Diese Replik hat nämlich hier nur dann einen rechten Sinn, wenn der Beklagte den Eigentumsprozeß verloren, nicht aber, wenn er ihn gewonnen hatte. Der Kläger muß daher den Vorwurf auf den vollen Inhalt des früheren Urteils stützen. Für eine duplicatio rei secundum me judicatae ist hier kein Raum.

Daraus ergibt sich, daß in diesen Fällen die volle Behauptungs- und Beweislast für den Inhalt des Urteils auf den replicierenden Kläger fällt und nicht etwa ein Teil davon dem Beklagten obliegt. Es ist dies wohl auch bisher unbestritten geblieben[2]).

Für die Lehre von den beiden „Funktionen“ im Sinne Kellers ist also diese Gruppe der Repliken ohne Bedeutung.

---

[1]) vgl. Kipp (Windscheid-Kipp Pandekten). 8. Aufl. I. § 130 Anm. 17 S. 574. Kohler in v. Holtzendorff-Kohler's Encyklop. II. S. 146.

[2]) Es wäre ja nicht geradezu undenkbar, daß im Formularprocesse der exceptio dominii sogar eine bloße replicatio rei (i. e. rei vindicationis) in judicium deductae entgegenstand und daher auch zu Justinians Zeit der Kläger bei der entsprechenden replicatio rei judicatae den Ausfall des früheren Prozesses nicht aufzuklären brauchte. Doch ist uns hiervon nichts überliefert.

IV.

Ergebnisse.

§ 8.

Für die Rechtsgeschichte ergab sich aus dem oben Ausgeführten, daß die Vorstellung, nach der eine positive Urteilskraft allmählich gegenüber einer negativen vorgedrungen ist, zum Absterben reif ist. Schon in alter Zeit decken sich die Einflüsse des Urteilsinhalts und der Urteilsfällung. Allerdings haftete die bloß abwehrende Kraft des Urteils gegenüber Prozeßwiederholungen zunächst an der Litiscontestation und erst später am Urteile. Darin liegt aber nicht ein Sieg der sogenannten positiven Funktion über die bloß negative, sondern nur eine Verschiebung des Augenblicks, in dem die letztere eintrat.

Zweifelhaft und unaufgeklärt mag bleiben, ob die replicatio rei secundum me judicatae, welche die negative Kraft des Urteils abschwächte und beschränkte, erst späteren Rechtens ist. Vielleicht ist sie so alt, wie die exceptio rei judicatae[1]), vielleicht gab es in der Praxis zwei Strömungen, von denen die eine diese Replik gewährte, die andere sie ablehnte, bis Ulpians und Marcians Autorität der ersteren zur Herrschaft verhalf.

Bedenken wir freilich, daß die beiden Fälle der replicatio des Urteilsinhalts gegenüber einer exceptio rei judicatae (Dig. 44, 2, 9, 1 und XX, 1, 16, 5) nichts anderes waren, als Fälle des Chikaneverbots und seiner Durchführung in der Form einer replicatio doli, so spricht dies für eine spätere Entstehung dieser Abschwächungen der bloß negativen Urteilsfunktion, die man sehr verkehrter Weise als positive Funktion bezeichnet hat[2]).

---

[1]) Dies nimmt z. B. Krüger, prozessuale Konsumption. Leipzig 1864. S. 118 für Dig. 44, 2, 9, 1 an.

[2]) Wie konnte man nur auf den Abweg geraten, Abschwächungen einer Zerstörungskraft als schöpferische Mächte zu bezeichnen? Wer wird von einem Rauchverzehrer, der anfängt schadhaft zu werden, behaupten, daß seine negative Funktion nunmehr durch eine positive ersetzt sei? Solche Dinge sind nur möglich, wenn man die Gedankenwelt und die Außenwelt verwechselt und den Satz: „Eine doppelte Negation gibt eine Bejahung“

Für die gegenwärtige Praxis fanden wir drei Ergebnisse:

1. Die Wiederholung der bereits siegreich gewesenen Klage ist unzulässig, sofern das erste Urteil im Inlande als vollkräftig gilt.

2. Zur Abwehr einer unzulässiger Weise zum zweiten Male vor Gericht gebrachten Klage braucht nicht festgestellt zu werden, welche der beiden Parteien den früheren Prozeß gewonnen hat.

3. Ein konstitutives Urteil, das das zugesprochene Recht dem Sieger nicht zu verleihen vermag, läßt dessen frühere Rechte unangetastet.

Diese Ergebnisse würden sich auch aus allgemeinen Zweckerwägungen rechtfertigen lassen, aber schwerlich würde man ohne ihre rechtsgeschichtliche Grundlage auf sie verfallen.

Das Vorstehende soll daher die Abhängigkeit veranschaulichen, in der nicht bloß Rechtssätze, sondern auch Rechtsbegriffe von geschichtlichen Zufälligkeiten stehen.

Darum diene es als geringer Beitrag zur Feier eines hochverdienten Gelehrten, der, ausgezeichnet durch Erfolge auf verschiedenen Gebieten, namentlich auch als Pfleger der Rechtsgeschichte auf einen höchst segensreichen Zeitabschnitt zurückblickt.

---

aus der Grammatik in die Jurisprudenz einschmuggelt. Dazu kam die oben geschilderte Verwechslung der Kraft und der Begründung der Urteilseinrede, infolge deren man überall von positiven Functionen redete, wo es nötig war, den vollen Urteilsinhalt aufzuklären.

Berichtigung:

S. 89 Z. 24 v. o. ist zwischen

materiell und identisch »nicht mehr« einzufügen.