



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



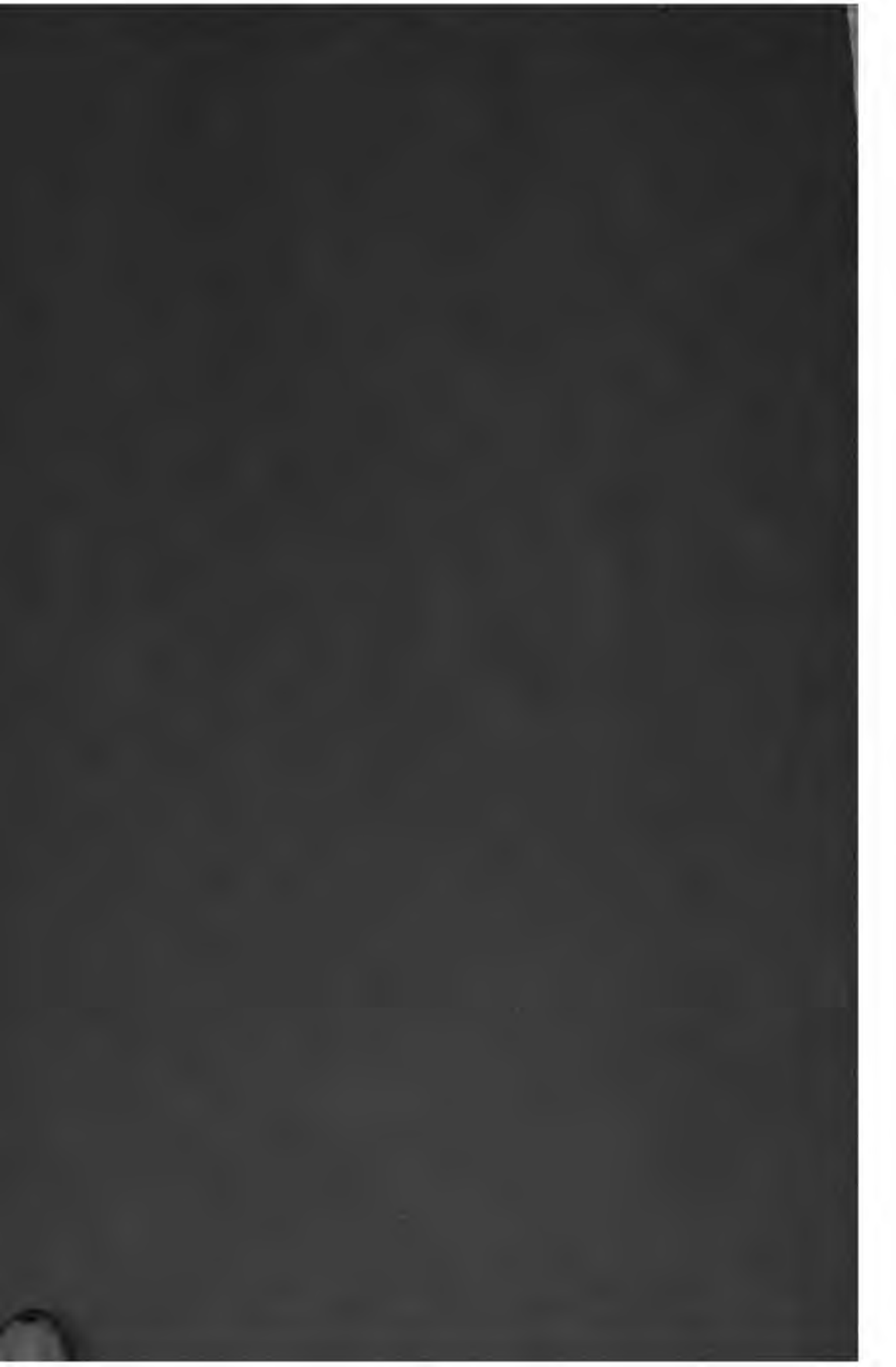
3 2044 097 747 372



HARVARD LAW LIBRARY

Received *June 9, 1925*





22  
—

DIE  
**LITISKONTESTATION**  
IM  
**FORMULARPROZESS.**

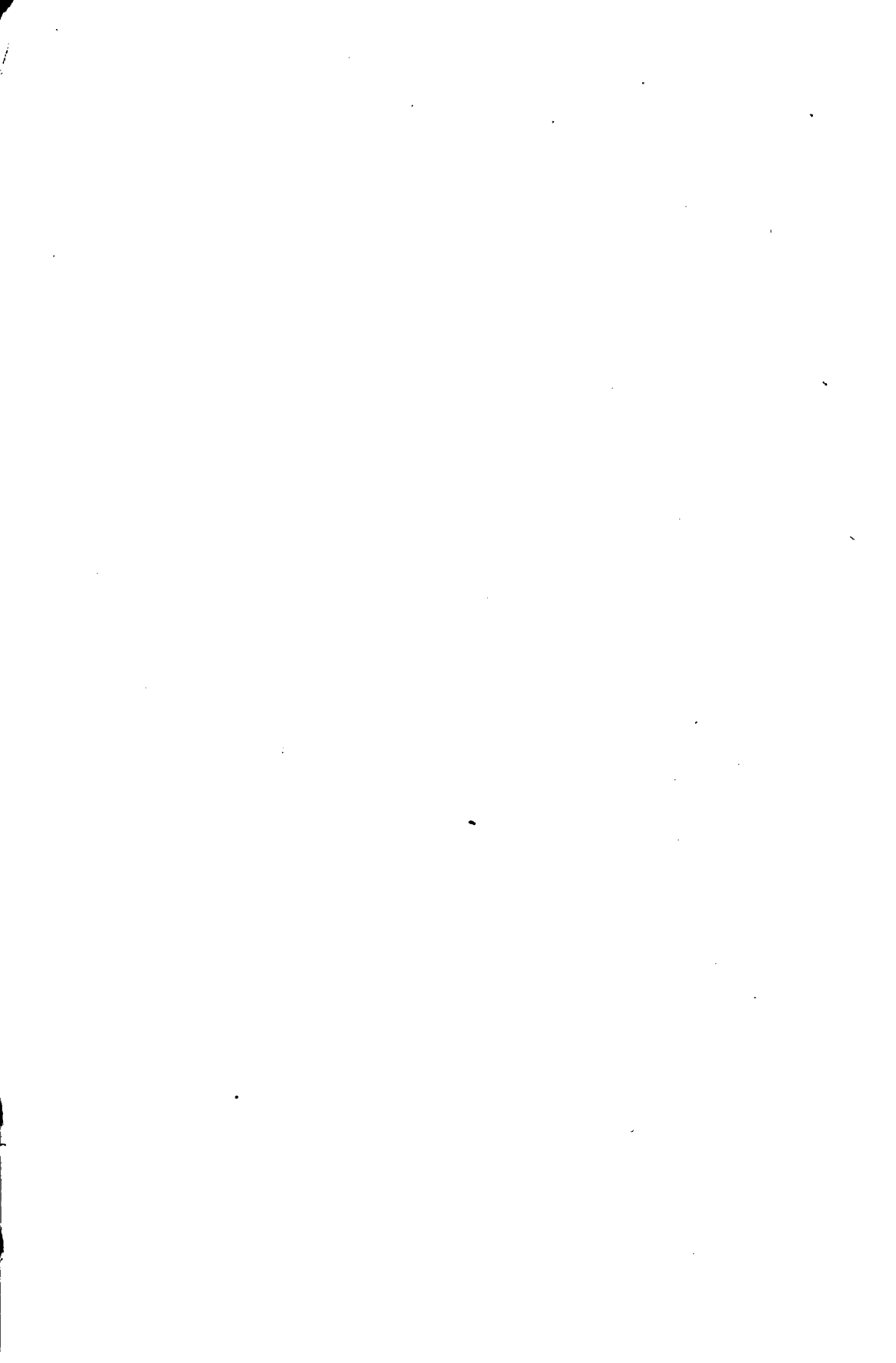
VON

**MORIZ WLASSAK,**  
PROFESSOR IN Breslau.

AUS DER FESTSCHRIFT ZUM DOKTOR-JUBILÄUM  
DES  
GEH. RATS PROFESSOR DR. B. WINDSCHEID.



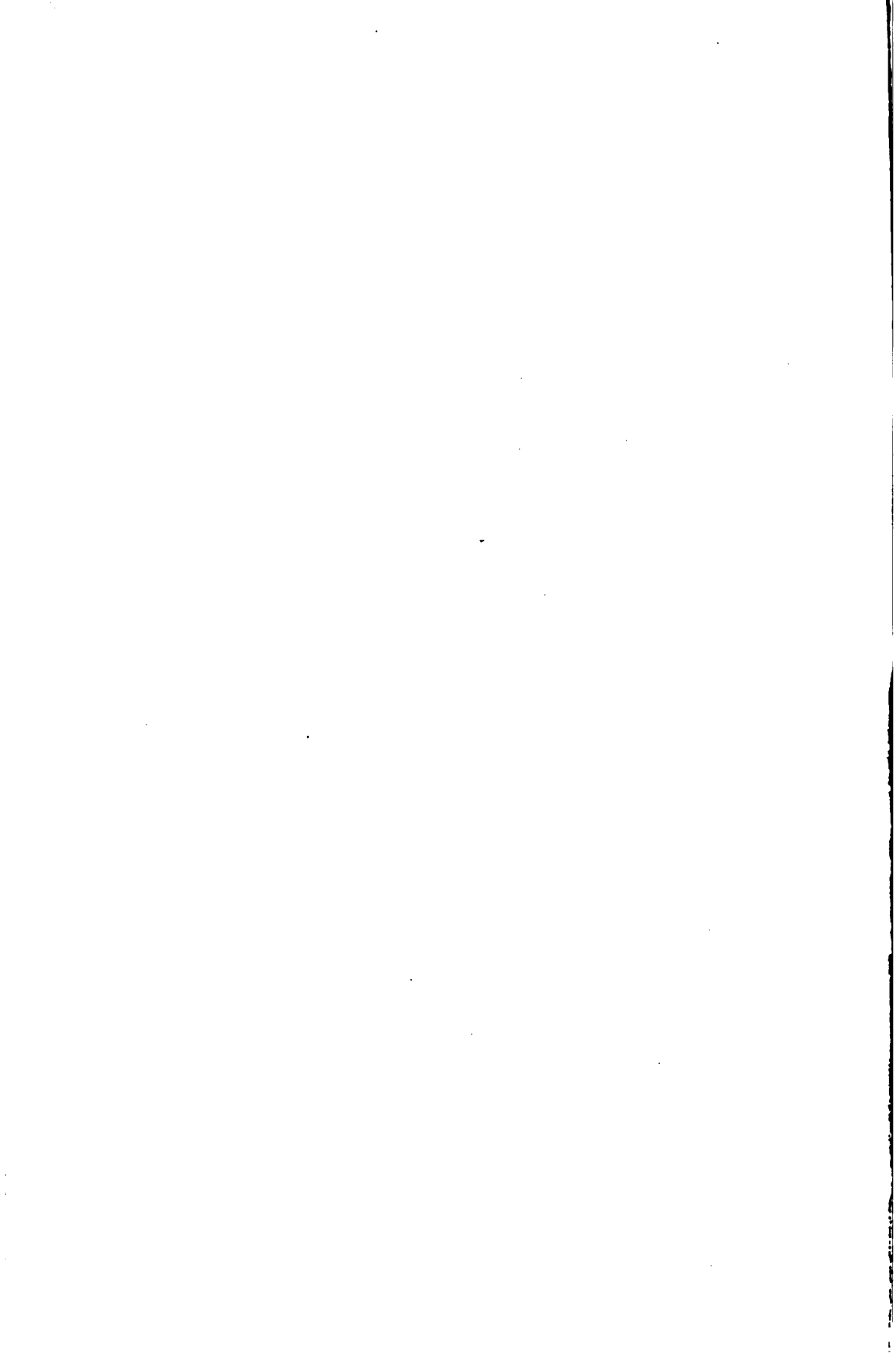
LEIPZIG,  
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.  
1889.





**DIE**  
**LITISKONTESTATION IM FORMULAR-**  
**PROZESS.**

---



x

c

DIE  
LITISKONTESTATION  
IM  
FORMULARPROZESS.

VON  
MORIZ W<sup>1</sup>LASSAK,  
PROFESSOR IN BR<sup>2</sup>ESLAU.

AUS DER FESTSCHRIFT ZUM DOKTOR-JUBILÄUM  
DES  
GEH. RATS PROFESSOR DR. B. WINDSCHEID.



LEIPZIG,  
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.  
1889.

1089

**JUN 9 1925**

Wenn in Rom schon in alter Zeit neben Volksgesetzen über den Prozeß in Civilsachen prätorische Normen in Geltung standen, die das gesetzliche Recht nicht bloß an einzelnen Punkten ergänzten, sondern das Verfahren in erschöpfender Weise regelten, so wird auch eine Erörterung, welche die klassische Litiskontestation zum Gegenstand hat, die Frage nicht umgehen können, ob dieses Institut in beiden Rechten vorkomme und ob dessen Form hier und dort dieselbe sei. Auskunft darüber erteilt vornehmlich Gaius in jenem Kapitel der Institutionen, das der Lehre vom Dualismus des Prozeßrechtes gewidmet ist (IV 103—109). Aus dem l. c. Gesagten und manchen anderen Bemerkungen der Pandektenjuristen ergibt sich ungefähr folgendes.

Die Litiskontestation zeigt im Formularprozeß des Äbutischen und des Julischen Gesetzes (im *iudicium legitimum*) genau dieselbe Gestalt wie im prätorischen Rechte (im *iudicium imperio continens*). Dagegen sind die Wirkungen der Streitbefestigung<sup>1</sup> nicht wenig verschieden im volks- und im amtsrechtlichen Verfahren. Verständlich wird diese Erscheinung, wenn man annimmt, daß die Litiskontestation nach der Lex Aebutia trotz der neuen Form, die dem Honorarrecht entlehnt ist, ihre frühere Bedeutung beibehielt, wie denn überhaupt der gesetzliche Formularprozeß

<sup>1</sup>) Unter „Streitbefestigung“ ist genau dasselbe zu verstehen, was *litis contestatio* bezeichnet. *Lis* heißt nicht bloß der Streit, sondern auch der Gegenstand des Streites; s. Varro de l. l. XII. 93.

in den meisten Punkten, was die Voraussetzungen wie die Wirkungen betrifft, als getreue Nachbildung der *Legisactio* erscheint<sup>1</sup>.

Eine nähere Ausführung und Begründung des eben Gesagten ist an diesem Orte entbehrlich, da die vorliegende Untersuchung beschränkt bleiben soll auf den Akt der Streitbefestigung, sich also lediglich mit der prozessualischen Seite des Institutes beschäftigen wird. Ist aber die Aufgabe so begrenzt, so dürfte es erlaubt sein, im folgenden von der Unterscheidung des civilen und des honorarischen Prozeßrechtes einstweilen abzusehen. Ausgeschlossen von der Darstellung bleibt auch das eigentümliche Legisaktionsverfahren des Julischen Gesetzes, während die *Legisactio* der republikanischen Zeit allerdings herangezogen werden soll, jedoch nur zur Vergleichung und anhangsweise.

## I.

Der Stand unseres Wissens von der Form der Äbutisch-Julischen Litiskontestation hat seit 1827 kaum eine nennenswerte Änderung erfahren. Von dem im genannten Jahre herausgegebenen Werke Kellers kommt hier nur das erste Buch<sup>2</sup> in Betracht, dessen Erfolg im Laufe der Zeit sogar gewachsen ist. Ein Gelehrter von dem Ansehen Bethmann-Hollwegs, der in einer Recension<sup>3</sup> von 1829 Keller entgegengetreten war, hat später im „Civilprozeß“

<sup>1</sup> „Der Legisaktionenprozeß war das gesetzliche Verfahren der alten Zeit. Doch kannte diese noch nicht die technische Bezeichnung: *iudicium legitimum*“. So Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I S. 37 N. 12, dazu S. 54, 56, 164, 166, 240, 274, 275. Diese Verweisungen wollen zeigen, daß mein Recensent in der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII von der daselbst auf S. 187 Abs. 2 ausgeführten Vermutung keinesfalls sagen dürfte: „er wisse nicht, ob sie sich meines Beifalls zu erfreuen hat“.

<sup>2</sup> Über Litiskontestation und Urteil § 1—6 (S. 1—69).

<sup>3</sup> In der Tübinger Krit. Ztschr. f. Rechtswissenschaft Bd. V S. 69—77; vgl. auch B.-H., Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Röm. Reichs S. 17, 260, 261 (1834).

seinen Widerspruch ausdrücklich zurückgezogen<sup>1</sup>. Gegenwärtig ist ohne Zweifel die Kellersche Lehre die bei weitem überwiegende, wenn auch eine völlige Übereinstimmung aller nicht behauptet werden kann.

Einigermassen auffallend ist diese Thatsache immerhin, da kein aufmerksamer Leser von der widerspruchsvollen Darstellung Kellers in den sechs ersten Paragraphen der Monographie befriedigt sein dürfte. Der Beifall, der dem trotz allem bahnbrechenden Werke zu teil ward, ist hauptsächlich daraus zu erklären, daß kein Späterer mehr sich eingehend mit der prozessualischen Natur der Litiskontestation beschäftigt hat. Nur M. S. Mayer<sup>2</sup> ist mit dem Versuch hervorgetreten, eine Arbeit dieser Art zu liefern. Dieselbe blieb jedoch unvollendet und behandelt nur die Zeit der Legisaktionen. In den neueren Schriften über das Konsumtionsprinzip des klassischen Rechtes sind alle Bedenken gegen die Theorie Kellers unterdrückt. Um so mehr verdient eine Äußerung von Rudorff hervorgehoben zu werden, der in seiner „Rechtsgeschichte“ Bd. II S. 232 den Satz niederschrieb: „die Wirkungen der Litiskontestation seien vollständig zu übersehen, die Form aber liege im Dunkeln“. In ähnlicher Weise hat jüngst auch A. Pernice (Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 56) dem Gefühl der Unsicherheit Ausdruck gegeben: „Das *actionem edere* und *iudicium accipere* seien Akte, deren Wesen wir nicht kennen“.

Nach Keller, der seine Erörterungen an die bekannte Stelle des Festus-Paulus sub v. *contestari* anknüpft, war die Litiskontestation ursprünglich, in der Legisaktionszeit, eine einzelne Prozeßhandlung der Parteien, bestehend in dem Aufrufen von Zeugen, die der ganzen Verhandlung in Jure beigewohnt hatten und die künftig vor dem Judex alles, was in Jure geschehen war, kon-

<sup>1</sup> Civilprozefs Bd. I S. 178 N. 4.

<sup>2</sup> Die Litis Kontestation I. Abt. (1830). Der Verf. (S. 90, 156, 158) wollte darthun, daß die L. K. des Formularprozesses „etwas Fingiertes“, ein fingierter Vertrag war.

statieren sollten (S. 5). Nach der Einführung der Schriftformel habe man den Aufruf der Zeugen, der nun überflüssig war, bald unterlassen, und damit sei auch die Litiskontestation im eigentlichen Sinne hinweggefallen. Dieselbe könne im Formularprozeß nicht als Handlung gedacht werden, sondern bezeichne nur den „ideellen Endpunkt“ des Verfahrens vor dem Magistrat (S. 6—8, 80, 107). Mit dieser Auffassung stehen freilich zahlreiche Äußerungen der Pandektenjuristen im Widerspruch, welche unter dem *litem contestari* ohne Zweifel „eine wirklich geschehende Handlung“ verstehen. Darum müsse neben der obigen engeren Bedeutung eine weitere angenommen werden. *Litem contestari* heiße auch „die Vollziehung des ganzen Verfahrens in Jure von seiten der Parteien“ (S. 8—11, 53, 81, 107). Ganz bestimmt wird dies Letztere für den neueren Prozeß behauptet; wahrscheinlich reiche aber die „weitere Bedeutung“ des Wortes schon in die Legisaktionzeit zurück (S. 10, 11).

So lautet im wesentlichen die von Keller mit vollem Bedacht vorgetragene, auch später im „Civilprozeß“ § 54 durchaus festgehaltene Lehre. Daneben aber geht, etwas bescheidener auftretend, eine andere Theorie einher, die anscheinend nicht bloß im Ausdruck von der ersterwähnten verschieden ist. Hierzu noch einige Belege aus dem ersten Buche des Kellerschen Werkes.

Auf S. 39 heißt es: „Der Moment der *Lis contestata* fällt zusammen mit dem beendigten Verfahren in Jure, d. h. mit der definitiven Erteilung der Formula“. S. 41: „Im Sinne des Juristen (Ulpian) fällt das Annehmen der Formula und die *L. c.* in einen Moment zusammen“. S. 43: „Kein Zweifel, daß der Augenblick der *Lis contestata* mit dem der erteilten Formula zusammenfällt“.

Zur Erläuterung ist hier beizufügen, daß nach dem auf S. 39, 42, 55 N. 30 Gesagten<sup>1</sup> der Prätor derjenige ist, welcher

<sup>1</sup> Keller nennt die in N. 30 auf S. 55 mitgeteilte kritische Bemerkung C. L. Goldschmidts (Über Litiskontestation u. Einreden S. 16 N. c. — 1812)



die Formel „erläßt“ oder „erteilt“. Als Empfänger sind augenscheinlich die Parteien gedacht, nicht etwa der Judex. Darnach liegt die Frage gewifs sehr nahe, wie Keller der Streitbefestigung die Natur einer „Handlung“, eines „Aktes“ absprechen und dieselbe als „Zeitpunkt“, als „ideellen Endpunkt“ des Instruktionsverfahrens auffassen konnte, während doch seiner eigenen Meinung nach der „Augenblick der Lis contestata“ und der der „Erteilung der Formel“ durch den Prätor ein und derselbe ist? Wäre damit das Richtige getroffen, müfste man dann nicht sagen: die Litiskontestation besteht gerade in der Formelerteilung, mithin in einer Handlung des Prätors? Oder sollte vielleicht der „ideelle Endpunkt“ auf einem maßgebenden, nicht zu beseitigenden Quellausspruch beruhen? Bekanntlich hat dies weder Keller noch sonst jemand jemals behauptet. Die Litiskontestation ist nur darum in unserer Litteratur zum „Zeitpunkt“ geworden, weil man in den Quellen den gesuchten „Akt“ nicht finden konnte. Die „ideale“ Auffassung ist daher nichts als ein Verlegenheitsprodukt.

Nun scheint aber der erwünschte Fund schon dem Urheber der Zeitpunktlehre selbst geglückt zu sein. Es fragt sich nur, weshalb derselbe von seiner Entdeckung blofs in versteckter Weise Gebrauch gemacht? Sollte es vielleicht im Belieben der am Prozesse Beteiligten gestanden haben, bald den einen bald den anderen Akt als letzten zu setzen, so dafs die Streitbefestigung einmal der Akt A, ein andermal der Akt B gewesen wäre? Dann dürfte man freilich eine bestimmte Handlung nicht als Litiskontestation bezeichnen. Allein auch dies ist doch sicher nicht Kellers Meinung, da er den Augenblick der Formelerteilung und der Lis contestata nicht blofs zufällig zusammenfallen läfst, sondern immer<sup>1</sup> und notwendig. Mithin war von ihm allerdings der Aus-

---

gegen C. G. Winckler (Opuscula minora v. I p. 300 — 1792) nur darum „sehr fein“, weil der letztere von seinem Standpunkte aus (darüber Keller S. 18 N. 6) die bekämpfte Folgerung nicht ziehen durfte.

<sup>1</sup> Dieses „immer“ steht zwar nicht in den oben (S. 6) der „Litis Kontesta-

spruch zu erwarten: „Die Litiskontestation der klassischen Zeit ist die Formelerteilung“. Wenn Keller trotzdem dieses offene Bekenntnis zurückhielt und in seinem Buche einen schlecht verhüllten Widerspruch stehen liefs, so mochte die Erwägung maßgebend sein, daß den Römern das *litem contestari* eine Parteienthätigkeit war, und daß nicht wohl dasselbe Wort in „weiterer Bedeutung“ eine Handlung der Parteien, in „engerer“ eine Handlung des Prätors vertreten konnte.

Aus den vorstehenden Bemerkungen dürfte sich ergeben, wie wenig wir befugt sind, in Sachen der Litiskontestation einfach auf die oftgenannte Monographie zu verweisen. Dennoch ist dies bisher geschehen. Einzelne Schriftsteller haben sogar ausdrücklich sowohl die Lehre vom „ideellen Endpunkt“ wie die von der „Formelerteilung“ angenommen; die meisten aber billigen un-zweideutig, wenn auch nur stillschweigend, Kellers Ausführungen, bestimmen jedoch dessenungeachtet das Wesen der Litiskontestation nur in der einen oder anderen Weise.

Merkwürdig sind besonders die Äußerungen von Bethmann-Hollweg, der im neueren Handbuch<sup>1</sup> seine „früher geäußerten Zweifelsgründe als hinfällig“, dagegen die Ansicht Kellers als das „Ei des Kolumbus anerkennt“ und dieselbe in folgende Worte faßt: „Eines besonderen die Vollendung der Instruktionsverhandlung bezeichnenden Aktes bedurfte es (im Formularprozefs) nicht, weil die Aushändigung der vom Prätor genehmigten, durch seinen Scriba ausgefertigten Formula und deren Annahme von seiten der Parteien jeden Zweifel beseitigte<sup>2</sup>.“

tion“ entnommenen Stellen; doch muß es ohne Zweifel hinzugedacht werden, da Keller das Wort: „regelmäßig“ gewiß nicht unterdrückt hätte.

<sup>1</sup> Bd. II S. 480 N. 9, Bd. I S. 178 N. 4, Bd. II S. 481, 482, 712. Bd. III S. 254.

<sup>2</sup> Ebenso Wieding, Der Justinianische Libellprozefs S. 59, 61, 64, 71 („die L. K. wurde mit dem Momente des Abschlusses der Formel als geschehen fingiert); Kuntze, Kursus d. R. Rechts § 264 S. 162 (2. A.). Baron, Geschichte d. R. Rechts I S. 420, 421.

Als Anhänger der Lehre vom „ideellen Endpunkt“ oder „Zeitpunkt“ sind unter anderen Zimmern, Puchta, Planck und Bekker zu nennen<sup>1</sup>, während die „Formelerteilung“ betont wird<sup>2</sup> von Windscheid, Rudorff, P. Krüger, A. S. Schultze, A. Pernice, Demelius, Dernburg, Wach, Sohm, O. E. Hartmann.

Eine von der Kellerschen Darstellung unabhängige Theorie ist meines Wissens bisher nicht aufgestellt. Auch von den älteren Ansichten hat sich eine einzige, die von Heffter, und auch diese nur kurze Zeit nach dem Jahre 1827 zu behaupten vermocht. Indes verdient dieselbe, obwohl sie „alles positiven Fundamentes ermangelt“<sup>3</sup>, hier genannt zu werden, weil ihr ein gesunder Gedanke zu Grunde liegt, vermutlich derselbe, der auch in jüngster Zeit viele Schriftsteller bewogen hat, der „Formelerteilung“ den Vorzug zu geben vor dem „ideellen Endpunkt“.

Heffter faßt in seinen „Institutionen des röm. u. teutschen Civil-Prozesses“ S. 281 die Litiskontestation als besonderen Akt auf, der wahrscheinlich bestand in einer Erklärung des Klägers, dafs er „*litem inferiere*“, worauf der Beklagte auch „seinerseits *ad iudicium* provozierte“. Es wird sich weiter unten zeigen, wie viel Richtiges diese Aufstellung in der That enthält. Was sie aus-

<sup>1</sup> S. Zimmern, Röm. Civilprozefs S. 358, 359; Puchta in Schuncks Jhrb. d. jur. Litteratur Bd. VIII S. 115 und Institutionen Bd. I § 172 (S. 528 — 8. A.); Planck, Mehrheit d. Rechtsstreitigkeiten S. 4; Bekker, Konsumtion S. 98, dazu Aktionen Bd. I S. 88; Padelletti, Storia del diritto Rom. p. 580, dazu aber p. 589 n. 4 (ed. II); Cogliolo, Trattato della eccezione di cosa giudicata v. I p. 28 („un punto ideale“).

<sup>2</sup> Vgl. Windscheid, Die Aktio d. R. Civilrechts S. 46 N. 1, S. 51 N. 12; Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. II § 71 S. 234; P. Krüger, Konsumtion S. 17; Brinz, Pand. Bd. I § 94 S. 323 (2. A.); Eisele, Cognitur S. 119; A. S. Schultze, Privatrecht und Prozefs I S. 272, 273, 331—333, Pernice in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 56 („Erklärung des Prätors“), dazu aber S. 47 N. 3; Demelius in Grünhuts Ztschr. Bd. XI S. 737, 738; Dernburg, Pand. Bd. I § 153 S. 353 (2. A.); Wach, Hdb. d. Civilprozefsrechts Bd. I S. 26; Sohm, Institutionen S. 147, 151, 152, dazu S. 131, 135 (2. A.); Hartmann-Ubbelohde, Ordo I S. 464 N. 66, S. 468.

<sup>3</sup> So Keller a. a. O. S. 21.

zeichnet gegenüber der Endpunkttheorie, das ist schon von Bethmann-Hollweg in der früher erwähnten Recension von 1829 treffend hervorgehoben. Mit Recht wird da gefragt<sup>1</sup>, ob es natürlich und dem Geiste des Römischen Rechts entsprechend sei, daß der wichtigste Moment, der „Normalpunkt“ des Prozesses, „durch keine Form versinnlicht wurde“? Ich möchte glauben, das sei ganz undenkbar. Wie sollen auch die Konsumtion und die übrigen tief einschneidenden Wirkungen der Litiskontestation auf einen in der Luft schwebenden „Zeitpunkt“ als Ursache zurückgeführt werden?<sup>2</sup> Dieser „Punkt“ wäre nach Keller als ein „blofs ideeller“ durch keine Handlung, durch kein Wort der Parteien oder des Prätors markiert gewesen.

Darnach hätten also Römische Prätores und Römische Gesetze ohne alle Not die Litiganten der Gefahr ausgesetzt, nicht zu wissen, ob schon Lis kontestiert sei und wann dies geschehen war. Nicht selten hätte es darüber zum Streit zwischen den Parteien kommen müssen. Oder hat vielleicht der Magistrat doch in jedem Prozefs erklärt: „die Verhandlung ist zu Ende“? So sehr man sich gedrängt fühlt, dies oder ähnliches anzunehmen, Keller dürfte dem nicht zustimmen. Denn jene Erklärung des Prätors wäre dann eben die Litiskontestation, und damit fiel die Behauptung zusammen, daß der Formularprozefs keinen besonderen Akt der Streitbefestigung kenne.

Man sieht, wie schwerwiegende Bedenken der Ablegung des von Heffter angenommenen „Aktes“ entgegenstehen. Bethmann-

<sup>1</sup> In der cit. Ztschr. Bd. V S. 76.

<sup>2</sup> In der „Litis Kontestation“ S. 6, 7 sucht auch Keller dieser Annahme noch auszuweichen; im „Civilprozefs“ aber heifst es (§ 59 S. 297, 298 — 6 A.) „der Akt der L. K. fiel als überflüssig hinweg, dagegen die Wirkungen des Verfahrens *in iure* dauerten fort, deren Eintritt seinem Zeitpunkte nach einst durch jenen wirklichen Schlußsakt, jetzt durch den blofs ideellen Endpunkt dieses Verfahrens, herbeigeführt wurde(n)“. Ist dieser höchst geschraubte Satz nicht eine Art Lärmschufs, der „anzeigt, daß der Verf. ins Bodenlose geraten war“?

Hollweg aber fand trotzdem kein Gehör. Kein Wunder also, daß er selbst seinen Widerspruch gegen Keller nicht aufrecht erhielt und daß auch Heffter in der zweiten Ausgabe<sup>1</sup> seines „Civilprozesses“ die früher vorgetragene Theorie stillschweigend preisgab. Eher muß es auffallen, daß auch in neuester Zeit keiner von den Gelehrten, welche die Formelerteilung für die Litiskontestation ausgeben, einen Angriff versucht hat gegen die Hauptlehre der herrschenden Monographie.

Um die im bisherigen gegebene Litteraturübersicht zu vervollständigen, wäre noch folgendes beizufügen. Nicht alle<sup>2</sup> beziehen mit Keller die Festusstelle ausschließlich oder hauptsächlich auf den Prozeß mit *Legisactio*. Dadurch ist die Möglichkeit geboten, in dem Zeugenaufruf die Litiskontestation des neueren Verfahrens zu erblicken. Anscheinend ist dies die Ansicht Walters in der Geschichte des Römischen Rechts<sup>3</sup>.

Manche begnügen sich damit, die Streitbefestigung im allgemeinen zu charakterisieren, ohne genauer zu sagen, worin sie eigentlich bestand<sup>4</sup>. Böcking<sup>5</sup> nennt sie einen „formellen Akt“, unterläßt es aber, denselben zu bestimmen.

Savigny<sup>6</sup> endlich unterscheidet deutlich die Litiskontestation,

<sup>1</sup> Diese erschien 1848 mit dem veränderten Titel „System des Civilprozessrechts“. Über die Röm. L. K. vgl. S. 357, 358.

<sup>2</sup> Vgl. besonders Bethmann-Hollweg in der Tüb. Ztschr. Bd. V S. 73, 76, 77; Puchta, Institutionen Bd. I S. 527, 528.

<sup>3</sup> T. II § 720 S. 358 (3. Aufl.).

<sup>4</sup> So Kierulff, Theorie d. gem. Civilrechts Bd. I S. 270, 271; C. G. Wachter, Erörterungen H. II S. 5 u. N. 6; Scheurl, Institutionen § 64 (S. 127 — 6. A.); Wetzell, System des Civilprozesses § 14 (S. 117, 118 — 3. A.). Die Streitbefestigung als „selbständigen Akt im Formularverfahren“ nimmt Buchka, Einfluß des Prozesses I S. 462 in Abrede, ebenso Demelius, Confessio S. 112, „die Vornahme einer rituell bestimmten Handlung“.

<sup>5</sup> Pandekten d. Röm. Privatrechts Bd. I § 130 S. 497 (2. A.); ebenso Salpius, Novation S. 144.

<sup>6</sup> System Bd. VI S. 31, 33, 9. Nicht zu billigen sind die Ausführungen Savignys (S. 27—31) über das Verhältnis der L. K. und der *Cautio iudicatum solui*.

die ein „Quasikontrakt“ oder „fingierter Vertrag“ sein soll, von der „mit ihr gleichzeitigen Konzeption der Formel“ und nennt die erstere „den letzten Akt des Jus“, „eine Verhandlung der streitenden Parteien, worin beide den Streit durch gegenseitige Erklärungen dergestalt feststellen, daß derselbe zum Übergang an den Judex reif wird“. Vom „ideellen Endpunkt“ spricht Savigny nicht; er kennt, wie es scheint, nur Kellers „weiteren“ Begriff<sup>1</sup> und sucht denselben dadurch praktisch brauchbar zu machen, daß er die Gleichzeitigkeit der Formelerteilung hervorhebt. Ob nicht auch Heffters Theorie in den mitgeteilten Worten leise nachklingt, ist schwer zu sagen. Jedenfalls aber zeigen dieselben, daß selbst ein Meister der Darstellung, wie Savigny, unter dem Einflusse Kellers nur ein nebelhaftes Bild der klassischen *Litiscontestatio* zu entwerfen vermochte.

Dürfte man absehen von den Quellen, so wäre ohne Zweifel die Ansicht am ehesten billigenwert, welche die Streitbefestigung durch die prätorische Formelerteilung vor sich gehen läßt. Nur mit dem Vertragsprinzip, das — wie ich glaube — den alten wie den klassischen Prozeß der Römer durchaus beherrscht, ist jene Theorie kaum mehr in Einklang zu bringen. Zum mindesten aber wäre sie praktisch nicht unhaltbar; es könnte immerhin so gewesen sein.

Damit ist freilich alles gesagt, was sich zu deren Empfehlung vorbringen läßt. In den Quellen erscheint niemals der Magistrat als derjenige, der die *Lis* kontestiert; vielmehr wird dieser Akt überall den Parteien zugeschrieben, insbesondere aber ist vom Kläger in zahlreichen Stellen ausdrücklich gesagt: *litem contestatur*<sup>2</sup>. Dieser Sprachgebrauch war begreiflich auch Keller sehr genau bekannt und mußte ihn davon abhalten, Streitbefestigung

<sup>1</sup> Ebenso Rein, *Privatrecht* S. 918, dazu S. 897, 898 (2. A.).

<sup>2</sup> Vgl. einstweilen die Belege bei Keller, *L. K.* S. 8, N. 3, ferner Bethmann-Hollweg, *Civilprozeß* Bd. II S. 478, 479, endlich Pernice a. a. O. S. 48 N. 3, der sich besonders deutlich und scharf äußert.

und Formelerteilung ausdrücklich zu verselbigen, obwohl die Neigung dazu sicherlich nicht fehlte. Um nun den Quellen Rechnung zu tragen, entschloß sich Keller zur Aufstellung des „weiteren“ Begriffes: *litis contestatio* = Parteienverhandlung in Jure; dem praktischen Bedürfnis aber wollte er Genüge thun durch die Erfindung des „ideellen Endpunktes“, durch eine Begriffsbildung, die unvermeidlich schien, weil die Konsumtion und anderes natürlich nicht als Wirkung der fortschreitenden, einen bedeutenden Zeitraum füllenden Streitverhandlung hingestellt werden konnte.

Schließlich sollte an diesem Orte noch erwogen werden, ob wir uns etwa bei Walters Definition (S. 11) beruhigen dürfen. Diese ist bekanntlich nur aus einer einzigen Quellenaufserung abzuleiten: aus dem schon erwähnten Artikel im Lexikon des Festus. Der Bericht dieses Schriftstellers wird weiter unten in einem besondern Abschnitte (VII) gewürdigt werden, mit ihm auch die darauf gegründete Auffassung der Litiskontestation. Vorerst aber möge es gestattet sein, die Form der klassischen Streitbefestigung lediglich aus den Juristenschriften zu erweisen, ohne Berücksichtigung der uns von Paulus Diaconus überlieferten Worterklärung.

## II.

Die Schwierigkeiten, welche sich der Ermittlung der Litiskontestation des Formularprozesses entgegenstellen, werden wohl allgemein zurückgeführt auf die Beschaffenheit der klassischen Rechtsquellen. Dieselben enthalten, wie man annimmt, nirgends eine Beschreibung des in Rede stehenden Aktes. Wäre diese Ansicht begründet, so müßte eigentlich jede weitere Untersuchung unserer Frage unterbleiben, da das bloße Raten doch nur zu Ergebnissen von sehr zweifelhaftem Werte führen kann. Wer aber glaubt, daß in der bisherigen Litteratur ein reichhaltiges Quellenmaterial unbillig vernachlässigt sei, der darf vielleicht mit dem alten Problem nochmals einen Versuch wagen.

Das Gelingen hängt wesentlich ab von der Anerkennung einer noch nicht eingebürgerten Übersetzung des Wortes *iudicium*. Schon in meiner Ediktstudie, dann in der I. Abteilung der „Römischen Prozeßgesetze“ (§ 8) ist für das genannte Wort die Bedeutung *Schriftformel* (= *formula*)<sup>1</sup> in Anspruch genommen. In der letz-

<sup>1</sup> Schon das *Vetus Glossarium* bei Brissonius (s. v. *formula*) sagt: *formula: τύπος*. *Formula* ist also ein Muster, ein Schema, erst in zweiter Linie dasjenige, was nach diesem Muster gebildet wird. Gradenwitz in der *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XXII S. 190 behauptet: „Das individuelle Gericht oder die individuelle Instruktion kann *formula* im Gesetzestext und bei Schriftstellern in republikanischer Zeit nicht bedeuten.“ Dafür werde *iudicium* gesetzt. Dieser Sprachgebrauch sei „meist“ auch von den klassischen Juristen festgehalten. Gradenwitz könnte recht haben (vgl. Cic. in *Verr.* III. c. 65 § 152); nur ist nicht einzusehen, weshalb *iudicium* gerade die individuelle Formel (so übersetze ich, G. sagt „Gericht“) bezeichnen soll. Indes hat doch G. übereilt behauptet, was er nicht vertreten kann. Schon Cicero, gewiss ein „Schriftsteller in republikanischer Zeit“ schreibt *formula*, wo die „individuelle“ Urkunde gemeint ist, so besonders deutlich p. *Rosc. com.* c. 5 § 14: . . . *satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse uidear, cur secundum Roscium iudicari debeat*, und c. 5 § 15: *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia . . . conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus*; vgl. ferner *ibid.* c. 4 § 11 (*uerba formulae* — zu beachten, daß sofort die von Fannius geforderte Summe genannt wird), c. 4 § 12 (dazu meine *Misc. I* in der *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XXII S. 382, 383), c. 9 § 25. Die letzte Stelle zeigt, daß Cicero *iudicium* und *formula* abwechselnd gebraucht: . . . *Iudicio graui experiri uolebas? . . . Nam, quo tu tempore illa formula uti noluisti . . .* Andererseits steht in Ciceros Werken häufig *iudicium*, wo sicher an das Schema gedacht ist; vgl. *pro Tull.* c. 4—6 § 8—13, c. 18 § 42 (wiederholt), *de off.* III. c. 15 § 61, c. 20 § 80 (*conscripserunt communiter edictum cum poena atque iudicio*), *de nat. deor.* III. c. 30 § 74. Zahlreiche Belege für den Gebrauch von *formula*, wo nach Gradenwitz *iudicium* zu erwarten wäre, finden wir bei Schriftstellern des 1. u. 2. Jhrh. n. Chr.; vgl. z. B. *Val. Max.* VIII. 2, 2; *Quintilian*, *Inst. or.* III. 10, 1; *Seneca*, *de benef.* III. 7, 5; VI. 5, 5; *de clem.* II. 7, 3 (Haase); *Plin. Epist.* V. 10 (Keil); *Sueton*, *Vitell.* c. 7; *Gai.* IV. 37, 53<sup>d</sup> in f., 57, 60 in f., 86, 93, 141, 163, 165. Weiter gehören hieher — nach dem unten S. 40—42 Ausgeführten — alle Stellen mit *formula petere* oder *agere*: *Gai.* II. 278, IV. 59, 74<sup>a</sup> in f., 91, 106, 131 in f., auch IV. 30 (*per formulas litigemus*; dazu Cic. p. *Rosc.* c. c. 18 § 53: *qui per se litigat = qui per se litem constestatur*). Aus späteren Juristenschriften sind anzuführen *Ulp.* 19, 16 u. 25, 12; *Inst.* V, *Paul. Coll.* II. 6, 3. Bei dieser Gelegen-



teren Abhandlung ist auch gezeigt, wie man dazu kam, die Urkunde, welche die Ernennung des Judex und die für diesen bestimmte Anweisung enthielt, *iudicium* zu nennen. Die Belege für den behaupteten Sprachgebrauch sind dort geschöpft aus Cicero und anderen gleichalterigen Quellen. Diese Beschränkung auf die Zeit der sinkenden Republik ergab sich daraus, daß der nächste Zweck der ganzen Untersuchung die richtige Erklärung einiger Bruchstücke aus Ciceros Werken war. Keineswegs sollte damit angedeutet werden, daß die klassischen Juristen den für eine frühere Epoche erwiesenen Sprachgebrauch nicht mehr kennen. Wie unberechtigt diese Annahme wäre, das ist nun im folgenden vor allem darzuthun.

Zu diesem Behufe möchte ich wieder anknüpfen an das oft citierte *iudicium dabo* der prätorischen Edikte. Angenommen, das Album hätte alle Verkündigungen dieser Art so, wie sie heute vorliegen, schon in vorkaiserlicher Zeit enthalten, so ist doch zu beachten, daß noch die spätesten Juristen sämtliche Edikte Wort für Wort erläutern und daß infolgedessen die Ausdrucksweise der republikanischen Prätores in die klassischen Schriften übergehen mußte. *Iudicium dabo* heißt nun freilich ursprünglich: „ich werde ein Gericht geben“; allein diese Bedeutung ist zweifelsohne schon im Album der Republik zurückgetreten und ersetzt worden durch die andere: „ich werde eine Schriftformel geben“. Bewiesen wird das durch eine Anzahl von Edikten, in denen folgende Wendungen vorkommen:

*in iudicio adiciam: aut noxae dedere* (l. 1 pr. D. de his qui eff. 9, 3),

heit möchte ich auf ein Versehen aufmerksam machen, das seit mindestens 60 Jahren aus einem Werke in das andere übergeht (Zimmern, R. G. Bd. III § 120 N. 1; Keller, Civilpr. N. 820 — 1.-6. A.; Rudorff, R. G. Bd. II § 75 N. 2). Seneca Ep. 107 soll sagen: *mutare illis formulam non licet*. Allein diese Worte stehen nicht in ep. 107, und da, wo sie stehen (ep. 117, 4 Ruhkopf, 117, 6 Haase) ist von der Klagformel nicht die Rede. Daß wenigstens auf dieselbe angespielt sei, wird man ebenfalls eher leugnen müssen.

*sine noxae deditione iudicium dabo* (l. 21 § 2 D. de nox. a. 9, 4 — l. 1 pr. D. de publ. 39, 4 — l. 12 § 1 D. eod.),

*noxale iudicium dabo* (l. 2 pr. D. ui. bon. 47, 8),

*in factum iudicium dabo* (l. 5 § 6 D. qui eff. 9, 3 — l. 9 pr. D. de reb. auct. 42, 5 — l. 1 pr. D. ne uis fiat 43,4 — l. 3 pr. D. de sep. uiol. 47, 12),

*quantum ob eam rem aequum iudici uidebitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo* (l. 1 pr. D. qui eff. 9, 3).

Die Bildung der hier aufgeführten Redensarten ist nur erklärlich, wenn deren Urheber schon eine andere als die Grundbedeutung von *iudicium* im Sinne hatten. Der Prätor konnte natürlich nicht „im Gerichte“ die Worte *aut noxae dedere* hinzufügen oder ein „Gericht“ ohne diese Worte versprechen oder ein „Gericht“ *in factum* in Aussicht stellen, sondern nur eine Schriftformel, die so oder anders gefasst war, diese oder jene Worte enthalten sollte. Dementsprechend haben denn auch die Juristen der Kaiserzeit das vom Prätor versprochene *iudicium* in ihren Werken sehr häufig durch *actio* ersetzt, seitdem die letztere nicht mehr ausschließlich dem Civilrecht<sup>1</sup> angehörte. Möglich aber war diese Vertauschung nur dann, wenn unter dem *iudicium* der Edikte nicht ein „Gericht“ verstanden wurde, sondern eine Klagformel.

Die vorstehende Ausführung wäre mir fast überflüssig erschienen, wenn nicht jüngst Gradenwitz<sup>2</sup>, unbefriedigt von der Darlegung im § 8 der „Röm. Prozeßgesetze“, den Satz der Lex Rubria: *ne iue . . . Mutinam in eo iudicio includei concipei curet* im vollen Ernste so übersetzt hätte: „in das individuelle Gericht soll nicht der Name Mutina kommen“! Begründet ist der Widerspruch gegen meine Behauptung, daß *iudicium* in der Rubria und

<sup>1</sup> Vgl. Wlassak, R. Prozeßgesetze I S. 82—84. Unter den in meiner Schrift nicht angeführten Belegstellen ist wohl am meisten bemerkenswert Julian lib. IX dig. (l. 39 pr. D. de nox. a. 9, 4): . . . *subsequi debet praetor iuris ciuilibus actionem et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare . . .*

<sup>2</sup> A. a. O. Bd. XXII S. 189, 190.

bei Cicero sehr häufig den Begriff „Schriftformel“ vertrete, in höchst sonderbarer Weise. Cicero, meint Gradenwitz, sage allerdings „vielfach *iudicium*, wo dies Wort mit einem anderen vertauscht werden könnte, das den schriftlichen Befehl“ (d. h. die Klagformel) „bedeutet. Aber wenn auch Cicero sagt: *si iudicium sit eiusmodi: si pareret*, so beweise dies nicht, daß *iudicium* die Urkunde bedeutet.“ Solche Spitzfindigkeit richtet sich selbst und wird hoffentlich niemanden überzeugen.

Ist somit dargethan, daß die Klassiker das in den Edikten vorkommende *iudicium* so verstanden, wie es von den Prätores der Republik gemeint war, so müßte es befremden, wenn sie das wichtige Wort in ihren Schriften nicht im gleichen Sinne gebraucht hätten. In der That bestätigen die Quellen durchaus diese Erwartung. Statt vieler mögen nur ein paar besonders sprechende Belege hier Platz finden, und zwar Fragmente aus den Werken verschiedener Juristen.

Wendungen, die wir schon aus dem Album kennen, finden sich bei Proculus l. 12 D. praescr. uerb. (19, 5): ... *in factum existimo iudicium esse reddendum*,

Julian l. 16 D. de nox. a. (9, 4): *Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc iudicium sine noxae deditioe acceperit* ... ,

Gaius l. 22 D. eod. ... *placet quasi de nouo negotio in factum dandum esse iudicium [id est praescriptis uerbis]*,

Ulpian l. 1 § 6 D. de publ. (39, 4): ... *competit iudicium sine noxae deditioe*;

andere von nicht geringerer Beweiskraft bei Neratius l. 11 pr. D. dol. m. exc. (44, 4): ... *si post litem contestatam dolo quid fecerit (procurator), an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit*<sup>1</sup> *dubitari potest* ... ,

<sup>1</sup> Dazu L. Rubria c. 19: ... *in id decretum interdictum sponsonem iudicium exceptionem addito addiue iubeto*: ... , Gai. IV. 125: ... *in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia*.

Julian l. 84 § 5 D. de leg. I: ... *actione ex uendito absolui debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem* ... ,

Gaius l. 139 pr. D. de R. J. (50, 17): *Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio saluae permanent,*

Gaius IV. 37: ... *facta ciuitate Romana iudicium datur,*

Gaius IV. 169: ... *in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium* ... ,

Papinian l. 42 D. de pign. a. (13, 7): *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur*<sup>1</sup>, *ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur* ... ,

Ulpian l. 4 § 3 D. ne uis fiat (43, 4): *Sed et ex alia causa, hoc iudicium proposuit (praetor)* ... ,

Paulus l. 76 § 1 D. de uerb. obl. (45, 1): *Cum stipulamur 'quidquid te dare facere oportet', id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non ut in iudiciis etiam futurum* ... .

Wer im Gegensatz zu der hier betonten Auffassung von *iudicium* an der üblichen Übersetzung dieses Wortes durch „Klage“ festhalten wollte, der erliegt meines Erachtens dem Einfluss, den die Praktiker infolge der Jahrhunderte währenden Benutzung der Pandekten als Gesetzbuch Justinians und als Quelle des heutigen Rechtes auf das Verständnis der klassischen Schriften erlangt und trotz der Auffindung des echten Gaius noch lange nicht verloren haben. Allerdings war auch den Juristen aus der Zeit des Römischen Principats der sogen. materielle Begriff der Klage (= Klagerecht) nicht unbekannt, und selbst der Ausdruck *iudi-*

<sup>1</sup> Vgl. Gai. II. 253: ... *actiones ... eaeque in edicto proponuntur* III. 222: ... *in hunc casum formula proponitur*, IV. 46: ... *innumerae ... formulae in albo proponuntur*, IV. 136; auch Ulp. l. 1 pr. D. si p. her. (5, 4), l. 52 pr. D. de V. O. (45, 1).

*cium* ist zuweilen — wenngleich viel seltener als die civilrechtliche *actio* — in diesem Sinne gebraucht worden. Dagegen ist es eine nur unseren praktischen Juristen gestattete Modernisierung der Pandekten, wenn der „formelle“ Klagebegriff von dem materiellen streng geschieden und gerade der letztere als der in den Vorstellungen der Klassiker vorwiegende hingestellt wird.

Ausgegangen sind die Römer ohne Zweifel von den sinnlich wahrnehmbaren *actiones* und *iudicia*, d. h. von den Spruch- und Schriftformeln<sup>1</sup>, und es wäre erst zu beweisen, daß sie unter der Herrschaft des Prozesses der *concepta uerba* jemals von der „Klage“ gesprochen hätten, ohne an den Körper zu denken, in dem sie zur Erscheinung kam<sup>2</sup>. Die bekannte Definition des Celsus wenigstens ist gewiß kein Beleg dafür; denn diese lautet so:

„Die *actio* (nämlich *actio ciuilis in personam*) ist nichts Anderes als das Recht (*ius*), das Geschuldete mit einer Schriftformel (*iudicio*) zu verfolgen.“

Um übrigens einem Ausweichen bei der Übersetzung von *iudicium* auch in der letztgedachten Richtung vorzubeugen, sind oben absichtlich aus einer großen Zahl von Beweisstellen nur solche ausgewählt, wo der „formelle“ Sinn ganz unverkennbar hervortritt.

Endlich sei noch bemerkt, daß der in Frage stehende Ausdruck zur Vertretung des Begriffes „Prozefs“, „Verfahren vor dem Prätor und dem Judex“<sup>3</sup> wohl erst gelangt ist, nachdem er sich

<sup>1</sup> Daß *iudicium* (ursprünglich = Gericht) die Bedeutung „Klagerecht“ nur gewinnen konnte, wenn sich vorher die andere: „Klageform“ entwickelt hatte, dürfte einleuchten.

<sup>2</sup> Wie die Ansprüche, welche in die Formel aufgenommen sind, in der Anschauung der Römer zurücktraten und durch die Urkunde ersetzt wurden, das zeigt z. B. Gai. III. 224: . . . *hac ipsa quantitate taxamus formulam*. Nicht anders sprechen wir heutzutage vom „Papier“, statt die Forderung zu nennen, die in demselben verbrieft ist.

<sup>3</sup> Diese Bedeutung von *iudicium* ist festgestellt in den R. Prozeßgesetzen I S. 29, 30. Die Anerkennung derselben ist von entscheidender Wichtigkeit;

eingebürgert hatte in der Bedeutung „Schriftformel“. Der Hergang ist leicht zu erraten: Wie der alte Prozeß (*modus agendi*) nach dem solennen Parteispruch *legis actio* hieß, so erhielt auch der neuere seinen Namen von dem augenfälligsten Merkmal, das ihn zugleich von dem älteren Verfahren unterschied, von der Schriftformel also, und hieß daher *iudicium*; der gesetzliche, durch die Lex Aebutia und Julia geregelte, *iudicium legitimum*, der prätorische *iudicium imperio continens*.

### III.

Durch den vorstehenden terminologischen Exkurs sind wir in den Stand gesetzt, die Frage nach der Form der Litiskontestation von einem Punkte aus in Angriff zu nehmen, der meines Wissens noch nicht ausgenützt ist. Zu zeigen war, daß *iudicium* in der Bedeutung „Schriftformel“ wie bei Cicero und in der Lex Rubria, so auch in den Schriften der klassischen Juristen, bei Gaius, Ulpian, Paulus und anderen nicht selten begegnet. Nun finden wir in den Quellen mehrere häufig vorkommende Wendungen, die das Wort *iudicium* enthalten und die unzweifelhaft der Lehre von der Litiskontestation angehören. Allgemein anerkannt ist dies in be-

---

m. E. hängt davon die Einsicht in die Geschichte des Röm. Prozesses ab. Wer darauf verzichtet, Spruch- und Schriftformel [*actio* und *iudicium*] einerseits, Prozeß mit Spruch- und Schriftformel [ebenfalls: *actio* (auch *modus agendi*) und *iudicium*] andererseits, m. a. W. Aktionen- und Prozeßrecht scharf zu unterscheiden (vgl. z. B. Gai. IV. 109; dazu „Prozeßgesetze“ I § 2 u. 8), der darf nicht, wie Gradenwitz a. a. O. Bd. XXII S. 185, „den beiden Gedanken“ im I. Kapitel meiner Schrift „rückhaltlos zustimmen“. G. S. 188, 189 leugnet, „daß *iudicium* auch das Verfahren in Jure bedeute“; er hält also anscheinend einiges von dem im V. Abschnitt der „Interpolationen“ (S. 104) Gesagten auch jetzt noch aufrecht. Das ist gewiß sehr bedauerlich. Im entgegengesetzten Fall wäre vermutlich dem Gaius und Ulpian das gewaltsame Mißverständnis in d. Ztschr. Bd. XXII S. 189 erspart geblieben. (Gaius wird zum „Rückschauen“ genötigt, und unsere Voruntersuchung „in schwurgerichtlichen Sachen“ muß als Argument herhalten).

treff des *rem in iudicium deducere* und des *iudicium accipere*. Nicht anders aber steht es auch mit dem *iudicium dictare* und *iudicium edere*.

Wenig unmittelbaren Gewinn für unsere Zwecke verspricht die ersterwähnte Redensart. Dennoch wird es sich empfehlen, sie vor den übrigen ins Auge zu fassen. *Rem* (z. B. *dominium, obligationem*), *litem*, auch *actionem*<sup>1</sup> *in iudicium deducere* bezeichnet zunächst eine gewisse Thätigkeit des Klägers, welche die Konsumtion der Actio zur Folge hat.<sup>2</sup> Weiter ist dann die Konsumtionswirkung selbst in den „Begriff des *deducere in iudicium* aufgenommen“<sup>3</sup> worden, so daß beispielsweise Gaius IV. 58 sagen kann:

*si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur,*

und Ulpian in l. 22 D. de admin. (26, 7):

*tutor rem (pupilli) in iudicium deducit.*

In welchem Verhältnis unser *deducere* zur Litiscontestatio steht, das ergibt sich besonders aus Gai. IV. 123, 131, 131\* (dazu II. 220, III. 181, IV. 106, 107, 121) und Tryphonin l. 37 D. de nox. a. (9, 4). Darnach ist hier und dort derselbe Vorgang gemeint, der aber verschiedene Seiten der Betrachtung darbietet und dementsprechend auch mit verschiedenen Namen belegt wird.

Wir haben es also mit einer eigentümlichen Bezeichnung des *litem contestari* zu thun und fragen nun schließlic, was das heißt:

<sup>1</sup> Vgl. Ulpian l. 2 § 8 D. de her. uend. (18, 4).

<sup>2</sup> Windscheid, Actio S. 46—65, Abwehr gegen Muther S. 42—48 leugnet bekanntlich die Konsumtion der Actio, während im Pandektenlehrbuch Bd. I § 124 N. 1 (S. 401 — 6. A.) der Widerspruch gegen die herrschende Lehre etwas ermäßigt ist (vgl. aber auch Bd. II § 356 N. 1). Im Sinne Justinians liegt es sicherlich, die Aussprüche der Juristen so umzudeuten, wie es Windscheid versucht; dem klassischen Rechte aber kann m. E. der Konsumtionsgedanke nicht abgesprochen werden.

<sup>3</sup> Keller, L. K. S. 108.

*rem in iudicium deducere*? Nach Keller<sup>1</sup>: „eine Sache vor den Judex bringen“. Dagegen ist aber treffend bemerkt worden<sup>2</sup>, daß hienach die Litiskontestation der Anfang der Verhandlung vor dem Judex wäre. Wenn dann Keller, um seine Auffassung zu verteidigen, noch hinzufügte, die Sache (*res*) werde „recht eigentlich durch die Litiskontestation“ vor den Geschworenen gebracht, so steht diese Behauptung eben mit der Wahrheit im Widerspruch. Wäre für *iudicium* wirklich keine andere Deutung zu finden als die bisher übliche, so müßte die Phrase geradezu für fehlerhaft erklärt werden. Die Römer hätten von einer *res deducta* gesprochen, wo nur eine *res in iudicium deducenda* vorlag.

Indes fehlt in der That jeder Grund zu dieser höchst bedenklichen Annahme. Die hervorgehobene Schwierigkeit ist nämlich sofort aus dem Wege geräumt, wenn man den Kläger sein Recht nicht deduzieren läßt „vor den Judex“, sondern vielmehr in die Schriftformel. Die Möglichkeit dieser Auffassung dürfte nach dem obigen nicht mehr bestritten werden. Um aber jeden Zweifel zu beseitigen und vorweg dem Versuche zu begegnen, unter *iudicium* hier das ganze Gerichtsverfahren zu verstehen, — wodurch unsere Redensart alle Schärfe verlöre — ist noch auf eine Äußerung Ulpian's hinzuweisen und weiter auf den augenfälligen Parallelismus von *rem in stipulationem, stipulatum, obligationem*<sup>3</sup>, auch *cautionem*<sup>4</sup> *deducere* einerseits und *rem in iudicium*<sup>5</sup> *deducere* andererseits<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> L. K. S. 107, 108; vgl. auch Wächter, Erörterungen III S. 3.

<sup>2</sup> Von Bethmann-Hollweg in d. Tüb. Ztschr. Bd. V S. 72, dazu Civilprozefs Bd. II S. 487; s. auch Paul. I. 23 D. de iud. (5, 1).

<sup>3</sup> Stellen bei Brissonius, De V. S. s. v. *deducere*.

<sup>4</sup> Vgl. Scaeuola l. 95 § 2 D. ad l. Falc. (35, 2), Paul. (?) l. 25 § 4 D. de prob. (22, 3), Gord. l. 2 C. de com. r. al. (4, 52).

<sup>5</sup> Nicht hieher gehört Papinian l. 31 (M. 30) § 2 D. de n. g. (3, 5): *Litem in iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro agit, causas absentiae eius allegans iudici: . . .*

<sup>6</sup> Vgl. auch Salpius, Novation u. Delegation S. 134, 135; Brinz, Pandekten Bd. II S. 386 (2. A.).



An die Stelle der letzteren, weitaus gebräuchlicheren Wendung setzt der genannte Jurist eine andere, die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrigläßt. Die *exceptio* — sagt er (l. 2 pr. D. de exc. 44, 1) — diene *ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemue<sup>1</sup> deductum est*.

Die Stipulation und das „Judicium“ sind in den Quellen häufig aneinander gereiht; wir werden später sehen, aus welchem Grunde. Das Deduzieren insbesondere in die Rechtsform des Verbal- und des Prozefsvertrags ist zusammengestellt bei Paulus in der oben S. 18 angeführten l. 76 § 1 D. de V. O. (45, 1):

*... id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non ut in iudiciis etiam futurum<sup>2</sup>,*  
und bei Modestin in l. 103 D. eod.:

*Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium.*

Es ist klar, wie nahe es lag, Stipulation und Litiskontestation zu vergleichen, wenn auch die letztere eine formelle Handlung war, die ein bestehendes Verhältnis neu ordnete, während das *contrahere uerbis* gar keine Ähnlichkeit hätte mit dem *deducere in iudicium*, wenn dieses mit Keller aufzufassen wäre als „die Vollziehung des ganzen Verfahrens in Jure“, wodurch „die Sache vor den Judex gebracht“ wird.

#### IV.

Dürfen wir dem Gesagten nach annehmen, daß es nach Römischer Anschauung die Formel ist, welche den klägerischen

<sup>1</sup> Anders sind die Worte: *in condemnationem iudicii (?) deducta* aufzufassen in einer Konstitution Alexanders (Cod. Greg. I. 10, 2 = Cons. IX. 16).

<sup>2</sup> Dazu Javolen l. 85 D. de iud. (5, 1); Paulus l. 22 D. de adm. (26, 7), l. 29 D. de nou. (46, 2); Ulp. l. 2 § 8 D. de her. uend. (18, 4).

Anspruch aufnimmt (*deducitur*), so läßt sich doch aus der eben besprochenen Phrase nicht ersehen, wie das eigentlich geschah. Weit näher kommen wir der Lösung unserer Frage durch eine Betrachtung der Worte *iudicium accipere*, welche die Klassiker — was längst erkannt ist<sup>1</sup> — sehr häufig zur Bezeichnung der Litiscontestation verwenden. Die Belege dafür sind so zahlreich und unzweifelhaft, daß es genügen wird, zwei Fragmente aus Ulpian's Schriften und eines aus Paulus herzusetzen<sup>2</sup>.

Ulp. l. 25 D. de R. V. (6, 1):

*... quae sententia uera est. sed hoc post litem contestatam: ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere ...*

Ulp. l. 31 § 13 D. de aed. ed. (21, 1):

*Sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit: ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis ueniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio uidetur, ea, quaecumque post litis contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant.*

Paul. l. 40 pr. D. de h. p. (5, 3):

*Illud quoque quod in oratione diui Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim si post litem contestatam mancipia ... deperierint? ...*

Darnach fällt also der Zeitpunkt des *litem contestari* zusammen mit dem des *iudicium accipere*, und beide Ausdrücke sind geeignet, zur Benennung des ganzen Aktes der Streitbefestigung zu dienen. Soll aber bloß die Thätigkeit der einen Partei betont werden, dann kann es in genauer Rede nur vom Kläger

<sup>1</sup> Vgl. Keller L. K. S. 54; Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. II S. 481.

<sup>2</sup> Dazu etwa L. Rubria I v. 48; Paul. l. 28 § 2 D. de iud. (5, 1); Ulp. l. 57 D. eod., l. 7 § 4—6 D. ad exhib. (10, 4), l. 25 § 8 D. de aed. ed. (21, 1).

heissen: *litem contestatur* und nur vom Beklagten: *iudicium accipit*. Der Handlung des einen Litiganten entspricht eben eine von dieser verschiedene Handlung des anderen. Keine von beiden genügt allein zur Befestigung des Streites; erst durch das Zusammenwirken der Parteien wird dieses Ziel erreicht.

Für die eben dargelegte Anschauung zeugt vor allem das regelmässig gesetzte *litem contestari cum aliquo* (h. e. cum reo)<sup>1</sup>, dem wir beispielsweise begegnen bei Cicero pro Rosc. com. c. 12 § 35; Gallus Aelius im Festus-Lexikon s. v. *reus*; Pomponius l. 10 § 2 D. si quis caut. (2, 11), l. 7 § 5 D. ad exh. (10, 4); Gaius l. 8 D. de comp. (16, 2)<sup>2</sup>; Gellius V. 10, 7; Marcellus l. 11 D. de iud. (5, 1); Papinian l. 55 § 5 D. ad. S. C. Treb. (36, 1); Ulpian l. 9 § 3 D. de iurei. (12, 2), l. 3 § 10 D. iud. sol. (46, 7), l. 1 § 3 D. si fam. furt. (47, 6); Paulus l. 33 D. de O. et A. (44, 7).

Diese Redensart wäre doch schwerlich entstanden, wenn die Litiskontestation den Römern als einseitige Handlung des Klägers erschien<sup>3</sup>, der Beklagte also nur Statistendienste leistete und durch seinen Widerspruch den Akt nicht vereiteln konnte. Jedenfalls fällt aber die angedeutete Auffassung sofort zu Boden, wenn man bedenkt, daß der Prätor den Beklagten mit gewissen Nachteilen bedroht, um das Zustandekommen der Litiskontestation zu sichern<sup>4</sup>. Zudem konnte die Streitbefestigung passend einen zweiten Namen nach dem Verhalten des Beklagten nur empfangen, wenn dieser keine bloß passive Rolle spielte, sondern zum Mithandeln berufen war; wie denn auch der Name selbst: *iudicium*

<sup>1</sup> *Litem contestari in (adversus) aliquem* sagen die Juristen sehr selten (Paul. l. 14 D. de his qui not. 3, 2), häufiger die Kaiser (Gordian l. 4 § 1 C. de in lit. 5, 53 u. l. 16 C. de fide iuss. 8, 41 Kr. 8, 40).

<sup>2</sup> In diesem Fragment heisst es: . . . *quo nomine cum actore lis contestata est* . . .; allein der hier *actor* Genannte ist der Beklagte im Vorprozess, und in dieser letzteren Eigenschaft ist „mit ihm Lis kontestiert“. Vgl. Eisele, Kompensation S. 332.

<sup>3</sup> Vgl. auch Keller L. K. S. 68, 471.

<sup>4</sup> *Reus cogitur iudicium accipere*; Belege bei Keller L. K. S. 55 N. 32.

*accipere* unzweideutig auf eine Thätigkeit hinweist. Wenn dann vom Reus in den Quellen zuweilen gesagt ist: *iudicium patitur*<sup>1</sup> oder *actionem*<sup>2</sup> *patitur*, so darf diese unbestimmter lautende Phrase gewifs nicht zur Erklärung der deutlicheren benutzt werden; vielmehr ist umgekehrt aus dem *iudicium accipere* zu schliessen, dafs die Worte: *iudicium pati* die Willensbethätigung der angegriffenen Partei nicht leugnen wollen<sup>3</sup> und weiter auch, dafs das *pati* nicht blofs darin bestand, anwesend zu sein.

Gegen den aus Paulus l. 54 pr. D. de proc. (3, 3)<sup>4</sup> herzeleitenden Satz, demzufolge der Regel nach jedermann *inuitus iudicium pati potest*, werde ich wohl das Gesagte nicht besonders verteidigen müssen. Es genügt, an die Worte des Gaius IV. 187 zu erinnern<sup>5</sup>:

*Quas personas sine permissu praetoris impune in ius uocare non possumus, easdem nec uadimonio inuitas obligare possumus, praeterquam si praetor aditus permittat.*

Wie kein Vadimonium denkbar ist ohne die Zustimmung des Beklagten, mag diese auch unfrei sein, so auch keine Lis contestata. Die widerspenstige Partei kann zwar vom Prätor zum *iudicium accipere* „wirksam getrieben, niemals aber gezwungen werden“<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. Cicero p. Quinct. c. 20 § 63, c. 28 § 87, in Verr. II c. 24 § 60, III. c. 28 § 68 (C. F. W. Müller, der jüngste Herausgeber des Cicero, streicht in der erstangeführten Stelle *iudicium*, in den übrigen schreibt er: *iudicio*. Das ist zweifellos falsch; überall muß *iudicium* stehen); Gai. l. 3 § 5 D. de alien. (4, 7); Paul. l. 54 pr. D. de proc. (3, 3).

<sup>2</sup> So Maecian l. 18 § 4, 5 D. de c. pec. (49, 17); Paul. l. 4 D. de r. auct. (42, 5); Anth. l. 80 D. de R. V. (6, 1).

<sup>3</sup> Vgl. übrigens Paul. l. 2 D. de seruo corr. (11, 3): ... *quiae ut stuprum pateretur persuadet*, Paul. II. 26, 13: *Qui uoluntate sua stuprum ... patitur*; Ulp. l. 1 § 7 D. de dol. (4, 3).

<sup>4</sup> Dazu Pomp. l. 33 D. de nox. a. (9, 4); Ulp. l. 156 pr. D. R. J. (50, 17).

<sup>5</sup> Vgl. auch Paul. l. 33 § 1 D. de V. O. (45, 1).

<sup>6</sup> Aus Demelius *Konfessio* S. 117; vgl. besonders Bekker, *Aktionen* Bd. II S. 176.

Somit steht allem Anschein nach die von den Juristen mit den Worten: *iudicium* oder *actionem accipere, excipere, suscipere*<sup>1</sup> bezeichnete Handlung des Beklagten zu dem *litem contestari* des Klägers in ähnlichem Verhältnis, wie etwa das *promittere* zum *stipulari*. Bei Keller<sup>2</sup> ist dieser Vergleich ausdrücklich aufgestellt, und die meisten, darunter Zimmern und Bethmann-Hollweg, haben sich offenbar die in der führenden Monographie vertretene Ansicht angeeignet.

Dennoch ist wohl gegenwärtig das hier dargelegte Verhältnis der fraglichen Begriffe zu einander nicht mehr allgemein anerkannt. Keller selbst hat, wie wir wissen, seine Hauptlehre von der Litiskontestation nicht überall streng festgehalten; und so entschlüpft ihm auch einmal<sup>3</sup> die Äußerung, das *iudicium dare* oder *reddere* sei ebenfalls ein „Korrelativbegriff“ vom *iudicium accipere*. Diese Anschauung sollten, glaube ich, alle jene Schriftsteller teilen, welche mit den Quellen unsere Phrase regelmäfsig auf den Beklagten beziehen, den Akt der Litiskontestation aber in der Formelerteilung von seiten des Prätors erblicken. Es fragt sich nur, ob es von diesem Standpunkt aus gelingen kann, den zahlreichen Äußerungen der alten Juristen über die Thätigkeit des Magistrats im Prozefs und über die Streitbefestigung gerecht zu werden. Nach meinem Dafürhalten mufs jeder Versuch in dieser Richtung fehlschlagen.

Die Formelerteilung — behauptet man — ist die Litiskontestation des klassischen Rechtes. Nun wird aber ein *dare iudicium* im strengen Sinn, in der Bedeutung „geben“, „verleihen“, dem Prätor nur bei Klagen zugeschrieben, die *ex propria ipsius*

<sup>1</sup> Belege bei Keller L. K. S. 67 N. 3—8.

<sup>2</sup> L. K. S. 66, Civilprozefs § 47 N. 539; vgl. Zimmern R. G. Bd. III S. 360; Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 478, 479, 481.

<sup>3</sup> L. K. S. 54; s. auch Puchta Inst. Bd. I § 172 (S. 523-8. A.); Windscheid, Aktio S. 64; Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 482 N. 16: „dem *dare actionem* s. *formulam* entsprach das *formulam accipere*: Gai. IV. 57.“

*iurisdictione pendent.* Allerdings kommt dieselbe Wendung zuweilen auch vor, wo es sich um Civilaktionen handelt, hier aber nur im Sinne des Zulassens (Nichtdenegierens) eines der Partei nach dem Gesetz ohnedies zustehenden Rechtsmittels. Indes soll hier wenigstens auf den angedeuteten Unterschied kein Gewicht gelegt und ein „Geben“ bei allen Aktionen zugestanden werden.

Weiter aber ist zu fragen: wer der Empfänger sei? Wenn wir uns an die Stellen halten, die vom *dare iudicium* sprechen, so muß die Antwort gewiß lauten: der Kläger. Will sich jemand davon überzeugen, so braucht er nur einen Blick zu thun in die Sammlung der erhaltenen Edikte bei Bruns-Lenel<sup>1</sup>. Zwar ist der Kläger als derjenige, dem gegeben wird, ausdrücklich nur selten genannt<sup>2</sup>, und nicht wenige Edikte gedenken der Parteien überhaupt nicht; sehr häufig aber heisst es *in eum . . . iudicium dabo*: womit der künftige Beklagte gemeint ist. Mithin kann nicht dieser als Empfänger der Formel gedacht sein, sondern nur der künftige Kläger, den der Prätor selbst einmal mit den Worten bezeichnet: *qui actionem dari sibi postulabit* (l. 33 § 3 D. de proc. 3, 3).

Ziehen wir andererseits die Fragmente in Betracht, — ihre Zahl ist sehr groß — wo *iudicium accipere* steht, so ist diese Redensart fast überall auf den Beklagten bezogen, nur ausnahmsweise auf beide Parteien zusammen und sicherlich nur abusiv.

So sagt Julian in l. 39 § 3 D. de nox. a. (9, 4): . . . *si post iudicium acceptum cum domino servus apparuerit*, augenscheinlich statt *post litem contestatam cum domino*, ebenso in l. 7 D. iud. sol. (46, 7): . . . *cum ea persona acceptum esse iudicium*<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Fontes p. 188–206 (ed. V.).

<sup>2</sup> S. Dig. 3, 3, 33, 3 — 47, 12, 3, pr. — 25, 4, 1, 10 in f. — 47, 10, 17, 10 — 42, 8, 1, pr.

<sup>3</sup> Dagegen ist in den diesen Worten folgenden Sätzen wieder der gewöhnliche Sprachgebrauch beobachtet. Das ganze — interpolierte (s. Rudorff, Edictum § 28 N. 1, 2; Lenel, Palingenesia p. 233, 461) — Fragment aus Gai. ad edict. lautet: *Si ante acceptum iudicium prohibitus fuerit procura-*

ferner Pomponius in l. 21 § 2 D. de aed. ed. (21, 1): . . . *si eius serui nomine qui redhibetur emptor procuratorue eius iudicium accepit, uel quod cum eo ageretur uel quod ipse eius nomine ageret*<sup>1</sup>.

Wer sich erinnert, dafs der ganze Akt der Streitbe-  
festigung bald nach dem *litem contestari* bald nach dem *iudicium accipere* benannt wurde<sup>2</sup>, der wird die Abweichung von der korrekten Ausdrucksweise nicht befremdlich finden und trotz derselben festhalten an der Überzeugung, dafs nur der Beklagte *iudicium accipit*.

Wie aber reimt sich darnach das *dare* des Prätors, das zunächst dem Kläger gegenüber geschieht, mit dem Empfangen seitens der Gegenpartei? Offenbar gar nicht: jenes *dare* hat mit diesem *accipere* nichts zu schaffen. Der Geber, von dem der Beklagte nimmt, mufs notwendig eine andere Person sein als der Magistrat.

*tor [cognitor] a domino et actor ignorans prohibitum eum esse egerit, an stipulatio committatur? et nihil aliud dici potest quam committi. quod si quis sciens prohibitum esse egerit, Iulianus non putat stipulationem committi: nam ut committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse iudicium, quae stipulationi comprehensa est, sed oportere etiam causam personae eandem esse, quae stipulationis interponendae tempore fuit. et ideo si is, qui procurator [cognitor] datus est, heres exstiterit domino atque ita acceperit iudicium siue etiam prohibitus acceperit, non committitur stipulatio: nam et alias responsum esse, si quis absentem defendens satisdederit, deinde, uel procurator [cognitor] ab eo datus uel postquam heres ei exstitit, iudicium acceperit, fideiussores [sponsores] non teneri. S. unten S. 41 zur N. 3.*

<sup>1</sup> S. auch Ulp. l. 1 § 1 in f. D. de litig. (44, 6); Keller L. K. S. 67 N. 3; Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 479 N. 4.

<sup>2</sup> S. oben S. 24. 25. Man vergl. noch Ulp. l. 1 § 1 D. cit. (44, 6): *Si inter Primum et Secundum sit lis contestata* mit Celsus l. 42 pr. D. de R. C. (12, 1): . . . *iudicium inter me et Seium acceptum est*; dazu L. Rubr. I v. 48. Die Phrase *iudicium accipere inter reos* erscheint besonders passend bei doppelseitigen Klagen: Gai. II. 219, IV. 42; Scaevola l. 3. D. pro dote (41, 9); Paul. l. 4 § 6 D. fin. reg. (10, 1); s. auch L. Rubr. II v. 54—57, Paul. I. 18, 3—5.

Zu demselben Ergebnis gelangen wir in gleich sicherer Weise noch auf anderem Wege. Wäre wirklich die prätorische Formelerteilung die Litiskontestation, so müßte doch auch vom Magistrat zuweilen gesagt sein: *litem contestatur*. In der That wissen die Quellen nichts davon und — soviel ich sehe — ist diese Behauptung auch von niemandem aufgestellt. Vielleicht aber könnte man einwenden: die magistratische Formelerteilung für sich sei allerdings nicht genügend; es müsse noch die Annahme des Klägers hinzukommen, und aus diesem Grunde werde das *litem contestari* dem Kläger zugeschrieben.

Dabei bliebe jedoch völlig unerklärt, weshalb nur die eine Partei die Lis kontestiere, weshalb nicht auch der Beklagte, da die Formelerteilung ein Akt des Prätors ist, der sich in gewissem Sinne an beide Parteien wendet. War doch die Formel, die zur Absolution wie zur Kondemnation ermächtigt, vor dem Geschworenen ebenso die Grundlage für die Verteidigung des Beklagten wie für den Angriff des Klägers.

Und ferner: wenn beide Parteien nicht miteinander, sondern nebeneinander mit dem Prätor die Lis kontestieren, was soll dann das besondere *iudicium accipere* des Beklagten bedeuten, und wie sollen wir das *litem contestari cum reo* verstehen?

So sehen wir uns von allen Seiten wieder dazu gedrängt, das *litem contestari* und das *iudicium accipere*, die beide Parteihandlungen bezeichnen, als Korrelativbegriffe anzuerkennen und nur diese beiden, während das *iudicium dare* auf ein anderes Blatt gehört. Als wichtigster Beleg für die angenommene Korrelation muß die feststehende Thatsache gelten, daß derselbe prozessualische Akt als Ganzes, je nach dem Standpunkt des Beobachters, ebensogut mit dem Namen der klägerischen Handlung wie der Handlung des Beklagten belegt werden konnte<sup>1</sup>. Ein zweites

---

<sup>1</sup> Vgl. die Stellen oben in N. 2 S. 24. Die Zusammengehörigkeit des *litem contestari* und *iudicium accipere* tritt besonders deutlich hervor bei Ulp.



entscheidendes Argument wird sich später ergeben aus der Bedeutung der Phrase *iudicium edere*. Hier möchte ich nur aufmerksam machen auf einige Stellen, die unwiderleglich zeigen, daß das magistratische *iudicium dare* weder die ganze Litis-kontestation ist, noch derselben als Bestandteil angehört.

In sehr belehrender Weise giebt Cícero Aufschluß über das Verhältnis der beiden prozessualischen Akte im dritten Buch der Verrinen c. 22 § 55:

*Verres in Xenonem iudicium dabat illud suum damnatorium de iugerum professione. Xeno ad se pertinere negabat, fundum elocatum esse dicebat. Dabat iste iudicium: 'Si pareret iugera eius fundi plura esse, quam colonus esset professus', tum uti Xeno damnaretur. Dicebat ille non modo se non arasse, id quod sat erat, sed nec dominum esse eius fundi nec locatorem, uxoris esse; eam ipsam suum negotium gerere, ipsam locauisse. Defendebat Xenonem homo summo splendore et summa auctoritate praeditus, M. Cossutius. Iste nihilo minus iudicium HS 1000 dabat. Ille tametsi recuperatores de cohorte latronum sibi parari uidebat, tamen iudicium se accepturum esse dicebat.*

Ferner Paul. l. 28 § 4 D. de iud. (5, 1):

*Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita aduersus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in prouinciam transferatur.*

---

l. 7 § 4, 5 D. ad exhib. (10, 4): *Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat. Si quis, cum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolui eum oportet: quamuis sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari, und Paul. l. 28 § 2 D. de iud. (5, 1): Ex quibus autem causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.*

Macer l. 16 D. de off. praes. (1, 18):

*. . . si quid tamen inuito accidit, ueluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur resque ablata exhibeatur et deponatur aut sisti exhiberiue satisdato promittatur.*

Nach dieser Darstellung des Cicero und der Juristen ist das *dare iudicium*<sup>1</sup>, die Gewährung bez. Genehmigung der Klagformel, zwar eine notwendige Voraussetzung der nachfolgenden Litiskontestation, keineswegs aber die Streitbefestigung selbst. Diese konnte vielmehr, wie die Äußerungen des Xeno zeigen, trotz dem *dare* des Prätors unterbleiben. Mithin entspricht dem „Geben“ des Magistrats nicht ein Nehmen des Beklagten<sup>2</sup>, sondern eine Erklärung desselben, die so oder anders lauten mag. Entweder erklärt der Beklagte, daß er die Mitwirkung zur Litiskontestation verweigere (Xeno mit der Begründung: *ad se non pertinere*), worauf der Prätor regelmäsig Zwangsmafsregeln ergreifen wird (*cogere iudicium accipere*); oder, daß er zur Streitbefestigung schreiten werde (*iudicium se accepturum*).

Hat somit der Magistrat zwar vor, nicht auch bei der Litiskontestation zu handeln, so ist es vollkommen gerechtfertigt, wenn die Quellen alle Wendungen, welche unseren Prozefsakt betreffen, blofs von den Parteien gebrauchen. Nicht der Prätor einerseits, die Parteien andererseits, sondern nur der Kläger und der Beklagte untereinander befestigen den Streit durch zusammenstimmendes Handeln. Als Beleg dafür ist schon früher das *litem contestari cum reo* angeführt; wer aber noch deutlichere Zeugnisse wünscht, der sei auf die L. Rubr. I v. 48 verwiesen: *quos in ter id iudicium accipietur*<sup>3</sup> *leisue contestabitur*, auf Celsus

<sup>1</sup> Macer setzt dafür das allgemeinere *ius dicere*; vgl. z. B. L. Rubr. I v. 16, 17, 41, II v. 28, 56; Ulp. l. 3, l. 7 pr. D. de iurisd. (2, 1).

<sup>2</sup> Keller L. K. S. 55—57 bemüht sich vergeblich, das Gegenteil zu erweisen.

<sup>3</sup> Wie dieses, so ist auch das *accipietur* im selben Kapitel I v. 43 zu verstehen.

l. 42 pr. D. de R. C. (S. 29 N. 2) und auf Ulpian l. 1 § 1 D. de litig. (44, 6)<sup>1</sup>, wo es heifst:

*Si inter Primum et Secundum sit lis contestata et ego a Tertio emero, qui nullam controuersiam patiebatur, uideamus, an exceptioni locus sit. et puto subueniendum mihi, quia is, qui mihi uendidit, nullam litem habuit et quod fieri potest, ut duo in necem eius litem inter se iungant, qui cum ipso litigare non poterant. si tamen cum procuratore tutore curatoreue alicuius iudicium acceptum<sup>2</sup> sit, consequens erit dicere, quasi cum ipso litigetur, ita eum ad exceptionem pertinere.*

Nach allem dem darf jetzt mit Zuversicht die obige Behauptung wiederholt werden, derzufolge die Streitbefestigung im Formularprozefs sich zusammensetzte aus zwei korrespondierenden Handlungen der Parteien, aus dem *litem contestari* des Klägers und aus dem *iudicium accipere* des Beklagten.

Immer aber ist die Frage noch offen gelassen, worin denn eigentlich diese Handlungen bestanden. Eine Antwort wird nach dem bisher Ausgeführten wenigstens in betreff des *iudicium accipere* unschwer zu finden sein. Wir wissen bereits, die Schriftformel spielt bei der Litiskontestatio ohne Zweifel eine gewisse Rolle, die nur noch der genaueren Bestimmung bedarf. Ergeben hat sich dies aus der Betrachtung des *rem in iudicium deducere*. Demnach aber liegt nichts näher als die Annahme derselben Übersetzung des Wortes *iudicium* in der Verbindung mit *accipere*, wie in der oben unter III besprochenen Redensart. Daher dürfen wir unbedenklich sagen: *iudicium accipere* heifst „die Formel“ „entgegennehmen“. Und von wem? Offenbar vom Kläger, da an den Prätor als Geber nicht gedacht werden darf.

Mit der Formel nimmt der Beklagte natürlich auch das Gericht an, welches darin bestellt ist; er unterwirft sich demselben, macht von dessen Entscheidung das Schicksal seiner Sache ab-

<sup>1</sup> S. auch Paul. l. 49 D. de iud. 5, 1 (vermutlich interpoliert) u. Ulp. l. 61 pr. D. eod.

<sup>2</sup> Vgl. oben das auf S. 29 zur N. 2 Gesagte.

hängig. Mit der Formel „nimmt“ endlich der Beklagte den Prozeß „auf sich“<sup>1</sup> und begründet zu seinen Lasten eine eigentümliche Obligation, die selbst wieder *iudicium* heißt<sup>2</sup>. Daß unsere Phrase alle diese Gedanken ebenfalls zum Ausdruck bringt, und daß hie und da dementsprechend übersetzt werden muß, das zu leugnen liegt mir fern. Nur ist damit die gewöhnliche Bedeutung nicht getroffen, und gerade darum, weil man diese übersah, konnte man auch die Form der Litiskontestation nicht finden.

Zum juristischen Kunstaussdruck ist vermutlich die in Frage stehende Redensart, ebenso wie das *deducere in iudicium*, erst geworden, nachdem sich der Gebrauch des Wortes *iudicium* zur Bezeichnung der Schriftformel festgesetzt hatte. Ob nicht in früherer Zeit, wenigstens im gesetzlichen Prozeß *per concepta uerba*, der solennen Handlung beider Parteien der Name „*litem contestari*“ zukam, das steht dahin. Cic. ad Att. VI e. 15 § 2<sup>3</sup>, Gallus Aelius bei Festus s. v. *reus* und Festus-Paulus l. c. (S. 5) machen diese Annahme recht wahrscheinlich<sup>4</sup>.

In welchem Sinne übrigens bei Cicero und bei den klassischen Juristen das *iudicium accipere* der Regel nach zu verstehen sei, darüber sind wir so gut unterrichtet, daß alle Bedenken gegen die oben vorgeschlagene Auffassung schwinden müssen. Zu beachten sind vor allem einige Äußerungen in der Rede für P. Quinticius; u. z. c. 20 § 63:

*Fatetur . . libellos Alfenum deiecisse, uadimonium promississe, iudicium quin acciperet in ea ipsa uerba, quae Naevius edebat, non recusasse . . .*

<sup>1</sup> Vgl. Cic. orat. part. c. 28 § 100: *quare de constituendis actionibus, accipiendis subeundisque iudiciis . . .* Sen. Epist. 121, 1 (Haase).

<sup>2</sup> Vgl. z. B. Marcellus - Ulpian l. 11 D. de iudic. (5, 1), Papin. l. 30 D. rer. am. (25, 2).

<sup>3</sup> Dazu Keller L. K. S. 463—479.

<sup>4</sup> S. auch Karlowa, Legisaktionen S. 67. Ob die Vermutung von Eisele, Cognitur S. 26 N. 17 über den Ausdruck *lis* etwas Wahres enthält, das kann hier nicht untersucht werden. Wichtig scheint mir das alte Frageformular bei Liv. I c. 32.

c. 20 § 64: . . . *cuius procurator non omnia iudicia acceperit*<sup>1</sup>, *quae quisque in uerba postularit, cuius procurator a praetore tribunos appellare ausus sit, eum non defendi, . . .*

dazu c. 26 § 82, 83: . . . *Praetor scilicet iussisset. Opinor, si uellet, si ualeret, si ius diceret, si nemo recusaret, qui ex ipsius decreto et satis daret et iudicium accipere uellet. Nam per deos immortales! si Alfenus procurator P. Quincti tibi tum satis daret et iudicium accipere uellet, denique omnia, quae postulares, facere uoluisset, quid ageres?*

In den aus cap. 26 mitgeteilten Sätzen unterscheidet der Redner scharf das *satis dare* (die Ableistung der *Cautio iudicatum solui*) und das *iudicium accipere*. So selbstverständlich das erscheint, so wenig ist es doch vom Standpunkte der Kellerschen Theorie zu erklären. Wäre das *iudicium accipere* keine förmliche Handlung des Beklagten, sondern nur der Anteil desselben an der ganzen Verhandlung in Jure, wie hätte dann Cicero neben der Leistung der *Cautio iudicatum solui* noch die „Übernahme des Prozesses“ als etwas Besonderes hervorheben können? Wie sollte denn die Partei die Absicht, den Rechtsstreit auf sich zu nehmen, deutlicher und ernstlicher erklären als durch das Versprechen, die infolge des Richterspruchs etwa entstehende Judikatsschuld zu tilgen? Wenn also Cicero trotzdem die beiden Dinge streng auseinander hält, so muß wohl das *iudicium accipere* ein besonderer Akt des Beklagten gewesen sein. Worin derselbe bestand, das offenbaren die dem c. 20 entlehnten Bruchstücke. Ein *iudicium* mit bestimmten Worten (*in ea ipsa uerba — in uerba*) ist natürlich weder ein „Gericht“ noch ein „Prozefs“, sondern ohne Zweifel die wohlbekannte Schriftformel. Diese also wird vom Beklagten angenommen (*accipit*); nicht etwa aus der Hand des Prätors, sondern — wie der Redner ausdrücklich sagt — aus der des Klägers Naeuius.

<sup>1</sup> So C. F. W. Müller; vgl. adnot. crit. p. VII.

Neben Cicero sind für unseren Zweck besonders die nicht justinianisierten Juristenwerke von Wichtigkeit; in geringerem Maße die Digesten, weil die Byzantiner die Aufgabe hatten, alles zu streichen, was unverkennbar auf die Formel hinwies. Das sprechendste Zeugnis für die Richtigkeit unserer These enthalten jene Stellen der Gaianischen Institutionen, wo der Jurist das Wort *iudicium* durch ein anderes, unzweideutiges ersetzt und vom Beklagten sagt: *formulam accipit*.

Man vergleiche zuerst § 165 des 4. Buches mit § 170. Dort ist das Verfahren geschildert, welches Platz greift, wenn nach dem Erlaß des (restitutorischen oder exhibitorischen) Interdiktes die Sache *cum periculo ad exitum perducitur*: der Abschluß der Sponsionen und was darauf folgt. Hier ist vom *interdictum secundarium* die Rede, womit der Prätor beim *Uti possidetis* die Partei bedroht, welche im erwähnten Prozeßstadium *cetera ex interdicto non facit*; und in diesem Zusammenhang zählt dann Gaius die wichtigsten hergehörigen Parteipflichten auf, „von der *uis* bis zur Litiscontestation“<sup>1</sup>. Im § 165 heißt es:

... *actor prouocat aduersarium sponsione, <quod> contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem aduersus sponsionem aduersarii restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario, ille huic inuicem restipulationis. sed actor sponsionis f(ormulae) s(ubicit)<sup>2</sup> et aliud iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur . . .*

und im § 170:

... *ut qui cetera ex interdicto non faciat, ueluti qui uim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumue iudicia non accipiat . . .*

<sup>1</sup> S. P. Krüger, Kritische Versuche S. 102.

<sup>2</sup> So nach Huschke Studemund-Krüger, allerdings im Widerspruch mit den Zügen der Handschrift (Apogr. Stud. p. 241 v. 22).

Augenscheinlich entsprechen diese letzten Worte, das *sponsionum iudicia accipere*, genau dem *sponsionis formulam edere*. Mithin ist auch der Gegenstand, den der Beklagte bei der Litiskontestation in Empfang nimmt, eine Formel; in dem von Gaius besprochenen Fall eine Klagformel<sup>1</sup> *ex sponsione*. Zur Bestätigung mag noch der Umstand dienen, dafs schon im citierten § 165 *formula* und *iudicium* sich als Synonyma<sup>2</sup> erweisen. Läfst doch der Jurist den Kläger zuerst *sponsionis formulam* edieren und dann noch hinzufügen: *aliud iudicium de re restituenda*.

Erwähnt ist die Litiskontestationshandlung des Beklagten in den Gaiianischen Institutionen noch einigemale. Der Ausdruck wechselt; bald steht *iudicium* bald *formula*; ersteres: II. 219, IV. 87, 90, 102<sup>3</sup>; letzteres: IV. [52,] 57, 163. Der die Citatenreihe abschließende § 163 beginnt mit den Worten:

*Namque si arbitrum postulauerit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria . . .*

Die Versuchung liegt nahe, wegen der Nachbarschaft des *postulare* und des *accipere* ein „Empfangen“ aus der Hand des Prätors anzunehmen. Dennoch wäre wohl dieser Versuch, einen feststehenden Kunstausdruck umzudeuten, übereilt, was sich — wie ich glaube — schon aus der Vergleichung des § 163 mit § 57 ergibt. Dieser letztere lautet:

*At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed <reus cum> iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio.*

Oder sollen wir vielleicht auch in dieser Stelle an die „vom

<sup>1</sup> S. A. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 251; Lenel, Edikt S. 360; Exner in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXI S. 168. Anders ist m. E. *sponsionis formula* bei Cic. p. Rosc. com. c. 4 § 12 zu verstehen; vgl. meine Misc. I in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 382, 383.

<sup>2</sup> Keller L. K. S. 54 findet *iudicium accipere* und *formulam accipere* nur „auffallend verwandt“.

<sup>3</sup> Gai. IV. 104, 105, 109 sind nicht hieherzuziehen; vgl. einstweilen Röm. Prozeßgesetze I S. 29.

Prätor bewilligte Formel“ denken? Nicht mehr und nicht minder als in der obigen. Wie sich gezeigt hat, kann Lis nur kontestiert werden mit einer vom Magistrat bereits genehmigten Formel, und diese schützt auch den Beklagten. Insofern also wird beiden Parteien vom Prätor etwas bewilligt. Unmittelbar aber „erhielt“ der Beklagte (*is cum quo agitur*) die Formel nur vom Kläger, u. z. erst im Augenblick der Litiskontestation. Vorher kann vom ersteren nicht gesagt werden: *formulam accepit*. Gaius IV. 57 bezeugt das aufs deutlichste, da sich an den oben mitgeteilten Satz folgendes anschließt:

*si uero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur <actor> quod posuit; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine.*

Demnach hat unser Jurist zweifellos das „Geben“ bei der Litiskontestation im Auge, wofür übrigens schon die Erwähnung der Restitution genügenden Beweis liefert. Vor der Streitbefestigung kann die Formel bekanntlich ohne weiteres verbessert werden.

Außer bei Gaius finde ich *formulam accipere* noch in den Wiener Fragmenten der Ulpianischen Institutionen (fr. V)<sup>1</sup> und in einem Briefe des jüngeren Plinius (V. 10-Keil). Üblicher war es wohl *iudicium accipere*<sup>2</sup> zu schreiben nach dem Vorgang der prätorischen Edikte (in l. 1 pr. D. si ex nox. 2, 9 u. l. 8 § 3 D. de proc. 3, 3).

In den Pandekten sind alle Fragmente, wo *actionem accipere, excipere, suscipere*<sup>3</sup> steht, einigermassen verdächtig. Wunderbar wäre es, wenn die Kompilatoren in den excerpierten Schriften niemals *formulam accipere* gefunden hätten.

<sup>1</sup> Gai. IV. 163 war vermutlich Ulpian's Vorlage.

<sup>2</sup> In ganz anderem Sinne spricht Gell. XIV 2, 1 vom *iudicia suscipere*. In l. 52 pr. D. de iud. (5, 1) sagt Ulpian: *si suscepit actionem fideicommissi*.

<sup>3</sup> Belege bei Keller L. K. S. 67 N. 5—7; dazu etwa Gai. l. 13 § 2 D. ad S. C. Vell. (16, 1); Tryph. l. 20 D. de c. furt. (13, 1); Ulp. l. 3 § 6 D. de adm. (26, 7); Paul. l. 41 D. de iure f. (49, 14).



Statt des verpönten Ausdrucks aber setzten die Byzantiner begreiflich nicht das für ihre Zeit fast ebenso unpassende *iudicium* ein, sondern *actio*, ein Wort, das schon die späteren Klassiker nicht minder von der honorarischen wie von der civilen Klagformel gebrauchen. Wäre übrigens das Unwahrscheinliche richtig, wäre das *actionem accipere* etc. der Pandekten überall echt, so dürften wir darin nur ein neues Zeugnis erblicken für die zu erweisende Bedeutung von *iudicium accipere*. Denn offenbar konnte *actio* nicht das Wort *iudicium* vertreten<sup>1</sup>, wenn unsere Redensart vor anderem den Sinn hatte: der Beklagte nimmt das Gericht an und unterwirft sich dem Prozefs.

Wer die vorstehende Ausführung für überzeugend hält, wird sich leicht überreden lassen, auch in der Phrase *iudicio se defendere*, die in der Lex Rubria, im prätorischen Edikt<sup>2</sup> und sonst<sup>3</sup> vorkommt, der Formel die ihr gebührende Rolle einzuräumen. Auf das Richtige führt schon der Ausspruch Ulpians in l. 63 D. de iudic. (5, 1):

*Recte defendi hoc est iudicium accipere uel per se uel per alium, sed cum satisfactione . . .*

ferner die keinem Mißverständnis ausgesetzte Wendung: *sponsione* oder *exceptione* (häufiger: *per exceptionem*) *se defendere*<sup>4</sup>. Die Rubria II v. 6, 7, 13, 16, 35, 36, 42, 44 verbindet sogar *sponsio* und *iudicium*<sup>5</sup> (*se sponsione iudicioque utei oportebit non*

<sup>1</sup> Vgl. besonders Paul. l. 6 D. si usfr. (7, 6): *Qui de usu fructu iudicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absoluetur: quod si liti se obtulit et quasi possessor actionem de usu fructu accepit, damnabitur.*

<sup>2</sup> Bei Cicero p. Quinct. c. 19 § 60 (über die Grundlage, auf der die Lesart der neueren Ausgaben beruht, s. Karlowa, Beiträge z. Gesch. d. r. Civilprozesses S. 115, 116; C. F. W. Müller, Adnot. crit. p. VII), dazu c. 19 § 61 in f., c. 20 § 65, c. 21 § 66, 68 in f., c. 27 § 84 in f., c. 28 § 87.

<sup>3</sup> So bei African l. 61 (M. 62) § 9 D. de furt. (47, 2): *Statuliberum . . . heres noxali iudicio defenderat*: [sofort folgt *iudicium* in anderer Bedeutung: *pendente iudicio seruus . . .*] und Ulp. l. 3 § 5 D. quod ui (43, 24).

<sup>4</sup> S. Gai. IV. 116<sup>a</sup>; Hermog. l. 16 D. de doli e. (44, 4).

<sup>5</sup> Vgl. auch Ulp. l. 10 D. de admin. (26, 7): *. . . siue igitur solutionem siue iudicium siue stipulationem detrectat . . .*

*defendet*) und läßt somit nur Raum für eine einzige Deutung: das *iudicio se defendere*<sup>1</sup> muß ebenso verstanden werden, wie das *iudicio agere (experiri)*. Die Schriftformel ist die Waffe des Beklagten wie des Klägers. Dieser greift an, indem er die Formel giebt; jener verteidigt sich, indem er die Formel nimmt<sup>2</sup>.

Bei dieser Gelegenheit sei auch bemerkt, daß *iudicio (formula) agere* und *agere* schlechtweg, ebenso *petere*, im technischen (engeren) Sinn die Litiskontestationshandlung des Klägers bezeichnet, mithin dem *lege agere* des alten Prozesses entspricht<sup>3</sup>. Darum nennt Ulpian in l. 1 pr. D. de ed. (2, 13) denjenigen, der zur Eröffnung des Verfahrens die Klagformel ediert, (wir sagen: den Kläger) *eum qui acturus est* (nicht *actor*) und die im Edieren bestehende Thätigkeit nicht *actione* (ursprünglich vielleicht<sup>4</sup> *formula) agere*; vielmehr drückt er sich vorsichtig so aus: *qua quisque actione agere uolet*<sup>5</sup> *eam edere debet*. Der Grund ist ein-

<sup>1</sup> Bekker, Konsumtion S. 297, 298 meint, *iudicio se defendere* sei = *in iudicio s. d.* (im Gegensatz zu: *in iure*). Dem ist gewifs nicht beizustimmen. Dagegen leugne ich natürlich nicht, was Bekker, Aktionen Bd. II S. 178 hervorhebt: „Der Ausdruck *defendere* begreift beide Thätigkeiten des Beklagten, vor und nach der Litiskontestation in sich.“ — O. E. Hartmann, Röm. Kontumazialverfahren S. 38 übersetzt *iudicio* richtig: „durch ein *Judicium*“, denkt aber nicht an die Formel, sondern an den Prozeß; s. S. 39.

<sup>2</sup> Ist derjenige, gegen den geklagt werden soll, (ungenau: der Beklagte) in Jure erschienen, so kann er entweder sofort ausdrücklich die Einlassung verweigern (*negat se defendere*) oder zunächst nur die Teilnahme an der Verhandlung und erst am Schlusse des Verfahrens auch die Annahme der Formel. Dies scheint mir gesagt zu sein in l. 52 D. de R. I. (Ulp.): *Non defendere uidetur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non uult suscipere actionem*, und so ist wohl auch die „Dreiteilung“ der cap. 21, 22 der L. Rubr. zu erklären. Anders Demelius, *Konfessio* § 9.

<sup>3</sup> Dies anerkennt u. a. Keller L. K. S. 68, 69 (Belege in N. 9); Bethmann-Hollweg, *Civilpr.* Bd. II S. 481 N. 12; Sohm, *Inst.* S. 132 N. 2 (2. A.); dagegen neuestens Pernice in d. *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XVIII S. 49 Anm.

<sup>4</sup> S. Lenel *Edict.* S. 48 N. 13.

<sup>5</sup> So erklärt sich auch das Futurum bei Gai. IV. 186: *Et siquidem iudicati depensive agetur, tanti fit uadimonium . . .* Die Handschrift hat *fiat*

leuchtend: mit einer vom Prätor noch nicht genehmigten Formel kann nicht „agiert“, d. h. nicht Lis kontestiert werden. Außer Zweifel gestellt wird dieser Sprachgebrauch insbesondere durch Julian l. 5 D. de fideiuss. (46, 1) in f.:

*plane si ex altera earum egerit utramque consumet, uidelicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.*

Gai. IV. 98: . . . *de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non amplius actionem habet quam si ipse egerit.*

Gai. IV. 123: *Obseruandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit<sup>1</sup>.*

Marcian l. 47 pr. § 1 D. de sol. (46, 3):

*In pupillo cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur, quo tempore sit locupletior<sup>2</sup>, ut exceptio doli mali posita ei noceat, tempus quo agitur spectatur. Plane, ut Scaeuola aiebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intellegitur,<sup>3</sup> . . .*

*uadimonium*; Goeschen, dem Studemund folgt, verbessert *fiet*. Berücksichtigt man aber das oben Gesagte (dazu Paul. D. 2, 11, 10, 2; Ulp. D. 44, 2, 5) und § 186 in f.: *fit uadimonium*, so erscheint wohl die hier vorgeschlagene Lesart genügend gerechtfertigt; vgl. auch Huschke, *Jurisprudentia* p. 408 — ed. V.

<sup>1</sup> Vgl. Cic. de inuent. II c. 19 § 57 (auch Auct. ad Her. I c. 12 § 22): *ita ius ciuile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit*. Dieser Satz gilt ebenso für den Formular- wie für den Legisaktionenprozeß. Sehr mit Unrecht vermutet P. Jörs, *Röm. Rechtswissenschaft* I S. 181, 186, 187 eine Bestimmung der *L. Aebutia*: „Formfehler in der Legisaktion sollen nicht mehr schaden.“

<sup>2</sup> Die in der Flor. hier folgenden Worte: *tempus quo agitur inspicitur et streicht Mommsen*.

<sup>3</sup> Nebst den bei Keller L. K. S. 68 N. 9 genannten Stellen vergleiche man noch: Proc. Cels. Ulp. l. 4 § 5 D. quod c. eo (14, 5); Julian l. 22 § 8 D. rat. r. (46, 8); Gai. l. 7 D. iud. s. (oben S. 28 N. 3); Ulp. l. 18 § 3 D. pec. const. (13, 5). Endlich darf erinnert werden an das *cum populo agere*, wie es Messala definiert (bei Gell. XIII 16 § 2, 3. — Hertz) im Gegensatz zum unfeierlichen *contionem habere*; s. Mommsen, *Staatsrecht* Bd. I S. 192 N. 1 (3. A.).

und Labeo-Paulus l. 15 D. rat. r. h. (46, 8)<sup>1</sup>:

*Amplius non peti uerbum Labeo ita accipiebat, si iudicio petitum esset. si autem in ius eum uocauerit et satis iudicio sistendi causa acceperit [Paulus: uadimonium cum satisfactione factum?] iudicium tamen coeptum<sup>2</sup> non fuerit, ego puto non committi stipulationem amplius non peti: hic enim non petit, sed petere uult<sup>3</sup>.*

### V.

Was der Beklagte zu thun hatte, um den Streit zu befestigen, um die Prozeßobligation zu begründen, das ist ermittelt worden aus der Bedeutung einiger die Litiskontestation betreffenden Redensarten. Wir wissen jetzt, daß das Entgegennehmen der Formel als die hergehörige formelle Handlung der einen Prozeßpartei anzusehen sei. Auf das Verhalten der anderen klagenden Partei kann man mit einiger Wahrscheinlichkeit schließen aus dem *iudicium accipere* des Gegners. Genauere Kunde aber haben wir über diesen Punkt bisher nicht erlangt, da die Phrasen der Quellen, welche auf die klägerische Handlung hindeuten: das *rem in iudicium deducere*, das *agere, petere (iudicio)* und das *litem contestari* wenig Aufschluß gewähren. Die beiden ersteren zeigen nur, daß auch der Kläger sich irgendwie der Formel bediente; die letzterwähnte enthüllt zwar den Zweck, wenn man will: das Wesen des ganzen Prozeßaktes, läßt aber die Frage offen, was denn in Jure zum Behuf der Streitbefestigung geschah.

Es wäre nun ohne Zweifel von großem Belang, wenn sich in den klassischen Schriften auch eine Schilderung der klägerischen

<sup>1</sup> Mißverstanden ist dieses Fragment von Eisele, Cognitur S. 30.

<sup>2</sup> Vgl. Keller L. K. S. 69 zur N. 11: „Lis coepta gleichbedeutend mit Lis contestata“.

<sup>3</sup> Dazu Jul. l. 23 D. rat. r. (46, 8); Papin. l. 66 D. de proc. (3, 3); Ulp. l. 16 § 3 D. de bon. lib. (38, 2). Eine besondere Bedeutung von *petere* stellt das S. C. in l. 20 § 6<sup>d</sup> D. de h. p. (5, 3) auf.

Handlung nachweisen und damit zugleich die Gegenprobe machen ließe auf die Richtigkeit unserer Auffassung des *iudicium accipere*. In der That beschreiben die Pandekten, Cicero, Gaius und andere Schriftsteller diese Seite der Litiskontestation mit nicht geringerer Deutlichkeit als die Handlung des Beklagten. Dem *iudicium accipere* des letzteren steht nämlich in den Quellen ein *iudicium edere* des Klägers gegenüber, wofür nicht selten *iudicium dictare* vorkommt.

Des Nachweises der Bedeutung von *iudicium* in diesen Wendungen glaube ich nach dem vorigen überhoben zu sein. Es giebt wohl kaum eine andere Verbindung, in der die Vertretung des Begriffes „Schriftformel“ durch das Wort *iudicium* so unverkennbar durchschimmert, wie die beiden eben genannten. Leser, die dem auf S. 14—20 Gesagten noch nicht genügende Beweiskraft zugestehen, sind gebeten, das hier geltend gemachte Argument den obigen beizufügen. Zweiflern gegenüber mag übrigens die Bemerkung am Platze sein, daß wir statt *iudicium edere*, ebenso wie in der Verbindung mit *accipere*, außerhalb der Digesten auch die Phrase *formulam edere* antreffen, im Justinianischen Rechtsbuch aber *actionem edere* und in gleicher Weise neben *iudicium dictare* auch *actionem dictare*<sup>1</sup>. Der Verdacht Tribonianischer Interpolation kann hier wieder rege gemacht werden, ohne daß es nötig wäre, darauf Gewicht zu legen, da die Wendung *actionem edere* und *dictare*, die nur eine Übersetzung zuläßt<sup>2</sup>, ein für unsere Zwecke ebenso wertvolles Zeugnis ist, wie es die feststehende Thatsache der Interpolierung wäre.

Mehr Aufmerksamkeit als dieser nach meinem Ermessen erledigte Punkt verdient die Frage, ob im römischen Prozefs neben dem Formeledieren, mit welchem das Verfahren in Jure begann, noch ein zweites *iudicium edere* anzunehmen sei, das ein Stück

<sup>1</sup> Die Belegstellen sind weiter unten angeführt: S. 49, 50.

<sup>2</sup> Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 212 N. 5.

der Litiskontestation darstellt. Überflüssig wäre es, dieselbe Frage auch in betreff des *iudicium dictare* besonders zu behandeln. Wie sich das *dictare* zum *edere* verhält, das sagt uns in l. 1 § 1 D. de ed. (2, 13) Ulpian:

*Edere est<sup>1</sup> etiam copiam describendi facere: uel in libello complecti et dare: uel dictare.*

Das letztere ist mithin nur eine besondere Art des *edere*, und wenn dieses im Verfahren vor dem Prätor mit verschiedener Zweckbestimmung zweimal vorkam, so ist damit schon dargethan, daß auch das *iudicium dictare* in zwiefacher Rolle auftreten konnte. Aus diesem Grunde wird es genügen, das Edieren der Formel als Bestandteil der Streitbefestigung nachzuweisen.

Keller<sup>2</sup> kennt, wie es scheint, nur eine einzige Klagenedition, die der l. 1 pr. D. de ed. (2, 13), obwohl das *accipere iudicium* als „Korrelativ jener ersten Handlung des Klägers“ bezeichnet ist. Dagegen weist Bethmann-Hollweg<sup>3</sup> gelegentlich auf das Richtige hin, indem er dem *actionem dictare* gleiche Bedeutung zuschreibt wie dem *actionem* und *iudicium contestari*. Diese Wahrnehmung war übrigens nicht neu, da man einzelne Pandektenstellen, welche den fraglichen Ausdruck enthalten, so die bekannte l. 112 pr. D. de V. O. (45, 1)<sup>4</sup>, längst richtig verstanden hatte. Endlich ist neuestens von Ubbelohde<sup>5</sup>, zum Teil nach O. E. Hart-

<sup>1</sup> Eine zweite Definition des *edere* enthält l. 6 § 7 D. de ed. (Ulp.): *edi autem est uel dictare uel tradere libellum uel codicem proferre*. Dieselbe bezieht sich auf das *rationem edere* des Argentarius.

<sup>2</sup> Civilprozefs § 50 (S. 249 — 6. A.).

<sup>3</sup> Civilprozefs Bd. II S. 481 N. 12, dazu S. 215 N. 16; vgl. auch Wieding, Libellprozefs S. 602—604; Bekker, Aktionen Bd. II S. 180 N. 17.

<sup>4</sup> Vgl. Wächter, Erörterungen III S. 116 zur N. 60; Windscheid, Pandekten Bd. I § 125 zur N. 10 (dazu § 126), Bd. II § 255 zur N. 10.

<sup>5</sup> Ordo Iudiciorum I § 38 S. 461, 462, dazu S. 530 N. 44. Eine — fast vollständige — Sammlung der einschlägigen Quellenstellen in N. 62, 63. [Zustimmend neuestens (1888) Pfersche, Die Interdikte S. 95 N. 3, der jedoch

manns Notizen, ausdrücklich gewarnt worden vor der Verwechslung der „endgültigen editio formulae“ mit dem gleichnamigen Prozefsakt des Klägers, dessen Bestimmung es war, den erhobenen Anspruch dem Gegner zuerst anzuzeigen und — wie ich hinzufüge — der Verhandlung in Jure von vornherein eine feste Grundlage zu geben.

Die klassische Form der Litiskontestation konnte Ubbelohde trotzdem nicht finden, weil ihm die regelmässige Bedeutung von *iudicium accipere* verborgen blieb und weil er infolgedessen dem *formulam edere* eine falsche Richtung gab. Seiner Ansicht nach „diktierte nämlich der Kläger die Formel einem der auf dem Tribunal sitzenden Schreiber des Magistrats“ und darauf erst erteilte „der Prätor der Formel die endgültige Fassung“<sup>1</sup>.

Die Warnung vor Verwechslungen, welche Ubbelohde ausspricht, war übrigens schon am Platze zur Zeit der Kaiser Severus und Antoninus, die in einer Konstitution (l. un. C. de l. c. 3, 9 u. l. 3 C. de ed. 2, 1)<sup>2</sup> aus dem Jahre 202 p. Chr. folgendes feststellten:

*Res in iudicium deducta non uidetur, si tantum postulatio simplex celebrata<sup>3</sup> sit uel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc uidetur contestata<sup>4</sup> . . . . edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari uel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas uel ius reddentis decernit aequitas.*

irrig Gai. IV. 141 hieherzieht]. Über das *formulas edere* des Gai. l. c. vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 6 N. 5; Ubbelohde a. a. O. S. 465 N. 69.

<sup>1</sup> Vgl. dazu noch Ordo I S. 464 N. 66.

<sup>2</sup> S. P. Krüger in den Appendices zur grossen Codexausgabe p. 2.

<sup>3</sup> Die Worte *postulatio simplex celebrata* halte ich mit Lenel, Edikt S. 50 N. 3 für verdächtig.

<sup>4</sup> In l. un. C. cit. folgt ein oben nicht abgedruckter Satz, der zweifellos interpoliert ist; vgl. Keller L. K. S. 57—64.

Auf diese Konstitution fällt volles Licht, wenn man unterstellt, daß die Person, der die Kaiser antworten, Bedenken gegen die Zulässigkeit einer *emendatio post editam actionem* geäußert und durch die beigefügte Begründung ihre Unkenntnis der zweimaligen Klagenedition verraten hatte. Was von der zweiten Edition galt, war von dem Frager auf die erste übertragen worden; der gleiche Name hier und dort hatte die Verwirrung angerichtet.

Von den Stellen außerhalb des Digestentitels II. 13, in denen *iudicium, formulam, actionem edere* oder *dictare* begegnet, ist m. E. die bei weitem überwiegende Zahl auf die Litiskontestation zu beziehen. Mit Sicherheit kann dies überall angenommen werden, wo dem *edere* ein *accipere* entspricht. Wenn Keller den letzteren Begriff in Beziehung setzt zur ersten, unverbindlichen Klaganzeige, so verdient dieser Versuch gewiß keinen Beifall. Was die beklagte Partei bei der Litiskontestation „entgegennimmt“, das ist keineswegs die vom Gegner im Anfange des Verfahrens edierte Formel, sondern ein nach den Anträgen der ersteren zuweilen wesentlich verändertes, z. B. in der *Condemnatio* durch einen beschränkenden Zusatz oder durch eine *Exceptio* bereichertes *Judicium*, das der Magistrat nach voraufgegangener *Postulation*<sup>1</sup> genehmigt und dem schließlicb beide Parteien — sei es auch unfreiwillig — ihre Zustimmung geben. Kurz, das *accipere* am Schlusse der Verhandlung kann nicht dem *edere* der l. 1 pr. D. de ed. (2, 13) korrelat sein, weil häufig der Gegenstand, auf den sich die erste und die zweite Handlung bezieht, ein anderer ist.

Darnach dürfen hier vor allen zwei Stellen genannt werden, deren Wortlaut wir schon kennen (S. 34, 36): Cic. p. Quinct. c. 20 § 63<sup>2</sup> und Gai. IV. 165 u. 170 (*formulam edit — iudicia . . accipiat*);

<sup>1</sup> Nicht der Kläger allein „postuliert“, auch der Beklagte; s. Ulp. l. 1 § 2 D. de post. (3, 1); Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 392 N. 42.

<sup>2</sup> Mit Unrecht deutet Ubbelohde, Ordo I S. 461 N. 62 diese Stelle auf



ferner Cic. p. Quinct. c. 21 § 66: *testatur . . se iudicium id, quod edat, accipere,*

Paulus l. 30 pr. D. de aed. ed. (21, 1)<sup>1</sup>:

*Item si serui redhibendi nomine emptor iudicium accipit uel ipse eius nomine dictauit,*

Marcian l. 15 D. de auct. (26, 8):

*Accipientis et edentis iudicium idem tutor auctor utrique fit,*

endlich Plinius Epist. V. 11 (Keil: V. 10), wo der Ausdruck *edere*, der ebenso eine Thätigkeit des Schriftstellers wie des Klägers bezeichnet, Veranlassung bietet zu einem Wortspiel:

§ 1. *Libera tandem hendecasyllaborum meorum fidem, qui scripta tua communibus amicis sponponderunt. Appellantur cotidie et flagitantur, ac iam, periculum est ne cogantur ad exhibendum formulam accipere.* § 2. *Sum et ipse in edendo haesitator, tu tamen meam quoque cunctationem tarditatemque uicisti.*

Aus anderen Gründen, die sich aus dem Inhalt der betreffenden Stellen ergeben, muß das *edere* als Bestandteil der Litiskontestation aufgefaßt werden bei Julian l. 22 § 8 D. rat. r. (46, 8):

*Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia si uerus procurator [cognitor<sup>2</sup>] fuisset, exceptio rei iudicatae [uel in iudicium deductae<sup>3</sup>] dominum*

das erste *edere*. Allerdings hat Alfenus als Procurator des Quinctius mit Naenius nicht Lis kontestiert, wohl aber, wie Cicero versichert, sich dazu bereit erklärt.

<sup>1</sup> Auch Paul. Sent. V. 9, 2 wäre m. E. den obigen Belegen beizufügen. Darüber an anderem Orte.

<sup>2</sup> S. Keller L. K. S. 347; Lenel, Palingenesia p. 463 n. 1.

<sup>3</sup> Lenel l. c. druckt den Pandektentext ab, ohne eine Note beizufügen. M. E. haben die Kompilatoren entweder die oben ergänzten Worte getilgt oder *rei iudicatae* eingesetzt, während Julian geschrieben hatte *rei in iudicium deductae*. Das *edere iudicium de hereditate* wird schwerlich jemand auf die

*summoueret. plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus si uerus procurator [cognitor] egisset domino aut ipso iure aut propter exceptionem<sup>1</sup> actio inutilis esset.*

Gaius IV. 93:

*. . . formulam edimus qua intendimus . . . qua formula ita demum uincimus<sup>2</sup>, si probauerimus rem nostram esse.*

Paulus Coll. II. 6, 3:

*demonstrat . . . hoc loco<sup>3</sup> praetor non uocem agentis, sed qualem formulam edat.*

und wohl auch bei Plin. Hist. nat. IX c. 59 (85) § 182:

*damni formulam editam, condemnatumque addit Mutianus aestumata lite<sup>4</sup>,*

erste Klagedition beziehen wollen, und im zweiten Satze weist das Wort *egisset* (Gai. IV. 98) unverkennbar auf die Litiskontestation hin. Dagegen kann man fragen, ob Julian auch der *res iudicata* gedachte. Lenels Annahme im Edikt § 275 mag richtig sein. Trotzdem haben wohl die Juristen je nach Lage des Falles bald das eine bald das andere Stück des im Album proponierten Schemas der Exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae hervorgehoben.

<sup>1</sup> Je nachdem die Parteien im *iudicium legitimum* oder im *i. imp. continens* agiert hatten u. s. w.; s. Gai. IV. 106, 107.

<sup>2</sup> „Siegen“ kann der Kläger nur mit der dem Gegner förmlich edierten und vorher vom Prätor zugelassenen Formel.

<sup>3</sup> Das Edikt lautet (Coll. I. 6, 1): *Qui (autem) iniuriarum agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit, . . . Agit* also heißt es, nicht *agere uult* (s. oben S. 40). Der Prätor hat mithin die Litiskontestation im Auge; doch leugne ich nicht, daß die im Edikt geforderte Bestimmtheit auch bei der ersten Edition wünschenswert sein mochte. Wie immer man die Ediktalnorm auslegen mag, jedenfalls ist sie lehrhaften Charakters. Natürlich wäre der Magistrat auch ohne jene Kundmachung befugt gewesen, die L. K. mit einer allzu unbestimmten Formel zu hindern. Die *uox agentis* des Paulus geht auf den Vortrag des Klägers vor der Streitbefestigung. Veranlaßt ist diese Bemerkung durch das Ediktswort *dicat*, und der Sinn ist wohl der: daß des Klägers Rede den Thatbestand der Injurie genau schildern soll, das sei selbstverständlich.

<sup>4</sup> Überall, wo von einem Prozesse die Rede ist, der nicht vor der L. K.

Marcellus l. 2 D. pro don. (41, 6):

*. . etiamsi iudicium ediderit remque coeperit uindicare*<sup>1</sup>,

Ulpian l. 21 D. de iud. (5, 1):

*Si debitori meo uelim actionem edere . . .*

endlich in Nr. XIII der fälschlich Quintilian zugeschriebenen Declam. maior. (c. 9 — Burmann):

*ex nullius animalis damno haec edi formula potest.*

Von den Pandektenfragmenten, welche die Phrase *iudicium (actionem) dictare* enthalten, verrät kaum ein anderes die Beziehung zur Litiskontestation so deutlich wie Papinians l. 50 § 2 D. de pec. (15, 1):

*Etiam postquam dominus de peculio conuentus est, fideiussor pro seruo accipi potest et (ideo), qua ratione, si post actionem<sup>2</sup> dictatam seruus pecuniam exsoluerit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum<sup>2</sup> non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus uidebitur, quia naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere uidetur, in litem translata non est.*

und Ulpians l. 13 § 1 D. iud. solui (46, 7):

*Si fuero a fideiussore [sponsore] procuratoris stipulatus iudicatum solui quasi in rem acturus et postea in personam*

abgebrochen wurde, denkt wohl der Berichterstatter weit eher an das feierliche als an das erste *edere*.

<sup>1</sup> Die Worte: *remque coeperit uindicare* dienen, wie ich glaube, nur zur näheren Bestimmung des vorhergehenden *iudicium ediderit*. — Ulp. l. 4 § 19 D. de exc. d. (44, 4) ist absichtlich oben nicht aufgeführt. Mit ziemlicher Sicherheit kann Modestins Äußerung in l. 33 D. de iud. 5, 1 (wo *iudicem* interpoliert ist; Lenel Paling. p. 734: *magistratum*) auf die erste Klaganzeige bezogen werden. In der Coll. XII. 7, 6 beruht das Wort *edere* auf unsicherer Konjektur Huschkes (Ztschr. f. gesch. R. W. Bd. XIII S. 39, 40). Diocletian endlich im Cod. Herm. t. V c. 2 (= Cons. V. 7; vgl. auch VI. 1) setzt Kognition voraus, nicht Formularprozefs.

<sup>2</sup> Papinian schreibt bald *iudicium dictare* bald *actionem (formulam?) dictare*.

*egero*<sup>1</sup>, *uel alia actione [formula?] acturus, aliam (autem) dictauero actionem [formulam?], non committitur stipulatio, quia (de) alia actum uidetur, de alia stipulatio interposita.*

Ebenso unverkennbar ist die zu erweisende Bedeutung von *iudicium dictare* auch bei Paulus l. 22 § 4 D. de nox. a. (9, 4), l. 65 pr. D. p. soc. (17, 2)<sup>2</sup> und Pomponius l. 112 pr. D. de V. O. (45, 1). Diesen Stellen sind noch folgende anzureihen: l. 3 § 1 D. de min. 4, 4 (Celsus-Ulpian), l. 32 § 9 in f. D. de rec. 4, 8 (Paul.), l. 3 D. pro dot. 41, 9 (Scaeuola), l. 7 D. de sep. 42, 6 (Marcian), l. 1 § 4 D. quod leg. 43, 3 (Ulp.)<sup>3</sup>.

Besteht dem Gesagten nach die zur Streitbefestigung erforderliche Handlung des Klägers im *iudicium* (= *formulam*) *edere* bez. *dictare*, so kann es jetzt nicht mehr schwerfallen, ein zutreffendes Bild des ganzen Prozessesaktes zu entwerfen. Nur die Frage ist noch zu beantworten, wie wir *edere* und *dictare* übersetzen sollen?

Wenn vom Kläger gesagt wird, er „ediere“ das *iudicium*, so heisst das sicher nichts anderes als: er macht die Formel bekannt, er zeigt sie dem Beklagten an. Wie diese Anzeige zu machen sei, das erfahren wir von Ulpian, der sich über das den Prozess einleitende *edere actionem* in l. 1 § 1 D. de ed. (2, 13)<sup>4</sup> folgendermassen äussert:

<sup>1</sup> S. oben S. 40, 41.

<sup>2</sup> Statt *Actione* möchte ich vorschlagen zu lesen: *Nouatione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis*; vgl. Paul. l. 29 D. de nou. (46, 2); Ulp. l. 11 § 1 D. eod., l. 2 § 8 D. de her. uend. (18, 4); Papin. Vat. 263.

<sup>3</sup> Vgl. noch Diocl. l. 3 C. de c. r. a. (4, 52). Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. II § 69 N. 3—5, Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 212 N. 5, neuestens P. Jörs, Rechtswissenschaft I S. 220 N. 2 stellen die meisten der im Texte genannten Fragmente der l. 1 pr. D. de edendo zur Seite.

<sup>4</sup> Dazu Ulp. l. 6 § 7 D. eod. (oben S. 44 N. 1); Paul. l. 45 § 6 D. de i. f. (49, 14): ... *edit, ut is cui describendi fit potestas* ...

*Edere est etiam<sup>1</sup> copiam describendi facere: uel in libello complecti et dare: uel dictare. eum quoque edere Labeo ait, qui producat aduersarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est uel id dicendo, quo uti uelit.*

In den letzten Sätzen stecken wahrscheinlich mehrere Fehler. Statt des sinnlosen *id dicendo* setzt Huschke<sup>2</sup> *iudicium*<sup>3</sup>. Die Worte *demonstret quod dictaturus est* geben an sich einen guten Sinn: der Kläger zeigt dem Gegner im Album die Formel, die er künftig (bei der Litiskontestation) diktieren will. Wenn aber Huschkes feine und einleuchtende Konjektur Beifall findet, dann muß auch das vorhergehende nach einem Vorschlag des Cuiacius geändert werden, so daß zu lesen wäre: . . . *demonstret ex quo edicto acturus est uel iudicium, quo uti uelit*. Einen Kommentar zu diesen Worten enthält meine Ediktstudie<sup>4</sup>. Es giebt einerseits Edikte, die *iudicium* verheißten ohne proponiertes Schema, und andererseits zahlreiche proponierte *iudicia* — so die Formeln aller Civilaktionen<sup>5</sup> —, die in keinem Edikte angekündigt sind. Darum mußte sich auch das Edieren mit Hilfe des Albums verschieden gestalten, je nachdem der Kläger auf Edikt und Klagschema verweisen konnte oder aber bloß auf das eine oder andere. Im ersteren Fall war es sicher überflüssig, neben der Formel auch das Edikt zu citieren.

Man mag übrigens Huschkes Konjektur billigen oder verwerfen, jedenfalls scheint mir die von Ulpian zuletzt erwähnte

<sup>1</sup> Auf dieses Wort legt Wieding, Libellprozefs S. 604, 605 mit Unrecht Gewicht.

<sup>2</sup> In d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 343.

<sup>3</sup> Mommsen (unbefriedigend): *indicando*.

<sup>4</sup> S. 66, 99—102, 120—136.

<sup>5</sup> Gegen meine Erwartung haben die Civedikte doch wieder einen Verteidiger gefunden: Jörs a. a. O. I S. 173 N. 3, S. 193, 194. Dieser Schriftsteller hält mir das Edikt über das Kommodat entgegen. Hat er beachtet, was zur Erklärung dieser Erscheinung in meiner Gesch. d. Neg. gestio § 12 S. 164—166 und Edikt S. 96 N. 14 gesagt ist?

Art der Klaganzeige, in der die Verweisung auf das Album eine Rolle spielt, nicht anwendbar zum Zwecke der Streitbefestigung. Wo es galt, die Verhandlung zu eröffnen und den Gegner vor die Wahl zu stellen, *utrum cedere an contendere ultra<sup>1</sup> debeat* (l. 1 pr. D. h. t.), da war gewiß die Edition einer in allen Punkten genau erwogenen Formel, die auch dem Beklagten gebührenden Schutz gewährte, nicht nötig. Hier mochte es genügen, wenn der Kläger seinen Gegner auf ein bestimmtes, im Album verzeichnetes Schema aufmerksam macht und in begleitender Rede die seiner Meinung nach erforderlichen Ergänzungen<sup>2</sup> der Formel andeutet. Vielleicht hat erst Labeo, den Ulpian als Gewährsmann anführt, dieser bequemen Praxis durch einen zustimmenden Ausspruch Rückhalt gewährt; keinesfalls stellt dieselbe die Regel dar: das zeigen deutlich die Worte: *eum quoque edere ait*.

Ganz ungeeignet war aber diese Art der Formeledition für die Litiskontestation. Bei diesem Akte mußte der Kläger die sorgsam ausgefüllte, vom Prätor genehmigte Formel dem Beklagten mitteilen. Die geringste Abweichung vom festgestellten Wortlaut hätte meist die Zurückweisung von seiten des Beklagten oder den Einspruch des Magistrats aus eigenem Antrieb zur Folge gehabt. Aus diesen Gründen werden wir den Schlufssatz der l. 1 § 1 D. cit. in der Lehre von der Streitbefestigung nicht berücksichtigen.

Die größte Wahrscheinlichkeit hat nach meinem Ermessen folgende Annahme für sich. Beide Rechte, welche den Civilprozeß in Rom regelten, das civile (Äbutisch-Julische) und das honorarische<sup>3</sup>, schrieben für das jedem zukommende Anwendungs-

<sup>1</sup> Der Streit (nicht das *iudicium*) beginnt schon bei der Ladung; vgl. Ulp. l. 25 § 7 D. de h. p. (5, 3).

<sup>2</sup> Vgl. Baron, Kondiktionen S. 234.

<sup>3</sup> Eine Andeutung in den Pandekten: Ulp. l. 3 D. de off. praet. (1, 14).

gebiet übereinstimmend vor, daß die vom Prätor nach Vernehmung beider Parteien genehmigte Formel vom Kläger dem Gegner „ediert“, von diesem „accipiert“ werden soll. Näher bestimmt war das *edere* weder vom Gesetz noch vom Edikt. Vielleicht bestand es ursprünglich regelmäfsig in der Hingabe der schriftlich fixierten Formel (*in libello complecti et dare*); dazu paßt am besten der die Thätigkeit des Beklagten bezeichnende Ausdruck: *accipere*. Indes war zur Zeit der klassischen Juristen daneben jedenfalls das *dictare iudicium* üblich, dem wir in den Pandekten häufig begegnen, d. h. das Vorsagen des Formelwortlauts zum Zwecke des Nachschreibens. Endlich dürfte auch noch das *copiam describendi facere* im Gebrauch gewesen sein. Dieses bestand — denke ich — darin, daß der Kläger seinem Gegner eine Urkunde, welche die Formel enthielt, vorlegte und ihn aufforderte, Abschrift von derselben zu nehmen.

Ist schon das zuletzt Gesagte wenig sicher, so sind wir vollends auf Vermutungen angewiesen, wenn gefragt wird, ob der Kläger ein oder zwei Exemplare der Formel vom Magistrat empfang; ob der Beklagte nicht auch eine Ausfertigung aus der Kanzlei des Prätors beziehen konnte; und wie dem Geschwornen das *iudicium* mitgeteilt wurde, ob unmittelbar vom Magistrat oder von den Parteien<sup>1</sup>.

Einigen Anhalt in dieser Richtung gewährt nur Gaius (IV. 141), der das schwurgerichtliche Verfahren in einer durch Interdikt eingeleiteten Sache so beschreibt:

*Nec tamen cum (praetor) quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem<sup>2</sup> recuperatoresue itur et ibi editis formulis<sup>3</sup> quaeritur, an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit . . .*

<sup>1</sup> Vgl. Papinian l. 39 pr. D. de iudic. (5, 1): . . . *neque . . . in addicendo praesentia* (nämlich: *in iure*) *uel scientia iudicis necessaria est.*

<sup>2</sup> Bekanntlich wird auch der Arbitrer *iudex* genannt; vgl. Gai. IV. 163: *si arbitrum postulauerit . . . iudicis arbitrio . . .*

<sup>3</sup> S. oben S. 44 N. 5 a. E.

Eine Eigentümlichkeit des Interdiktenprozesses ist in diesem Satze schwerlich hervorgehoben; die Vorweisung der Formel vor dem Schwurgericht war gewiß allgemeine Regel<sup>1</sup>. Von Belang wäre es insbesondere zu wissen, ob beide Parteien edierten. Gaius nennt *formulae*, und andere Erwägungen empfehlen gleichfalls die Annahme, daß auch der Beklagte ein Exemplar der Formel vorwies. Nur ist leider der Plural, dessen sich Gaius bedient, nicht ganz unzweideutig. Vielleicht denkt der Jurist gerade an den Prozeß *cum poena*, wo die Parteien, beide als Kläger, mit mehreren, verschiedenen Formeln agierten. Immerhin ist die erste Erklärung die nächstliegende, und auf diese gestützt möchte ich die Vermutung wagen, daß der Beklagte dem Geschwornen die ihm vom Kläger bei der Litiskontestation eingehändigte oder diktierte Formel edierte. Ging die Absicht des Klägers dahin, zu diktieren, dann genügte ihm eine Urkunde, welche die Kanzlei des Magistrats ausfertigte; dagegen verlangte er zwei Exemplare, das eine für sich, das andere für den Gegner, wenn er die Form des *libello complecti et dare* zu wählen gedachte<sup>2</sup>.

Welchem Zwecke die Formeledition vor dem Judex diene, das sagt uns Gaius nicht. Bethmann-Hollweg<sup>3</sup> scheint anzunehmen, daß dem Richter erst durch diese Parteienhandlung das prätorische Ernennungsdekret förmlich mitgeteilt wurde. Und in der That paßt diese Auffassung gut zum ganzen Zuschnitt des Römischen Prozesses, in dem wir mit Jhering<sup>4</sup> die nur wenig

<sup>1</sup> So Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. II S. 586.

<sup>2</sup> Anders Keller, Civilprozefs § 23 S. 112 (6. A.), und wieder abweichend Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 482 N. 16.

<sup>3</sup> A. a. O. Bd. II S. 586; vgl. Keller, Civilprozefs S. 112.

<sup>4</sup> Geist I § 12 S. 167—175 (3. A.). Neuerdings hat sich auch Pernice in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 56, 57 (vgl. S. 37—57) gegen die Betonung der „staatsrechtlichen Kraft des (Röm.) Richteramts“ von seiten Kellers (Hallische Litteraturztg. v. 1846, II S. 359) ausgesprochen.



veränderte Nachbildung eines schiedsrichterlichen Verfahrens zu erblicken haben.

Wenn übrigens der Kläger wie der Beklagte das *iudicium* edierten, so hatte wohl dieser Akt noch eine andere Bedeutung. Er sollte zeigen, daß ein Programm für das schwurgerichtliche Verfahren ermittelt ist, über welches die streitenden Parteien sich geeinigt haben. Für den Römischen *iudex priuatus* war sicherlich die Übereinkunft der Litiganten nicht weniger bindend<sup>1</sup> als der Befehl des Magistrats, wengleich die Urkunde selbst nur diesen letzteren zum Ausdruck brachte. Ob nicht trotzdem der ernannte Richter, dem, wie Ulpian (l. 25 § 8 D. de aed. ed. 21, 1) bemerkt, *statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit*, auch aus der Hand des Prätors ein Exemplar der Formel empfang, das steht dahin. Unmöglich ist es keineswegs. Das Römische Richteramt stellt sich eben dar als ein hybrides Gebilde, dessen Verständnis sich nur erschließt, wenn es aus verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet wird.

Es bleibt noch übrig, die Frage zu erledigen, ob der Beklagte das *iudicium* nur vom Kläger erhält. In der Regel wird gar kein Grund vorliegen, der ihn veranlassen könnte, ein zweites Exemplar vom Prätor zu erbitten. Andererseits ist nicht einzu- sehen, weshalb ein solches Ersuchen hätte abgewiesen werden sollen, da es ein leichtes war, demselben zu entsprechen auf Grund der amtlichen Protokolle. Indes darf überhaupt das *iudicium accipere* bei der Streitbefestigung mit der Aushändigung eines Formelexemplars seitens der prätorischen Kanzlei nicht verglichen werden. Es wäre durchaus irrig, auch nur Verwandtschaft der Zwecke hier und dort vorauszusetzen.

Das *formulam accipere*, wodurch die Lis kontestiert wird, dient weder ausschließlic noch hauptsächlich dazu, den Be-

<sup>1</sup> Vgl. Ulp. l. 26 D. de re iud. (42, 1): *Si conuenerit inter litigatores, quid pronuncietur, non ab re erit iudicem huiusmodi sententiam proferre.*

klagten mit dem Wortlaut des *Judicium*s bekannt zu machen. Diesen mußte er während der Verhandlung, die ja mit einer *editio actionis* anhub, zur Genüge kennen lernen, und auch das konnte ihm nicht schwer fallen, die Formel in ihrer vielleicht modifizierten Fassung noch vor dem Schlußakte zu eigenem Gebrauch schriftlich zu fixieren. Darnach müssen wir fragen, welche Bedeutung denn die Litiskontestation im prätorischen und im Äbutisch-Julischen Rechte habe? Nach meinem Er-messen keine wesentlich andere als im alten Verfahren mit Legisaktionen<sup>1</sup>.

Nach Römischer Anschauung, an der noch die klassische Zeit festhält, kommt ein Prozeß (*actio*, später *iudicium* in diesem Sinne) nur zu stande durch den übereinstimmenden Willen der kämpfenden Parteien<sup>2</sup>. Mit diesem Vertrag, der ein neues eigentümliches Verhältnis zwischen den Rei begründet, beginnt erst der Prozeß. Nicht vorher: denn alles, was voraufgeht, ist nur Vorbereitung; nicht nachher: denn die Streitbefestigung selbst fällt schon in den Prozeß hinein. Das erstere wird erwiesen durch den Sprachgebrauch der Juristen, statt *lis contestata*, *lis inchoata* (auch *actio inchoata*) und *iudicium coeptum*<sup>3</sup> zu setzen, das letztere ist schon früher an einem anderen Orte (Prozeßgesetze I S. 29—31) dargethan.

<sup>1</sup> Während in meinen Prozeßgesetzen I S. 99 N. 31 der voräbutischen Legisactio die Novationsidee abgesprochen ist, bin ich jetzt geneigt, sie für so alt zu erklären, wie den Röm. Civilprozeß vor dem Magistrat überhaupt; s. unten N. 1 S. 57. Allerdings setzt das Sprichwort bei Gai. III. 180 sehr wahrscheinlich das Verfahren mit Schriftformeln voraus. Allein der Konsumtions- und Novationsgedanke kann doch weit älter sein als die Ausprägung desselben in der bei Gaius mitgeteilten Parömie.

<sup>2</sup> A. A. ist Karlowa, Legisaktionen S. 336, 337; vgl. aber Wach zu Keller Civilpr. § 65 N. 751 a. E. (S. 326); Demelius, Confessio S. 157.

<sup>3</sup> Ich verweise auf die Belegstellen bei Keller L. K. S. 69 N. 11, ferner auf Pompon. l. 76 (M. 77) § 1 D. de furt. (47, 2), l. 27 D. de R. J. (50, 17); Marcellus l. 2 D. pro don. (41, 6); Scaev. l. 5 D. rat. r. (46, 8); Paul. l. 15

Der hauptsächlichliche Inhalt des von den Parteien abgeschlossenen Vertrags geht aber dahin, dafs an die Stelle des streitigen Anspruchs die bedingte Prozefsobligation treten soll<sup>1</sup>. Für dieses Geschäft, dessen Tragweite bekannt genug ist, war in

---

D. eod., l. 21 D. de inoff. t. (5, 2), l. 54 § 1 D. de re iud. (42, 1) = Sent. I. 13 a, 1'; Papin. Vat. 263, l. 44 pr. D. de iud. (5, 1), l. 11 D. fin. reg. (10, 1); Ulp. l. 5 pr. D. de h. p. (5, 3), l. 12 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2), l. 1 § 21 D. de ui (43, 16); Sev. Anton. l. 1 C. de iud. (3, 1). Verdächtig: Paul. Cons. VI. 8 = Sent. II. 17, 15 (vgl. übrigens Jhering, Verm. Schriften S. 194) und Cons. VI. 9 = Sent. III. 6, 3.

<sup>1</sup> So auch Bethmann-Hollweg in d. Tüb. Ztschr. Bd. V S. 79, 80 (vgl. Civilpr. Bd. II S. 485, 487, 488) und Jhering, Geist I § 12 S. 171. Es würde zu weit führen, wenn ich die Einwendungen zu widerlegen versuchte, welche vom Standpunkte der herrschenden Konsumtionstheorie gegen den Satz im Texte erhoben werden können. Es sei gestattet, nur folgendes zu bemerken. Man behauptet: die Zerstörung der Actio sei „unabhängig von dem Willen der Parteien“ (Bekker, Aktionen Bd. II S. 181; Pernice, Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 50); dieselbe habe ihre Wurzel in dem Grundsatz: *bis de eadem re ne sit actio*; dieser aber sei fast „naturnotwendig“, schütze die Würde des Gerichtes u. s. w. (Pernice S. 51 kehrt die Parömie auch gegen den Konsul). Ich will zugeben, dafs der naheliegende Gedanke: die Wiederholung der Prozesse über dieselbe Sache ist ein unerträgliches Übel (nicht das Sprichwort *bis de eadem* etc., welches nur die schon feststehende Konsumtionsregel kurz ausdrückt) hervorragenden Anteil hatte an der Ausbildung des Prinzips der Prozefskonsumtion. Wenn aber eine Erklärung gesucht wird für den Rechtssatz, demzufolge das Klagrecht schon im Zeitpunkt der Litiskontestation untergeht, so möchte ich allerdings auf die Intention der Parteien verweisen. Diese hatten in Rom sicherlich die lebhaft empfundene, dafs von dem Augenblick an, wo der endgültige Entschlufs erklärt wird, zu prozessieren, (ursprünglich zugleich verzichtet wird auf eigenmächtige Verfolgung,) das Schicksal der Streitsache ganz und gar beschlossen sei in dem einverständlich begründeten Gerichtsverfahren. Die Juristen (schwerlich ein Gesetz) haben daher die zerstörende und schaffende (novierende) Kraft der L. K. nicht erfunden, sondern nur scharf und klar ausgesprochen, was der Volksanschauung gemäfs war. Darnach versteht es sich von selbst, dafs es nicht anging, Lis zu kontestieren, dabei aber die Konsumtion auszuschliessen. Die eine Erklärung stünde im unversöhnlichen Widerspruche mit der anderen, da gerade die Novation des Klaganspruchs als der wesentliche Inhalt der L. K. erscheint. Dafs es möglich war, die Konsumtion zu beschränken, dar-

alter wie in neuerer Zeit von beiden Rechten eine bestimmte Form vorgeschrieben. Auch das prätorische Edikt und ihm folgend die beiden Gerichtsordnungen des Äbutius und Augustus haben die Feierlichkeit der Litiskontestation beibehalten, weil die deutliche Hervorhebung des Prozefsbeginnes, d. i. des Zeitpunktes, in dem der Prozefsvertrag fertig ist und auf den der Judex sein Augenmerk zu richten hat, unerläßlich schien zur Erhaltung der Rechtssicherheit.

Daher verweisen die Pandekten in überaus zahlreichen Fragmenten, die nach der Lex Julia geschrieben sind, und in mannigfaltigen Wendungen immer wieder auf den Augenblick, wo *res in iudicium deducta, lis contestata, iudicium acceptum, iudicium coeptum est*, auf das *tempus litis contestationis, iudicii accipiendi* u. s. w. Daß dabei wirklich an einen Zeitpunkt gedacht sei, nicht an einen Zeitraum, der möglicherweise mehrere weit auseinander liegende Termine umschließt, das konnte niemals verkannt und selbst von Keller nicht geleugnet werden, obwohl dieser Gelehrte unter dem *litem contestari* die ganze Verhandlung in Jure verstehen will. Schon in der Einleitung (I.) ist gezeigt, wie Keller einen Ausweg zu gewinnen suchte durch die Erfindung des „ideellen Endpunktes“, und ge-

---

über vgl. insbesondere Gai. IV. 130—137. — Wie die novatorische Wirkung der Streitbefestigung, so ist m. E. auch die der Stipulation zu erklären. Daher würde ich in der durch Salpius' Untersuchungen (zustimmend Dernburg Pand. Bd. II § 60 N. 6) angeregten Kontroverse (s. Windscheid Pand. Bd. II § 354 N. 12, dazu Brinz Pand. Bd. II S. 386, 387 — 2. A.) einer vermittelnden Ansicht zustimmen. Endlich: die ablehnende Haltung der neueren gegen die „Novation“ durch die Streitbefestigung des klassischen Rechtes (vgl. statt aller Windscheid Pand. Bd. I § 124 N. 1, Bd. II § 356 N. 1) scheint mir unbegründet, da wir schwerlich befugt sind, die Novation durch Verbalkontrakt als die „wahre“ anzusehen und an dieser jene zu messen. Vgl. übrigens Paul. I. 29 D. de nou. (46, 2): *Aliam causam esse novationis uoluntariae aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt*; dazu Bekker, Aktionen Bd. II S. 181 N. 22, der die „wichtigsten Verschiedenheiten“ aufzählt.

zeigt, wie wenig doch diese Lehre taugt. Verworfen wurde dieselbe oben, weil sie praktisch unhaltbar erschien. Jetzt ist noch ein weiteres Argument hinzuzufügen: die Sprache der Römer, welche eine ganze Reihe von Bezeichnungen für den Begriff der Streitbefestigung enthielt, lauter Namen aber, die auf etwas durchaus anderes hindeuten als auf Kellers Theorie, keinen einzigen, in dem der „Endpunkt“ zu erkennen wäre.

Nach unserer Auffassung ist die Litiskontestation nichts „Fingiertes“, nichts Unsichtbares, sondern eine wirkliche Parteienhandlung, ein Formalgeschäft; und die Form des Geschäftes besteht nach honorarischem wie nach jüngerem Civilrecht darin, daß der Kläger vor dem Prätor dem Beklagten das *iudicium* ediert, während der letztere dasselbe entgegennimmt. Demnach ist das Hingeben oder Diktieren des *Judiciums* keineswegs zu dem Zweck eingeführt, um dem Beklagten eine Abschrift der Formel zu verschaffen; — hiezu hätte es offenbar der Vermittelung der Gegenpartei nicht bedurft — vielmehr kann die nächste gesetzgeberische Absicht nur die gewesen sein, das Ergebnis der in Jure gepflogenen Verhandlung unzweifelhaft festzustellen (*ut lis contestetur*). Und diese Aufgabe ist durch die gewählte Form gewiß aufs glücklichste gelöst. Einerseits ist gesorgt für die zuverlässige Übermittlung der an die Adresse des Geschwornen gerichteten Anweisung; andererseits findet auch die das Römische Instruktionsverfahren beherrschende Idee den passendsten Ausdruck: indem der Beklagte annimmt, was ihm der Kläger mit Genehmigung des Magistrats bietet, erklärt er seine Einlassung in den Prozefs und zugleich seine Zustimmung zu dem für das Gerichtsverfahren entworfenen Programme.

## VI.

Wenn die im vorigen Abschnitt ausgeführte Theorie etwas Richtiges enthält, so dürfen wir erwarten, den Vertrag der Prozesparteien, das Ziel der Verhandlung in Jure, auch in den

klassischen Schriften erwähnt zu finden. Und in der That fehlt es keineswegs an sehr deutlichen Zeugnissen dieser Art. Es kann daher die Schuld nicht an den Quellen liegen, wenn der Vertragscharakter der Streitbefestigung immer aufs neue bestritten wird.

Einige wichtige Äußerungen der alten Juristen konnten niemals übersehen werden und haben schon Hugo Donellus<sup>1</sup> veranlaßt, gegen die Accursische Glosse<sup>2</sup> den Satz zu verteidigen: die Litiskontestation sei eine *conuentio tacita*. Auch in neuerer Zeit hat diese Theorie den Beifall von hervorragenden Gelehrten gefunden<sup>3</sup>; allein ohne durchgreifenden Erfolg<sup>4</sup>.

Am nächsten kommt Bekker<sup>5</sup> der hier vertretenen Ansicht, da er geneigt ist, die Streitbefestigung im Prozeß der klassischen Periode als „Formalvertrag“ zu bestimmen. Doch kennt er als Formerfordernis nur die Anwesenheit der Parteien in Jure<sup>6</sup> und fügt einschränkend hinzu: „der Wille der Parteien bleibe doch unwirksam, wenn nicht auch noch ein drittes Wollen, des prozeßleitenden Magistrats“, dazutrete. Nach meinem Dafürhalten

<sup>1</sup> Comment. de iure ciuili XII c. 14 § 6—8.

<sup>2</sup> Zur l. 3 § 11 D. de pec. (15, 1) ad v. *iudicio contrahi: i. sententia. nota ex sententia quem obligari ex quasi contractu*. Dafs „blofs an Judikat gedacht sei“, hält auch Brinz Pand. Bd. I S. 324 N. 9 (2. A.) — gewifs mit Unrecht — für möglich.

<sup>3</sup> Vgl. Jhering, Geist I § 12 S. 170—172 (3. A.), der aber nur den „älteren Prozeß“ im Auge hat. Jhering folgt Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. II § 71 S. 293. Mit M. S. Mayer hält Liebe, Die Stipulation S. 235 die (ältere) L. K. für eine obligatio per aes et libram, (dagegen Huschke, Recht des Nexum S. 10 N. 14; auch Danz, De litis contestatione cap. IV — 1831) jedenfalls für einen „Formalakt“. S. ferner Dernburg in d. Heid. Krit. Ztschr. Bd. II S. 341, dazu Emtio bonorum S. 14, 15, 18, neuestens Pand. Bd. I S. 180, 292, 293, 353 — 2. A.; Wieding a. a. O. S. 69; Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 487, 488.

<sup>4</sup> Vgl. neuestens Pernice in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 55, 56; Demelius in Grünh. Ztschr. Bd. XI S. 747.

<sup>5</sup> Aktionen Bd. II S. 180, 181.

<sup>6</sup> Obwohl a. a. O. S. 180 N. 17 das *dictare* und *suscipere iudicium* in eine (nicht näher bezeichnete) Beziehung zur L. K. gebracht ist.

ist dieser Zusatz zu streichen, da der Wille des Prätors nur vor, nicht bei der Litiskontestation eine Rolle spielt oder doch nur dieselbe Rolle, welche dem Dritten zukommt, der nach mehr oder minder genauen Andeutungen der Beteiligten eine später von diesen unterzeichnete Vertragsurkunde abfaßt.

Richtig ist nur soviel, daß für die Litiskontestation, die als Vertrag des Prozefs- nicht des Privatrechts erscheint<sup>1</sup>, zum Teil andere<sup>2</sup> Grundsätze gelten als für gewöhnliche Kontrakte und Paktionen. Allein dasselbe muß auch von den sogenannten prätorischen Stipulationen behauptet werden<sup>3</sup>, denen doch niemand den Vertragscharakter wird absprechen wollen. Sowenig das *cogere* des Magistrats, das bei den ebengenannten Kautionen wie bei der Litiskontestation vorkommt, das Wesen der beiden Akte verändert, so wenig kann auch die Einwirkung des Prätors auf den Inhalt der zu edierenden Formel gegen meine Auffassung ins Gewicht fallen. Weichen doch die Grundsätze, welche für die Behandlung der *iudicia* in den Quellen aufgestellt sind, von den gemeinen Privatrechtsregeln nicht mehr ab als diejenigen, welche gelten für die prätorischen Stipulationen, von denen Ulpian (l. 52

<sup>1</sup> Die L. K. ist nicht der einzige Vertrag, den die Parteien in Jure abschließen können. Ich behalte mir vor, diese Behauptung an anderem Orte anzuführen.

<sup>2</sup> In Betracht kommen namentlich: Celsus-Ulp. l. 61 pr. D. de iud. (5, 1); Ulp. l. 13 D. com. diu. (10, 3); Paul. l. 76 § 1 D. de V. O. (45, 1), l. 83 § 1 D. eod. (gegen Aristo — eine m. E. unannehmbare Vermutung bei Kohler, Der Prozefs als Rechtsverhältnis S. 35 in d. Note), l. 172 pr. § 1 D. de R. J. (50, 17); dazu Ulp. Pomp. l. 5 § 4, 5 D. de R. V. (6, 1), auch Ulp. l. 21 § 6 D. de rec. (4, 8). Danach sind die für Verbalkontrakte aufgestellten Auslegungsregeln nicht durchaus anwendbar auf Klagformeln (*iudicia*). Ferner über die Auflösung des Prozefsverhältnisses: Paul. l. 58 D. de iud. (5, 1): *Iudicium soluitur utante eo qui iudicare iusserat* . . und im allgemeinen Paul. l. 26 § 2 D. de iureiur. (12, 2).

<sup>3</sup> Vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. II § 71 S. 233; Bekker, Aktionen Bd. II S. 181 N. 17 a. E.; Puntchart, Der entscheidende Einfluß etc. S. 46 N. 42; a. A. ist Wach in Grünhuts Ztschr. Bd. VI S. 521.

pr. D. de V. O. 45, 1) und Venuleius (l. 9. D. de st. pr. 46, 5) berichten:

*legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit — praetoris mens aestimanda erit,*

und der erstere überdies:

*praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrahere.*

Wenn nun trotz der Quellenzeugnisse<sup>1</sup> für das *contrahere iudicio*, welche die Anhänger der Vertragstheorie geltend machen, die Mehrzahl der neueren abweichenden Ansichten huldigt, so muß die Frage gestellt werden nach dem Grunde dieser Erscheinung. Die Antwort kann, wie ich glaube, nicht zweifelhaft sein. Alle neueren mit Einschluss derjenigen, welche in der Streitbefestigung einen Vertrag erblicken, haben Kellers Vorstellung oder besser: Vorstellungen von der klassischen Litiskontestation — stillschweigend wenigstens — angenommen. Wer aber Keller folgt, der sollte es gar nicht versuchen, auch dem *iudicio contrahere* der Quellen noch ernstliche Bedeutung beizulegen.

Ist die Streitbefestigung im Formularprozess als „ideeller Endpunkt“ zu denken, so kann sie natürlich kein Vertrag sein. Nicht minder ausgeschlossen ist diese Annahme dann, wenn wir unter der Litiskontestation das „ganze Verfahren in Jure“ verstehen wollen. Keller<sup>2</sup> behauptet freilich: „Die Parteien verhandeln miteinander in Einigkeit und Uneinigkeit. Dies sei beim *contrahere* auch der Fall, nur daß hier mehr die Einigkeit, dort mehr die Uneinigkeit vorherrschen mag.“ Dagegen aber hat Windscheid<sup>3</sup>, von seinem Standpunkte aus mit gutem Fug, eingewendet: „Beim *contrahere* herrsche die Einigkeit nicht vor, sondern sei ausschließlich<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vgl. einstweilen die Belege bei Bekker a. a. O. Bd. II S. 181 N. 19.

<sup>2</sup> In d. Hall. A. Litteraturztg. von 1846, II S. 368.

<sup>3</sup> Aktio S. 62 N. 45.

<sup>4</sup> Aus diesem Worte darf nicht das Erfordernis der Einigung über alle Punkte, auch die objektiv und subjektiv — nach der Parteiauffassung — unwesentlichen, abgeleitet werden.



vorhanden, während sie bei der *constitutio iudicii* auch ganz fehlen könne“. M. a. W. Streit und Vertrag stehen in unveröhnlichem Gegensatz; nur können die Parteien allerdings durch Streit zur Einigkeit vordringen, und wenn sie selbst den Weg nicht finden, wird er ihnen gewiesen vom Prätor, dem die erforderlichen Zwangsmittel zur Verfügung stehen. Dagegen ist es durchaus verfehlt, in der ganzen Verhandlung, die Cicero einmal<sup>1</sup> als *contentio de constituendo iudicio* bezeichnet, nichts zu sehen als einen Vertragsabschluss.

Wird endlich die Litiskontestation dem Magistrat zugeschrieben, der die Klagformel erteilt, so ist wiederum die Möglichkeit abgeschnitten, in der Parteienvereinbarung das Wesen unseres Prozefsaktes zu erkennen. Anscheinend war es diese Erwägung, welche neuestens Dernburg<sup>2</sup> davon abhielt, den „altrömischen“ „Prozefsvertrag“ ausdrücklich auch dem Formularverfahren zuzusprechen, obwohl uns das Vertragsprinzip gerade in den Schriften der klassischen Zeit aufs deutlichste entgegentritt.

Mit den Quellen versuchen Kellers Nachfolger in verschiedener Weise Frieden zu schliessen. So verweist Windscheid<sup>3</sup> auf die Verwendung des Wortes *contrahere* in sehr weitem Sinne zur Bezeichnung von obligierenden Thatbeständen jedweder Art. Andere<sup>4</sup> erklären den Gebrauch des eben erwähnten Ausdrucks aus der Zweiseitigkeit des Römischen Prozesses, aus der Notwendigkeit „beiderseitiger Thätigkeit der Parteien“. Die meisten<sup>5</sup> aber nehmen, der Glosse folgend, ihre Zuflucht zu der unerquicklichen Kategorie des Quasikontrakts.

<sup>1</sup> Orat. partit. c. 28 § 99.

<sup>2</sup> Pandekten Bd. I § 153 (S. 353 — 2. A.).

<sup>3</sup> Aktio S. 61, Pandekten Bd. I § 124 N. 1 (S. 402 — 6. A.), ebenso Brinz, Pandekten Bd. I S. 324 zur N. 9 (2. A.).

<sup>4</sup> So neuestens Wendt, Pandekten S. 270.

<sup>5</sup> Keller L. K. S. 127—129, Civilpr. § 62; Puchta, Institutionen Bd. I § 172 in f. (S. 528 — 8. A.); Savigny, System Bd. VI S. 32, 33; Buchka a. a. O. I S. 170; Pernice a. a. O. Bd. XVIII S. 55, 56.

Dieser künstlichen Mittel, die Übereinstimmung mit den Quellen herzustellen, können wir leicht entraten, wenn der Streitbefestigung die Natur eines wahren Vertrags des Prozeßrechts zuerkannt wird. Zu dieser Überzeugung sind wir schon gelangt durch die Betrachtung der sich entsprechenden Akte des Klägers und des Beklagten, welche zusammen die Litiskontestation ausmachen. Die bekannte Äußerung des Marcellus<sup>1</sup>, der das *contrahere in stipulatione* und das *contrahere iudicio* wie gleichartige Dinge zusammenstellt, bestätigt nur ausdrücklich, was aus dem *edere* und *accipere iudicium* ohnedies zu schliessen war, und beseitigt so den letzten Zweifel an der Richtigkeit der obigen Aufstellungen.

Es scheint daher nicht mehr nötig, die zuletzt von Bekker in den Aktionen Bd. II S. 181 N. 19 gesammelten Fragmente, welche für die Vertragstheorie zeugen, besonders zu besprechen. Dagegen möchte ich allerdings noch aufmerksam machen auf einige andere dort nicht aufgeführte Stellen, die kaum von geringerem Werte sind als jene.

Wichtig und merkwürdig ist die Entscheidung Marcians in l. 15 D. de auct. et cons. (26, 8) aus dem 2. Buche der Regulae:

*Accipientis et edentis iudicium idem tutor auctor utriusque fit. sed hoc utrum ita est, si bis auctor factus est, an et una auctoritas sufficiat eo animo, ut ad utrumque pertineat? dubitat quidem Pomponius, sed fortiter defenditur sufficere unam auctoritatem.*

Zwischen zwei Pupillen, die denselben Tutor haben<sup>2</sup>, soll Lis kontestiert werden. Der Jurist wirft die Frage auf, ob das Vollwort des Vormunds für jede Partei besonders, also zweimal, zu erteilen sei oder ob ein einziger Akt hinreiche, wenn dieser

<sup>1</sup> Bei Ulp. l. 3 § 11 D. de pec. (15, 1).

<sup>2</sup> So ist das Fragment zweifellos zu verstehen; vgl. gegen Lepas abweichende Auslegung M. Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters (1888) S. 46—48.

mit der Absicht gesetzt wird, die Handlungen beider Pupillen zu bekräftigen. Die Antwort lautet: Pomponius habe Bedenken geäußert; dennoch müsse die einmalige Auctoritas für genügend erachtet werden, da für diese Annahme sehr gute Gründe sprächen (*fortiter defenditur*). Irre ich nicht, so denkt Marcian vor allem an die Kontraktsnatur der Streitbefestigung. Zwei Personen, Kläger und Beklagter, handeln; allein ihre Erklärungen stellen sich doch nur dar als Bestandteile eines einzigen Geschäftes. Darum ist es möglich, hier, wie nach l. 20 D. eod. (Scaeuola) beim Erbteilungsvertrag, das eine Vollwort einwirken zu lassen auf die Handlungen beider Parteien.

Keiner Erläuterung bedarf l. 5 § 4, 5 D. de R. V. (6, 1) von Ulpian und Pomponius:

*Cum in rem agatur, si de corpore conueniat<sup>1</sup>, error autem sit in uocabulo, recte actum esse uidetur. Si plures sint eiusdem nominis serui, puta plures Erotas, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem.*

Im Kommentar zum Edikt über die Wiedereinsetzung der Minderjährigen (l. 3 § 1 D. de min. 4, 4) rechtfertigt Ulpian die Behandlung des Falles:

*si quis cum minore contraxerit et contractus incidit in tempus quo maior efficitur . . . si maior factus conprobauret, quod minor gesserat*

damit, daß er ein Responsum des Celsus mitteilt (*unde illud non ineleganter Celsus . . . tractat*), dem folgender Thatbestand zu Grunde liegt:

*minor annis uiginti quinque, annos forte uiginti quattuor agens, iudicium tutelae heredi tutoris dictauerat: mox factum ut (non finito iudicio iam eo maiore effecto uiginti quinque*

---

<sup>1</sup> Vgl. auch Ulp. l. 13 D. com. diu. (10, 3): *In iudicium communi diuidendo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne ueniat.*

*annis) tutoris heres absolutus proponeretur: in integrum restitutio desiderabatur.*

Derselbe Jurist sagt in einem schon aus dem früheren (S. 33) bekannten Fragment (l. 1 § 1 D. de litig. 44, 6) von den Parteien, welche zur Streitbefestigung schreiten: *litem inter se iungunt*; Cicero weist in seinem Verfassungsentwurf (de leg. III c. 3 § 6) den richterlichen Zehnmännern die Aufgabe zu: *lites contractas iudicanto*<sup>1</sup>, und Valerius Maximus (VIII c. 3 § 2) bezeichnet unter den Frauen, *quae causas apud magistratus egerunt*, die Afrania als *prompta ad lites contrahendas*.

Weiter ist hervorzuheben, wie geläufig den römischen Juristen die Zusammenstellung der Stipulatio (auch der Solutio) und des Iudiciums ist, insbesondere die Vergleichung der Novation durch Verbalkontrakt und *iudicium acceptum*,<sup>2</sup> und wie häufig — abgesehen von der Litiskontestation — die Wirksamkeit des Vertragsprinzips an verschiedenen Punkten des römischen Prozesses betont wird<sup>3</sup>.

Endlich finden wir den Kontraktsgedanken als stillwirkenden Faktor bei der Bildung mancher das Gerichtsverfahren betreffenden Ausdrücke. Dafs regelmäfsig gesagt wird *litem contestari cum aliquo*, das wissen wir bereits. Ebenso agiert („klagt“) der Römer nicht wider, sondern mit dem Gegner (*cum reo*), und der Beklagte heifst demgemäfs gewöhnlich *is cum quo agitur*. Unzweifelhaft liegt diesem *cum* die Idee zu Grunde, dafs nur der-

<sup>1</sup> Hier ist allerdings Legisaktionenprozefs vorausgesetzt; vgl. noch Plaut. Casina III 2 v. 31 (Rudorff zu Puchta, Institutionen Bd. I § 172 N. x).

<sup>2</sup> Vgl. L. Rubr. c. 19 u. 21; Pomp. l. 23 D. de sol. (46, 3); Papin. Vat. 263; Ulp. l. 2 § 8 D. de her. uend. (18, 4), l. 10 D. de adm. tut. (26, 7), l. 11 § 1 D. de nou. (46, 2); Paul. l. 29 D. eod., l. 65 pr. D. p. soc. (17, 2), l. 76 § 1, l. 83 § 1 D. de V. O. (45, 1); Modest. l. 103 D. eod.

<sup>3</sup> S. Cic. p. Caec. c. 8 § 22; Gai. IV. 170; Cic. p. Cluent. c. 43 § 120; Afr. l. 18 D. de iurisd. (2, 1); Ulp. l. 15 D. eod., l. 1, l. 2 § 1 D. de iud. (5, 1); Pomp. l. 80 D. eod.; Paul. l. 28 D. ad mun. (50, 1); Ulp. l. 57 D. de re iud. (42, 1), l. 26 D. eod.; Celsus-Ulp. l. 1 § 10 D. de o. n. n. (39, 1).

jenige einen Prozefs erzielt, der sich zuvor mit seinem Gegner verträgt.

Unsicherer ist es, ob in gleicher Weise auch das *consistere* (*cum aliquo*, häufig: *adversus aliquem*) und *conuenire* zu verstehen sei. Das *cum* in diesen Worten scheint hinreichend erklärt zu sein durch die Zweiseitigkeit des römischen Prozesses: durch die Notwendigkeit der Anwesenheit beider Parteien, auch des Beklagten auf der Gerichtsstätte (*in iure*).

Dagegen darf schließlicly noch der häufigen Verwendung der Sponsio im Interdiktenverfahren und auferhalb desselben gedacht werden. Wo' eine solche Wette der Litiskontestation vorausgeht, da wird der Weg zum Geschwornengericht erst geöffnet durch zwei aufeinander folgende Verträge, deren einer den anderen vorbereitet.

Von dem durch die vorstehende Erörterung gewonnenen Standpunkt aus wird es vielleicht gelingen, in der Lehre von den fakultativen Prozefsformen zu etwas bestimmteren Vorstellungen zu gelangen<sup>1</sup>. Durch die Lex Aebutia war in weitem Umfang, durch die Julische Gerichtsordnung auf einem beschränkteren Gebiete den Parteien die Wahl der Prozefsformen anheimgegeben. Ob als *modus agendi* das Verfahren mit *Legisactio* oder *per concepta uerba* anzuwenden sei, das hatten die Parteien unter entscheidender Mitwirkung des Prätors festzustellen.

Nun ist aber die Frage, wie agiert werden soll, identisch mit der Frage, in welcher Weise die Lis zu kontestieren sei. Bedenkt man weiter, daß das Spruchformelverfahren ohne mitsprechenden Beklagten ebensowenig gedacht werden kann wie der Prozefs mit Schriftformel, wenn der Beklagte das *iudicium* zurückweist, so ergibt sich von selbst die Notwendigkeit einer Vereinbarung der Parteien nach Äbutischem wie nach Julischem Prozefsrecht. Fördern konnte der Magistrat das Zustandekommen dieser Paktio,

<sup>1</sup> Vgl. Wlassak, Prozefsgesetze I § 10 (S. 122, 123) u. § 15.

indem er den ohne zureichenden Grund widerstrebenden Beklagten mit Zwangsmaßregeln bedrohte oder andererseits dem Kläger gegenüber Verweigerung seiner Mitwirkung (*denegatio actionis*, bez. *iudicii*) in Aussicht stellte, wenn dieser eine unpassende Prozeßform in Vorschlag brachte<sup>1</sup>. Die Befugnis, hinsichtlich des *modus agendi* den ersten Antrag zu stellen, wird wohl dem Kläger zugestanden haben.

Ausdrücklich bestätigt finde ich das Erfordernis des Parteienvertrags über die Prozeßform in der l. 27 D. de R. I. (50, 17) von Pomponius:

. . . *actionum modus uel lege uel per praetorem introductus priuatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos conuenit.*

Der Jurist sagt: der *modus*<sup>2</sup> *agendi* ist *iuris publici*. Die Parteien können aber einverständlich, bevor es zur Litiscontestation kommt, die Wahl treffen zwischen mehreren an sich zulässigen Verfahrensarten. Die zunächst auffallende Wendung: *cum inchoatur actio*, welche den Zeitpunkt der Streitbefestigung bezeichnet, wird verständlich, wenn man annimmt, daß *actio* hier in der alten Bedeutung = Prozeß<sup>3</sup> gebraucht sei, welche in den Schriften der spätklassischen Zeit nur sehr selten begegnet. Und in der That läßt sich gerade bei Pomponius, dem Verfasser unserer Stelle<sup>4</sup>, das Wort *actio* in dem angegebenen Sinne auch sonst [l. 76 (M. 77) § 1 D. de furt. 47, 2: *furti actionem inchoat*] nachweisen, während andere Juristen fast überall statt *actio*, *lis inchoata* oder *iudicium inchoatum* schreiben<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. Prozeßgesetze I S. 125, 233, 234.

<sup>2</sup> Vielleicht steht die Phrase: *de eadem re alio modo*, die wir aus Cicero kennen (Prozeßgesetze I S. 89), in Beziehung zur Wahl der Prozeßform.

<sup>3</sup> Vgl. Prozeßgesetze I S. 30, 31.

<sup>4</sup> Die l. 27 D. cit. halte ich nach wie vor (P. G. I S. 122) für entstellt durch einen Eingriff der Kompilatoren. Nur aus den Worten: *cum inchoatur actio* ist die Byzantinische Bearbeitung nicht zu erkennen.

<sup>5</sup> So z. B. Scaeu. l. 5 D. rat. r. (46, 8); Papin. l. 11 D. fin. reg. (10, 1); Ulp. l. 26 D. de O. et A. (44, 7); Paul. l. 54 D. de re iud. (42, 1); Venul. l. 25

Ist so der Verdacht einer Tribonianschen Interpolation im Schlufssatze des Fragments beseitigt und im früheren nachgewiesen, daß die Litiskontestation Einverständnis der Litiganten voraussetzt, so darf nunmehr die in meinen Prozeßgesetzen I S. 122, 123 vorgeschlagene Auslegung der l. 27 D. cit. wohl als gesichert gelten.

## VII.

Im bisherigen ist der Versuch unternommen, die Form der Streitbefestigung des Formularprozesses zu ermitteln ohne Berücksichtigung der im Auszuge des Paulus Diaconus aus Festus erhaltenen Worterklärung des *litem contestari*. Diese lautet folgendermaßen<sup>1</sup>:

*Contestari litem dicuntur duo aut plures aduersarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: 'Testes estote'*<sup>2</sup>.

Zuerst müssen wir erwägen, ob sich dieser Artikel überhaupt auf den in der vorliegenden Abhandlung erörterten Gegenstand bezieht. Keller hat schon in seiner Monographie (§ 1) den Zeugenaufruf, von dem Festus spricht, dem Legisaktionenverfahren zugewiesen und den Wegfall desselben bald nach Einführung der Schriftformel behauptet. Die alten *testes* — so sagt er — hätten die Aufgabe gehabt, alles, was in Jure geschehen war, in *Judicio* zu bezeugen. Nun sei aber die Formel ein weit vollkommeneres Mittel, um die Kenntnis des vor dem Prätor Verhandelten zu erhalten; darum konnte wohl der Zeugenaufruf, der nun überflüssig war, im neueren Verfahren nicht lange mehr im Gebrauche bleiben.

§ 4 D. quae in fr. (42, 8). *Actio inchoata* finde ich bei Paul. l. 21 pr. D. de inoff. t. (5, 2), Cons. VI. 8, 9, (Wat. 65 — von Mommsen ergänzt); vgl. noch Gai. IV. 123; Ulp. l. 3 D. de iud. (5, 1), l. 10 § 14 D. quae in fr. (42, 8).

<sup>1</sup> Bei Bruns-Mommsen, Fontes p. 335 (ed. V.).

<sup>2</sup> Dazu noch p. 38 der Müllerschen Ausgabe: *Contestari est, cum uterque reus dicit: 'Testes estote'*.

Bethmann-Hollweg, der zunächst in der Tübinger kritischen Zeitschrift<sup>1</sup> Widerspruch erhoben hatte, — nicht wegen des Wortlauts der Festusstelle, sondern aus anderen Gründen — schloß sich später<sup>2</sup> ebenso wie Zimmern<sup>3</sup>, Puchta<sup>4</sup> und die meisten anderen der Kellerschen Darlegung an, die denn auch gegenwärtig in der Hauptsache allgemein für richtig gelten dürfte.

Demnach wäre es vielleicht erlaubt, die Nachricht des Festus hier unbeachtet zu lassen. Allein der herrschenden Ansicht scheinen doch so gewichtige Bedenken entgegenzustehen, daß eine Untersuchung kaum zu vermeiden ist.

Vor allem ist zu fragen, wie man denn zu dem Schlusse kommt, daß der Epitomator des Verrius Flaccus vom *Legisaktion*en prozeß rede? Der Artikel selbst enthält augenscheinlich nichts, was dazu berechtigt. Der Zeugenaufwurf wird darin anscheinend als etwas zur Zeit, d. h. unter der Regierung des Augustus, Übliches dargestellt<sup>5</sup>. Damals aber — auch vor der Julischen Gerichtsordnung — griffen die Parteien sicher nur mehr ausnahmsweise zu dem Verfahren mit Spruchformeln. Selbst wenn es Varro wäre, der zu uns spräche, bliebe dieser Einwand noch bestehen. Man könnte nur mit der Vermutung antworten, daß Paulus Diaconus einen beschränkenden Zusatz gestrichen habe.

Sodann heißt es: der Zeugenaufwurf erfolge *ordinato iudicio*. Mag man nun unter *iudicium* die „Schriftformel“ oder den „Prozeß“ des Äbutischen Rechts verstehen oder das „Gericht“, in keinem Fall ist die citierte Phrase am Platze, wenn der Verfasser

<sup>1</sup> Bd. V S. 75—77.

<sup>2</sup> Civilprozeß Bd. I S. 178.

<sup>3</sup> Rechtsgeschichte Bd. III S. 359.

<sup>4</sup> Institutionen Bd. I § 172 (S. 527, 528).

<sup>5</sup> *Contestari . . . dicuntur . . . dicere solet*; während sonst bei Festus Veraltetes meist mit dem Worte *dicebatur* oder *dicebant* eingeführt wird. Freilich konnten Versehen bei der Wahl der Zeitform leicht vorkommen; vgl. aber Mommsen, R. Staatsrecht Bd. III<sup>1</sup> S. 233 N. 1.



das Legisaktionenverfahren im Auge hatte<sup>1</sup>. Die Ernennung des Geschwornen war — wie Ubbelohde<sup>2</sup> mit Recht bemerkt — seit der Lex Pinaria (Gai. IV. 15; Pseudo-Asconius in act. II in Verr. I p. 164 Or.) ein Akt, der nicht vor die Litiskontestation fällt, sondern 30 Tage später nachfolgt<sup>3</sup>. Freilich schlägt der genannte Gelehrte vor, die in Frage stehende Wendung in einer Weise aufzufassen, wodurch die angedeutete Schwierigkeit wieder beseitigt wäre. *Ordinato iudicio* soll nämlich soviel bedeuten wie *causa per sortem ordinata*<sup>4</sup>. Allein diese Erklärung beruht im wesentlichen nur auf einer Bemerkung des Grammatikers Servius im Vergilkommentar (ad Aeneid. VI 431), deren Tragweite nach meinem Ermessen von O. E. Hartmann<sup>5</sup> weit über Gebühr geschätzt ist.

Danach werden wir wohl erwägen müssen, ob die Festusstelle nicht besser auf den Formularprozefs zu beziehen sei. Das Wort *iudicium* würde dann nicht mehr stören; nur die *ordinatio*, die der Aufforderung zum Zeugnis voraufgeht, könnte noch ernstliche Bedenken erregen, wenn man folgendes beachtet.

Nach allgemeiner Ansicht ist das von den Parteien gesprochene *testes estote* der letzte, der „Schlusfakt“ des Verfahrens in Jure, und *ordinato iudicio* übersetzen wohl die meisten mit Keller<sup>6</sup>: „nachdem das Judicium angeordnet ist“. Sollen nun die *testes*

<sup>1</sup> Schwerlich stand in dem Artikel *Sacramentum* (F. 344 — Bruns, Fontes p. 363) ursprünglich: *iudicio*. Verrius schrieb vermutlich: *qui in iure inter se contenderent*.

<sup>2</sup> Bei O. E. Hartmann, Ordo I S. 457 N. 49. Über die Richterbestellung im Formularverfahren vgl. S. 461—466.

<sup>3</sup> Danach ist wohl die Definition der „altrömischen“ Litiskontestation bei Dernburg, Pandekten Bd. I S. 353, auch S. 180 (2. A.) („ursprünglich die beiderseitige Annahme des Geschworenenrichters“) abzuändern.

<sup>4</sup> S. Ordo I S. 448.

<sup>5</sup> Ordo I § 32—34. [Quintilian] Declam. CCL kann nicht für Hartmanns Lehre angeführt werden. Über Serv. l. c. vgl. Keller, Civilprozefs § 50 N. 595; aber auch Karlowa, Legisaktionen S. 255—258.

<sup>6</sup> L. K. S. 32, 33; s. auch unten S. 72 N. 3.

alles bezeugen, was — vielleicht in verschiedenen Terminen — vor dem Prätor verhandelt wurde<sup>1</sup>, so wäre es geradezu unbegreiflich, weshalb das *testes estote* das Verfahren abschloß statt es einzuleiten. Ist aber diese Vorstellung, die den Römern eine unsinnige Einrichtung zumutet, unbedingt abzuweisen, so hat auch die andere sehr wenig Wahrscheinlichkeit, daß nach dem *lege agere* und später: nach der Edition und Annahme des *Judicium* die Aufforderung zur Bezeugung dieser ebengenannten Formalakte erfolgte. Es wäre das ebenfalls eine Umkehrung der durch die Natur der Sache geforderten Ordnung gewesen<sup>2</sup>.

Will man also die Glaubwürdigkeit des Festus nicht in Frage stellen, so wird wohl Keller<sup>3</sup> widersprochen und ein Unterschied des *iudicium ordinatum* und des *iudicium acceptum* behauptet werden müssen. Wer sagt uns auch, daß die beiden Ausdrücke dieselbe Bedeutung haben? *Ordinare* heißt „ordnen“, „festsetzen“<sup>4</sup>, nach Ausweis der Pandekten auch „vorbereiten“.

So nennt Papinian (l. 8 pr. D. de inoff. t. 5, 2) die *Bonorum possessio*, die agnosziert werden muß, wenn eine nach *Jus civile* nicht erbberechtigte Person ein Testament mit der Querel anfechten will, *b. p. litis ordinandae gratia*; und in einem *Responsum* (l. 26 § 2 D. de test. t. 26, 2) bezeichnet derselbe Jurist den Zweck der im Fall der Klagerhebung erforderlichen prätorischen Konfirmation des einem enterbten Sohne vom Vater bestellten Vormunds mit den Worten: *propter litem inofficiosi testamenti ordinandam*.

Wie hier die Bestätigung des Tutors, so muß auch die Erteilung der *Bonorum possessio* der Litiskontestation im Querel-

<sup>1</sup> So Keller L. K. S. 2, 5 („das ganze in Jure vollzogene Verfahren“).

<sup>2</sup> Dies hat Ubbelohde a. a. O. I S. 448, 449 mit Recht geltend gemacht.

<sup>3</sup> Civilprozefs § 59 in f. (S. 298); unrichtig auch Puchta, Institutionen Bd. I § 172 N. b (S. 523), S. 525, 526; Ubbelohde a. a. O. I S. 463 u. Gött. gel. Anz. v. 1888 S. 383; anders Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. I S. 176, 177, Bd. II S. 203 zur N. 1, S. 485 zur N. 4.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. Gai. I. 112, II. 103, 105.

prozefs voraufgehen<sup>1</sup>; dennoch ist bereits, wie Ulpian (l. 8 § 1 D. 5, 2) im unmittelbaren Anschluß<sup>2</sup> an Papinians erst-erwähnten Ausspruch sagt: *res inofficiosi ordinata*.

Zum nämlichen Ergebnis gelangen wir auch durch eine Prüfung der Pandekten- und Kodexstellen<sup>3</sup>, welche von der *ordinatio* beim *iudicium liberale* handeln. Bekanntlich war es in Rom feststehender Grundsatz:

*hominem, cuius de statu controuersia est, liberi loco esse* (Gai. l. 25 § 2 D. de lib. c. 40, 12).

Nach altem Rechte wurde die provisorische Freiheit in dem Augenblick erworben, wo der Prätor die Vindizien *secundum libertatem* erteilte. Dies geschah, wie Gai. IV. 16 in f. zeigt<sup>4</sup>, erst nach der Kontestierung der *Lis liberalis*. Wie steht es damit in klassischer Zeit? Tritt jener Grundsatz immer erst in Kraft, wenn im Freiheitsprozefs die Streitbefestigung stattgefunden hat? Diese Frage glaube ich verneinen zu müssen.

Das neuere, u. z. prätorische Recht, kennt ein besonderes Vorverfahren für den Fall: *si controuersia erit, utrum ex seruitute in libertatem petatur an ex libertate in seruitutem*<sup>5</sup>. Von diesem

<sup>1</sup> S. Sev. Anton. l. 2 C. de inoff. t. (3, 28): *Quamuis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, . . .*; dazu Glück-Leist, Pand. Ser. d. B. 37, 38, T. II S. 259, 260.

<sup>2</sup> Dieser Zusammenhang schließt m. E. den Gedanken aus, *res ordinata* = *lis contestata* zu verstehen.

<sup>3</sup> Gesammelt bei Keller L. K. S. 35 N. 5.

<sup>4</sup> Dazu Bethmann-Hollweg, Civilprozefs Bd. I S. 142, Ubbelohde a. a. O. I S. 450 N. 37 [neuestens Pfersche, Die Interdikte des Röm. Civilprozesses S. 79; — Grazer Festschrift von 1888].

<sup>5</sup> Vgl. Rudorff, Edictum § 179; Lenel, Edikt § 180. Die Form des Verfahrens kann hier nicht erörtert werden. Nur eines sei bemerkt. Lenel S. 310 meint: „die Worte *eum qui de libertate cogniturus est* (l. 7 § 5 D. h. t. 40, 12 aus Ulp. lib. 55) könne Ulpian augenscheinlich nicht so geschrieben haben.“ Bedenkt man aber, daß die letzten Bücher des Ulpianischen Kommentars unter Alexander verfaßt sind (Fitting, Alter S. 42) und daß eine Konstitution dieses Kaisers von 223 (l. 1 C. si manc. 4, 56) den *practor, cuius*

Verfahren, in dem die Parteirollen für den bevorstehenden Freiheitsprozess verteilt werden, sagt Ulpian (l. 7 § 5 D. h. t.):

... *cum de hoc incertum est, ut possit iudicium (scil. liberale) ordinem accipere, hoc ante . . . disceptatur utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur,*

und Julian bezeichnet (l. 20 D. de prob. 22, 3) den Zeitpunkt, in dem dieses selbe Verfahren beginnt mit den Worten:

... *eo tempore quo primum lis (nämlich die künftige lis liberalis) ordinaretur.*

Demnach erscheint als das Ziel des Vorprozesses nach römischer Ausdrucksweise die *ordinatio* der *causa liberalis*.

An die Entscheidung in dem genannten Vorverfahren hätte der Prätor möglicherweise den Erwerb der provisorischen Freiheit anknüpfen können. Dafs er es wirklich gethan hat,<sup>1</sup> u. z. schon in republikanischer Zeit (vgl. l. 24 § 1 D. h. t.: . . . *Servius*), das beweisen unter anderen<sup>2</sup> folgende Fragmente:

*de liberali causa iurisdictio est*, erwähnt, so erweist sich Lenels Behauptung als sehr unwahrscheinlich. Vgl. noch Pernice in d. Festgabe f. Beseler S. 64.

<sup>1</sup> Dies ist schon von Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 220, 221 bemerkt, während Lenel a. a. O. S. 304, 305 (ebenso Ubbelohde Gött. g. Anz. v. 1888 S. 370) anscheinend der hier bekämpften Ansicht huldigt. Der prätorische Grundsatz hat sich nicht „aus der Vorschrift der Zwölf-tafeln über die Vindizienerteilung herausentwickelt“. Auch wird man mit Rudorff, Edictum § 179 p. 166 annehmen müssen, — was L. leugnet — dafs vom „ordinare“ iudicium im Edikte die Rede war. Darauf weist der ständige Gebrauch des Wortes in der Lehre von der *liberalis causa* hin, während sonst die angeführte Redensart in den Juristenschriften fast gar nicht vorkommt. Auch in den Konstitutionen steht *litis ordinatio* und ähnliches meist nur da, wo die Kaiser vom Freiheitsprozess handeln. Ausnahmen: l. 1 C. ad S. C. Turp. 9, 45 (Antonin — Strafsache), l. 2 C. de consort. 3, 40 (Valentinian); vgl. auch Diokletian Cons. V. 7 und dazu pr. J. de p. iud. (4, 18).

<sup>2</sup> S. Alex. l. 1 C. qui dare tut. (5, 34), l. 2 C. de ord. cogn. (7, 19), l. 4 § 1 C. ne de st. (4, 21). In den Krügerschen Ausgaben der l. 31 C. de lib. c. 7, 16 (Diocl.) ist die Interpunktion unrichtig: nach *sollemnibus ordinatis* muß ein Komma gesetzt werden. Wegen der *sollemnia ordinata* vgl. Diocl. in l. 11 C. de lib. c. (7, 16), l. 15 C. eod., l. 5 C. de o. cogn. (7, 19).

Gaius l. 25 § 2 D. h. t.:

*Licet vulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem cuius de statu controversia est, liberi loco esse . . . cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere . . .*

Ulpian l. 24 pr. § 3 D. eod.:

*Ordinata liberali causa liberi loco habetur is qui de statu suo litigat . . . ordinato liberali iudicio interim pro libero habetur . . .*

und eine Konstitution Diokletians l. 14 C. de lib. c. (7, 16):

*Lite ordinata in possessione libertatis is, de cuius libertate quaeritur, constituitur et interim pro libero habetur.*

Die Verselbigung der in diesen Stellen erwähnten *lis ordinata* und der *lis contestata*<sup>1</sup> ist durch gar nichts gerechtfertigt und durch die Verweisung auf l. 20 D. de proc. und l. 7 § 5 D. h. t. wohl genügend widerlegt. Es wäre auch ganz unerklärlich, weshalb der Ausdruck *ordinatio* gerade für die Streitbefestigung im *iudicium liberale* gewählt wurde, während sich die Römer zur Bezeichnung derselben Prozeßhandlung bei allen übrigen Klagen durchaus der oben erläuterten anderen Namen bedienen.

Nach allem dem erscheint das in Frage stehende *ordinare* gewifs als etwas von dem *litem contestari* im Freiheitsprozefs Verschiedenes: als ein diesem voraufgehendes besonderes Verfahren. Sobald in dem letzteren die Entscheidung getroffen ist, gilt für das Individuum, über dessen Status gestritten wird, der Satz: *pro libero habetur*. Nur wo der Vorprozefs hinwegfällt, weil sich die Litiganten vorweg über die Verteilung der Partierollen im *Judicium liberale* geeinigt hatten, kommt auch im klassischen Recht noch das *altcivile* Prinzip zur Anwendung,

<sup>1</sup> Vgl. noch Paul. l. 24 pr. § 3 D. h. t. (40, 12), wo die *ordinatio* der *liberalis causa* und die *litis contestatio* in anderen Prozessen nebeneinander genannt sind.

demzufolge der provisorische Freiheitsbesitz erst erworben wird, wenn bereits Lis kontestiert ist<sup>1</sup>.

In drei verschiedenen Fällen hat sich dem Gesagten nach genau dieselbe Bedeutung des *ordinare iudicium* oder *litem* herausgestellt. Die Bonorum possessio, die nach l. 8 pr. D. de inoff. t. (5, 2) gegeben, der Tutor, der nach l. 26 § 2 D. de test. t. (26, 2) bestätigt wird, und die Entscheidung über die Parteirollen im *Judicium liberale* treffen in einem Punkte zusammen. Der Zweck ist überall der nämliche: die Vorbereitung eines in Aussicht stehenden Prozesses, und in diesem Sinne ist offenbar in allen hier in Betracht genommenen Pandektenstellen die *ordinatio* zu verstehen.

Als Subjekt, dem dieses *ordinare* zugeschrieben wird, erscheint in den beiden ersten Fällen der Prätor, im dritten ebenfalls, sofern man magistratische Kognition annimmt. Denkt man aber an eine Instruktion des Streitenden über die Parteirollen durch (honorarische) Präjudicialformel, so hatte der Prätor immer noch entscheidend mitzuwirken bei der Vorbereitung der *Causa liberalis*. Wenn daher Seneca<sup>2</sup> unter den Personen, die fremden Rats bedürfen, auch den *litis ordinator* anführt, so ist sicher der rechtsprechende Beamte gemeint. Übrigens „ordiniert“ natürlich der Magistrat in keinem der obigen Fälle, ohne hiezu mindestens von einem der Litiganten aufgefordert zu sein. Daher kann auch diesen ein gewisser Anteil am *ordinare litem* zugesprochen werden.

<sup>1</sup> So ist Ulp. l. 12 D. ex quib. c. m. (4, 6) zu verstehen; vgl. auch Ulp. l. 1 § 21 D. de ui (43, 16). In l. 6 C. de ord. c. 7, 19 (Diocl.) ist unsere Frage nicht berührt.

<sup>2</sup> Epist. 109, 14 (Haase). Bei Cicero habe ich die Wendung: *ordinare iudicium, litem* bisher vergeblich gesucht. Das Citat in Forcellinis Lexikon ist falsch. In den Reden kommt nach Merguet *ordinare* niemals vor. Die Lesart der älteren Ausgaben von Cic. de orat. II c. 10 § 43: *in lite ordinanda* ist jetzt allgemein ersetzt durch das auf einer Konjekture des Gulielmus beruhende: *in l. oranda*. Die besten Handschriften haben: *ornanda*.

Das aus den Schriften der Juristen, unter denen sich auch Servius (l. 24 § 1 D. de lib. c.) befindet, gewonnene Ergebnis kann, wie ich glaube, ohne weiteres verwertet werden zur Erläuterung der Festusstelle. Die darin vorkommende *ordinatio iudicii* will also keineswegs hindeuten auf die bereits vollzogene Streitbefestigung. Vielmehr dürfen wir jetzt unbedenklich übersetzen: „nachdem das *Judicium* vorbereitet ist“ oder, wenn ich meine Auffassung deutlicher aussprechen soll: „nachdem die Schriftformel vom Prätor festgestellt (genehmigt) ist“. Dieser Akt des prozefsleitenden Magistrats ging nach dem oben (S. 31, 32) Ausgeführten dem *iudicium edere* und *accipere* der *aduersarii*<sup>1</sup> vorher. Aus Festus ersehen wir nun, daß der Zeugenaufruf zwischen der Formelgenehmigung erfolgte, die Sache des Prätors, und der Streitbefestigung, die Sache der Parteien war; und damit dürfte eine Reihenfolge der prozessualischen Handlungen auf Grund der Quellen gefunden sein, die auch ohne besondere Nachricht als die allein sachgemäße hypothetisch anzunehmen wäre.

Die Umstehenden wurden also nicht erst hinterdrein aufgefodert, etwas zu bezeugen, was sie vielleicht gar nicht gesehen und gehört hatten; vielmehr richteten die Parteien, und zwar beide, wie dies dem Vertragscharakter des Aktes entsprach, vorher an die Anwesenden die Bitte, ihre Aufmerksamkeit dem nun Folgenden zuzuwenden: im Legisaktionenprozefs dem Hersagen der Spruchformel und sonstigen feierlichen Handlungen, im honorarischen und Äbutischen Prozefs der Übergabe oder dem Diktat und der Annahme der schriftlichen *concepta uerba*.

Mußten wir bisher einen noch unbetretenen Weg einschlagen, um zu einer befriedigenden Auslegung des Festusartikels zu gelangen, so wird ein weiterer Einwand, den man aus derselben

<sup>1</sup> Wegen der *duo aut plures aduersarii* bei Festus vgl. einstweilen Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. II S. 467 zur N. 54.

Quelle gegen die oben vertretene Auffassung der Streitbefestigung entnehmen könnte, leicht zu widerlegen sein durch Verweisung auf das schon von anderen Gesagte.

Ohne Zweifel verlangt ja die Frage noch eine Antwort, ob nicht der von uns festgestellte Begriff der Litiskontestation ein durchaus anderer ist als derjenige, den Verrius Flaccus im Sinne hat. Allein der anscheinend vorhandene Widerspruch ist aufgehoben, sobald man erkennt, daß das alte Lexikon nur von der Herkunft des Namens der Litiskontestatio berichtet<sup>1</sup>, keineswegs aber den Begriff derselben bestimmen will. Daher ist es nicht zu billigen, wenn Walter<sup>2</sup> und selbst Schriftsteller wie Keller<sup>3</sup> und Bethmann-Hollweg<sup>4</sup>, welche bei Festus nur eine Worterklärung finden<sup>5</sup>, doch wieder Zeugenaufruf und *litis contestatio* verselbigen. Demgegenüber behaupten wir: das beiderseitige *testes estote* der Parteien war nicht die Streitbefestigung und gewiß nicht der Kern derselben.

Wie aber kam unser Prozeßsakt zu der noch heute üblichen Bezeichnung? Sollte vielleicht die Herleitung des Namens bei Festus unrichtig sein? Oder, wenn sie richtig ist, soll der Aufruf der Zeugen als Bestandteil der Litiskontestatio gedacht werden oder als ein zu derselben nur hinzukommender Akt?

Wer zunächst die Quellen der Hadrianischen und Severischen Zeit zu Rate zieht, wird wohl geneigt sein, der Aufforderung dritter zum Zeugnis sehr wenig Wichtigkeit beizulegen. Bekanntlich ist weder bei Gaius noch in den anderen Überresten der klassischen Rechtsliteratur noch sonst irgendwo nur die geringste Spur vom Zeugenaufruf zu entdecken. Mag auch das

<sup>1</sup> *Contestari litem dicuntur . . quod utraque pars dicere solet.*

<sup>2</sup> S. oben S. 11, 13.

<sup>3</sup> Civilprozeß § 59 S. 297; s. auch Wach, Hdb. d. Civilprozeßrechts Bd. I S. 26.

<sup>4</sup> Civilprozeß Bd. I S. 177.

<sup>5</sup> Vgl. Keller L. K. S. 9—11; Bethmann-Hollweg in d. Tüb. Ztschr. Bd. V S. 73.



Stillschweigen der Justinianischen Pandekten nicht entscheidend sein, so müßten doch die Gaianischen Institutionen der *testes* gedenken, wenn es unter Pius noch rechtliches Erfordernis gewesen wäre, vor ihnen den formellen Prozeßvertrag abzuschließen.

Aus dem Jahre 202 liegt uns sogar in der schon besprochenen Konstitution des Severus (l. un. C. de lit. cont. S. 45, 46) ein positiver Beleg vor für den Wegfall des Zeugenaufrufs<sup>1</sup>. Wäre dieser noch im Gebrauch gewesen, so hätte eine Verwechslung der ersten und zweiten *editio actionis* nicht leicht stattfinden können.

Darnach ist es vielleicht nicht zu gewagt, Gewicht zu legen auf das *solet* in der Festusstelle<sup>2</sup>. Es wäre also schon in Augusteischer Zeit nur üblich, nicht notwendig gewesen, sich an den Umstand zu wenden mit den Worten: *testes estote*. Wer dem nicht beistimmen will, der müßte sagen: der Zeugenaufruf sei zwar dem Verrius noch als rechtliches Erfordernis bekannt, später aber durch derogierende Gewohnheit beseitigt. Unmöglich ist diese letztere Annahme keineswegs, doch spricht wohl mehr dafür, aus dem *solet* bei Festus auf eine bloße Gepflogenheit zu schließen, die schon zu Beginn der Kaiserzeit nicht mehr auf rechtlichem Gebote beruht.

Dadurch sehen wir uns freilich vor die schwierige Frage gestellt, ob vielleicht der Zeugenaufruf denselben Charakter schon im Legisaktionenverfahren hatte? Eines scheint zum mindesten festzustehen, obwohl es noch nicht klar genug ausgesprochen ist<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Vgl. auch Keller L. K. S. 12, Bethmann-Hollweg in d. Tüb. Ztschr. Bd. V S. 74.

<sup>2</sup> Ausdrücklich sei bemerkt, daß die Juristen, insbesondere Gaius, häufig *solere* schreiben, wo anscheinend an die Möglichkeit einer Ausnahme gar nicht gedacht ist.

<sup>3</sup> Litteratur bei Keller-Wach Civilpr. § 12 N. 186, dazu noch Krüger, Konsumtion S. 11; Karlowa, Legisaktionen S. 342—344, 376, 377; A. S. Schultze a. a. O. I S. 496—502; Hartmann-Ubbelohde, Ordo I S. 447—450, S. 457 N. 49 Jörs a. a. O. I S. 170.

die Aufforderung zur Zeugenschaft war auch im Spruchformelprozefs höchstens eine die eigentliche Streitbefestigung, die *actio*, begleitende Solennität, niemals ein selbständiges Geschäft, dem etwa die Konsumtion des Klagerechts zuzuschreiben wäre. Lautet doch eine vielerörterte Regel, deren hohes Alter kaum einem Zweifel unterliegt:

*bis de eadem re ne sit actio*<sup>1</sup>,

und damit übereinstimmend der Bericht des Gaius (IV. 108) über die Legisaktionenzzeit (*alia causa fuit olim legis actionum*):

*nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat,*

endlich die Erzählung desselben Schriftstellers (IV. 11) von der Verwendung einer dem Gesetzeswort nicht genügend angepassten Klageform:

*. . eum qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, . . .*

Wie es verfehlt ist, diesen Aussprüchen Ungenauigkeit vorzuwerfen, so dürfen dieselben andererseits auch nicht in Verbindung mit der Festusstelle dazu benutzt werden, die „Vollziehung des Ritus (der *legis actiones*)“ und die Litiskontestation auseinander zu halten und weiter zu lehren: „in früherer Zeit“ habe sich die Konsumtion an den ersteren, nicht an den letzteren Akt geknüpft<sup>2</sup>. Gegen diese Aufstellung spricht so gut wie alles.

<sup>1</sup> Die Belege zählt Bekker, Konsumtion S. 21—26 auf (dazu Aktionen Bd. I S. 334—336) und Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. II § 78 N. 1; vgl. auch oben S. 40, 41 u. N. 1 auf S. 57.

<sup>2</sup> So Dernburg in d. Heid. krit. Ztschr. Bd. II S. 343 und Bethmann-Hollweg in d. Tüb. Ztschr. Bd. V S. 76, Civilpr. Bd. I S. 178 zur N. 5. Die entgegengesetzte — ebenso anfechtbare — Behauptung bei Demelius, Confessio S. 90—92: „Konsumierende Wirkung hat der Akt der Litiskontestation“, der verschieden ist von dem „Aussprechen der Spruchformeln“, und wohl auch bei Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 486 zur N. 11. Vgl. noch Sohm, Institutionen § 84 N. 2 (S. 131—2. A.), der einen „formellen“ und „materiellen“ Begriff der L. K. aufstellt.

Dafs die Römer der Republik an dem Grundpfeiler ihres Prozesses gerüttelt, den „Normalpunkt“ verrückt hätten, das ist im höchsten Grade unwahrscheinlich, und nicht die leiseste Andeutung der vorausgesetzten Rechtswandlung ist in den Quellen aufzufinden.

Man wird vielmehr mit voller Zuversicht die genaue Übereinstimmung des älteren und des jüngeren Prozeßsystems in der Grundanlage behaupten dürfen. Die Litiskontestation ist hier und dort eine auf der Übereinkunft der Parteien beruhende feierliche Handlung, deren Wesen keiner Änderung unterlag, während die äufsere Form allerdings eine andere wurde.

In alter Zeit wird der Streit befestigt durch das Aussprechen der Aktionen, zuweilen in Verbindung mit symbolischem Thun; in nachhäbutischer Zeit (und vorher schon nach prätorischem Recht) durch das Edieren und Hinnehmen der Schriftformel. In beiden Systemen wird die Litiskontestation eingeleitet durch die vom Kläger und vom Beklagten an die Umstehenden gerichtete Aufforderung zur Zeugenschaft. Niemals war dieses *testes estote* der Kern des ganzen Aktes, immer nur eine begleitende Förmlichkeit, ursprünglich den Parteien anscheinend vom Rechte auferlegt, später, und zwar schon unter dem ersten Princeps, nur mehr als ungebotene Übung festgehalten.

Ob der Zeugenaufruf schon im Legisaktionenverfahren der Republik blofs gebräuchlich war, das wird kaum sicher zu entscheiden sein. Hält man die *testes* nicht lediglich für Solennitätszeugen, sondern auch für berufen, durch Aussage vor dem Geschwornen das Ob und Wie der Litiskontestatio<sup>1</sup>, wenn darüber Streit entstand, festzustellen, und schließt man zugleich die Möglichkeit aus, dafs der Judex vom Prätor unmittelbar eine Mitteilung über die *legis actio* erhielt, dann erscheint das *testes estote* als ein fast unentbehrliches Stück der feierlichen Prozeßinstruktion.

---

<sup>1</sup> Nicht, wie Keller L. K. S. 2, 5, 14 (ebenso Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 481) meint, die „ganze Verhandlung in Jure“.

Unterstützt wird diese Annahme noch durch das Vorkommen von *superstites praesentes*<sup>1</sup>, die wir aus Cicero (pro Mur. c. 12 § 26) und Festus (p. 305 — Bruns Font. p. 371) kennen, bei der Grundstücks-Vindikation und in noch höherem Maße durch das wahrscheinlich ziemlich alte Wort, das zur Bezeichnung der Streitbefestigung dient. Ohne Zweifel fällt es schwer, sich die Entstehung des Namens: *litis contestatio* anders vorzustellen als so, daß der Zeugenaufruf ehemals ein notwendiger Bestandteil der Streitbefestigung war. Wie konnte man sonst darauf verfallen, den Namen von einer Formalität zu entlehnen, die nicht zum Prozeßvertrag selbst gehörte, sondern nur in Verbindung mit demselben stand, und die ferner nicht rechtliches Erfordernis war, sondern bloß thatsächlich der Regel nach beobachtet wurde?

Als letzte bleibt jetzt noch die oben (S. 78) zuerst erwähnte Frage übrig, ob sich vielleicht eine andere Worterklärung als die bei Festus mitgeteilte auch gegen die Autorität des alten Lexikons vertreten läßt? Irre ich nicht, so war schon Bethmann-Hollweg<sup>2</sup> nahe daran, die überlieferte Ableitung des Namens zu verwerfen, wenn er sagt:

„*Contestari aliquem* heißt allerdings: „jemanden zum Zeugen aufrufen“. Hingegen das davon abgeleitete *contestari aliquid*: „etwas in Gegenwart von Zeugen förmlich erklären“ soviel als: *testato dicere, protestari*. *Litem contestari* konnte daher nicht wohl die Zeugenaufrufung selbst heißen, sondern nur eine feierliche Erklärung der Lis, . . . deren Beweis durch jene Zeugenaufrufung gesichert werden sollte.“

Ob es zu kühn wäre, noch einen Schritt weiter zu gehen und zu behaupten: *contestari litem* bedeute die feierliche beiderseitige Feststellung der Lis von seiten der Parteien, wobei die Auf-

<sup>1</sup> Eine neue Auffassung dieser Zeugen in der Vorrede zur 4. Aufl. von Jherings Geist Bd. IV S. X.

<sup>2</sup> In der Tüb. Ztschr. Bd. V S. 73; s. auch Civilpr. Bd. II S. 481 zur N. 12.

forderung dritter zur Zeugenschaft gleichgültig war, das mögen Geübtere beurteilen. In den Pandekten kommt der Ausdruck *contestari* in dem letzterwähnten Sinne wirklich vor bei Juristen der spätklassischen Periode (Paul. Dig. 27, 1, 38; 50, 1, 20; 50, 2, 7, 3; u. Sent. II. 14, 6; Ulp. Dig. 4, 4, 20<sup>1</sup>). Doch ist in diesem Fall ein Rückschluß auf die Sprachweise einer um viele Jahrhunderte zurückliegenden Zeit wohl nicht gestattet. Demnach wird es sich empfehlen, an der Nachricht des Festus einstweilen festzuhalten, solange wir nicht imstande sind, gegen dessen Erklärung wirklich stichhaltige Einwendungen vorzubringen.

### VIII.

Zum Schlusse sei es noch gestattet, auf Grund der Ergebnisse dieser Untersuchung den Legisaktionenprozefs mit dem Formularverfahren zu vergleichen. Zumeist geschieht das mit der ausgesprochenen Absicht, die wesentlichen Verschiedenheiten der beiden Systeme ins Licht zu stellen.

In dem einen findet man<sup>2</sup>: „feierliche Worte und Handlungen der Parteien“ und einen nur passiv assistierenden Magistrat; in dem anderen Verhandlung der Litiganten „in völlig freier und an keinerlei Solennität gebundener Rede“ und Gestaltung der Lis in maßgebender Weise durch den Prätor, der die Formel „redigiert und erteilt“.

Diese Auffassung ist nach meinem Ermessen unbedingt zu verwerfen. Das eine, die Betonung des Wechsels in der Stellung

<sup>1</sup> S. auch Modest. l. 13 § 10 D. eod. (27, 1); andererseits Julian l. 1 § 12 D. de agnosc. lib. 25, 3: . . *contestato dixerit* . . ; Ulp. l. 1 § 1 D. q. iussu (15, 4): . . *testato iusserit*; dazu die gründliche Ausführung von Kipp, Litisdenuuntiation § 10.

<sup>2</sup> Keller Civilpr. § 23 S. 111, 112; ebenso Bethmann-Hollweg, Tüb. Ztschr. Bd. V S. 76, Civilpr. Bd. II S. 7, 208; Puchta, Institutionen Bd. I § 80 S. 191, § 172 S. 528 („eine von allen Feierlichkeiten entblößte Verhandlung“) u. andere, neuestens Jörs a. a. O. I (trotz der Verweisung auf Jhering in Note 1 S. 181) S. 174, dazu S. 186.

des Gerichtsmagistrats, enthält zum mindesten eine Übertreibung<sup>1</sup>, das andere aber, die Gegenüberstellung der feierlichen Parteiprüfung (*legis actiones*) und der freien Rede der Litiganten, ist geradezu falsch.

Etwas abgeschwächt erschien übrigens der angenommene Gegensatz schon dadurch, daß manche Gelehrte dem alten Prozesse eine vor dem Prätor geführte formlose Verhandlung über die Fassung der *legis actio* zusprachen<sup>2</sup>. Ziemlich bedeutungslos ist es, ob sich diese Einrichtung auch aus den Quellen bestimmt erweisen läßt, da sie doch für schlechthin unentbehrlich gelten muß. Nimmt man dann hinzu, was in dem vorliegenden Aufsatz den Gegenstand der Darlegung gebildet hat: die formelle Streitbefestigung des prätorischen und Äbutisch-Julischen Rechtes, so drängt sich bald die Überzeugung auf, daß die jüngeren Gerichtsordnungen keineswegs jene gründliche Umgestaltung des Römischen Verfahrens zur Folge hatten, die uns in den Darstellungen der modernen Schriftsteller überall entgegentritt.

Vielmehr haben wir das Verhältnis der in Rede stehenden Prozessformen in folgender Weise zu bezeichnen: das Übereinstimmende überwiegt bei weitem die Verschiedenheiten. Vor allem kommt die ungebundene Verhandlung der Parteien in dem älteren wie in dem neueren Systeme vor, und der Zweck derselben ist immer der nämliche geblieben. Im Formularprozeß nicht weniger als im Prozeß mit *Legisactio* ist das eigentliche Ziel des Verfahrens in Jure die *Litiskontestatio*. Diese muß durch „freie“ Parteidreden unter entscheidender Mitwirkung des Magistrats hier wie dort vorbereitet, zwischen den Litiganten ver-

<sup>1</sup> Vgl. Demelius in Grünh. Ztschr. Bd. XI S. 733.

<sup>2</sup> Eine flüchtige Andeutung schon bei Bethmann-Hollweg in d. Tüb. Ztsch. Bd. V S. 76; s. ferner Bekker, Konsumtion S. 36, Aktionen Bd. I S. 91; Jhering, Geist II<sup>2</sup> § 47<sup>2</sup> S. 585, III<sup>1</sup> § 52 S. 88, 89 (3 A.); Karlowa, Legisaktionen S. 341—345 (ausführlich); A. S. Schultze a. a. O. I S. 490 u. a. Ein Versehen ist es, wenn Jhering a. a. O. II<sup>2</sup> S. 649 (in d. 4 A. S. 648) doch wieder sagt: „Während der alte Prozeß mit der Formel begann, . . .“

einbart, nach Form und Inhalt festgestellt werden. Die Litiskontestation selbst aber ist in beiden Systemen ein Formalakt, und die Änderung der Aebutia und Julia bestand keineswegs in der Abschaffung des Formalismus, sondern blofs in der Ersetzung der einen schwierigen und gefährlicheren Form durch eine andere, die elastischer, bequemer und zweckdienlicher erschien<sup>1</sup>.

Erzielt haben — wie ich glaube — die Römer die Verminderung der Prozeßsgefahr unter anderem<sup>2</sup> dadurch, daß der Prätor gegen Fehler in der Schriftformel, die an sich ebenso schädlich waren wie in der Legisaktio, unter Umständen Wiedereinsetzung zugestand<sup>3</sup>, während im alten Spruchprozefs solche Hilfe wahrscheinlich niemals gewährt wurde.

Die letzten Bemerkungen wollen auch zeigen, wie unbegründet es wäre, in der Geschichte des Römischen Civilprozesses trotz der vielfachen legislatorischen Eingriffe schroffe Übergänge anzunehmen. Der Formularprozefs, dessen Name mit dem Wesen durchaus nicht im Widerspruch steht, hat sich erwiesen als ein Verfahren, das von dem Typus der zeitlich vorausgehenden Legisaktio nicht wesentlich abweicht. Soweit dieses jüngere Verfahren volksrechtlich geordnet war (durch die Lex Aebutia und Julia), stellt es sich ohne Zweifel dar als ein legitimer *modus agendi*, wie die anderen von Gai. IV. 12 genannten, mithin als eine wahre *legis actio*, welche auch darin dem Muster des alten Rechtes folgte, daß die Streitbefestigung (das *agere*) in feierlicher Form vollzogen wurde.

Darnach erscheint die Frage nicht überflüssig, weshalb die althergebrachte Bezeichnung einer anderen, die *legis actio* dem *iudicium legitimum* weichen mußte? Vermutlich aus zwei Gründen. Einmal deshalb, „weil mit dem Ausdruck: *legis actio* schon

<sup>1</sup> Vgl. besonders Jhering, Geist II<sup>2</sup> S. 482, 483, 648, 649 (3. A.), der zuerst das „formalistische Element des Formularprozesses“ betont hat.

<sup>2</sup> S. Jhering, Geist an den in der vorigen Note citierten Stellen.

<sup>3</sup> Vgl. Gai. IV. 53—60.

die Vorstellung eines Spruchformelverfahrens unzertrennlich verbunden war“<sup>1</sup>, und sodann auch darum, weil die Lex Aebutia eine Prozeßform einführte, die längst in Rom unter dem Namen: *iudicium* in amtsrechtlicher Geltung stand. Das „kleine Schriftstück“, welches den Mittelpunkt des honorarischen Civilprozesses bildete, wurde natürlich durch die Rezeption ins Civilrecht in seinem Wesen nicht berührt. Daher konnte auch der Äbutische Prozeß nicht treffender bezeichnet werden als durch Übertragung des Namens: *iudicium* auf das neue gesetzliche Verfahren.

---

<sup>1</sup> Röm. Prozeßgesetze I S. 164.



## INHALT.

---

	Seite
Gegenstand der Untersuchung . . . . .	3
I. Die neuere Litteratur. — Kritik derselben . . . . .	4
II. <i>Iudicium</i> in der Bedeutung „Schriftformel“ bei den klassischen Juristen . . . . .	13
III. <i>Rem in iudicium deducere</i> . . . . .	20
IV. <i>Accipere iudicium</i> — <i>iudicio se defendere</i> — <i>agere, petere</i> . . . . .	23
V. <i>Edere, dictare iudicium</i> . — Die Form der Litiskontestation . . . . .	42
VI. Die Litiskontestation ein prozessrechtlicher Parteienvertrag. — Die Wahl der Prozessform durch Parteienvertrag . . . . .	59
VII. Festus über das <i>contestari litem</i> . — Bedeutung des Zeugenaufrufs . . . . .	69
VIII. Der Prozess mit <i>Legisactio</i> und mit Schriftformel . . . . .	88

---

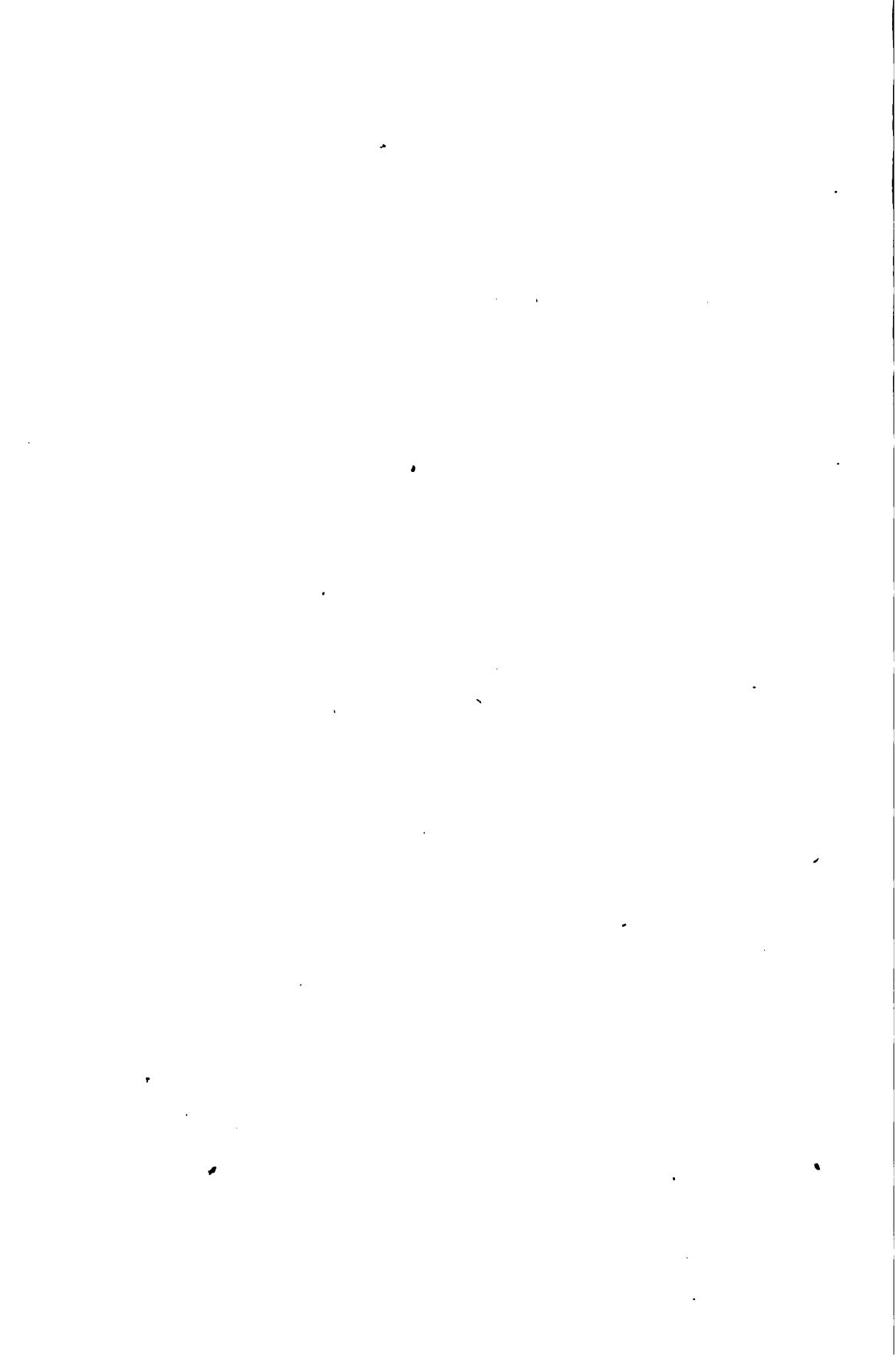
## Nachträge.

Zur S. 9 [61] N. 2 a. E.: Neuestens Pfersche, Die Interdikte des R. Civilprozesses S. 95; Gradenwitz in d. Berl. Festgabe f. Gneist S. 282 N. 2 („die Litiskontestatio ist der Staatsakt, nicht das Judikat“); Czyhlarz, Institutionen S. 355—1889.

Zur S. 72 [124] N. 3 a. E.: Mit Keller stimmt überein Goldschmidt in d. Berl. Festgabe für Gneist S. 96, mit Bethmann-Hollweg Cogliolo, Storia del diritto privato Rom. v. I (1889) p. 204 (*ordinare iudicium* = *iudicem dare*).

Zur S. 79 [131] N. 3 a. E.: Zutreffend Czyhlarz a. a. O. S. 351.

---





*1888. Rom 2, -* *Eg*

Verlag von DUNCKER & HUMBLOT in Leipzig.

- M. Wlassak:** Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens. 1. Abtheilung. 1888. Preis 6 M.
- Paul Krüger:** Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts. (Bindings Handbuch d. D. Rechtswissenschaft I. 2.) 1888. Preis 9 M.; geb. 11 M. 50 Pf.
- E. Brunnenmeister:** Das Tödtungsverbrechen im alt-römischen Recht. 1887. Preis 5 M.
- Rudolf Sohm:** Institutionen des Römischen Rechts. Dritte Auflage. 1888. Preis 8 M.; geb. 9 M. 50 Pf.
- B. Windscheid:** Karl Georg von Waechter. 1880. Preis 2 M.
- Leo Graf Pininski:** Der Thatbestand des Sachbesitzererwerbs nach gemeinem Recht. Eine zivilistische Untersuchung. Zwei Bände. 1885. 1888. Preis 20 M.
- J. Baron:** Pandekten. Sechste Auflage. XX, 779 S. 1888. Preis 13 M. 20 Pf.; geb. 15 M. 20 Pf.
- Ernst Zitelmann:** Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. 1879. Preis 13 M.
- Friedrich Stein:** Der Urkunden- und Wechselprocess. 1887. Preis 6 M. 80 Pf.
- Richard Schmidt:** Die Klagänderung. 1888. Preis 5 M. 40 Pf.
- Konrad Hellwig:** Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Reichs-Civilprozessordnung, unter Berücksichtigung des Preussischen Allgemeinen Landrechts und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1883. Preis 5 M.
- Alexander Grawein:** Verjährung und gesetzliche Befristung. Eine civilistische und wechselrechtliche Untersuchung mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Recht. 1. Theil: Civilrechtliche Grundlegung. 1880. Preis 5 M.
- Gustav Rümelin:** Juristische Begriffsbildung. Akademische Antrittsschrift. 1878. Preis 1 M.



