



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/>

3 2044 097 748 263





HARVARD LAW LIBRARY.

Received

March 11, 1899

~~GERMANY~~

RÖMISCHE PROCÉSSGESETZE.

ERSTE ABTHEILUNG.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

^

RÖMISCHE

C

PROCESSGESETZE.

EIN BEITRAG
ZUR
GESCHICHTE DES FORMULARVERFAHRENS

VON
MORIZ WLASSAK,
PROFESSOR IN BRESLAU.

ERSTE ABTHEILUNG.



8•
LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLLOT.
1888.

Fot W
W

Huschke über Gaius' Institutionen:

*Jure dixeris, praeclariorem de iure civili librum
discontium in usum nunquam scriptum fuisse, siue
dotium eius excellentiam, siue mirificam fructus uber-
tatem species.*

Rec. March 11, 1899

DEM ANDENKEN

DES

RECHTSLEHRERS UND ALTERTUMSFORSCHERS

PHILIPP EDUARD HUSCHKE.

Inhalt.

Einleitung (S. 1—17).

Der Praetor und das Volksgesetz.

Das freie Verordnungsrecht und die Gesetzausführung des Praetors — Die röm. Auffassung der praetorischen Gesetzausführung — Cicero de leg. III c. 1 § 2 — Platon Nom. IV p. 715 c, d — Aristoteles Polit. III c. 6, 13 — Cic. de leg. III c. 3 § 8 — Der Praetor als *lex loquens* — Der Praetor und der moderne Richter — Bülow's Gesetz und Richteramt — Gründe gegen Bülow's Lehre — Die herrschende Vorstellung (Wach) — Montesquieu Esprit XI c. 6 — Ergebniss.

Erstes Capitel (S. 18—57).

Das *Judicium legitimum*. — I. Erklärung des Namens.

- § 1. Das *Judicium legitimum* und *Judicium imperio continens* in der Litteratur S. 18—26
Litteraturübersicht — Keller — Puchta — Huschke — Dernburg — Bethmann-Hollweg — Mommsen — Puntchart — Zu Gell. XX. 10 § 9.
- § 2. *Judicium* und *Actio*. S. 26—31
Judicium bei Gai. IV. 103, 104 — Die *actio* im *iudicium* — *iudicium* = Gericht — *iudicium*: der Process vor dem Geschwornen und vor dem Praetor — *actio* in älterer Zeit = *modus agendi* und = Spruchformel.
- § 3. Die Legitimität des *Judiciums* S. 31—37
Die „Echtheit“ des *Judiciums* — „*legitimum*“ bei den röm. Juristen, bei Cicero, im Monum. Ancyranum — „*legitim*“ in allgemeinerer und in besonderer Bedeutung — Begriffsbestimmung des *iudicium legitimum*.
- § 4. Die Lex die ausschliessliche Grundlage des legitimen Gerichtes S. 37—50
Die Bezeichnung *iudicium legitimum* nach Mommsen und L. Lange irreführend — Die Gegenüberstellung des *iudicium*

imperio continens — Rechtfertigung des röm. Sprachgebrauchs — Die *actio legitima* und *actio praetoria* — *actio quae lege* und *quae datur a praetore* — Paul. in l. 9 pr. D. de edendo (2, 13) — Gai. IV. 112 — Civedicte nach röm. Anschauung unmöglich — Das *Judicium legitimum* beruht nicht auf dem *Imperium* — Das gesetzliche Gericht unabhängig von der Amtszeit des Magistrats.

§ 5. Die *Lex* eine Gerichtsordnung, kein Verfassungsgesetz S. 50—57

Die „verfassungsmäßigen Beschränkungen“ des Magistrats sind dem *Judicium legitimum* nicht eigentümlich — Cic. pro Tull. c. 16 — *legis actio* und *iudicium legitimum* — Fragen.

Zweites Capitel (S. 58—166).

Das Processrecht der *Lex Aebutia*.

§ 6. Gaius und Gellius S. 58—62

Gai. IV. 30, 31 und Gell. XVI. 10, 8 — Würdigung der Aeusserungen des Juristen bei Gellius — *antiquitas . . . lege Aebutia lata consopita* — Die *Lex Aebutia* das bahnbrechende Gesetz — *legis actiones sublatae*.

§ 7. Die Schriftformel ohne *Legisactio* bei Cicero . . . S. 62—72

Bedeutung der Ciceronischen Schriften für die Altersbestimmung der *L. Aebutia* — Wider Bekkers „*Legisactionenprocess mit Formeln*“ — Cic. p. Q. Rosc. c. 4, 5, 8, 9 — Cic. de orat. I c. 37 § 168.

§ 8. Fortsetzung — *actio*: die Spruchformel, *iudicium*: die Schriftformel S. 72—85

Cic. de nat. deor. III c. 30 § 74 — *actio* = *legis actio* — *iudicium dabo* in den Edicten — *iudicium* = Schriftformel bei Cicero — *actio* und *iudicium* in den classischen Juristenschriften — *actio*: die Civilklage — Definitionen der *actio*: Celsus, Ulpian, Gaius — Cic. de off. III c. 15 § 61, c. 17 § 70, top. c. 17 § 66.

§ 9. Die Geltung der *Legisactio* nach dem *Aebutischen* Gesetze S. 85—103

Die *L. Aebutia* älter als Cicero — Spruchformelklagen in Ciceros Werken — Praktische *modi agendi* in den letzten

Jahrzehenden der Republik — Lex Urson. c. 61 — Die feierliche *manus iniectio* und die formlose Personalexecution — L. Rubr. c. 21, 22 — Die schriftliche *actio iudicati* des Jus civile — Ursprung des Sprichwortes bei Gai. III. 180 — Zu Gell. XVI. 10, 8.

§ 10. Fortsetzung — Facultative Processformen . . S. 103—131

Die Lex Aebutia erklärt alle *legis actiones* für facultativ — Mehrere Processformen neben einander im Voraebutischen Rechte — Gai. IV. 31: *permissum est lege agere* — Wahl der Processform in Centumviralsachen — Die Hundert haben nur concurrirende Gerichtsbarkeit — Die *formula petitoria* bei Cic. in Verr. II c. 12 § 31 — Die Formelworte: *ex iure Quiritium* — Das processualische Wahlrecht der Parteien beschränkt durch die Denegationsbefugnis des Praetors — Pompon. l. 27 D. de R. J. — Cic. pro Caec. c. 3 § 8 — Ulp. l. 2 § 1 D. de iudic. — Die Centumviralliste nicht jünger als die L. Aebutia — Keine *legis actio* ist durch das erste Reformgesetz beseitigt.

§ 11. Der *iudex unus* und die ständigen Geschwornencollegien — Die Wahl des Gerichtes und die Wahl der Processform

S. 131—155

Die Gerichtscollegien nach Keller älter als der *iudex unus* — Kompetenz der Zehn- und Hundertmänner nach den Quellen — Der *iudex unus* im Legisactionenprocess nach Gaius — Die *hasta* der Centumvirn — Entstehung des Gerichtes der Hundert nicht vor dem 6. Jh. d. St. — Die *iudices decemviri* der L. Valeria-Horatia eine plebejische Behörde unbestimmbaren Charakters — Die *decemviri stlitibus iudicandis* des 7. Jh. durchaus verschieden von den *iudices decemviri* — Suet. II c. 36 u. Pompon. l. 2 § 29 D. de O. J. — Liv. III c. 55 — Concurrrenz der Processformen in den Fällen der ausschliesslichen Kompetenz des *iudex unus* — Gai. IV. 30: *istae omnes legis actiones . . . per legem Aebutiam . . . sublatae sunt* — Der Bericht des Gellius.

§ 12. Das allmähliche Verschwinden der Legisactionen und die gesetzliche Einführung der Schriftformeln . . S. 155—166

Schicksal der einzelnen *modi agendi* und der Spruchformelklagen — Die Lex Aebutia begründet nicht das praetorische Recht — Gesetzliche Einführung der Schriftformel nach Gaius — Das *iudicium legitimum* auf Grund der Aebutischen Gerichtsordnung.

Drittes Capitel (S. 167— 276).

Die Julischen Gesetze und der Process nach der stadtrömischen Gerichtsordnung des Augustus.

- § 13. **Julische Gesetze des Dictators Caesar** . . . S. 167—173
 Gerichtsgesetze Caesars von 695 u. 708 — Dio l. 38 c. 7, l. 43 c. 25 — Suet. I c. 41 — Cic. pro Marc. c. 8 § 23, Phil. I c. 8 § 19 — Caesar hat die *Legisactio* nicht beseitigt — Die *Iulia* bei Gai. IV. 30 kann kein *Repetundengesetz* sein — Suet. I c. 44, Isid. Orig. V. 1, 5.
- § 14. **Drei Gerichtsordnungen des Augustus — Gaius' *duae Iuliae*** . . . S. 173—201
 Mon. Ancyr. II 12—14 — Die Civilprocessordnung des Augustus bezeugen Macrob. I 10, 4, Suet. II c. 32, c. 36, Dio 54 c. 18 — Inhalt derselben — Dio 54 c. 18 und Modest. l. 1 § 4 D. de leg. Jul. amb. (48, 14) — Die allgemeine Strafgerichtsordnung des Augustus (*lex Iulia publicorum*) — *leges Iuliae publicorum* — Das Verhältniss der *lex publicorum* zur *lex priuatorum* — Vat. 197, 198 — Beide Gerichtsordnungen sind Plebiscite aus dem J. 737 — Paul. l. 18 § 4 D. de dolo (4, 3) — Mon. Ancyr. (gr.) III 19—21 — Die stadtrömische und die municipale Civilgerichtsordnung des Augustus — Beide beseitigen die *legis actiones* — Die Municipalgerichte beschränkt auf die Niedergerichtsbarkeit durch die *altera Iulia*, nicht erst unter Hadrian — Die *Lex Rubria* und die *altera Iulia* —
- § 15. **Die stadtrömischen Processformen — Die Competenz der Centumvirn** . . . S. 201—238
 Ulp. l. 2 § 1 D. de iud. und Paul. l. 28 D. ad munic. — Die Wahl zwischen dem Gerichte des Urban- und Peregrinpraetors — Gai. IV. 31: *lege agitur . . . apud . . . peregrinum (praetorem)* — Das *Judicium legitimum* nach der Julischen Gerichtsordnung — Die *Legisactio* in Centumviralsachen — Bestimmungen der L. Julia über das Centumviralgericht — Die Competenz der Hundert nicht ausschliessend und ebenso umfassend wie nach dem Aebutischen Rechte — Gai. IV. 95—Quintil. V. 10 § 115 — Der *iudex unus* in Querelprocessen — Belege — Unrichtigkeit der herrschenden Lehre, welche die Centumvirn auf Erbschaftssachen beschränkt — Gai. IV. 16 u. IV. 89—99 — Wetzells Competenzziffer — Gegen Lenels Auslegung von Paul. V. 9, 1 — Plinius Epist. II. 14 — Die

Verteilung der Geschäfte unter die römischen Schwurgerichte — Paulus' *liber singularis de centumviralibus iudiciis* und *de inofficioso testamento*.

§ 16. Grenzen des Formularverfahrens — Die *Legis actio damni infecti* S. 238—276

War die *l. a. damni infecti* im Julischen Gesetz erwähnt? — Das civile Rechtsmittel wegen *damnum infectum* in den Pandekten — Verwandtschaft mit der *a. aquae pluviae arcendae* — Ofilius l. 3 § 2 D. de aqua — Julian l. 11 § 3 D. eod. — Paul. l. 14 § 2 D. eod. — Zur Geschichte der Civilactionen in der Zeit der Prozessreform — Drei Gruppen von civilrechtlichen Actionen — Die Civilactionen in Schriftform — Untergang einiger Actionen in Folge der Einführung concurrirender Rechtsmittel des *Jus praetorium* — Actionen, die der Umwandlung in Schriftformeln widerstrebten — Die Functionen der *legis actio* — Die *legis actio per pignoris capionem* — Die praetorische Klage bei Gai. IV. 32 — Die formlose *pigneratio* (Gai. IV. 29) — Die *civile operis novi nuntiatio* — Die *furtorum quaestio cum lance et licio* — Die aussergerichtliche *legis actio damni infecti* — Diese kann nicht ersetzt werden durch eine schriftliche Civilformel — Beantwortung der Fragen auf S. 56 — Der Jurist bei Gellius schöpft seine Kenntniss der *L. Aebutia* nur aus der *L. Julia* — Ergebniss der Untersuchungen in Cap. I—III.

Einleitung.

Der Praetor und das Volksgesetz.

Das Verhältniss der römischen Gerichtsobrigkeit zur Lex ist im vorigen Jahrhundert ein beliebter Gegenstand gelehrter Untersuchung gewesen. Die Verhandlung drehte sich damals hauptsächlich um den von Männern wie Thomasius und Heineccius wider die Praetoren erhobenen Vorwurf betrügerischen Gebahrens zur Umgehung und Beseitigung der Gesetze. Die Absurdität dieser Anklage, der eine unrichtige Auffassung der römischen Magistratur zu Grunde lag, war leicht darzuthun durch den blossen Hinweis auf den unerklärlichen Gleichmut des angeblich um sein Recht betrogenen Volkes. In der neueren Litteratur ist die aufgeworfene Frage in ihrem ganzen Umfang nirgends einer besonderen und genaueren Betrachtung unterzogen; dagegen fehlt es nicht an zahlreichen gelegentlichen Bemerkungen über die freie Stellung, die dem Gerichtsherrn in Rom eingeräumt war. So hat man namentlich häufig den Praetor verglichen mit dem heutigen Richter. Dabei ergab sich die Formel: der moderne Richter sei den Gesetzen unterworfen, der römische Gerichtsmagistrat

dagegen erhebe sich vermöge seines Imperiums über die Lex. So richtig Letzteres ist, wenn an den Praetor gedacht wird, der im Jahresalbum oder im einzelnen Fall Honorarrecht setzt, so wenig genügt dieser Satz zur Charakterisirung der praetorischen Rechtsprechung überhaupt. Aus der These, dass der Magistrat die Schranken des Jus civile überschreiten könne, ist unvermerkt die Anschauung entstanden, dass seine ganze Jurisdiction gegründet sei auf die freie, durch die Gesetze nicht gebundene Amtsgewalt. Am schärfsten und deutlichsten hat dies zuletzt A. S. Schultze¹⁾ ausgesprochen: „Zur Blütezeit des Formularprocesses“ soll in Rom ein Recht von Gesetzeswegen (*jus civile*) überhaupt nicht gegolten haben, sondern nur ein Recht von Gerichtswegen. So überraschend diese Behauptung klingt, so war sie doch längst vorbereitet durch eine besonders von Windscheid²⁾ in den Schriften über die Actio und von Brinz³⁾ vertretene Theorie, zu der vielleicht schon von Püchta⁴⁾ der Grund gelegt ist. Anders und — wie ich glaube — richtiger hat von jeher Th. Mommsen die Stellung der Praetoren aufgefasst. Bereits in dem Aufsatz von 1858 über den Inhalt des Rubrischen Gesetzes⁵⁾ unterscheidet er die gesetzausführende

1) Privatrecht und Process I S. 384.

2) Die Actio des röm. Civilrechts S. 4, Die Actio, Abwehr S. 8, 20, 42.

3) In der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. XI S. 484, 485, Bd. XIV S. 213.

4) Cursus der Institutionen Bd. I § 80 S. 191, § 163 S. 482 (8. Aufl.).

5) In Bekkers Jahrbuch d. gem. deutschen Rechts Bd. II S. 329, auch S. 323—325. Die beiden ersten Bände des Mommsen'schen Staatsrechts citire ich nach der zweiten Ausgabe, deren Seitenzahlen auch in der dritten angegeben sind. Wo doch ausnahmsweise auf

und die ohne oder gegen das Gesetz schaltende souveräne Gewalt des Gerichtsmagistrats, und im „Staatsrecht“ *) ist dann Gebrauch gemacht von dieser Unterscheidung zur Bestimmung der Tragweite der von den Beamten gesetzten Acte. Allein auch Mommsen hat dem Praetor als gesetzausführendem Organ weiter keine Beachtung geschenkt. Man meint wohl allgemein, diese Seite der praetorischen Thätigkeit als die minder interessante kurz abthun zu können, zumal sie dem Anschein nach der Erforschung keine Schwierigkeiten darbietet. Meiner Ueberzeugung nach ist diese Annahme durchaus irrig. Wie die freie Verordnungsgewalt der Praetoren, so bedarf auch ihre Gesetzesausführung einer eindringenden Untersuchung. Gelingt es, das grundsätzliche Verhältniss zwischen der Lex und dem sich unterordnenden Magistrat richtig zu erfassen, so ist damit ein Gesichtspunkt gewonnen, von dem aus eine ganze Reihe von Erscheinungen befriedigende Erklärung findet.

Ueber die Stellung des Praetors im Dienste der Gesetze hatten die Römer von Alters her eine feststehende Anschauung, welche meines Erachtens durch die Processreform der Lex Aebutia, durch das Verdrängen der Legisactio und die Einführung der vom Magistrat entworfenen Schriftformel, noch keinerlei Aenderung erfuhr. Erst in der Kaiserzeit, als die Anweisungen der Senatsgesetze an die

die dritte Auflage, von der zur Zeit nur erst Bd. I vorliegt, verwiesen werden musste, ist dies besonders bemerkt. Die Anmerkungen sind in der neuen Ausgabe meist anders numerirt als in der älteren. Ich habe daher die Ziffern, mit denen die Noten in der 3. Aufl. bezeichnet sind, wo es nötig schien, hinzugefügt und dieselben in [] eingeschlossen.

*) Bd. I S. 612, 613.

Magistrate häufiger wurden, geriet diese Vorstellung allmählich ins Wanken, ohne doch selbst von den spätesten Juristen der klassischen Periode je ganz verleugnet zu werden. Welcher Art diese römische Anschauung war, und dass sie in der That dieselbe geblieben ist, so lange überhaupt die Praetoren mit der Handhabung der Gesetze betraut waren, das zu zeigen und zu erweisen, ist neben anderem die Aufgabe der vorliegenden Schrift, welche übrigens das berührte Thema noch keineswegs erschöpfen wird.

Zur vorläufigen Belehrung über die Ansicht, welche ich zu vertreten gedenke, darf hier schon verwiesen werden auf eine — übrigens allgemein bekannte — Aeussierung von Cicero in den *Leges*. Es mag sein, dass ich aus dieser Stelle mehr herauslese als ihr Urheber ausdrücken wollte; jedenfalls aber bezeichnet sie treffend und bündig das zur Untersuchung gestellte Verhältniss und könnte so das Motto bilden für diese einleitende Betrachtung.

Cicero, der schon in einer seiner älteren Reden⁷⁾ die Gesetze als die Seele des Staatskörpers preist und von den Magistraten sagt, sie seien *legum ministri*, führt denselben Gedanken genauer aus im dritten Buche der *Leges*, das von der Obrigkeit handelt. Marcus spricht da in cap. 1 von der Aufgabe der Beamten, dem Staate vorzustehen und Vorschriften zu geben, die nützlich sind und mit den Gesetzen übereinstimmen:

ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus, uereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum.

⁷⁾ Pro Cluentio c. 53 § 146.

Die Quellen, aus denen Cicero bei der Abfassung seines Werkes geschöpft hat, lassen sich zum Teil heute noch nachweisen. Lesefrüchte, gesammelt im Garten der griechischen Philosophie, und die Hauptgrundsätze der römischen Staatsordnung sind in den *Leges* zu einem Ganzen verarbeitet. Marcus erklärt denn auch ausdrücklich in den Schlussworten des zweiten und zu Beginn des dritten Buches, dass Platon sein Führer sein soll. Die angeführte Stelle insbesondere hat ihr Vorbild in den *Nomoi* lib. IV p. 715 c, d. Platon bezeichnet dort wie der römische Redner die Obrigkeit als die Dienerin der Gesetze (*τοὺς ἄρχοντας . . . ἐπηρέτας τοῖς νόμοις*) und lässt nur denjenigen Staat gedeihen, in welchem das Gesetz wirklich die Obrigkeit, nicht diese jenes beherrscht (*πέλις . . . ἐν ἧ . . . νόμος . . . δεσπότης τῶν ἀρχόντων, οἱ δὲ ἄρχοντες δοῦλοι τοῦ νόμου*)⁸⁾.

Das Wesen der römischen Magistratur, insbesondere der Praetur hätte Cicero weit richtiger bestimmen können im Anschluss an eine Stelle der Aristotelischen Politik (III c. 6 [Bek. 11], 13), deren Kenntniss man dem belelenen Eklektiker doch wohl zumuten möchte⁹⁾. Die

⁸⁾ Zu der obigen Stelle der *Nomoi* vergleiche man übrigens das in einer früheren Schrift Platons, im *Politikos* p. 293 c—296, besonders p. 294^a Gesagte.

⁹⁾ Für die Republik und die *Leges* fehlt es noch an einer eindringenden Untersuchung, wie sie Hirzel für die übrigen wichtigeren *Philosophica* Ciceros geliefert hat. Zeller *Die Philosophie der Griechen* III¹ S. 649 N. 9 (3. Aufl.) sagt, C. scheine von Aristoteles nur die populären und die rhetorischen Schriften gekannt zu haben. Ebenso urteilt Madvig (im *Excurs VII* zu *Cic. de fin.* p. 840 — ed. III), der nur noch die *Topika* und die *Πολιτεῖαι* als dem Cicero bekannt hinzufügt. Umfassendere Kenntniss der politischen Schriften des Aristoteles wird dem Römer zugeschrieben von R. Kühner *Ciceronis* in

Herrschaft — so erklärt der Stagirite — gebühre in erster Linie dem Gesetze:

δεῖ τοὺς νόμους εἶναι κυρίους,

daneben aber müsse der Obrigkeit das Recht gewahrt werden, die unvermeidlichen Lücken der Gesetze auszufüllen:

τὸν ἄρχοντα δὲ . . . περὶ τοιούτων εἶναι κυρίους περὶ ἕσων ἐξαδυνατοῦσιν οἱ νόμοι ἀκριβῶς διὰ τὸ μὴ ῥᾶδιον εἶναι καθόλου διορῆσαι περὶ πάντων¹⁰⁾.

Mag auch Cicero diese Formel nicht gekannt haben, so hiesse es doch die Beobachtungsgabe eines Mannes, der selbst Jurisdictionen¹¹⁾ verwaltet und vorher schon die Praetur des Verres gründlich studirt hatte, allzusehr unterschätzen, wenn man annehmen wollte, er sei sich des Widerspruchs nicht bewusst gewesen zwischen dem Postulate Platons und der herrschenden römischen Staatspraxis. Darnach ist Manches, was das dritte Buch der *Leges* bietet, gewiss als Idealrecht aufzufassen¹²⁾, und der Versuch ab-

philosophiam merita (1825) p. 118—121 und Baumhauer *Disquisitio critica de Aristotelia* in *Ciceronis scriptis* (1841) p. 152, 158, 169; vgl. noch Stahr *Aristotelia* II S. 157, 158, Aristoteles bei den Römern S. 51 und aus neuerer Zeit Saltzmann *Ueber Ciceros Kenntniss der Platonischen Schriften* S. 3 (Programm des Gymnasiums zu Cleve — 1885).

¹⁰⁾ Vgl. dazu I. 3—6, I. 10, I. 12 D. de leg. (1, 3); über die Lehre des Aristoteles neuestens (1887) G. Jellinek *Gesetz und Verordnung* S. 38, 39, 56.

¹¹⁾ Die verbreitete Ansicht, dass M. T. Cicero im Jahre 688 d. St. Praetor urbanus war (so z. B. Teuffel *Litteraturgeschichte* S. 295, 4. A. von Schwabe), ist unrichtig. Vielen wird das gewiss nichts Neues sein. Doch bemerke ich beiläufig, dass sich das Richtige aus den im *Onomasticon Tullianum* I p. 41 gesammelten Belegen ergibt. [Die daselbst in Bezug genomene Stelle aus den Briefen an Atticus steht lib. I. 4 § 2.] Cicero war Praetor repetundis.

¹²⁾ Vgl. auch De leg. III c. 2 § 4 in f.: *accomodabimus leges ad illum, quem probamus, statum.*

zuweisen, die Uebereinstimmung mit den römischen Einrichtungen durch künstliche Auslegung herzustellen.

Eine bewusste Abweichung dieser Art wird man auch in dem von der Praetur handelnden Absatz des Ciceronischen Verfassungsentwurfes (III. 3, 8) finden müssen. In dieser Stelle wird dem Gerichtsmagistrat, *qui privata iudicet iudicariae iubeat*, die Aufgabe zugewiesen, der Hüter (*custos*) des Jus civile zu sein. Weder die Ergänzung noch die Verbesserung des Volksrechtes ist erwähnt. Die Befugniß, Recht zu sprechen gegen das Gesetz, war dem Praetor damit allem Anschein nach entzogen.

Kehren wir nun zurück zu der oben mitgetheilten Aeußerung über das Verhältniß von Gesetz und Obrigkeit! Wer das eben Gesagte nicht beachtet, könnte Ciceros Worten etwa folgenden Gedanken entnehmen. Die Gesetze wenden sich Gehorsam heischend in erster Linie an die Beamten. Das Volk hat nicht so sehr den Gesetzen als vielmehr den Magistraten zu gehorchen. Die letzteren sind für die Gemeindegossen so zu sagen das sprechende Gesetz¹⁸⁾. Dieser Auslegung steht indess nicht allein die Verweisung auf Platon entgegen, sondern auch der Schlusssatz, dem kaum ein rechter Sinn abzugewinnen wäre. Man müßte annehmen, die Antithese sei eitel Schönrederei. Demnach dürfte eine andere Deutung den Vorzug verdienen.

Ciceros Auffassung ist die: dem Gemeinwesen stehen die Magistrate vor. Allein diese sind doch nur Werkzeuge der Gesetze. Was die Obrigkeit gebietet soll nichts Anderes sein als das Gesetz. Man kann daher sagen: die

¹⁸⁾ Vgl. Marcian in l. 8 D. de J. et J. (1. 1).

Obrigkeit sei die mit Sprache begabte Gesetzesnorm (*magistratum legem esse loquentem*)¹⁴). Andererseits darf man das Gesetz als einen Staatslenker bezeichnen, dem nur die Sprache fehlt (*legem autem mutum magistratum*); denn die Lex ist der eigentlich regierende Faktor.

Um zu beweisen, dass diese Paraphrase jedenfalls Nichts enthält, was dem Gedankenkreise Ciceros fremd war, lasse ich hier noch einige Sätze aus der Rede für Cluentius¹⁵) folgen:

Mens et animus et consilium et sententia ciuitatis posita est in legibus. ut corpora nostra sine mente, sic ciuitas sine lege suis partibus, ut neruis ac sanguine et membris, uti non potest. legum ministri magistratus . . . circumspicite omnes rei publicae partes: omnia legum imperio et praescripto fieri uidebitis.

Auch aus dieser Aeusserung ergiebt sich in besonderer Anwendung auf den Gerichtsherrn das Postulat: der Spruch des Praetors in iure soll die Lex, soll das Gesetz sein¹⁶). Wenn das wirklich Ciceros Meinung ist, dann hat es einen guten Sinn, den Magistrat die *lex loquens* zu nennen, und die römische Auffassung des Verhältnisses, in dem das Gesetz zum ausführenden Praetor steht, könnte kaum besser und kürzer charakterisirt werden als mit diesen Worten.

Nun wird man fragen, ob darnach ein Unterschied

¹⁴) Aehnliche Aussprüche griechischer Schriftsteller führt Bake an in seiner Ausgabe von Cicero De leg. p. 582 (1842).

¹⁵) C. 53 § 146, 147; vgl. auch noch Cic. De offic. I c. 25 § 89: *ut ii, qui praesunt rei publicae, legum similes sint*; II c. 12 § 41, 42: *eadem constituendarum legum fuit causa, quae regum . . . leges sunt inuentae, quae cum omnibus semper una atque eadem uoce loquerentur.*

¹⁶) Man wird mich wohl nicht missverstehen. Ich behaupte nicht: was der Praetor ausspricht soll Gesetz sein.

anzunehmen sei zwischen der, das Volksrecht verwirklichenden Thätigkeit des Praetors und der Rechtsprechung des heutigen Richters. Der Gegensatz wäre handgreiflich, wenn wir Bülow¹⁷⁾ beitreten müssten, der neuerdings in dem Urtheilsspruch des modernen Richters eine Rechtszeugung findet, bei der das Gesetz, welches unmittelbar Recht gar nicht schaffen könne, blos den Weg weise.

Diese neue Theorie mag aufgestellt sein mit der — unausgesprochenen — Nebenabsicht, dem deutschen Richteramt den grossen Reichsgesetzen gegenüber die unentbehrliche Selbständigkeit zu wahren, das freie judizielle Ermessen zu schützen und damit die individualisirende Behandlung des Einzelfalls zu sichern. Ohne Zweifel besteht ja zur Zeit die Gefahr, dass die neuen Gesetzbücher den Richter arg bedrücken und ihn der nötigen geistigen Freiheit berauben, zumal so lang die starre Masse der wissenschaftlichen Bearbeitung entbehrt. Die Civilprocessordnung, so sehr sie auch die richterliche Macht erweitert, ist doch in manchen Punkten eine viel genauere Herrin als der entschlafene gemeine Process, und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch wird sicherlich mit seinen allgemein gefassten Paragraphen dem Richter weit näher auf den Leib rücken als die casuistische Rechtsweisheit der klassischen Juristen, der erst nachträglich die Kaisergewalt Gesetzeseigenschaft aufgeprägt hat.

So mag denn Bülows anregende Schrift gerade in unseren Tagen wohl am Platze sein als ein Mahnruf, gewidmet den deutschen Gerichten in einer Zeit drohender Uebermacht des abstracten Gesetzes. Eine andere Frage

¹⁷⁾ Gesetz und Richteramt S. 45—47.

aber ist es, ob die neue Lehre eine wirklich zutreffende Schilderung der Richterthätigkeit giebt, und ob sie sich zu behaupten vermag gegenüber gewissen unzweifelhaften Sätzen des positiven Rechtes, welche eine bestimmte Auffassung von Gesetz und Richteramt voraussetzen scheinen.

Was Bülow jetzt über den Richterberuf vorträgt, steht — wie er selbst betont — im schroffen Gegensatz zu der überlieferten Anschauung. Dieser letzteren zufolge empfangen die Lebensverhältnisse durch das Gesetz unmittelbar ihre rechtliche Ordnung, und des Richters Aufgabe geht nur dahin, die bereits vorhandene, wenngleich von den Parteien verkannte Ordnung in massgebender Weise festzustellen. Bülow dagegen spricht dem Gesetz die Fähigkeit ab, Recht zu erzeugen ohne Mitwirkung der „Betheiligten“ oder des Richters. Wo der Letztere eingreift, da ist es erst das Urteil, welches innerhalb der gesetzlichen Grenzen das Recht des Einzelfalls bestimmt. Die Thätigkeit des Richters ist demnach im Wesen nicht verschieden von der Gesetzgebung. Sie ist Fortsetzung dessen, was der Gesetzgeber begonnen, aber nicht vollendet hat: sie ist Nomothese für den individuellen Fall.

Wie man sieht ist nach dieser Theorie das Richteramt zwar dem Gesetze untergeordnet, allein dem Richter ist gerade so viel Freiheit gestattet als mit dem Grundsatz der Unterordnung noch irgend verträglich ist. Stellt man die bei Festhaltung jenes Principis überhaupt denkbaren Auffassungen der Rechtsprechung in eine Reihe, so hat die von Bülow vertretene ihren Platz an dem einen Ende, während nach der entgegengesetzten Richtung diejenige, welche ich in Ciceros Worten ausgedrückt finde, als die äusserste erscheint.

Eine eingehende Kritik der neuen Lehre wird man an diesem Orte nicht erwarten. Da jedoch Widerspruch erhoben ist, müssen einige Worte zur Rechtfertigung gestattet sein.

Das Gesetz — so wird behauptet — hat nicht die Kraft, die Lebensverhältnisse genau zu regeln. Erst die Beteiligten oder der Richter vollenden die rechtliche Normierung. Ich schliesse daraus, — und Bülow wird diese Folgerung kaum zurückweisen können¹⁸⁾ — dass unter Umständen die richterliche Regelung (das Urteil) so oder anders ausfallen kann, ohne dass das Gesetz im einen oder anderen Falle verletzt wäre. Das eine Urteil mag angemessener sein als das andere, das Gesetz lässt beide zu, beide sind in diesem Sinne richtig.

Wer dies einräumt, setzt sich in unauflöslichen Widerspruch mit einem Grundgedanken des früheren gemeinrechtlichen wie des heute geltenden Rechtsmittelsystems der Civilprocessordnung. Durch Berufung und Revision soll die Nachprüfung des Urteils in der Rechtsfrage, durch die erstere auch in der Thatfrage erwirkt werden. Von der Revision sagt die Reichsprocessordnung (§ 511, 512), sie finde statt wegen Verletzung eines Gesetzes, welche vorliegt, wenn ein Gesetz nicht oder nicht richtig angewendet ist. Das Rechtsmittel ist also zulässig nicht allein, wenn der Richter das *ius in thesi* verkannt hat, sondern ebenso auch, wenn ein Fehler begangen wurde bei der

¹⁸⁾ Obwohl nach S. 11 die Abhängigkeit des Richters keine Wahl offen lässt, und nach S. 48 der Richter „die richtige Rechtsbestimmung zu treffen“ hat.

Anwendung des Gesetzes¹⁹⁾ auf die einzelne Rechts-
sache²⁰⁾.

Bülow wird geben, dass da, wo wir mit der Processord-
nung von „nichtrichtiger Anwendung des Gesetzes“ sprechen,
seiner Theorie zufolge unter Umständen Rechtsfindung vor-
liegen kann innerhalb der Grenzen des richtig ver-
standenen Gesetzes. Soll nun in solchen Fällen Revision
statthaft sein oder nicht? Wollte Bülow die Frage bejahen,
so würde ich verweisen auf § 511, der eine Gesetzes-
verletzung verlangt. Soll dagegen das Rechtsmittel
versagt sein, so würde es seiner vornehmlichsten Bestim-
mung schlecht entsprechen. Die Revision ist ja bekanntlich
eingeführt zur Wahrung der Rechtseinheit, in der richtigen
Erkenntniss, dass die Gesetzeseinheit eine gleichförmige
Rechtsprechung keineswegs verbürgt, und dass in so weit²¹⁾
Gesetzeseinheit noch nicht Rechtseinheit ist. Wäre nun in
dem oben gesetzten Falle²²⁾ die Revision ausgeschlossen,

¹⁹⁾ Uebrigens lässt sich diese Unterscheidung, so üblich sie ist,
logisch kaum rechtfertigen. Liegt der Fehler nicht schon in der Fest-
stellung des Thatbestandes, so kann er doch wieder nur auf mangelhafte
Erfassung des Gesetzesinhalts zurückgeführt werden. Indess ist dieser
Einwand nur möglich vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus.
Gerade nach Bülows Lehre wäre richterliche Rechtsbestimmung
denkbar, die das „Richtige“ verfehlt, ohne doch das *ius in thesi* zu
verletzen.

²⁰⁾ Vgl. noch CPO § 516 Abs. 2 Nr. 1, § 528 Abs. 3 Nr. 1;
dazu etwa Wach Vorträge über die Reichscivilprocessordnung S. 209,
Fitting Der Reichscivilprocess S. 280, 281 (5. Aufl.).

²¹⁾ Weismann in der Zeitschr. f. deutschen Civilprocess Bd. IX
S. 185 scheint mit Bülow weiterzugehen, während er im Uebrigen
S. 175—178 zu vermitteln sucht und sich mehr der herrschenden Auf-
fassung zuneigt. Soweit nicht Richtersprüche eingreifen, ist — wenn
man absieht vom Gewohnheitsrecht — mit der Gesetzeseinheit not-
wendig auch die Rechtseinheit gegeben.

²²⁾ Ein Anhänger der gemeinen Ansicht würde sagen: in Fällen,
wo ohne offene Gesetzverletzung verschiedene Entscheidungen mög-

so hätte man für die Uebereinstimmung der Richtersprüche gerade an dem Punkt nicht gesorgt, wo sie am ehesten gefährdet ist.

Ein anderer Einwand gegen die bekämpfte Theorie kann hier nur angedeutet werden. Bülow²³⁾ behauptet, „das Gesetz selber sei nicht die Quelle des Rechts, die Macht der Gesetzgebung reiche gar nicht heran bis an das wirkliche Rechtsleben, erst der Richter vollende die Rechtsbestimmung“. Mit diesen Sätzen wird meines Erachtens dem sogenannten internationalen Privatrecht der Boden entzogen, auf dem es allein erwachsen konnte und auf dem es heute noch steht. Beruht doch die Zulassung fremder Gesetze in der heimischen Rechtsprechung wesentlich auf der Vorstellung, dass jedem Verhältniss, welches überhaupt rechtlicher Normirung unterliegt, gleich von der Entstehung an die Rechtsbestimmung anhaftet, und dass aus diesem Grunde das Ortsrecht des Gerichtes, vor dem der Streit entbrennt, für die Entscheidung nicht schlechthin massgebend sein kann. Das internationale Privatrecht hätte eine andere, weit einfachere Gestalt anzunehmen, wenn das streitige Verhältniss wirklich erst vom Richter seine endgültige Normirung erhielte.

Es liegt sehr nahe, schliesslich noch an die bekannte Maxime zu erinnern, dass Gesetze, die sich nicht für Interpretation ausgeben, im Zweifel nicht zurückwirken. Auch dieser Satz hat seine Wurzel in der gemeinen Anschauung

lich sind. Natürlich denke ich dabei nicht an solche Urteile, die nach gesetzlicher Weisung ihren Inhalt aus dem freien Ermessen des Richters empfangen. Sprüche dieser Art sind ohne Zweifel der Revision nicht unterworfen; vgl. L. Seuffert Ueber richterliches Ermessen S. 9.

²³⁾ A. a. O. S. 46, 47.

von der unmittelbar rechtsgestaltenden Kraft der Gesetze. Was der Vergangenheit angehört will der Gesetzgeber gewöhnlich durch die neue Regel nicht treffen; darum nicht treffen, weil es schon rechtlich bestimmt ist durch die alte Norm. Dagegen dürfte ein Anhänger der neuen Lehre mindestens solchen Gesetzen grundsätzlich die Rückwirkung nicht versagen, welche einem Thatbestande Rechtsfolgen zuschreiben, die der Richter möglicher Weise schon nach dem alten Rechte hätte annehmen können.

Ob es nicht Bülow gelingen würde, diese und ähnliche Bedenken zu beseitigen durch Abschwächung mancher zu scharf zugespitzten Behauptung, das kann wohl dahingestellt bleiben²⁴⁾. Jedenfalls glaube ich gezeigt zu haben, dass eine Theorie, welche die Stellung des Richters zum Gesetz in so wesentlich anderer Weise bestimmt als es bisher geschehen war, die Herrschaft nicht antreten könnte ohne tiefgehende Erschütterung des geltenden Rechtes an verschiedenen Punkten. So wenig also Bülows Lehre geeignet scheint, eine einfachere und erschöpfendere Erfassung des gegenwärtig Bestehenden zu vermitteln, so gewiss wäre es doch denkbar, die Aufgabe des Richteramts der neuen Formel gemäss zu gestalten. Man darf eben nicht glauben, über das fragliche Verhältniss etwas an sich Richtiges feststellen zu können, das dann mehr oder minder überall und immer verwirklicht wäre.

Wer dies Letztere bedenkt, wird auch der Versuchung widerstehen, Ciceros oben erläuterten Ausspruch ohne

²⁴⁾ Gegen Bülow, der seine Ansicht schon im Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 93 N. 72 angedeutet hatte, erklärt sich aus anderen Gründen auch Wach Handbuch des deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 7 N. 7. A. Merkel Juristische Encyclopädie § 347 Note kommt Bülow sehr nahe; vgl. aber auch § 119 und § 419.

Weiteres heranzuziehen zur Veranschaulichung unserer heutigen Auffassung des Richterberufs, wie sie vor Bülow allgemein angenommen war. Die Uebereinstimmung mit Cicero ist in der That nur eine scheinbare. Niemand wird im Ernste den modernen Richter oder gar den Verwaltungsbeamten eine *lex loquens* in dem früher dargelegten Sinne nennen wollen. Man lese etwa Wachs' Aeusserungen über diesen Gegenstand, die zugleich als Zeugniß für die gemeine Ansicht hier folgen mögen:

„Das Urteil ist seinem Begriffe nach Rechtsanwendung, nicht Rechtsschöpfung. Der Richter ‚urteilt‘, sofern er den speciellen Thatbestand unter das Gesetz subsumirt, in ihm die Norm des Gesetzes aufdeckt. Das Gesetz spricht durch seinen Mund. Deshalb spricht er autoritativ.“

Mit diesen Bemerkungen, die den „Vorträgen“²⁵⁾ entnommen sind, vergleiche man Folgendes²⁶⁾:

„Stetig steigend macht sich die Erkenntniß geltend, dass das freie richterliche Urteil dem gesetzgeberischen Willen zum lebendigen Medium dienen müsse.“

Derselbe Gedanke begegnet endlich auch im Handbuch²⁷⁾:

„Das Gericht ist der Mund, nicht das Mundstück des Gesetzes; der abstract ausgesprochene Wille kommt im Urteil zum concreten Ausdruck.“

In der erstangeführten Stelle bedient sich Wach²⁸⁾ desselben Bildes, das Cicero gebraucht, allein — wie der

²⁵⁾ S. 102, S. 74, 75; vgl. auch Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 50, 51.

²⁶⁾ Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 205 N. 3.

²⁷⁾ Bd. I S. 9 und 313, dazu S. 6—8.

²⁸⁾ Ebenso Ihering Zweck im Recht Bd. I S. 387 (2. Aufl.).

unmittelbar folgende Satz zeigt — blos zur Erklärung der Rechtskraft des Urteils. Später wird dann die Vorstellung, dass der Richterspruch nur ein Echo, nur eine Wiederholung der Gesetzesnorm sei, mehrmals und so deutlich als möglich abgelehnt.

Während also Ciceros Sprichwort²⁹⁾ die Lex als eine lebendige Macht auffasst und den Magistrat nur als todes, willenloses Werkzeug, ist nach unserer Anschauung umgekehrt das Gesetz so lange „todter Buchstabe“, als es nicht zum Leben erweckt ist von der vollziehenden Gewalt. Dem Römer erscheint der rechtsprechende Magistrat, wenn er das Gesetz ausführt, als eine Maschine, welche von der Lex in Bewegung gesetzt ist, als ein Körper, in dem kein individueller, sondern nur der Volkswille lebt. Wir dagegen erblicken im Richter wie im Verwaltungsbeamten ein lebendiges, beseeltes Staatsorgan, dessen Verordnung ein Ausfluss des eigenen Willens ist, mag auch dieser Wille gebunden, und der Beamte verpflichtet sein, nur das zu verordnen, was das Gesetz gebietet.

Ciceros Ideal ist genau dasselbe, welches Montesquieu³⁰⁾ vorschwebt, der von den Richtern verlangt, sie sollten sein *des êtres inanimés*, nichts Anderes *que la bouche qui prononce les paroles de la loi*, und demgemäss von den Urteilen: *les jugements doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi*.

²⁹⁾ Bei Graf und Dietherr ist auf S. 406 (auch S. 486) als deutsches Rechtspruchwort Folgendes aufgeführt: „Die Obrigkeit ist ein lebendig ordnendes Recht, das Gesetz ist eine stumme Obrigkeit“: vgl. auch Bülow im Archiv Bd. 62 S. 94 N. 72. Es ist mir nicht bekannt, wo die Sammler diesen Spruch gefunden haben. Die Vermutung aber wird erlaubt sein, dass an diesem Sprichwort Nichts deutsch sei als dessen Adoptivväter.

³⁰⁾ *Esprit des lois* XI c. 6 (Paris 1849: p. 134 und 130).

Das Urteilen war in Rom nicht Sache der Magistrate, sondern der Geschworenen. Setzt man aber an die Stelle der *juges* die Praetoren und an die Stelle der *jugements* die Processinstruction mit der Bestellung des Judiciums auf Grund der Lex, so könnte Montesquieus Maxime immerhin als ein vollkommenes Abbild eines im alten Rom wirklich vorhandenen Verhältnisses gelten. Verlangt man endlich eine kurze Formel, die den Kern der römischen Anschauung trifft, so würde ich sagen: das Wesentliche ist das Verschwinden der Person des Beamten hinter der Lex, oder noch deutlicher: das Uebersehen des ausführenden Beamtenwillens, der für die Römer so gut wie nicht vorhanden ist; was dann zur Folge hat, dass die eigentlich wirkende Macht, das Gesetz, allein auf dem Schauplatz erscheint.

Die in verschiedenen Materien auftauchenden Belege für diese Behauptung sind in der vorliegenden Schrift nur zum kleinen Teil beigebracht. Es muss einer späteren Zeit vorbehalten bleiben, die Erörterungen über den Praetor als Organ der Lex in anderem Zusammenhang wieder aufzunehmen und zum Abschluss zu bringen.

Erstes Capitel.

Das *Judicium legitimum*. — I. Erklärung des Namens.

§ 1. Das *Judicium legitimum* und *Judicium imperio contingens* in der Litteratur.

Ursprung und Bedeutung der *iudicia legitima* im Gegensatz zu den *iudicia quae imperio continentur* gelten der heutigen Wissenschaft noch als ungelöste Rätsel. Darum bedarf ein neuer Versuch der schwierigen Frage beizukommen nicht erst der Rechtfertigung. Auch der Zusammenhang mit der zur Einleitung vorausgeschickten Betrachtung ist unschwer zu erkennen. Die beiden Processgattungen, welche Gaius IV. 103—109 bespricht, sind mit Namen belegt, die allein schon die Aufmerksamkeit desjenigen herausfordern, der das Verhältniss des Praetors zum Gesetze untersucht. Uebrigens ist es meine Absicht, an dieser Stelle Alles anzuführen, was irgend geeignet scheint, den von Gaius bezeugten Gegensatz im römischen Processrecht dem Verständniss näher zu bringen. Meine Erörterungen werden daher nicht selten über jene Grenzen

hinausgehen, welche zu beobachten wären bei genauer Festhaltung des in der Einleitung aufgestellten Gesichtspunktes.

Zuvor einige Worte über die bisherige Litteratur, die ich in der Note¹⁾ in möglichster Vollständigkeit zusammenstelle.

¹⁾ Schrader Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gaius? S. 16, 17 (Heidelberg-Jahrb. von 1823), E. Huschke in Imman. Huschkes *Analecta litteraria* p. 220, 221, 250—252, Keller Ueber *Litis Contestation* S. 111—117, 130—165, Heffter *Observationum liber* S. 77 N. 9, S. 97—103, Zimmern *Geschichte des römischen Privatrechts* Bd. III S. 89—92, Huschke *Incerti auctoris expositiones* p. 68—72, M. S. Mayer *Die Litis Contestatio* S. 1—20, 145—159, Schweppe *Röm. Rechtsgeschichte* S. 912, 913 (3. A.), Busse *De legitimo iudicio* (1835 — eine wertlose Berliner Dissertation), C. Sell *Die Recuperatio* S. 258—271 (verfehlt), v. d. Pfordten und Fein im *Archiv für civ. Praxis* Bd. XXIV S. 143—147, 150, 151, Bd. XXVI S. 376—384, Mühlenbruch bei Heineccius, *Antiquitatum Roman. Syntagma* p. 670—672, Savigny *System* Bd. II S. 439—442, Bd. V S. 61 N. a, S. 322, Puchta in der *Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft* Bd. X S. 207 N. 10 (= *Kleine civ. Schriften* S. 527 N. k), Puchta *Cursus* Bd. I § 159 (S. 464, 465), Walter *Geschichte des röm. Rechts* Bd. II § 700 (3. A.), Buchka *Einfluss des Processes* I S. 8—10, 14, 15, Keller *Civilprocess* S. 225—227, 300, 303, 305 (N. 712), 357, 365 (6. Ausg.), Rudorff im *Berl. Index lectionum für das Wintersemester 1850* p. 6—9, Dernburg in der *Heidelb. krit. Zeitschr.* Bd. I S. 470, 471, Bekker *Die proc. Consumption* S. 278—282, 300, Brackenhoef in der *Zeitschr. für Civilrecht und Process* N. F. Bd. X S. 321—374, Huschke *Gaius*, *Beiträge* S. 176, 177, 184, 185, Windscheid *Die Actio* S. 53, 54, *Actio*, *Abwehr* S. 50—52, Muther *Zur Lehre von der röm. Actio* S. 73—76, 80, 81, Mommsen *Stadtrechte von Salpensa* S. 435 N. 129, *Die Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat* S. 22—24 N. 48—50 und 52, Ueber das *Rubrische Gesetz* in *Bekkers Jahrbuch* Bd. II S. 329 N. 10, *Röm. Geschichte* Bd. I S. 259, 260 Note (6. Aufl.), Lange *Röm. Altertümer* Bd. I S. 785, 788, 789 (3. Aufl.), Rein *Privatrecht und Civilprocess* S. 876, 885 (2. A.), Voigt *Jus naturale* Bd. II S. 192, 405 N. 489, S. 657, Rudorff *Röm. Rechtsgeschichte* Bd. II S. 11—13, Huschke *Jurisprudentia Anteiustiniana* zu Gai. IV. 106, P. Krüger *Proc. Consumption* S. 28—33, Wieding *Justin. Libellprocess* S. 406, Bethmann-Hollweg *Röm. Civilprocess* Bd. II S. 168, 169, 177, 178,

Vor Anderen berufen, das Wesen des „legitimen“ Processes zu ermitteln, waren jene Schriftsteller, welche die processuale Consumtion des klassischen Rechtes zum Gegenstand ihrer Studien machten. Die Reihe derselben eröffnet Keller mit seiner grundlegenden „Litis Contestation“. Einige Bemerkungen in diesem Buche, welche das *iudicium imperio continens* betreffen, scheinen den richtigen Weg anzuzeigen, den freilich von den Späteren Keiner beharrlich verfolgt, und den Keller selbst im „Civilprocess“ ausser Acht lässt.

Die *iudicia legitima* hat meines Wissens zuerst Puchta in der Abhandlung über das Rubriche Gesetz (Note 10 = N. k) mit der Lex Aebutia in Zusammenhang gebracht, und derselbe Gelehrte billigt im Institutionencursus²⁾ die

489—493, Kuntze Cursus des röm. Rechts S. 144, 145 (2. Aufl.), Mommsen Röm. Staatsrecht Bd. I S. 66, 182—187, 613, 614, Bd. II S. 221, Bd. III S. 529 N. 3, Eisele Materielle Grundlage der Exceptio S. 154, 155, 159—167, 176—179, Punschart Grundgesetzliches Civilrecht S. 92—94, 120, 121, 132, 157—159, 194, 195, 267, 423, dazu desselben Verf. Rektoratsrede: Der entscheidende Einfluss der Gesetzgebung S. 55—61, 65—67, Ihering Geist II § 47^d S. 669, 673 (3. A.), Zweck im Recht Bd. I S. 346 Note (2. Aufl.), Esmarch Röm. Rechtsgeschichte S. 161, 305 (2. Aufl.), Willems Le droit public p. 237, 342, 472 (5. Aufl.), Brini im Archivio giuridico vol. XXI p. 269—273, Voigt Die XII Tafeln Bd. I S. 552 N. 42, Cogliolo Trattato della eccezione di cosa giudicata vol. I p. 20—25, 28—41, 62—66, 70—73, dazu Archivio giuridico vol. XXXIII p. 403—406, Pernice Parerga II (Zeitschr. für Rechtsgeschichte R. A. Bd. XVIII) S. 38 N. 2, S. 122, 123, Sohm Institutionen S. 152 N. 1 (2. Aufl.), Baron Geschichte des röm. Rechts Bd. I S. 362, 363, Seitz Geschichte der röm. possessio S. 120, 121, Kappeyne van de Coppello Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht Heft II S. 302, 303, 306, 327—329, O. E. Hartmann-Ubbelohde Der ordo iudiciorum I S. 259—263, 379—381, 561—573, Kipp Die Litisdenunciation S. 246—251.

²⁾ Bd. I § 83 (S. 205), § 163 (S. 481).

Huschke'sche Hypothese, wornach das Formularverfahren in der Peregrinenrechtspflege der römischen Magistrate entstanden und später durch Gesetz nur recipirt sei. Im wesentlichen zum selben Ergebniss gelangt Voigt, dem wir die eingehendste Untersuchung des älteren Recuperationsprocesses verdanken³⁾.

Puchtas und Huschkes Vermutungen finde ich in ansprechender Weise combinirt bei Dernburg in der bekannten Rezension des Keller'schen Civilprocesses. Freilich fehlt hier jede Begründung⁴⁾ der ausdrücklich als hypothetisch bezeichneten Aufstellung. In Folge dessen ist auch dieser Erklärungsversuch ausser von Muther und Puntschart von den jüngeren Schriftstellern kaum mehr beachtet worden.

Was in den Lehr- und Handbüchern des römischen Processes über das *iudicium legitimum* und *imperio continens* gesagt ist, kann gewiss nicht genügen. Wie wenig man mit den Nachrichten des Gaius anzufangen wusste, das zeigt besonders deutlich ein Umstand: die Heimatlosigkeit unserer Lehre, die auch heute noch keinen festen Platz im System einnimmt. Während Keller die Unterscheidung der *Judicia* am Schlusse des Capitels von der Form des Verfahrens behandelt, bespricht Puchta die Materie unter der Rubrik *Processzeit*, Zimmern bei den Klagen-gattungen, Rudorff in der Lehre von den Gerichten, Kuñtze bei der Ausstattung des Processes. Das

³⁾ *Jus naturale* Bd. II S. 177—198, vgl. auch Bd. IV Beil. XII S. 136—143. Die herrschende Ansicht über die Herkunft der Recuperatorenengerichte ist meines Erachtens durch den Angriff O. E. Hartmanns a. a. O. S. 251—263 keineswegs erschüttert.

⁴⁾ Ebenso bei Kappeyne a. a. O. S. 302, 327—329, der ebenfalls Puchtas Ansicht vorträgt, ohne sich jedoch auf diesen zu berufen.

neueste Processhandbuch endlich von Bethmann-Hollweg widmet dem Gegenstande überhaupt keine besondere Besprechung, sondern erwähnt ihn nur gelegentlich an verschiedenen Orten, namentlich in dem Paragraphen über die Processconsumtion. Bei dieser Unsicherheit der besten Autoritäten verzichtet Willems in seinem verdienstvollen *Droit public romain* auf jede eigene Begriffsbestimmung der beiden Processgattungen und überlässt dem Gaius das Wort, aus dessen Institutionen die Hauptstelle abgedruckt ist.

Von den Schriften der jüngsten Zeit sind noch hervorzuheben das Staatsrecht von Mommsen und Puntscharts Grundgesetzliches Civilrecht. In dem erstgenannten Werke ist die Civiljurisdiction vom staatsrechtlichen Gesichtspunkt aus als ein Zweig der magistratischen Competenz behandelt und dabei der Unterscheidung der *Judicia* die ihr gebührende Rolle zugeteilt. Ebenso dankenswert ist es, wenn Mommsen (I, 613) das *iudicium imperio continens* den praetorischen Edicten an die Seite stellt und die Anordnung eines derartigen Gerichtes als einen nicht gesetzausführenden Akt bezeichnet, der eben darum mit dem Rücktritt des Magistrats zusammenfällt.

So richtig diese Wahrnehmung ist, so wenig scheint sie ihr Urheber selbst beachtet zu haben, als er die unsichere Definition auf S. 182 niederschrieb, wo es von demselben *Judicium* heisst: „es wird aufgefasst als nicht unmittelbar aus dem Gesetz hervorgegangen⁵⁾, sondern als beruhend auf der discretionären Gewalt des Magistrats“.

⁵⁾ In der dritten Auflage lautet dieser Satz [S. 186]: „. . . als beruhend nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern . . .“

Ich frage zunächst: ist diese „Auffassung“ (offenbar der Römer) richtig oder nicht? Ferner: was für ein Gesetz soll das sein, das nur nicht „unmittelbar“, also doch wohl mittelbar für das *Judicium* die Grundlage abgab? Doch nicht das Gründungsgesetz der Magistratur oder die concrete *lex curiata* (*de imperio*)? Denn auf dieser Basis ruht überhaupt jede innerhalb der magistratischen Kompetenz gesetzte Amtshandlung, beispielsweise das praetorische Edict, welches Volksrecht corrigirt, ganz ebenso wie die Thätigkeit des Praetors im Legislationenprocess. Will also Mommsen nicht etwas Selbstverständliches betonen, dann denkt er doch an eine *Lex*, welche die Anordnung des *Judiciums* regelt, freilich nur „mittelbar“ (?).

Ebenso unbefriedigend ist auf S. 182, 183, 184 N. 2 [S. 189 N. 1] die Begriffsbestimmung des *iudicium legitimum*. Zuerst wird es genannt ein Process der ältesten⁶⁾ und der „strengen Rechtsform“; sodann wird uns gesagt, auch das legitime Gericht „stütze sich insofern auf das Imperium, als das Gesetz den Praetor angewiesen hat, sein Imperium in der Weise zu brauchen, dass dadurch dieses Gericht begründet wird“⁷⁾.

Die letztere Behauptung muss in mehrfacher Beziehung angefochten werden. Hier möchte ich nur aufmerksam machen auf die eigentümlich gewundene Erklärung des

⁶⁾ In der dritten Auflage S. 186: das Gericht im „ältesten Kreise“, d. h. *domi*, zwischen Bürgern und vor dem *iudex unus*, dann S. 187: „der strengen Rechtsform“.

⁷⁾ In der neuen Ausgabe ist sachlich Nichts geändert; doch sind einige Worte gestrichen [S. 189 N. 1]: „... insofern das Gesetz den Praetor angewiesen hat, durch sein Imperium dieses Gericht herbeizuführen“.

Prädikats „legitimum“. Sind alle Worte in dem citirten Satze mit Vorbedacht gewählt, dann wäre nach Mommsen das *Judicium legitimum* schon vorhanden, schon ein feststehender Begriff gewesen, als „das Gesetz“ (welches?) den Praetor anwies, *Judicia* dieser Art („dieses Gericht“) herbeizuführen. Als „legitim“ erschiene also ein Gericht nicht schon darum, weil es vom Praetor angeordnet wird in Ausführung irgend welcher *Lex*, sondern legitim hiesse nur der vom Magistrat nach dem Gebote des (?) Gesetzes in bestimmter Weise, nämlich in „strenger Rechtsform“ instruirte *Process*. Unter „strenger Rechtsform“ kann die *Legisactio* nicht verstanden sein, — diese Annahme wäre unvereinbar mit den Quellen — es wird also gemeint sein (vgl. S. 182), der Einzelgeschworne (*unus iudex*) und was sonst noch bei Gaius IV. 104 als Kennzeichen des *Judicium legitimum* aufgeführt ist⁸⁾. Der *unus iudex* könnte wieder ein auf älterem Gesetz beruhendes Institut sein, und darum der vor ihm in Rom unter römischen Bürgern verhandelte *Process legitim* heissen⁹⁾.

Ob diese Ausführung wirklich Mommsens Gedanken trifft, dessen bin ich keineswegs sicher. Jedenfalls müsste gegen diese überkünstliche Erklärung Widerspruch erhoben werden. Eine besondere Widerlegung freilich ist kaum möglich, da wir einer nur flüchtig skizzirten Ansicht gegen-

⁸⁾ Dass diese Auslegung richtig ist, das steht jetzt ausser Zweifel. Die „älteste *Processform*“ der zweiten Auflage (S. 182) ist neustens ersetzt [S. 186] durch den *Process* im „ältesten Kreise“; vgl. dazu oben S. 23 N. 6.

⁹⁾ Pernice *Parerga* II S 123 N. 1 glaubt mit Mommsen übereinzustimmen — vielleicht nicht ganz mit Recht. Möglich, dass er Mommsens oben besprochene Aeusserung anders versteht als ich. Besonderes Gewicht legt Pernice auf den *unus iudex*.

überstehen, die erst genauer dargelegt und begründet sein müsste, um wissenschaftlich angreifbar zu werden.

Zum Schlusse ist endlich noch Puntscharts zu gedenken, dessen oben schon erwähntes Werk die Lehre vom *Judicium legitimum* im richtigen Zusammenhang, und zwar im Capitel über die Processreform behandelt und auch sonst manche feine und treffende Bemerkung enthält. Leider taucht in dem hergehörigen Abschnitte das richtig Beobachtete unter in einem Wüste haltloser Hypothesen über den Inhalt der Reformgesetze. Wann die *Lex Aebutia* erlassen wurde und was sie anordnete, glaubt Puntschart ganz genau zu wissen. Nicht als Gerichtsordnung sei sie zu bezeichnen, sondern als eines der wichtigsten Verfassungsgesetze, das den rechtsprechenden Magistraten „neue und höhere Jurisdictionen“ verlieh und so das Honorarrecht begründete. Dem *Praetor urbanus* habe sie die weitgehendsten Befugnisse verliehen, nämlich die *potestas iuris civilis supplendi et corrigendi*, während der *Peregrinenpraetor* nur ermächtigt wurde, das „Civilrecht des *Urbanpraetors*“ zu ergänzen und zu verbessern. In entsprechender Weise wird dann noch gesorgt für die *curulischen Aedilen*, und schliesslich dem Gesetz eine *Clausel* zugeschrieben über die Form, in der die *Publication* des *praetorischen* Rechtes zu geschehen hatte.

Alle diese und andere unwahrscheinliche Dinge will Puntschart in unseren dürftigen Quellen gefunden haben. Seine Hauptbelegstellen druckt er ab auf S. 120, 121 mit einigen zur Erläuterung eingefügten Worten. Ich denke, unbefangene Leser werden in dem echten aus Cicero (in *Verr.* II I. I. c. 45), Gellius (XVI. 10 § 8) und Gaius (IV. 30) genommenen Texte auch nicht die Spur

eines Beweisgrundes zu entdecken vermögen und darum des Verfassers Einschiesel für völlig willkürlich erklären. Es bleibt dann nur Gellius XX. 10 § 9 übrig — eine Stelle, die so, wie sie in den Handschriften lautet, Puntscharts Behauptungen noch lange nicht beweist, immerhin aber allerlei Vermutungen ähnlicher Art hervorrufen könnte. Nun ist aber der handschriftliche Text der citirten Stelle in neuerer Zeit von Philologen wie von Juristen einstimmig verworfen. Nur Punschart hält ihn hartnäckig fest, auch noch in der Rektoratsrede¹⁰⁾ von 1880 (S. 48), obwohl damals bereits Karlowas einleuchtender Verbesserungsvorschlag bekannt war, den jetzt auch Martin Hertz, der hervorragendste Kenner des Gellius, in seiner grossen Ausgabe (1885) angenommen hat. Trifft die „*emendatio palmaris*“ (*satis iurisdictionis negotiis occupati* statt *datis iurisdictionibus negotiis occupati*) das Richtige, — was kaum zu bezweifeln ist — dann handelt die fragliche Stelle gar nicht von einer Erweiterung der praetorischen Competenz und hat auch mit der Lex Aebutia Nichts zu schaffen.

§ 2. Judicium und Actio.

Die Litteratur bietet, wie die gegebene Uebersicht zeigt, ein Bild der Zerfahrenheit. Die Schuld davon tragen die Quellen nur insofern, als sie lückenhaft sind und daher auf wichtige Fragen keine Antwort geben. Dagegen lassen die wenigen Nachrichten, die wir haben, an Klarheit Nichts zu wünschen übrig und stimmen aufs Beste zusammen.

¹⁰⁾ Und neuestens (1887) wieder in der Münchener krit. Vierteljahrschrift Bd. XXVIII S. 518. Zum dritten Mal legt Punschart seinen Lesern dieselbe Theorie fast mit denselben Worten vor!

Ueber das *iudicium legitimum* konnte man vor der Auffindung des Gaius kaum Etwas wissen, von dem *iudicium, quod imperio continetur*, war nicht einmal der Name bekannt. Ueber das erstere berichtet Gaius IV. 103, 104:

Omnia . . . iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur, eaque [e] lege Julia iudicia[ria], nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. et hoc est quod uulgo dicitur e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.

Zuerst müssen wir fragen, was *iudicium* in dieser Stelle bedeutet. Bekanntlich kommt das Wort in den Quellen nicht selten vor zur Bezeichnung der Klage des klassischen Rechtes, zuweilen auch abwechselnd mit *actio*¹⁾. Dass dies aber nicht der ursprüngliche Sinn ist, bedarf kaum eines Beweises; ebensowenig die Behauptung, dass *iudicium* noch in der späteren Rechtsliteratur in verschiedenen anderen Bedeutungen gebraucht wird.

Wie man in klassischer Zeit *actio* und *iudicium* zu unterscheiden wusste, und wie sich die durch diese Worte vertretenen Begriffe zu einander verhielten, das zeigt zum Beispiel eine Aeusserung des Celsus in l. 31 D. de iudic. (5, 1), wo die Rede ist vom *iudicio agere* und vom *per-*

¹⁾ Weiter unten (§ 8) ist gezeigt, dass *actio* in älterer Zeit = *legis actio* ist, wofür *iudicium* niemals gesetzt werden konnte, während allerdings *actio* bei den Späteren auch die Schriftformelklage bezeichnet, insofern also = *iudicium* ist. — Ob die Aufstellung von Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten S. 103 (1887) mit dem hier Gesagten irgend einen Berührungspunkt hat, kann ich einstweilen nicht entscheiden, da die von dem genannten Gelehrten in Aussicht gestellte Begründung seiner Ansicht noch nicht vorliegt.

*ducere actionem in iudicium*²⁾). Genau in demselben Sinne wie Celsus verwendet offenbar auch Gaius l. c. den in Frage stehenden Ausdruck. Zum Beweise braucht blos verwiesen zu werden auf § 106 und 107, wo es heisst:

siquidem imperio continenti iudicio actum fuerit . . . ea formula — si legitimo iudicio . . . actum sit ea formula.

Darnach vollzieht sich also das agere im Judicium.

Ganz ausdrücklich warnt dann § 109 vor der Verwechslung der zwei wichtigsten Bedeutungen von *iudicium* mit den Worten: *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse.*

Wie die folgenden Sätze darthun, hätte der Jurist — wenn es ihm nicht nebenbei darauf ankam, die Doppeldeutigkeit von *iudicium* zu betonen — ebenso gut schreiben können:

*Ceterum potest ex lege (oder legitima) esse actio, quamvis iudicium legitimum non sit; et contra actio ex lege (oder legitima) non esse, quamvis iudicium sit legitimum*³⁾.

Es wäre ein arges Missverständniss, wenn man aus der citirten Stelle einen Gegensatz von *ex lege* und *legitimum esse* herauslesen wollte. Ohne Zweifel sind diese

²⁾ Vgl. auch Celsus in l. 51 D. de O. et A. (44, 7).

³⁾ Ich glaube mit Keller Litiscontestatio S. 112 N. 1 völlig übereinzustimmen. Auch Puchta *Cursus* Bd. I S. 465 hat das Richtige drückt sich aber höchst unglücklich aus, wenn er sagt: „Gaius warnt vor der Verwechslung dieser *legitima iudicia* mit den *iudicia ex lege*, d. h. welche die Folge einer durch eine Lex gegebenen Klage sind.“ Die Folge der Klage ist der Process. Dieser aber ist darum, weil die Actio aus einer Lex her stammt, weder legitim noch ex lege. Unklar auch Krüger *Consumtion* S. 37, 38.

beiden Ausdrücke gleichbedeutend: die *actio ex lege* ist eine *legitima* und das *iudicium legitimum* ist *ex lege*.

Dem Gesagten nach werden wir vorerst für *iudicium* die nächstliegende Uebersetzung wählen und im Deutschen vom „Gericht“ reden dürfen. *Legitimum iudicium* hiesse also das gesetzliche Gericht, wobei vor Allem zu denken wäre an den nach dem Gesetze bestellten und vom Gesetz mit Richtergewalt ausgerüsteten Geschwornen, weiter aber auch an das ganze Verfahren vor einem solchen Richter. Man kann daher das *iudicium legitimum* auch einen gesetzlichen Process nennen, wenn nur die Gesetzlichkeit des Richters noch hinzugedacht wird.

Auch damit ist übrigens die Bedeutung des Ausdrucks nicht vollends erschöpft. Gaius sagt: *legitima sunt iudicia quae accipiuntur* (104), ebenso von den *imperio continentia: accipiuntur* (105), ferner: *si legitimo iudicio actum sit* (107), *si imperio continenti actum fuerit* (106), *si ex lege in prouinciis agatur imperio continebitur iudicium* (109), *si legitimo iudicio debitum petiero* (III. 181).

Das *agere* und *petere* bedeutet vornehmlich die Rechtsverfolgung vor dem Praetor und auch das *accipere iudicium* gehört dem Verfahren in iure an. Wenn nun wiederholt die Rede ist von einem *agere* im *iudicium (legitimum und imperio continens)*, so muss der fragliche Ausdruck das Verfahren vor dem Magistrat mit umfassen, *iudicium* muss also gebraucht sein zur Bezeichnung des ganzen Processes.

Um jeden Zweifel zu beseitigen, bringe ich noch Gai. III. 180⁴⁾ in Erinnerung, wo es heisst, die *Litis-*

⁴⁾ Vgl. dazu auch Gai. III. 83 in f.: (*lites contestatae*) *legitimo*

contestation hebe die Obligation auf, *si modo legitimo iudicio fuerit actum*, endlich Gai. I. 184 und Ulp. XI. 24, 27, wo das *iudicium legitimum* der *legis actio* an die Seite gestellt ist (vgl. auch Gai. IV. 108). Die Litiscontestation fällt in das erste Processstadium und doch — wie die Gaiusstelle zeigt — auch ins *iudicium legitimum*. Ebenso giebt die *Legisactio* zunächst nur dem Verfahren in *iure* die Form. Wenn trotzdem Ulpian *lege* und *legitimo iudicio agere* verbinden kann, so muss offenbar der letztere Ausdruck für den Process vor dem *Praetor* gebraucht sein. Darnach dürfen wir wohl die behauptete weitere Bedeutung von *iudicium* als gesichert betrachten⁵⁾.

Durch diese Feststellung sind nun scheinbar *Actio* und *Judicium* wieder näher an einander gerückt. Dennoch ist eine Verwechslung kaum mehr zu befürchten. Seitdem die Unklarheit überwunden ist, — hauptsächlich durch Iherings⁶⁾ Untersuchung § 47^c —, welche aus der Doppeldeutigkeit von *legis actio* entstanden war, muss es leicht gelingen, auch *iudicium* und *actio* auseinanderzuhalten. *Legis actio* ist bekanntlich bald der *modus agendi*, der Rahmen, in dem das ganze Verfahren sich abspielt, bald die der Natur und dem Gegenstand des einzelnen Rechtes angepasste Spruchformel der am Process Beteiligten. Dem

⁴*iudicio*. Die eingeschlossenen Worte sind von Rudorff ergänzt. Studemund-Krüger in der kleinen Ausgabe stimmen bei, während im Apographum p. 149 vorgeschlagen wird: *lites quae aguntur*. Ich halte Rudorffs Ergänzung für richtig; vgl. auch Pernice Labeo Bd. I S. 178 N. 18.

⁵⁾ Anderer Ansicht scheint Gradenwitz Interpolationen S. 104.

⁶⁾ Vgl. übrigens auch Krug Ueber die *Legis actiones* S. 21, 22 (2. Aufl. Leipzig 1855), dann Bruns in den *Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae* S. 51 N. 3.

Gaianischen (IV. 12) *modus agendi* entspricht nun genau unser *iudicium*, während die Spruchformel im neueren Verfahren ersetzt ist durch die civile *actio* schlechtweg, d. h. durch die schriftliche Klageformel.

Damit ist eine Abweichung ermittelt der neueren Rechtssprache von der älteren. Die letztere hat für zwei Begriffe nur ein Wort, die erstere dagegen findet für den umfassenderen Begriff die Bezeichnung *iudicium* und gebraucht fortan *actio* nur mehr für die Klage. Andererseits ist das ältere Processrecht reicher an Formen als das Recht der späteren Zeit. Gaius nennt uns fünf verschiedene *modi, quibus lege agebatur*, wovon sich vier auf das gerichtliche Verfahren beziehen. An ihre Stelle tritt seit der Lex Aebutia — wie unten noch zu zeigen ist — eine einzige Processform, das elastische *litigare per concepta uerba*, das gesetzliche Formularverfahren. In diesem gelangt dann freilich das Actionenwesen zur reichsten Entfaltung. Darin aber liegt weit mehr eine Fortbildung des bürgerlichen als des Processrechtes. Das Verfahren ist also in Rom in der That aus einem vielgestaltigen mit der Zeit ein einförmiges geworden.

§ 3. Die Legitimität des *Judiciums*.

Leichter als die Feststellung dessen, was *iudicium* bedeutet, scheint die Ermittlung des dem Prädikate *legitimum* zukommenden Wertes. Dennoch haben die meisten Schriftsteller gerade an diesem Punkte Schiffbruch gelitten, und zwar aus dem Grunde, weil sie die einfachste und nächstliegende Herleitung nicht bemerken oder doch nicht annehmen wollten.

Die verzwickte Darlegung von Mommsen (im Staatsrecht)¹⁾ kennen wir bereits aus dem Früheren. Aehnliche nicht minder unbefriedigende Versuche hatten vorher schon Andere gemacht, irreführt vor Allem durch den oben mitgetheilten § 104 bei Gaius IV, neben welchem die in dem vorhergehenden Absatze (§ 103) enthaltene Worterklärung regelmässig übersehen wurde. Besonders hervorheben möchte ich nur die von Keller gegebene Uebersetzung von *legitimum*. Auf die Frage nach der Bedeutung dieses Wortes antwortet der genannte Gelehrte mit einem unklaren Vergleiche. *Legitimum* — sagt er²⁾ — heisse das „in formeller Beziehung echte, civile Judicium“. Damit soll wohl angespielt sein auf das echte Ding des deutschen Rechts.

In seinem zweiten Hauptwerke³⁾ bezeichnet gar Keller das legitime Gericht nur mehr als das „echte“ (nicht auch als civil), obwohl inzwischen Puchta auf das Richtige hingewiesen hatte. Was man sich unter „Echtheit“ der Judicia denken soll, ist nirgends gesagt. Entweder, echt heisst nichts Anderes als civil — dann begreift man nicht, weshalb die ungewöhnliche Uebersetzung gerade für das Judicium legitimum und nur für dieses Institut des Civilrechts gewählt wurde. Oder aber, das Echte ist etwas

¹⁾ In der 3. Aufl. [Bd. 1 S. 186] ist der Satz hinzugefügt: „Die ursprünglichen Grenzen des (praetorischen) Schiedsgerichtes [vgl. dazu S. 173] sind eng gezogen: ‚gesetzlich‘ tritt es nur ein im Amtsgebiet domi, zwischen zwei Bürgern und vor einem Einzelgeschwornen.“ — Man beachte die Gänsefüßchen bei dem Worte: gesetzlich. Mommsen will andeuten, dass es mit der Gesetzlichkeit des Judiciums eine ganz besondere Bewandniss habe.

²⁾ Litiscontestation S. 112.

³⁾ Civilprocess § 45 S. 225, § 60 S. 300 und in N. 712.

Besonderes gegenüber dem Civilen — dann wäre auch Keller auf falscher Fährte gewesen.

Was *legitimum* bei den römischen Juristen in Wahrheit zu bedeuten hat, ist eine allbekannte Sache. Legitim heisst was aus einer *Lex* her stammt. In der Regel ist diese Abstammung eine ganz unmittelbare; zuweilen kann sie auch eine recht entfernte sein (Legitimität *per consequentiam*)⁴⁾, wie besonders deutlich die Auseinandersetzung bei Gai. I. 165 zeigt. Damit hängt auch zusammen die Ausdehnung der Legitimität auf Dasjenige, was seine Entstehung einer anderen Quelle verdankt, sofern nur diese der *Lex* ebenbürtig ist. Nicht erfordert wird übrigens, dass alles Legitime vom Gesetz neu eingeführt sei. Auch was schon vorhanden war, als ausserrechtliche Uebung oder als praetorische Einrichtung, wird legitim, beruht fortan auf dem Gesetze, wenn es von diesem mit volkrechtlicher Geltung ausgestattet ist.

Beispiele für den Gebrauch des Wortes wird man kaum verlangen. Doch will ich erinnern an die *conuentio legitima* bei Paulus (l. 6 D. de pact. 2, 14), an die *actio legitima* z. B. bei Servius in l. 5 D. de his qui eff. (9, 3) oder Maecian in l. 32 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2), an die *curatores legitimi* bei Ulpian XII. 1⁵⁾, und an die *successores legitimi*⁶⁾ in l. 6 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1 — Ulp.).

Wie Paulus das Prädikat *legitima* der *conuentio* beilegt, *quae lege aliqua confirmatur*, wie die *actio legitima* eine auf das Gesetz gegründete Klage ist, und der *curator*

⁴⁾ Ulp. XI. 3 und in l. 3 pr. D. de leg. tut. (26, 4).

⁵⁾ Dazu Wlassak Kritische Studien S. 32—34.

⁶⁾ Vgl. dazu etwa Gai. IV. 34 und § 10 I. de fid. her. (2, 23).

legitimus ein Pfleger, dessen Bestellung und Vollmacht ein Gesetz bestimmt, wie endlich *successor legitimus* derjenige genannt wird, dessen Gesamtnachfolge auf einem Gesetze beruht, so kann meines Erachtens ein Gericht und ein Process, ein *Judicium* also nur darum *legitimum* heissen, weil es mehr oder minder geregelt ist durch eine *Lex*. Blicke noch ein Zweifel darüber, so müsste er doch schwinden der deutlichen Erklärung des Gaius gegenüber, der im § 103 die *iudicia legitima* als diejenigen bezeichnet, *quae legitimo iure consistunt*.

Darnach macht die blosse Thatsache, dass für gewisse Prozesse irgendwelche Normen durch eine *Lex* aufgestellt sind, diese *Judicia* zu legitimen im Sinne des Gaius. Was das Gesetz bestimmt, das ist wie überall so auch hier beim *Judicium* für die Frage der Legitimität ohne alle Bedeutung. Ich kann daher A. Pernice⁷⁾ nicht beistimmen, wenn er behauptet, gewisse Prozesse seien darum legitim gewesen, weil „das Gesetz den Praetor verpflichtet habe in Rom unter lauter römischen Bürgern einen Einzelrichter zu bestellen“. Ich glaube, der Verzicht auf diesen bedenklichen Notbehelf wird nicht schwer fallen, sobald erwiesen ist, dass wir mit der nächstliegenden Worterklärung, deren Richtigkeit in anderen, ähnlichen Verbindungen Niemand bezweifelt, auch in unserem Falle ausreichen.

Hängt die Legitimität dem Gesagten nach nicht ab von dem Inhalt, sondern blos von dem Dasein einer *Lex*, dann konnten die Römer keinen Anstand nehmen, die Bezeichnung *iudicium legitimum* auch auf Criminalprocesse

⁷⁾ Parerga II S. 122 in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII.

anzuwenden, für welche nicht das *ius legitimum* des Gaius IV. 103, sondern irgend welches andere Gesetz massgebend war. Allerdings scheint der Ausdruck in solcher Verwendung nur selten vorzukommen; dass er zulässig war, zeigt schon Cicero pro Cluentio c. 53 § 147, wo es von der Einrichtung der Quaestio heisst:

*opinor haec omnia lege fieri, totumque hoc iudicium (ut ante dixi) quasi mente quadam regi legis et administrari*⁸⁾.

Sodann verweise ich auf Cicero part. orat. c. 12 § 43 und auf das Monumentum Ancyranum c. 2 l. 10, 11. Beide Stellen sprechen von einem *iudicium legitimum*; die letztere lautet⁹⁾:

qui parentem meum (interfecer)un(t eos) in exilium expuli iudiciis legitimis ultus eorum (fa)cinus.

Gemeint ist die ausserordentliche Quaestio, welche durch die Lex Pedia von 711 gegen die Mörder Caesars angeordnet war.

Im Bisherigen ist das *Judicium legitimum* lediglich bestimmt worden als der durch ein Gesetz geregelte Process. Ein eigentümlicher Sprachgebrauch der römischen wie der heutigen Juristen nötigt noch zu der Frage, ob das *Judicium* „mittelbar“ oder „unmittelbar“ auf einer Lex beruhe, ob es legitim heisse im allgemeineren oder im engeren Sinne des Wortes.

⁸⁾ Vgl. auch Gaius in l. 25 § 1 D. de S. C. Sil. (29, 5).

⁹⁾ Mit den Ergänzungen von Mommsen *Res gestae diui Augusti* p. LXXX (1883). Ueber das Pedische Gesetz vgl. Mommsen l. c. S. 5 und die daselbst aufgeführten Belegstellen, denen noch Dio Cassius LVI c. 48 und 49 beizufügen ist. — Die Stelle des Cicero part. orat. c. 12 § 43 bespricht Brunnenmeister Das Tödtungsverbrechen im alt-römischen Recht S. 136.

Als legitim in besonderer Bedeutung gilt den Römern¹⁰⁾ und gilt uns heute eine Hereditas oder eine Tutela, zu der wir berufen sind nicht durch den Willen des Erblassers oder der Obrigkeit, sondern „unmittelbar kraft Gesetzes“, d. h. durch verwandtschaftliche Beziehungen, welchen das Gesetz Delationswirkung beilegt. Ebenso sprechen wir von einer „legalen“ Entstehung des Eigentums, der dinglichen und obligatorischen Rechte, wo der Thatbestand, an den das Gesetz den Erwerb anknüpft, nicht eine Willenserklärung der Parteien oder des Richters, sondern eine Thatsache anderer Art ist.

Den logischen Fehler, den man begeht bei der Gegenüberstellung z. B. von Hereditas testamentaria und legitima oder der Obligationen aus Verträgen und derer ex lege, haben neuere Schriftsteller längst erkannt und gerügt, ohne doch die hergebrachte bequeme Terminologie zu erschüttern¹¹⁾. Schon die römischen Juristen wussten übrigens sehr gut, dass jede Rechtswirkung zuletzt auf einer Rechtsnorm beruht, und waren sich daher der Ungenauigkeit wohl bewusst, welche die erwähnte Ausdrucksweise mit sich bringt. Zum Beweise brauche ich bloß auf die bekannte l. 130 D. de V. S. (50, 16) von Ulpian zu verweisen, wo es heisst:

Lege obuencire hereditatem non inproprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duo-

¹⁰⁾ Vgl. z. B. Quintus Mucius in l. 29 § 1 D. de statul. (40, 7), Gai. I. 155, III. 14, 85, Ulp. XIX. 2, 13, 14, 17, ferner in l. 5 pr. § 2 D. de leg. tut. (26, 4), Paul. IV. 8, 20, 22, 24 (Kr.).

¹¹⁾ Vgl. etwa Unger System Bd. II § 72 S. 4, andererseits Bülow im Archiv für civilist. Praxis Bd. 64 S. 74. Auf die historische Bedeutung der Rechtsentstehung ex lege macht Ihering aufmerksam im Zweck I S. 480 Note; dazu Geist II¹ § 26 S. 61 (3. A.).

decim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

Judicia legitima nannten ¹²⁾ die Römer — wie ich voregreifend hier bemerken muss — nur Prozesse, die durch Schriftformel, nicht auch solche, die durch *Legisactio* instruiert waren. Nun wird bekanntlich die Formel auf Grund der Parteienanträge vom Praetor verfasst, und der Geschworene wird vom Praetor bestellt. Kein Zweifel also, dass ein *Judicium*, welches wesentlich durch obrigkeitliche Willenserklärung zu Stande kommt, nicht „gesetzlich“ heissen kann in dem besonderen Sinn wie die *Hereditas* und die *Tutela*.

Damit ist auch die Antwort schon gefunden auf die obige Frage. „Legitimität“ konnte offenbar gewissen Processen nur zugeschrieben werden in allgemeinerer Bedeutung. Mithin sind *iudicia legitima* diejenigen, welche der Magistrat nach den Vorschriften eines Volksgesetzes instruiert.

§ 4. Die *Lex* die ausschliessliche Grundlage des legitimen Gerichtes.

So einfach und einleuchtend die oben versuchte Erklärung des „gesetzlichen“ Gerichtes scheint, so wenig ist dieselbe bisher als genügend anerkannt. Kein Geringerer

¹²⁾ Der *Legisactionen*process war das gesetzliche Verfahren der alten Zeit. Doch kannte diese noch nicht die technische Bezeichnung: *iudicium legitimum*. Nicht nur die Klage, auch der Process hiess *actio* (s. oben S. 30, 31). Erst für das neuere gesetzliche Verfahren ist der Name *iudicium legitimum* aufgekommen. Die beiden Processformen bestanden lange Zeit neben einander. Es ist daher sehr begreiflich, dass man für die ältere, um sie von der jüngeren zu unterscheiden, die hergebrachte alte Bezeichnung beibehielt.

als Th. Mommsen hat die „Legitimität“ der *Judicia* beanstandet und mit auffallendem Eifer vor den Missverständnissen gewarnt, welche durch die römische Bezeichnung nahe gelegt seien. Zum Teil spielt bei diesen Bedenken — wie ich glaube — eine Verwechslung mit des Legitimen im allgemeineren und im besonderen Sinne. Namentlich möchte man darauf schliessen aus der im Staatsrecht I, 182 geltend gemachten „Auffassung“ der *Judicia imperio continentia* als der Gerichte, die „nicht unmittelbar aus dem Gesetz hervorgehen“¹⁾. Nach diesen Worten wäre doch wohl für den gesetzlichen Process — und zwar angeblich im Sinne der Römer — unmittelbare Abstammung aus der *Lex* anzunehmen.

Wie dem auch sei, jedenfalls hat Mommsen seine Warnung vor Fehlschlüssen aus dem *iudicium legitimum* und aus der Gegenüberstellung des gesetzlichen und des *iudicium imperio continens* bei Gaius für wichtig genug gehalten, um sie zu wiederholten Malen vorzubringen in vier verschiedenen Schriften: zuerst in der Abhandlung über die „Rechtsfrage“, dann in dem Aufsatz über das Rubriche Gesetz, ferner in der Römischen Geschichte, schliesslich im Staatsrecht²⁾. Am deutlichsten äussert er seine Meinung in der „Rechtsfrage“, wo es heisst: Es wird nicht überflüssig sein daran zu erinnern, dass das *iudicium legitimum* gerade so gut wie das *iudicium quod imperio continetur* auf dem Imperium beruht und die richtige Paraphrase für jenes ist „das kraft der dem Magi-

¹⁾ Vgl. auch oben § 1 N. 5 (S. 22).

²⁾ Ich verweise auf die genaueren Citate in § 1 N. 1. Die Frage nach dem Ursprung der *iudicia legitima* ist von Mommsen zuerst 1845 gestellt in Richters Krit. Jahrbüchern Bd. XVIII S. 876 Note.

strat durch die Verfassung zustehenden Amtsgewalt niedergesetzte Gericht“, für dieses „das kraft der von den Beschränkungen der Verfassung befreiten Amtsgewalt niedergesetzte Gericht“³⁾).

Wie Mommsen so hat auch L. Lange⁴⁾ an dem *iudicium legitimum* Anstoss genommen und ausdrücklich die Folgerung abgelehnt, als sei die Gerichtsbarkeit des Praetor urbanus nicht ebenfalls auf das Imperium gegründet wie die des Praetor peregrinus. Wenn die vor dem ersteren abgeführten Prozesse „legitim“ hiessen, so sei damit nur hingedeutet auf „das durch die betreffenden (?) Leges beschränkte Imperium“ des Stadtpraetors. Demnach erklärt Lange die Unterscheidung der beiden Processgattungen bei Gaius geradezu für „unlogisch im Ausdruck“.

Nach dem früher (§ 3) Gesagten bedarf eigentlich die Benennung gewisser *Judicia* nach der zu Grunde liegenden Lex keiner Rechtfertigung mehr. Dennoch dürfen wir uns damit nicht zufrieden geben, weil auf diese Weise der Vorwurf unpassender Bezeichnung von der einen Gruppe der Prozesse nur abgewälzt würde auf die andere. Tragen nämlich die *iudicia legitima* ihren Namen mit Recht, so bleibt immer noch zu erwägen, ob es angeht, ihnen Gerichte gegenüberzustellen, *quae imperio continentur*. Dem Anschein nach hebt diese letztere Bezeichnung Nichts hervor, was der zweiten Gattung der *Judicia* eigentümlich wäre. Die Amtsgewalt des Praetors ist ja wie hier so dort

³⁾ Gegen Mommsens Lehre hat schon Puntchart Grundgesetzl. Civilrecht S. 93 Widerspruch erhoben. Ebenso bemerkt Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 122: das *Judicium legitimum* fusst nicht auf der Einsetzung durch den Praetor, sondern auf dem Gesetze.

⁴⁾ Altertümer Bd. I S. 788, 789.

im Spiele: hier freilich ein magistratisches *Walten praeter legem*, dort im *Judicium legitimum* eine Thätigkeit, die das Gesetz lediglich ausführt. So scheint also der Tadel wohlbegründet, den die genannten Gelehrten gegen die römische Terminologie richten.

Ohne Zweifel wäre denn auch der erhobene Vorwurf vollberechtigt, wenn wir annehmen müssten, dass die Römer über das Verhältniss der Beamten zum Gesetze ebenso dachten wie wir heute. Mommsen und L. Lange halten dies offenbar für selbstverständlich, da sie die Möglichkeit eines Widerstreits der Anschauungen gar nicht in Rechnung ziehen. Dennoch ist es sicher nur diese erschlichene Annahme, welche eine Anfechtung der römischen Namen möglich macht. Statt eine wirkliche Erklärung zu versuchen, giebt Mommsen — ohne Gründe anzuführen — eine Umschreibung der fraglichen Ausdrücke, die in Wahrheit eine *Correctur* derselben enthält. Ebenso beginnt Lange sofort mit der Kritik und gelangt von seinem Standpunkte aus natürlich zu einer Verwerfung der „unlogischen“ Bezeichnungen.

Wesentlich anders wird unser Urteil lauten, wenn wir die Voraussetzung, von der die Tadler ausgehen, als unbewiesen bei Seite schieben und dafür die oben in der Einleitung dargelegte Theorie zur Aufklärung heranziehen. Die römische Ausdrucksweise ist erklärt und gerechtfertigt zugleich, sobald man zugiebt, dass die Römer dem Magistrat die Amtshandlung, die nur Gesetzausführung ist, als eigene nicht zurechnen, oder — anders ausgedrückt — dass sie den Individualwillen des Beamten für Nichts achten gegenüber dem Volkswillen in der *Lex*. Dieser Anschauung gemäss spielt dann natürlich das *Imperium* eine Rolle nur im

aussergesetzlichen Process (*iudicium imperio continens*), während das *iudicium legitimum* nicht der Praetor regiert, sondern durch ihn das Gesetz. Was zuweilen für das Legisactionenverfahren behauptet wird, gilt nicht minder auch für den Formularprocess der Lex Aebutia: die praetorische Gerichtsleitung erscheint auch hier als ein Amtsact, den die Römer zurückführen nicht auf den eigenen Willen des Magistrats, sondern auf die Lex, die selbst anordnet, wenn auch durch den Mund des Praetors.

Wie diese eigentümliche Auffassung der Römer den Schlüssel bietet für das Verständniss eines mit Unrecht angefochtenen Sprachgebrauchs, so ist andererseits eben dieser Sprachgebrauch als Beweisgrund geltend zu machen für das Dasein jener römischen Anschauung.

In letzterer Beziehung habe ich schwerlich auf sofortige Zustimmung zu rechnen. Man könnte einwenden, dass hier eine einzelne Erscheinung in ihrer symptomatischen Bedeutung arg überschätzt sei. Dem gegenüber darf vielleicht erwähnt werden, dass ich meines Theils schon gelegentlich früherer Studien⁵⁾, noch ohne Berücksichtigung des *Judicium legitimum*, zu der in der Einleitung aufgestellten Behauptung gelangt war. Der genauere Nachweis des dort Gesagten könnte hier nicht ohne störende Unterbrechung des Zusammenhanges und kann überhaupt nur stückweise und allmählich erbracht werden. Dennoch möchte ich schon an diesem Orte einige kurze Bemerkungen vorläufig einfügen, die geeignet scheinen, einerseits meine Deutung des *Judicium legitimum* sicherzustellen, anderer-

⁵⁾ Vgl. Wlassak Edict und Klageform S. 9, 10, 35, 36, 62—66, 115—119, Kritische Studien S. 20, 21, 32, 33 und in Grünhuts Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht Bd. XII S. 260—262.

seits dem in der Einleitung Behaupteten zur Stütze zu dienen.

Die Namen der beiden Processgattungen des Gaius sind — wie wir gesehen haben — getadelt worden als ungenau und unlogisch. Sehr auffallend ist es, dass an einem anderen Punkte ein „Fehler“ genau derselben Art der kritischen Aufmerksamkeit bisher entgehen konnte. Das *iudicium legitimum* und das correlate *iudicium quod imperio continetur* stehen nämlich keineswegs allein. Die Sprache der römisch-klassischen Juristen begeht dieselbe „logische“ Sünde noch ein zweites Mal, bei einem anderen Begriffspaar, bei der *actio legitima* und *actio praetoria*.

Bekanntlich wird die auf der Lex beruhende Actio im Formularprocess vom Magistrat ebenso ausgefertigt wie die praetorische Klage; desgleichen wird das Musterschema der civilen wie der honorarischen Klage vom Praetor entworfen und ins Album eingetrückt. Dennoch verleugnet der genaue Sprachgebrauch der Römer bei der *actio legitima* die Thätigkeit des Praetors ganz und gar: die Ausfertigung der Schriftformel ist kein *dare actionem*⁶⁾, die Proponirung im Album kein Akt magistratischer Verordnungsgewalt. Die gesetzliche Klage bleibt also nach Einführung der

⁶⁾ Sondern nur ein Nichtdenegiren. Dies wird allgemein übersehen; vgl. neuestens Wach Handbuch Bd. I S. 26 N. 5 und Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 440, aber auch oben S. 3, 4 — Ich bemerke bei dieser Gelegenheit, dass die Worte des Trebellianum (Ulp. l. 1 § 2 D. 36, 1): *actiones, quae in heredem heredibusque dari solent* nicht echt sein können. Wie Gai. II 253 und Paul. l. 40 (41) pr. D. eod. (36, 1) übereinstimmend bezeugen, sprach der Senat nur von Civilklagen. Aus den angeführten Worten aber ist diese Beschränkung offenbar nicht abzuleiten. Zur Zeit des S. C. wird *actio* nicht mehr ausschliesslich für die Actio civilis gebraucht. S. auch meine Krit. Studien S. 100 N. 6.

Schriftformel was sie vorher gewesen war; sie bleibt „legitim“ und heisst nie und nirgend „praetorisch“.

Vermieden ist diese letztere Bezeichnung bei der *Actio* offenbar aus demselben Grunde, der die Römer abhielt, das *Judicium* im obigen Sinne, d. h. das Verfahren im Ganzen und das Schwurgericht, auch in den von der *Lex iudiciaria* geregelten Fällen auf das *Imperium* gestützt zu denken, obwohl doch die Leitung der ersten Verhandlung und die Ernennung des Richters von Seiten des Magistrats überhaupt in keinem Prozesse fehlen konnte.

Die römische Auffassung der *actio legitima*, wie sie eben angedeutet wurde, braucht nicht erst aus dem Namen erschlossen zu werden, da zahlreiche Aeusserungen der Pandektenjuristen vorliegen, welche deutlich oder gar ausdrücklich unsere Frage beantworten. Besonders sprechende Zeugnisse für die Vorstellung, dass der Magistrat, soweit er Civilklagen zulässt, durchaus Verwalter fremden Gutes ist und Nichts aus Eigenem gewährt, bieten solche Wendungen, welche die *Lex* und nur die *Lex* als die Spenderin der *Actio* hinstellen.

Eine Reihe von Fragmenten, wo wir der *actio lege data*, *lege prodita*, *lege constituta* begegnen, dann der *actio, quae ex lege competit*, dem *agere ex lege* oder *lege agere*, ist gesammelt in meiner Edictsstudie S. 61—66. Freilich umfasst *actio* Zweierlei, nicht blos die formulirte Klage, sondern auch den materiellen Anspruch, und gerade in diesem letzteren Sinn könnte man die angeführten Stellen verstehen wollen. Berücksichtigt ist dieser Einwand schon a. a. O. S. 58—60. Wie dort gezeigt ist, fliessen den Juristen die beiden Bedeutungen von *actio* regelmässig zusammen. Anspruch und Formel werden nicht gesondert

gedacht, da die letztere nur die Verkörperung des Anspruchs ist, und dieser im Streitfall nicht verwirklicht werden kann, ohne als Formel in die Erscheinung zu treten. So darf also *actio* in den obigen Verbindungen auch als Klage im formellen Sinne verstanden werden.

Was nun an der römischen Ausdrucksweise besonders auffällt, das ist — wie gesagt — die unmittelbare Herleitung der *Actio* aus dem Gesetze. Die Thätigkeit des Magistrats, sowohl das Proponiren der *Actio legitima* im Album wie die Zulassung im einzelnen Fall, bedeutet ohne Zweifel weit Mehr als ein blosses Formgeben⁷⁾. Der Praetor ist keineswegs bloß Schreiber im Dienste des Gesetzes: sein Imperium ermächtigt ihn zur Verweigerung wie zur Beschränkung der gesetzlichen Klage. Trotzdem aber schenkt der römische Sprachgebrauch dem Zulassungsbeschluss des Gerichtsherrn gar keine Beachtung, sondern hebt allein die *Lex* hervor und bezeichnet demgemäss die Klage als *actio quae lege datur*.

Weiter müssen wir fragen, ob diese oder gleichwertige Wendungen ganz stetig gebraucht sind, insbesondere ob nicht statt oder neben der *Lex* zuweilen doch der Magistrat

⁷⁾ Einen treffenden Ausdruck gebraucht Gaius III. 190, 191: er lässt den Praetor gewisse gesetzliche Diebstahlsstrafen oder — was Dasselbe ist — die darauf gerichteten Civilklagen conserviren: *eamque etiam praetor conservat . . . eaque similiter a praetore servatur*. [Vom „Accommodiren“ spricht Gaius sowohl bei civilen wie bei praetorischen Rechtsmitteln: IV. 11, 110, 111 (?), 118, 144.] Dagegen ist es unrömisch, wenn u. A. Puchta Institutionen Bd. I § 163 in f. (S. 482) sagt: „Auch die *civiles actiones* mussten von dem Magistrat concipirt und somit gegeben werden.“ Dazu vergleiche man die sehr vorsichtige Ausdrucksweise Ciceros de inuent. II c. 19 § 57, 58: *praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones . . . ibi* (in iure nämlich) *et exceptiones postulatur et quodammodo agendi potestas datur et omnis conceptio priuatorum iudiciorum constituitur*.

genannt ist als Verleiher der Klage. Eine Durchsicht der Juristenschriften führt zu der schon oben S. 3, 4 ange-deuteten Antwort. Einstweilen mag zur Begründung meiner Ansicht eine Verweisung auf Gai. IV. 112 und Paulus in l. 9 pr. D. de edendo (2, 13) genügen.

Ueber das Fragment des Paulus finden sich einige Bemerkungen in meiner öfter citirten Abhandlung S. 9, 10. Die Gaiusstelle, welche bisher nicht genügend gewürdigt⁸⁾ ist, lautet so:

Non omnes actiones quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, ueluti furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inueniatur actio.

In dem vorhergehenden Abschnitt (IV. 110, 111) spricht Gaius von dem Erlöschen der Actionen durch Zeitablauf, hier von dem Erlöschen durch den Tod der Parteien. Beide Endigungsgründe kommen in Betracht sowohl bei den civilen wie bei den praetorischen Klagen. Im § 110 werden die beiden Klagengattungen unterschieden nach den Entstehungsquellen; die einen heissen *actiones quae ex lege senatusue consultis proficiscuntur*, die anderen *actiones quae ex propria ipsius* (nämlich: praetoris) *iurisdictione pendent*.

Nun behaupte ich, — was wohl Niemand bestreiten

⁸⁾ Auch von Karlowa Civilprocess zur Zeit der Legisactionen S. 376—378 nicht. Die Annahme einer actio quae ipso iure competit et (a praetore) datur (S. 377) rechtfertigt Gai. l. c. gewiss nicht.

wird — dass in unserem § 112 die beiden Klagengruppen genau in derselben Weise, nur mit anderen Worten neben einander gestellt sind. Die Civilklage nennt der Jurist hier *actio quae ipso iure* d. h. *iure civili*⁹⁾ *competit*, die honorarische *actio quae a praetore datur*. Mit Hinweglassung des *ipso iure* und des *a praetore* kehren dann dieselben Bezeichnungen noch dreimal wieder; nur das letzte-mal steht — sicherlich bloß aus Gründen des Wohlklanges — statt *dantur* das hier gleichbedeutende *nec denegantur*.

Wenn darnach die praetorische Klage im Gegensatz zur civilen als *actio a praetore data* bezeichnet wird, so durfte offenbar kein Römer, ohne sich eines groben Fehlers schuldig zu machen, von magistratischer Verleihung der Civilklagen sprechen. Gaius wenigstens ist äusserst vorsichtig im Ausdruck und verwahrt sich viermal gegen die Annahme eines *dare actionem* Seitens des Praetors, wo die Klage auf dem Civilrecht beruht. Nach seiner Anschauung — und wie ich sofort beifügen will: auch aller übrigen Juristen — wird die *actio legitima* vom Praetor nicht erst erbeten und nicht gegeben. Was das Volksgesetz gewährt, steht dem Bürger ohne Weiteres zu; daher die Wendung: *actio legitima competit*. Andererseits die Bezeichnung *actio a praetore data* für die honorarische Klage durfte der „Schulmeister“ Gaius gewiss nur gebrauchen, wenn das Verständniss dieser Umschreibung auch beim Institutionisten vorauszusetzen war. Und in der That konnte der Sinn jener Worte den Rechtsbeflissenen in Rom, mochten sie noch so grün sein, nicht gut verborgen bleiben. Einmal war dem Römer die praegnante Bedeutung von

⁹⁾ Vgl. meine Krit. Studien S. 14 (zu Paul. I. 11 D. de J. et J. 1, 1).

dare, die uns allerdings lange genug entgangen ist, natürlich wohl bekannt. Sodann aber genügte ein einziger Blick in das öffentlich ausgestellte Album, um Jedermann darüber zu belehren, dass der Praetor nur die auf seiner Jurisdiction beruhenden, nicht auch die civilen Klagen zu geben verspricht.

Wenn wirklich auf der Gerichtstafel ein *iudicium dabo* nur dem Klagschema honorarischen Ursprungs voraufging, während die Civilklage ohne Edict proponirt war, dann begreift man leicht, wie selbst der Verfasser eines Institutionenbuches die *Actio praetoria* in der angegebenen Weise umschreiben konnte, ohne irgend welche Erläuterung für nötig zu halten. Ja man wird sogar in der hier vorausgesetzten — von mir anderwärts¹⁰⁾ wiederholt betonten — Einrichtung des Albums die äussere Ursache des von Gaius bezeugten Sprachgebrauchs vermuten dürfen. Freilich kann diese Erklärung allein nicht befriedigen, da an Stelle der beantworteten sofort die andere Frage auftaucht, weshalb sich denn der Praetor des Edictalversprechens bei allen Civilklagen enthalten hat. Der tiefere Grund liegt meines Erachtens in der römisch-nationalen Vorstellung von der Unterordnung des Magistrats unter das Volksrecht.

Durch diese Behauptung gerate ich in offenen Widerstreit mit Gustav Hartmann, der zwar geneigt ist, meine Bekämpfung der *Civiledicte* im Allgemeinen zu billigen,

¹⁰⁾ In der Abh. über die *Neg. gestio* S. 15, 16, über das Edict S. 9, 10, 82—89, 55, 56, 66, 119. Die entgegengesetzte Ansicht hat gegenwärtig kaum mehr viele Freunde. Neuestens hat auch A. Pernice Zum römischen Sacralrecht II S. 9 N. 3 mit grosser Entschiedenheit das Richtige einfach hingestellt.

trotzdem aber die Annahme verwirft¹¹⁾, dass die Verheissung von Civilklagen „gegen das Princip der praetorischen Edicte verstossen habe“. Dem gegenüber glaube ich nunmehr auf das in der Einleitung Gesagte verweisen zu müssen. Wenn es dort gelungen ist, das Verhältniss des Magistrats zur Lex richtig zu bestimmen, dann dürfen wir nicht anstehen, selbst die Möglichkeit der Civedicte zu leugnen. Ich meine also, dass ein vernünftiger und sachkundiger Mann Edictsätze solcher Art unmöglich aufstellen konnte. Wer es doch versucht hätte, der wäre der Lüge und Anmassung bezichtigt worden und obendrein vom Spotte nicht verschont geblieben¹²⁾.

Nach diesem Excurs wende ich mich wieder dem *Judicium legitimum* zu, wie es Mommsen in der „Rechtsfrage“ zu bestimmen sucht. Im Gegensatz zu der dort vertretenen Ansicht ist oben die Zurückführung des gesetzlichen Gerichtes auf das *Imperium* entschieden bekämpft. Welche Bedeutung diesem Streitpunkt zukommt, das lässt sich erst ermessen, wenn man ernstlich herantritt an die Durchführung der einen oder anderen Auffassung. Mommsen hat sich diese Aufgabe überhaupt nicht gestellt; doch ist er wenigstens einer Frage etwas näher getreten, die gerade die wichtigste ist, der Frage nämlich: ob die Geschwornenfunction fort dauern könne nach dem Wegfall des Magistrats, von dem die Ernennung ausging. Die hergehörigen Bemerkungen stehen im „Staatsrecht“ in demselben ersten

¹¹⁾ In den Gött. gelehrten Anzeigen von 1882 S. 873—875. — Karlowa *Legislationen* (1872) S. 378 N. 1 hält Edicte zu den *actiones legitimae* für überflüssig, ich für unmöglich.

¹²⁾ Man lese z. B. l. 3 § 1 D. *nautae* 4, 9 (Pomp. Ulp.) und l. 13 § 2 D. *de usufr.* 7, 1 (Julian, Ulp.); dazu Wlassak *Edict* S. 13, 14.

Bande, wo auf S. 184, 185 in Note 2 [S. 189 N. 1] — allem Anschein nach — die in der „Rechtsfrage“ ange-deutete Theorie des gesetzlichen Gerichtes gebilligt ist.

Mommsen¹³⁾ nimmt an, dass der „nach dem Gesetz eingesetzte Geschworne zu jeder Zeit einen gültigen Spruch thut“ und mit dem jüngeren Keller¹⁴⁾ sieht er es wenigstens für wahrscheinlich an, dass vor der Lex Julia (Gai. IV. 104) eine Processverjährung beim *Judicium legitimum* überhaupt nicht bekannt war.

Meines Erachtens spricht Alles für die Richtigkeit dieser Aufstellungen, insbesondere auch die Aeusserung des Gaius IV. 105 in f. über das *Judicium imperio continens*. Ebenso unverkennbar aber scheint mir der Widerspruch zu sein zwischen diesen Sätzen und der Mommsenschen Grundauffassung der *Judicia legitima*. Wenn wirklich alle Gerichte auf dem Imperium beruhten, dann müssten doch auch die „gesetzlichen“ erlöschen, sobald die Amtszeit des bestellenden Magistrats abgelaufen war. Die Lex, von der die letzteren den Namen haben, spielt nach Mommsen¹⁵⁾ eine so untergeordnete Rolle, dass nicht einzusehen ist, wie auf Grund derselben der gegenteilige Erfolg hätte eintreten können. Und so ist denn auch wirklich ein anderer Schriftsteller, geleitet von der hier bekämpften Anschauung, neuestens dahin gelangt, die Unabhängigkeit der *Judicia*

¹³⁾ Bd. I S. 614 und in Note 2 [S. 635 N. 4]; vgl. auch S. 610, 611.

¹⁴⁾ *Litiscontestatio* S. 133; vgl. aber auch N. 16.

¹⁵⁾ In der „Rechtsfrage“ S. 24 N. 52 ist die Lex die Verfassung, welche die Amtsgewalt gewissen Beschränkungen unterwirft, im Staatsrecht I S. 184 N. 2 [S. 189 N. 1] das Gesetz, welches den Praetor anweist, sein Imperium in bestimmter Weise zu gebrauchen.

Wlassak. Röm. Processgesetze.

legitima von der Amtsdauer des Magistrats erst dem Rechte der Lex Julia zuzuschreiben. Bis dahin — so behauptet M. Voigt¹⁶⁾ — musste der Wegfall des Imperiums die mors litis nach sich ziehen, „es musste das officium iudicis erlöschen nach den Grundsätzen des mandatum“. Auch durch die Lex Aebutia sei der althergebrachte Grundsatz unverändert gelassen; während das Julische Gesetz dessen Geltung allerdings beschränkt habe auf das Judicium imperio continens.

§ 5. Die Lex eine Gerichtsordnung, kein Verfassungsgesetz.

Um die Polemik gegen Mommsen zu Ende zu führen, muss schliesslich noch erwogen werden, welche Bewandniss es hat mit den verfassungsmässigen „Beschränkungen“, die für den Magistrat im Judicium legitimum gelten und zugleich das eigentliche Wesen dieses Gerichtes bestimmen sollen¹⁾. Als „constitutionelle Beschränkungen“²⁾ können hier nur in Betracht kommen die regulirte Mandirung und die Intercession der Collegen wie der Tribune³⁾.

Was zunächst die Gehülfenbestellung betrifft, so gilt für dieselbe eine andere Ordnung im städtischen und im feldherrlichen Amtsgebiet. Im letzteren unterliegt

¹⁶⁾ Die XII Tafeln Bd. I S. 552 N. 42. Dieser Ansicht war später (s. oben N. 14) auch Keller (Civilprocess § 70 N. 835) geneigt.

¹⁾ S. oben § 4 S. 38, 39.

²⁾ Dieser Ausdruck ist gebraucht in der Römischen Geschichte Bd. I S. 259. Den Andeutungen Mommsens folgt Rudorff in der Rechtsgeschichte Bd. II § 3.

³⁾ Nicht auch das Gebot der Ernennung von Judices, da diese als Spruchrichter auch im Judicium imperio continens vorausgesetzt sind.

das Recht der Mandirung weit geringeren Beschränkungen als im ersteren⁴⁾. Die Intercession der gleich und höher stehenden Collegen ist grundsätzlich im Kriegsgebiet ebenso zulässig wie in der Stadt; dagegen gehört die Intercession der Tribune nur dem Amtsgebiete domi an und kann also jenseits des ersten Meilensteines der Regel nach nicht vorkommen⁵⁾.

Wer nun bedenkt, dass das *Judicium legitimum* Anordnung *in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium* voraussetzt, während jedes ausserhalb dieses Raumes eingesetzte Gericht *imperio continetur*, der könnte immerhin geneigt sein, den Gegensatz der *Judicia* zurückzuführen auf die Unterscheidung der Amtsgebiete, des Friedensgebietes, wo die Verfassung mit ihren Beschränkungen der Magistrate, und des Kriegsgebietes, wo das Beil, d. h. das freie Imperium herrscht. Indess trägt der Schein ohne Zweifel, da zu den nichtlegitimen Gerichten auch solche gehören, die der Praetor in der Stadt niedersetzt, so die recuperatorischen und alle diejenigen, welche Rechtssachen verhandeln, die von einer peregrinischen Partei oder gegen dieselbe anhängig gemacht sind.

Für Prozesse dieser Art galten gewiss innerhalb des ersten Meilensteines die verfassungsmässigen Beschränkungen der Magistrate Gewalt nicht minder als für die gesetzlich geregelten *Judicia*. Zum Teil ist dies sogar sicher bezeugt.

⁴⁾ Ueber den Begriff der Amtsführung domi und militiae ist zu vergleichen Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 59—72, über die Gehülfenbestellung Bd. I S. 215—218, 222—225, 624. Anders als Mommsen sucht A. Nissen Beiträge zum römischen Staatsrecht S. 163—176 den Gegensatz domi-militiae zu bestimmen.

⁵⁾ Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. I S. 67, 257, II¹ S. 281, auch Joh. Merkel Abhandlungen II S. 8, 9.

So geht insbesondere aus Ciceros Rede für M. Tullius (c. 16 § 38, 39) hervor, dass der tribunicischen Intercession Nichts im Wege stand, wo die Streitsache vor Recuperatoren gebracht werden sollte⁶⁾. Ebenso war wohl die *par maiorue potestas* befugt, auch die Appellation von Nichtbürgern, die sich beschwert glaubten, anzunehmen, wenngleich die römische Verfassung ohne Zweifel nur die Bürger, nicht auch die Peregrinen unter ihren Schutz nahm. Was aber die *Lex (communis rei publicae sponsio)* den Fremden versagte, konnte doch der Beamte gewähren, der in der Intercession ein eigenes Recht geltend machte, nicht das des Appellanten⁷⁾.

Sollte endlich behauptet werden, dass ursprünglich bei einem im städtischen Gebiete angeordneten Gerichte wahrscheinlich alle übrigen Voraussetzungen des *Judicium legitimum* ohne Weiteres gegeben waren, so hätten wir eine Zeit anzunehmen, die überhaupt keine andere Jurisdiction kannte als über Bürger; und diese Zeit liegt doch wohl

⁶⁾ Wahrscheinlich gehört hierher auch der bei Asconius in *orat. in toga cand.* (Orelli p. 84) erwähnte Fall einer tribunicischen Intercession gegen ein Decret des Peregrinenpraetors M. Lucullus. Die Klage, mit der die Griechen den C. Antonius zu verfolgen gedachten, war wohl das *recuperatorische Judicium hom. coactis damni dati et ui bon. rapt.* Cicero in *Caec. diuin.* c. 5 § 18, 19 steht dieser Annahme nicht entgegen. Rudorff freilich in der *Zeitschr. für geschichtl. R. W.* Bd. XII S. 143 denkt an eine Sacramentsklage nach einem der älteren *Repetungengesetze*. Ob diese um das Jahr 678 noch in Geltung standen? Vgl. Voigt *Jus naturale* Bd. II S. 656 N. 786, auch Mommsen *Staatsrecht* Bd. II¹ S. 211 N. 3.

⁷⁾ Diese Erwägung hat früher auch Mommsen *Staatsrecht* Bd. I S. 265 N. 3 für durchschlagend erachtet. Anders jetzt in der 3. Aufl. [Bd. I S. 274 N. 2] unter Berufung auf *Cic. de leg. III c. 3 § 6*; vgl. auch Sell *Recuperatio* S. 314, 315. Meines Erachtens ist die Erwähnung des *civis* in Ciceros Verfassungsentwurf etwas Selbstverständliches.

weiter zurück als diejenige, der die Aufstellung der erwähnten constitutionellen Beschränkungen angehört⁸⁾.

Demnach müssen wir — wie ich glaube — darauf verzichten, die römische Einteilung der *Judicia* zu erklären durch den Hinweis auf den Gegensatz des Friedens- und des Kriegsregimentes. Wie es unpassend wäre das Privatrecht praetorischen Ursprungs dem *Jus civile* als Ausnahmerecht gegenüberzustellen, so darf auch das *Judicium imperio continens* keineswegs gedacht werden als ein Gericht und ein Verfahren unter der Herrschaft des Martialgesetzes⁹⁾. Unseren heutigen Vorstellungen eines Kriegsgerichtes, das doch Civilsachen verhandelt, würde am ehesten die castrensische Jurisdiction der römischen Feldherrn entsprechen. Ueber diese wissen wir freilich sehr wenig¹⁰⁾; allein sicher

⁸⁾ Vgl. einerseits Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 63, 64 und Röm. Geschichte Bd. I S. 259, 260 (6. Aufl.), andererseits Röm. Geschichte Bd. I Cap. 6 (S. 86).

⁹⁾ Damit ist vorläufig schon die richtige Auffassung des *Judicium imperio continens* angedeutet. Meiner Ueberzeugung nach ist der Gegensatz der *Judicia* kein anderer als der des civilen und praetorischen Processrechtes. Das Formularverfahren beruht keineswegs überall auf dem Volksrecht. So ist namentlich der Process vor dem Praetor, *qui ius dicit inter peregrinos* immer ein amtsrechtlicher. Dass der Rechtsdualismus auf dem Gebiete des Processes (nicht etwa blos der Actionen) dieselbe Rolle spielt wie im Privatrecht, hat man bisher übersehen (auch meine Krit. Studien S. 35). Jede Darstellung des röm. Processes wird ausgehen müssen von der Verschiedenheit der Rechtsquellen. Unsere Wissenschaft hat die Sonderungsarbeit noch gar nicht begonnen.

¹⁰⁾ Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 120, 121 weist dem Lagergericht nur Strafsachen zu. Allein Gellius VI. (VII.) 1, 7—11 macht doch das im Texte Angenommene mindestens wahrscheinlich. Vgl. noch Val. Max. III. 7, 1, Liv. Epit. 86 und dazu Ihering Geist II § 47^d N. 929, Lange Altertümer Bd. I S. 725, 726, M. Voigt in den Abhandlungen der phil.-hist. Classe der sächs. Gesellschaft der Wissenschaften Bd. VIII S. 326, 327. — Ihering hält den Privatprocess vor

ist es doch, dass die Gaianische Unterscheidung der *Judicia* keineswegs auf dem Gegensatz von bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit beruht.

Der Zweck der vorstehenden Bemerkungen war es, eine Theorie des *Judicium legitimum* abzuweisen, derzufolge unter der Namen gebenden *Lex* gewisse Bestimmungen staatsrechtlicher Natur zu verstehen wären. Nach unserer oben vertretenen Auffassung ist jene *Lex* vielmehr eine Gerichtsordnung, d. h. ein Gesetz, welches die Gerichtsverfassung und den Civilprocess regelt. Von diesem Boden aus muss nun die Untersuchung einen Schritt weiter geführt und die Frage gestellt werden, ob uns Genaueres bekannt ist über den Namen, die Zeit und den Inhalt des angenommenen *Judiciargesetzes*.

Wichtig ist es, vor Allem Eines festzustellen: die Unterschiedenheit von *legis actio* (= *modus agendi*) und *iudicium legitimum*. So eng der Zusammenhang war zwischen den beiden Verfahrensarten, so streng werden diese doch in den Quellen auseinandergehalten. Niemals begreift der Ausdruck *iudicium legitimum* auch den *Legisactionenprocess* und wiederholt ist der letztere zu dem ersteren in Gegensatz gestellt.

So spricht Gaius IV. 107 von der *Consumtion* im *iudicium legitimum*, die je nach der Fassung der Formel, bald *ipso iure* eintrete bald *ope exceptionis*, und fügt dann (IV. 108) sofort hinzu:

alia causa fuit olim legis actionum.

dem Feldherrn für ein *Judicium imperio continens*. Ob im Lager wirklich eine Formel concipirt und ein Geschwornengericht bestellt wurde? Nur wer dies annimmt könnte Ihering beistimmen. Dass die Gaianische Einteilung nicht alle Prozesse umfasst, steht ausser Zweifel.

Ebenso unzweideutig ist eine andere Stelle im ersten Buch der Institutionen (§ 184): der Verfasser behandelt da die Frage, ob der *tutor praetorius*, der ehemals bestellt wurde, *si inter tutorem et mulierem pupillumue lege agendum erat*, noch dem geltenden Rechte angehört. Die Antwort sei streitig: *post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.*

Endlich nennt Ulpian in den erhaltenen Fragmenten seines Regelbuches die beiden Processarten zweimal (XI. 24 u. 27) neben einander:

. . pupillo, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult . . . tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant.

Diesen Aeusserungen zufolge war die Schriftformel dem „gesetzlichen Process“ nicht nur in der Zeit der Antonine und Severe, sondern von allem Anfang an schlechthin wesentlich¹¹⁾. Frühestens seit der gesetzlichen Einführung

¹¹⁾ Eine Reihe von Schriftstellern hat dies verkannt. Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 182 hebt als Merkmale des *iudicium legitimum* (der „ältesten Processform“) nur [das städtische Amtsgebiet], den *unus iudex* und die *Civitas* der Beteiligten hervor. Auch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 3 nennt die Formel nicht. P. Krüger Consumtion S. 28, 29 kommt seltsamer Weise erst auf Umwegen zu dem Schlusse, dass sich des Gaius Darstellung nur auf den Formularprocess beziehe. Den *Decumviral-* und *Centumviralgerichten* legt er „den Charakter von *iudicia legitima*“ bei. Vgl. noch Wieding Der Justinianische Libellprocess S. 407, Puntschart Civilrecht S. 93, 121, 157, Rede S. 55, und Ad. Schmidt in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte N. F. R. A. Bd. XV S. 160. Das Richtige findet sich bei Ubbelohde in Hartmanns *Ordo Iudiciorum* I S. 562, 563 und den daselbst in Note 5 Genannten, auch bei Kuntze *Cursus* S. 144.

der Formula ist den Römern das „*iudicium legitimum*“ bekannt¹²⁾. Die *legis actio* hat in alter Zeit zwar dessen Stelle vertreten, schwerlich aber denselben Namen je geführt, da sonst der von Gaius und Ulpian bezeugte Sprachgebrauch nicht hätte entstehen können.

Von Wert ist uns diese Feststellung aus dem Grunde, weil damit ein sicherer Anhaltspunkt gewonnen ist für die Datirung der gesuchten Gerichtsordnung. Diese darf nämlich dem Gesagten nach keinesfalls der Zeit vor der Lex Aebutia zugewiesen werden. Dagegen könnte allerdings gerade dieses Gesetz dasjenige sein, dem die *Judicia legitima* ihre Entstehung verdanken.

Weiter wäre dann zu erwägen, ob nicht die gesetzliche Grundlage des legitimen Processes im Laufe der Zeit ganz oder teilweise eine andere geworden ist. Nahegelegt wird diese Frage insbesondere durch die Nachricht von der Erlassung der Julischen Gerichtsordnungen. Durch diese neuen Gesetze kann das ältere völlig ersetzt oder nur in einzelnen Punkten abgeändert, vielleicht nur ergänzt sein. Ersterenfalls wären es nach einander verschiedene *Leges* gewesen, von denen unsere Gerichte den Namen haben; letzterenfalls würde das Prädikat „*legitimum*“ nicht auf ein Gesetz hindeuten, sondern auf zwei oder mehrere, die neben einander in Geltung standen.

Kein Kenner unserer Quellen wird auf alle diese Fragen eine gleich zuverlässige Antwort erwarten. Hypothesen über den Gang der Processgesetzgebung in Rom sind einstweilen nicht ganz zu vermeiden und werden zur Ausfüllung der Lücken auch in der folgenden Darstellung herhalten

¹²⁾ Vgl. auch oben § 2 S. 30, 31.

müssen. Dennoch scheint es mir möglich, das Verhältniss des Julischen zum Aebutischen Rechte ziemlich genau darzulegen und auch sonst über die genannten Gesetze neue Aufschlüsse zu gewinnen, besonders dadurch, dass einerseits Gai. IV. 103, 104 den Nachrichten beigelegt wird, die wir über die römischen *Leges iudicariae* haben, andererseits die bekannten Stellen des Gaius und Gellius über die Processreform benutzt werden zur Aufhellung der Geschichte des *iudicium legitimum*.

Zweites Capitel.

Das Processrecht der Lex Aebutia.

§ 6. Gaius und Gellius.

Die Beschreibung, welche Gaius von dem „gesetzlichen Prozesse“ giebt, ist oben auf S. 27 mitgeteilt. Dazu kommt nun Gai. IV. 30, 31 und Gellius XVI. 10, 8. Die Institutionenstelle lautet:

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est. sane quidem cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum [praetorem]. damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est, obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est. per pignoris. . . .

In den Noctes Atticae lesen wir l. c. Folgendes:

Sed enim cum ,proletarii' et ,adsidui' et ,sanates' et ,uades' et ,subuades' et ,viginti quinque asses' et ,taliones' furtorumque quaestio ,cum lance et licio' evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum uocumque earum quibus utimur.

Die beiden Berichte, welche ungefähr aus derselben Zeit herrühren, stimmen nicht ganz überein. Der genauere und zuverlässigere ist ohne Zweifel der von Gaius. Damit soll der gute Ruf, den Gellius als gewissenhafter Schriftsteller genießt, keineswegs angetastet werden. Allein er selbst warnt uns ja davor, dem juristischen Freunde, den er redend einführt, blind zu vertrauen, indem er diesen seine Unwissenheit auf rechtsgeschichtlichem Gebiete offen bekennen läßt¹⁾.

Zu beachten ist auch, dass Gaius l. c. gerade von der Processreform sprechen will, während der Gewährsmann des Gellius die Absicht hat, die geringe Wichtigkeit gewisser halb verschollener Rechtsinstitute möglichst zu betonen, und dabei nur gelegentlich der Lex Aebutia als der Urheberin eines neuen Rechtes gedenkt.

So gewiss man nun dem Gaius folgen wird in der Annahme mehrerer Processgesetze, obwohl Gellius nur eines nennt, so sehr werden wir uns auch in anderer Be-

¹⁾ Vgl. noch Gell. XVI. 10 § 4 und 7: *cum illis se iuris, non rei grammaticae peritum esse respondiasset, ,eo maxime' inquam ,te dicere hoc oportet, quando, ut praedicas, peritus iuris es' ,Ego uero' inquit ille ,dicere atque interpretari hoc deberem, si ius Faunorum et Aboriginum didicissem'.*

ziehung hüten müssen, den Bericht der Institutionen hintanzusetzen gegenüber den Aeusserungen des Anonymus. Wenn insbesondere der Letztere Nichts zu erzählen weiss von der Einführung der Schriftformel, so darf auf dieses Stillschweigen schwerlich mit Bekker²⁾ besonderes Gewicht gelegt werden. Der von Gellius über die Bedeutung eines veralteten Rechtsbegriffes befragte Jurist hatte eben keine Veranlassung etwas Anderes hervorzuheben als die „destructive Kraft“ des Reformgesetzes. Um diese Wirkung zu bezeichnen, bedient er sich des Ausdrucks *consopiri*, während Gaius von einem *tollere* spricht. Auch die Wahl jenes eigentümlichen Ausdrucks erklärt sich meines Erachtens sehr einfach, wenn man die besondere Lage des Gefragten bedenkt und dessen Abneigung gegen die *antiquitas*, die er verachtet, weil er Nichts von ihr versteht. Offenbar macht es ihm Vergnügen, von den *uades*, *subuades* und ähnlichen altertümlichen Dingen sagen zu können, sie seien zur wohlverdienten Ruhe eingegangen.

Anderer Meinung ist freilich Puntschart³⁾. Dieser Gelehrte gründet auf das „Einschlafen“ der Legisactionen eine weitausgespinnene Theorie über die Wirkungen der Aebutia. Das Gesetz soll die alten civilrechtlichen Actionen nur der „thatsächlichen Wirksamkeit“ beraubt und Raum gewährt haben für einen Process (näml. den Formularprocess) des *Jus honorarium*⁴⁾. Erst durch die *Leges Juliae* seien die praetorischen Einrichtungen „zum

²⁾ Actionen Bd. I S. 91.

³⁾ Civilrecht S. 119—126, 131, 157—160, 186, 187, 194, Rede s. 52—61, 72.

⁴⁾ Wie Puntschart hält auch Brinz in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXIII S. 228 das Processrecht der *Lex Aebutia* für praetorisch: . . . „Richtsteig, der, weil blos honorarisch“ . . .

gesetzlichen Ordinarprocess des Kaiserrechts“ erklärt. Bestätigt findet Punschart diese Annahme auch durch den sonstigen Inhalt der Gelliusstelle, auf den wir weiter unten mehrmals zurückkommen müssen.

Einstweilen wird es genügen zur Würdigung des in den Noctes Atticae enthaltenen Berichtes nur Folgendes noch beizufügen. Wie schon bemerkt ist, führt unser Anonymus aus der Mitte des zweiten Jahrhunderts die Processreform auf die ältere Aebutia zurück, statt auf die Julische Gerichtsordnung, die doch selbst einem minder unterrichteten Praktiker nicht unbekannt sein konnte. Diese Erwägung spricht entscheidend gegen den Versuch, die Bedeutung des ersteren Gesetzes herabzumindern auf Kosten des zweitgenannten⁵⁾. Die Lex Aebutia muss bahnbrechend und von grosser Tragweite gewesen sein, und sie muss zum Teil noch im Zeitalter der Antonine — wenigstens der Sache nach — Geltung gehabt haben, da der Jurist bei Gellius nur darin seine Aufgabe erblickt: *scientiam . . praestare . . iuris et legum uocumque earum, quibus utimur.*

⁵⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 55 N. 3. — Bekker in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V S. 342 (dazu Bd. XVIII R. A. S. 143) stellt es uns anheim, die Lex Aebutia anzusehen entweder als „eine Altersgenossin der II. Juliae und integrierenden Bestandteil der Julischen Processgesetzgebung oder als ein älteres Gesetz von geringerer Bedeutung“. In den Actionen Bd. I S. 92 (vgl. auch schon Consumtion S. 33) setzt er hinzu: die Bedeutung der Aebutia könne durch die Tradition gewachsen sein. Letzteres möchte ich nicht bestreiten, weil mir nicht bekannt ist, wie sich Bekker die Entwicklung in Vorjulischer Zeit denkt. Dass das Gesetz allmählich bis zur Erlassung der Leges Juliae an Bedeutung gewonnen hat, nehme ich ebenfalls an, wie sich unten zeigen wird. Trotzdem stimmt meine Anschauung gewiss mit der Bekkers nicht überein, da dieser das Wahlrecht der Parteien bezüglich der Processform ausdrücklich verwirft (Zeitschr. Bd. V S. 354).

Mit den Nachrichten, die uns Gaius giebt, verträgt sich das soeben Behauptete aufs Beste, während es allerdings aus der Institutionenstelle allein nicht entnommen werden könnte. Aus dieser erfahren wir Genaueres über den Inhalt der Reformgesetze. Durch drei verschiedene *leges* — sagt Gaius — seien die *Legisactiones sublatae*. Was dieses *tollere* in seinem Munde bedeutet, das zeigen verschiedene Stellen der Institutionen (I. 111, 157, 171), besonders deutlich IV. 116^b, wo es heisst:

obligatio pacto conuento non tollitur, sed placet debere me petentem per exceptionem repelli.

Ohne Zweifel wird der Ausdruck *tollere* recht eigentlich gebraucht, um die directe und völlige Aufhebung zu bezeichnen im Gegensatz zu der blossen Hemmung, die allein der praetorische Rechtssatz dem civilen gegenüber erzeugen kann. So ist es also reine Willkür, wenn Puntschart⁶⁾ unseren Gaiustext dadurch zu erläutern sucht, dass er hinter den Worten *sublatae istae legisactiones* ein „*scil. iure honorario*“ einschiebt. Ja mehr noch: diese Ergänzung ist ganz und gar unmöglich, weil *Jus civile* nie durch honorarische sondern nur wieder durch⁷⁾ *civile* Normen aufgehoben werden konnte.

§ 7. Die Schriftformel ohne *Legisactio* bei Cicero.

Steht es fest, dass die *Legisactiones* durch die Reformgesetze direct beseitigt sind, so tritt uns sofort die Frage

⁶⁾ Civilrecht S. 121, Rede S. 60.

⁷⁾ Zachariae in den Heidelberger Jahrbüchern Jahrg. 35 S. 703 meint, *per legem . . . sublatae* sei mit Vorbedacht gesagt und nicht gleichbedeutend mit *lege sublatae*. Die Grundlosigkeit dieser Bemerkung beweist Gai. IV. 19, wo *per legem constituta* und *lege constituta* abwechselnd gebraucht ist.

entgegen, ob und wie sich die drei von Gaius genannten Gesetze in diesen Erfolg teilen. Vor Allem ist das Verhältniss der Aebutia zu den Leges Juliae zu erörtern, wobei die letzteren vorerst als ein Gesetz gelten sollen, sodann das Verhältniss der *duae Juliae* zu einander.

Das Alter der Aebutia hier genauer zu untersuchen, liegt nicht in meinem Plane. Behaupten will ich einstweilen nur Zweierlei: dass das Gesetz älter ist als das Julische und dass es älter ist als Cicero. Beides entspricht der gemeinen Ansicht, ist aber neuerdings von Bekker nicht so sehr in Abrede als in Frage gestellt worden.

Ciceros Werke sind grösstenteils unzweifelhaft älter als die Leges Juliae; sie würden also, wenn die herrschende Meinung im Recht ist, gerade der Zwischenzeit nach dem Aebutischen und vor dem Julischen Gesetze angehören. Von diesem Gesichtspunkte aus hat Bekker¹⁾ die Ciceronischen Schriften sorgsam durchforscht und die Stellen zusammengetragen, welche Auskunft erteilen über die gegen das Ende der Republik angewandte Processform. Dabei ergab sich zunächst, dass Spruch- und Schriftformeln bei Cicero nahezu gleichmässig berücksichtigt sind. Mithin bestanden zu jener Zeit entweder zwei Processsysteme gesondert neben einander oder aber ein einziges, welches die Elemente beider vereinigte. Bekker entscheidet sich für dies Letztere: er verteidigt die Annahme eines „Legislationenprocesses mit Formeln“²⁾ und ist geneigt, das so

¹⁾ In der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V S. 341—356, dazu Actionen Bd. I S. 89—92.

²⁾ Angedeutet ist dieser Gedanke schon vor Bekker von Demelius in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. II S. 237; vgl. auch Eisele Exceptio S. 167 N. 38.

benannte Uebergangssystem dem Voraebutischen Rechte zuzuweisen. Doch ist es nach meinem Ermessen nicht gelungen, den Beweis dieser Behauptungen zu erbringen.

Gewiss konnte schon vor der Lex Aebutia im Legisactionenprocess eine Schriftformel oder etwas derselben Aehnliches thatsächlich vorkommen „zum Zweck der Reproduction der voraufgehenden Processhandlungen“. Die wirkliche Verwendung der Formel in solcher Function ist zwar durch ein ausdrückliches Zeugniß nicht zu belegen; immerhin aber hat die nach Bekker besonders von Sohm³⁾ in anmutender Weise näher ausgeführte Hypothese die Wahrscheinlichkeit für sich, da es schwer fällt, an einen schroffen, unvermittelten Wechsel des Verfahrens vor dem Stadtpraetor zu glauben.

Nun geht aber Bekker noch einen Schritt weiter. Er hält es für möglich, dass die Formel schon im Legisactionenprocess das „herrschende Element“ gewesen sei⁴⁾, oder — anders ausgedrückt — dass der Judex sich bei Incongruenz der solennen Parteidrede und der Formel an die letztere zu halten hatte⁵⁾. Müssten wir dem beistimmen, so wäre das Gerichtsverfahren zu Ciceros Zeit nicht — wie Bekker will — ein Legisactionenprocess gewesen mit Schriftformeln, sondern umgekehrt ein Formularprocess, der die rechtlich bedeutungslosen Legisactionen noch nicht abgestossen hatte. Die Schriftformel in thatsächlichem

³⁾ Institutionen § 36 S. 145—149 (2. A.). Sohm erklärt sich in Note 5 gegen die Herleitung des Formularverfahrens aus der Peregrinenrechtspflege. Dies musste ihn um so mehr zur Aufstellung der obigen Hypothese veranlassen. Mich bestimmt zum Beitritt lediglich der im Texte angegebene Grund.

⁴⁾ Actionen Bd. I S. 91.

⁵⁾ Zeitschr. Bd. V S. 355.

Gebrauche mit der oben bezeichneten Aufgabe und die Formel nach der Processreform sind eben grundverschiedene Dinge. Als blosses Beweisdokument über das in iure Vorgefallene konnte sie nur vorwiegend, nicht ausschliesslich massgebend sein für den Richter; gegen ihren Inhalt muss Berufung auf die *Legisactio* offen gestanden haben. Dagegen kommt nach den Reformgesetzen das mündlich vor dem Praetor Verhandelte für den Geschwornen selbständig nicht mehr in Betracht; nur zur Erläuterung der Formelworte mochte es zuweilen noch Berücksichtigung finden. Demgemäss halte ich also — Bekker widersprechend — die beiden Processformen allerdings für unvereinbar⁶⁾.

Zu bedenken wäre noch, ob die Formel nicht ohne Gesetz vor der Lex Aebutia zum „herrschenden Elemente“ im Process zwischen Bürgern werden konnte. Die Möglichkeit ist gewiss nicht in Abrede zu stellen; die Aenderung hätte sich vollziehen können im Wege der Gewohnheit. Dennoch dürfte diese Annahme nur von Demjenigen gebilligt werden, der bereit ist, die übereinstimmenden Zeugnisse des Gellius und Gaius als unglaubwürdig zu verwerfen. Der Letztere wenigstens behauptet so deut-

⁶⁾ Bei Seite gelassen ist oben die — vielleicht nicht unüberwindliche — Schwierigkeit, die *Legis actio* = *modus agendi* und die Formel im friedlichen Verein zu denken. Bekker hat sich darüber nicht ausgesprochen. Wenn *sacramento processit* wird und der Geschworne durch *formula petitoria* instruiert ist, wie soll da das Urteil gelautet haben? „*Sacramentum iustum — iniustum esse*“: das wäre keine Antwort auf die in der Formel enthaltene Frage. Also wohl neben diesem Ausspruch *condemnatio* auf die *res ipsa* (Gai. IV. 48)? Vgl. Bekker *Actiones* Bd. I S. 76, dazu S. 79, wo vermutet ist, dass die Geldcondemnation erst durch die *Leges Juliae* zur allgemeinen Regel wurde.

lich als möglich die Aufhebung der Legisactionen durch Gesetze. Meines Wissens liegt keinerlei Grund vor, die Richtigkeit dieser Angabe zu bezweifeln.

Fragen wir nun weiter, was aus dem Gesagten folgt für die Altersbestimmung der Aebutia, so sehen wir uns abermals vor eine Alternative gestellt; doch ist es nicht mehr dieselbe wie früher. Jetzt steht die Wahl nur noch offen zwischen der Annahme, dass das Gesetz älter sei als die Schriften des Cicero, und der anderen, dass Cicero im Gerichte des Stadtpraetors die Formel lediglich als unverbindliches Beweisdokument gekannt habe neben der gesetzlich allein massgebenden Legisactio. Darnach dürfte die Entscheidung jetzt weit weniger Schwierigkeiten bieten, da die zweite Annahme kaum mehr vereinbar ist mit den Aeusserungen Ciceros über die Rolle, welche der Formel im damaligen Prozesse zukam.

Aus Gründen, deren Darlegung hier nicht am Platze wäre, kann ich freilich als beweisend nur solche Stellen anführen, welche sich auf Civilklagen in *iudiciis legitimis* beziehen. Das Beweismaterial schrumpft in Folge dessen stark zusammen. Auszuscheiden haben wir insbesondere Alles, was der Rede pro Tullio angehört, — weil die darin behandelte Klage eine praetorische ist — und aus den Verrinen Dasjenige, was den Provincialprocess betrifft, weil dieser bekanntlich nicht legitim ist. Was übrig bleibt scheint mir immer noch ausreichend, ist aber nicht durchaus von gleichem Werte.

Am gewichtigsten sind wohl einige Aussprüche in der Rede für Q. Roscius c. 4, 5, 8, 9:

Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem . . . Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam

tibi debitum est causam perdidisti: propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium . . . (§ 10). Ei rei ipsa uerba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: Si paret HS 1000 dari [oportere]. Hic, nisi planum facit HS 1000 ad libellam sibi deberi, causam perdit . . . (§ 11). . . . Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controuersiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse uidear, cur secundum Roscium iudicari debeat. . . . (§ 14) . . . perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus . . . (§ 15) . . . Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut (in) ratione actionis errare possit. expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas priuata lis accommodatur. (§ 24). Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium, quaero? formulam non noras? notissima erat. . . nam, quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse [ostendisti] (§ 25).

Wer den hier mitgeteilten Text unbefangen prüft, wird sich der Erkenntniss kaum verschliessen können, dass Cicero in dieser Weise nur unter der Herrschaft des reinen Formularprocesses reden und schreiben konnte.

Zunächst die Frage, *quid sit in iudicio* wird beantwortet aus dem Wortlaut der Formel, und auf diesen wird dann noch die Gefahr des Processverlustes bei der ge-

ringsten Mehrforderung zurückgeführt. Wäre der Rechtsstreit wirklich durch *Legisactio* instruiert gewesen, hätte dann wohl Cicero sagen können: *ei rei ipsa*⁷⁾ *uerba formulae testimonio sunt?* Für die *ea res* hätte er sich auf die solennen Parteireden berufen müssen, nicht auf die Schriftformel, welche letztere nur wieder ein Zeugniß für die Fassung der ersteren gewesen wäre.

Bedenkt man vollends, wie sehr Cicero geneigt ist, zwei oder mehrere Worte zu setzen, wo eines genügen würde, dann muss es in hohem Grade auffallen, dass in unserer Stelle wie überhaupt in dem ganzen heute noch erhaltenen Stücke der Rede von der Bekkerschen *Legisactio* nicht die geringste Spur zu entdecken ist. Wäre sie vorhanden gewesen, so hätte der letztcitirte Satz (§ 11) sicherlich neben und vor den *uerba formulae* die *uerba actionis* zum Zeugniß aufgerufen.

Weitere Belege für die ausschlaggebende Bedeutung der Formel im Prozesse bieten § 14 und 15. In der *formula* sieht Cicero einen Teil der dem Gerichtsredner obliegenden Aufgabe vorgezeichnet, ihr schreibt er auch die Fähigkeit wie den Beruf zu, den Processstoff zu begrenzen und zu gestalten⁸⁾.

Endlich handeln die § 24 und 25 von den im Interesse der Rechtsuchenden im Album proponirten Formeltypen⁹⁾, welchen die *lis priuata* im einzelnen Fall an-

⁷⁾ Ob nicht schon durch das Wort *ipsa* die Alleinherrschaft der Schriftformel bewiesen ist, das muss dahingestellt bleiben, weil verschiedene Uebersetzungen möglich sind.

⁸⁾ Im § 15 ist dies nicht ausdrücklich gesagt, wohl aber vorausgesetzt.

⁹⁾ Bekkers Bedenken in der Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 352 kann ich nicht teilen.

gepasst wird. Dass der Redner dabei wenn nicht ausschliesslich, doch sicher auch civile Klagformeln im Auge hat, zeigt die Erwähnung der Actio pro socio¹⁰⁾. Die ganze Nachricht aber enthält einen sehr beachtenswerten Beweisgrund gegen Bekkers Ansicht. Vor der Einführung des reinen Formularprocesses ist die öffentliche Ausstellung der Formeln gar nicht zu erklären. So lange die Parteien noch genötigt waren, Anspruch und Abwehr am Schlusse der Verhandlung in feierlicher Rede vorzutragen, hatten sie keinerlei Interesse daran, etwas Anderes kennen zu lernen als die Legisactionen. Diese waren allerdings öffentlich ausgestellt¹¹⁾, und gerade dieser Umstand mag nach Beseitigung der Legisactio als einziger Processform den Anstoss gegeben haben zur Veröffentlichung auch der civilen Schriftformeln, da die letzteren ja die ersteren ersetzen sollten¹²⁾. Dagegen lässt sich kaum ein annehmbarer Grund auffinden, der den Praetor veranlasst hätte, im Album schematische Entwürfe für seine Mitteilungen

¹⁰⁾ Cicero (de offic. III c. 17 § 70) kennt die Formel dieser Klage schon mit dem Zusatz *ex fide bona*, mithin als civile. Hölder freilich in den Gött. gel. Anzeigen von 1880 S. 909—911 hält diese Folgerung nicht für zwingend. Hat Brinz Pandekten Bd. II § 321 N. 96 richtig verstanden, so nimmt Hölder geradezu actiones honorariae mit bonae fidei-Clausel an. Der Beweis dieser Behauptung ist abzuwarten. Jedenfalls ist er a. a. O. S. 909 nicht erbracht durch den Satz: „Wenn die praetorische Anweisung in der Formel unzweifelhaft praetorischen Ursprungs ist, so wird man nicht umhin können das Gebot der richterlichen Berücksichtigung der bona fides auf den Praetor zurückzuführen.“ Ich verstehe nicht, was das heissen soll: „praetorischen Ursprungs“; verweise übrigens auf meine Krit. Studien S. 19, 20.

¹¹⁾ Darüber Wlassak Edict S. 115—117.

¹²⁾ Vgl. Wlassak a. a. O. S. 71, 72, 121, 123. Dass die Schriftformeln der Civilactionen im Album älter sind als die der praetorischen Klagen, glaube ich jetzt nicht mehr.

an den Richter über die *in iure* vollzogene *Legisactio* zu proponiren. An eine Belehrung der Bürgerschaft über den praetorischen Kanzleystyl wird doch Niemand im Ernste denken wollen.

Um Raum zu sparen verzichte ich darauf, noch andere Stellen aus Ciceros Werken im Wortlaute mitzuteilen, welche mehr oder weniger der herrschenden Meinung gegen Bekkers Anfechtung zur Stütze dienen. Zu erwähnen sind die folgenden:

pro Quinctio c. 20, 21 § 63, 66 in f., in Verr. act. sec. II. c. 12 § 31, de offic. III c. 15, 17 § 61, 70, top. c. 17 § 66, de orat. I c. 37 § 168, de nat. deor. III c. 30 § 74.

Einer eingehenden Besprechung bedarf insbesondere die letzterwähnte Stelle: ihr ist der folgende Paragraph gewidmet. Zu den übrigen Stellen sollen nur ein paar kurze Bemerkungen beigefügt werden.

Am unsichersten sind Schlüsse aus den angeführten Reden. Die für Quinctius ist genannt, weil ich glaube, dass das *iudicium*, welches Naevius „edirte“ (*in ea ipsa uerba . . . edebat*) und Alfenus anzunehmen bereit war (*id quod edat accipere*), die Formel der Societätsklage gewesen sei¹³⁾.

Mit der — leider unvollständigen — *formula petitoria* in der Rede *de iurisdictione Siciliensi* haben wir uns später noch genauer zu beschäftigen. Hier ist vorläufig zu bemerken, dass Cicero seine Formel für ein *Judicium legitimum* entwirft: Richter und Parteien sind römische Bürger. Nur das wäre erst festzustellen, ob der Ankläger des Verres sein Klagformular nach einem Muster bildet,

¹³⁾ Vgl. auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 789 N. 12.

das im Album des städtischen Praetors enthalten war. Von der Beantwortung dieser Frage — die weiter unten bejaht ist — hängt die Beweiskraft der Stelle ab.

Wichtiger für unsere Aufgabe ist die Erzählung, welche Cicero im ersten Buche *de oratore* zum Besten giebt als Beleg für die Rechtsunkenntniss der römischen Anwälte. Wie er berichtet habe sich der Beistand einer auf Zahlung belangten Partei vom Praetor urbanus einmal die *vetus atque usitata exceptio* (praescriptio)¹⁴⁾ erbeten: *cuius pecuniae dies fuit*, welche bekanntlich dem Interesse des Klägers dient und diesen gegen die Processconsumtion schützen oder — wie unser Autor sagt — verhüten soll: *ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium antea uenisset*¹⁵⁾.

Mehr noch als aus der Praescriptio (Gai. IV. 132) darf man wohl aus der Exceptio rei in iudicium deductae, welche in den Schlussworten erwähnt ist, auf reines Formularverfahren schliessen. Die *exceptio* konnte dem Cicero nur in den Sinn kommen, wenn er einen mit Schriftformel processirenden Kläger im Auge hatte (Gai. IV. 108). Wäre lege agirt und daneben nur Beweises halber eine schriftliche Instruction für den Geschwornen verfasst worden, so bliebe immer noch die *exclusio* mittels der *exceptio*, wie sie in der Stelle behauptet ist, unverständlich.

Freilich kann man einwenden, dass in dem erzählten Falle wahrscheinlich sämtliche Voraussetzungen der so-

¹⁴⁾ Vgl. Keller Litiscontestatio S. 524 N. 26 und über das Anwendungsgebiet der Praescriptio Gai. IV. 131, 136, 137 und dazu Lenel Edictum § 55.

¹⁵⁾ Dass dies nicht der Wortlaut der Exceptio ist, bemerkt mit Recht Lenel a. a. O. S. 404 N. 1.

genannten directen Consumption gegeben waren, und aus diesem Grunde Ciceros Ausdrucksweise, auch wenn Formularverfahren angenommen wird, von dem Vorwurf der Ungenauigkeit nicht freizusprechen ist (Gai. IV. 107: *exceptio superuacua est*). Allein wir wollen ja hier nur feststellen, ob in Rom zur fraglichen Zeit vor dem Praetor urbanus *per formulas* litigirt wurde. Und diesen Schluss wird man aus der Stelle allerdings ableiten dürfen, da Cicero von einer Zurückweisung durch *exceptio* nicht hätte sprechen können, wenn ein solches Verfahren vor dem Stadtpraetor überhaupt unmöglich gewesen wäre. Geht es auch an, dem nicht rechtsgelehrten Verfasser ein kleines Versehen zur Last zu legen, so sind wir deswegen doch nicht befugt, ihm auch einen groben Irrtum zuzumuten, um so weniger, als in dem unmittelbar vorgehenden Absatz (I c. 36 § 167) vom Legisactionenverfahren die Rede ist.

§ 8. Fortsetzung — *actio*: die Spruchformel,
iudicium: die Schriftformel.

Sehr erheblich für die Lösung der von Bekker angeregten Frage und auch sonst lehrreich für die römische Processgeschichte ist das oben (S. 70) zuletzt citirte Capitel aus dem dritten Buche *de natura deorum*.

Um zu zeigen, wie den Menschen von den Göttern mit der *ratio* auch die *malitia* gegeben sei, führt Cicero unter anderen auch einige privatrechtliche Klagen an, deren Aufstellung zur Unterdrückung der letzteren notwendig war:

Inde illa actio: ope consilioque tuo furtum aio factum esse; inde tot iudicia de fide mala, tutelae,

mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito, aut conducto aut locato contra fidem fiunt; inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria; inde euerriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit . . .

In diesem Fragment werden allem Anschein nach die beiden Processformen, von denen die ältere nur mehr für eines der erwähnten Rechtsmittel, die jüngere für alle übrigen zur Anwendung kam, aus einander gehalten durch die Gegenüberstellung von *actio* und *iudicium*. „*Actio*“ wird nur die an erster Stelle erwähnte Spruchformelklage des Bestohlenen genannt, während für die darauf folgenden *bonae fidei*-Klagen der Ausdruck „*iudicium*“ gebraucht ist, ebenso wie für die an den Schluss der Reihe gestellte praetorische Dolusklage.

Sollte nun Cicero für die processualisch unterschiedenen Rechtsmittel mit Vorbedacht verschiedene Bezeichnungen gewählt haben, dann könnte man vielleicht neben der solennen Rede der mit *actio furti* Klagenden noch eine, dem Geschwornen gemachte schriftliche Mitteilung annehmen, nimmermehr aber rechtlich bedeutensame¹⁾ Spruchformeln für die im Formularverfahren

¹⁾ Bekker (Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 350—352 und Actionen Bd. II S. 56) vermutet solenne Parteivorträge auch im Interdictenprocess und überhaupt bei praetorischen Klagen. Letzteres muss ich entschieden bestreiten. Von allen Erklärungen der *formulae* bei Cicero de off. III c. 14 § 60 (vgl. mein Edict S. 122 N. 19) scheint mir die Bekker'sche am wenigsten billigenswert. Sind nicht die Formeln der Klage und der *Exceptio* gemeint, so liegt es am nächsten, an zwei Klagschemata für verschiedene Fälle zu denken. Kein Gegengrund ist es, dass im Hadrianischen Album wahrscheinlich nur eine Musterformel enthalten war. Einen anderen Beleg als die citirte Stelle aus den Officien hat Bekker nicht. Erheblicher sind die Gründe, welche

geltend gemachten *bonae fidei*-Klagen; da der Gegensatz damit wieder gelegnet wäre.

für die Annahme geregelter „Nachsuchungsformen“ im Interdictenverfahren angeführt werden. Bezüglich des hohen Alters der Interdicte stimme ich mit Bekker überein. Darnach möchte man — etwa für die Zeit des Plautus bis zum Ende der Republik — die Vorschrift solenner Parteireden vermuten. Bewiesen soll diese Aufstellung sein durch Cic. pro Caec. c. 31 § 91 und Festus v. *possessio* (Brunn-Mommsen Fontes p. 354 — ed. V). Allein die letztere Stelle ist in arger Zerrüttung überliefert, und Bekker gelangt auch zur Behauptung, dass Gallus Aelius die Interdicte den *legitimas actiones* zuzähle, nur mit Hülfe einer, neuestens wieder (Derenburg Besitz S. 29. Voigt in den Abh. d. sächs. Gesellschaft Phil.-hist. Cl. Bd. X S. 240 N. 27, S. 242 N. 33) sehr beliebt gewordenen Cuiacius-Huschke'schen Conjectur. Wie Karlowa *Legisactiones* S. 381 N. 4 richtig bemerkt, und jetzt (Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 149) vielleicht auch Bekker zugiebt, sind bei Festus vielmehr die praetorischen Rechtsmittel den legitimen entgegengesetzt. Ich verstehe den zweiten Satz so: der juristische Besitzer als solcher (*nemo ex his qui possessionem habet*) kann nicht mit „gesetzlicher Klage“ — wahrscheinlich ist *Legisactio* gemeint — die Sache als die seine ansprechen (*in legitimis actionibus rem suam uocare aude*); er kann nur vom Praetor den Ausspruch des Interdictum U. P. begehren (*ut praetor his uerbis utatur*). Endlich die von Cicero angeführte Formel ist allerdings so, wie sie l. c. lautet, weder dem Interdict noch der Sponsion entnommen; allein es bleibt doch zweifelhaft, ob der Redner ein ganz genaues Citat beabsichtigt und nicht selbst den echten Wortlaut umgestaltet (vgl. Karlowa S. 381). Indess können wir diesen letzteren Einwand ganz bei Seite lassen. Mögen immerhin die Parteien — was gar nicht unwahrscheinlich ist — im älteren Interdictenverfahren ihre Schlussanträge in formulirter Rede gestellt haben, so sind doch jedenfalls diese Spruchformeln wesentlich verschieden von den *Legisactiones*. Weder darf man wegen fehlerhafter Rede an ein *rem perdere* (Gai. IV. 11, Ulp. Vat. 318) denken; noch war die von den Parteien gesprochene Formel massgebend für die Gestaltung der Rechtssache. Diese Rolle kommt nur dem Interdict zu, und das Interdict kann nur vom Praetor gesprochen werden. Es ist sicher eine ungenaue Ausdrucksweise, wenn Cicero a. a. O. das *unde ille me ui deiecit*, d. h. den Interdictsinhalt vom Standpunkt der Partei aus formulirt, selbst wieder als *interdictum* bezeichnet. — Etwas Aehnliches wie im Interdictenverfahren mochte nach Beseitigung der *Legisactiones* im Formularprocess vorkommen,

Es fragt sich nur, ob der soeben behauptete Sprachgebrauch bei Cicero und in gleichalterigen Quellen nachzuweisen ist. Bezüglich der *actio* ist an bekannte Thatsachen zu erinnern. Die Römer hatten in älterer Zeit ohne Zweifel nur eine Art von Actionen: die *legis actiones*, d. h. die den Gesetzesworten nachgebildeten, von den Parteien mündlich auszusprechenden Klagformeln. Darum steht bei Cicero und anderen (auch späteren) Schriftstellern zuweilen *actio* schlechtweg zur Bezeichnung des solennen Parteispruchs: bei Cic. pro Caec. c. 19 § 54, ad Attic. VI. 1, 8, de orat. I. 41 § 186, c. 43 § 193, Varro de l. l. VII. 93, Pompon. l. 2 § 6. 7 D. de O. J. (1, 2), Gell. XX. 10, 1; und so sagt denn auch Gaius (IV. 11), dem schon ein weiterer Begriff der Actio vorschwebt, ausdrücklich, dass die Klagen der Veteres *legis actiones* gewesen seien²⁾.

Wenn darnach bis zur Lex Aebutia nur die gesetzliche Spruchformel Anspruch hatte auf den Namen *actio*, so konnte doch schon vorher die Verweisung einer Sache an Geschworne auch auf anderem Wege erzielt werden: durch eine vom Gerichtsmagistrat verfasste Schriftformel. Auf diese Weise bestellte der Praetor, — zuerst der Peregrinenpraetor — ohne dass *actio* vorausgegangen wäre, ein *iudicium*, und in Edicten verkündigte er sodann, unter welchen Voraussetzungen ein *iudicium*

wenn die Klage eine legitime war. Die Spruchformeln sind sicherlich nicht plötzlich in Vergessenheit geraten. Die Parteien werden sich ihrer noch weiter bedient haben; so lange wenigstens, als nicht für alle *actiones legitimae*, die im Gebrauche standen, Musterformeln im Album proponirt waren.

²⁾ Vgl. übrigens auch Lotmar Krit. Studien in Sachen der Contravindication S. 22—23.

zu erwarten sei. Welche Bedeutung diesem Ausdruck ursprünglich allein zukam, darüber ist ein Zweifel kaum möglich. Nichts Anderes war vom Praetor versprochen, als die Einsetzung eines Schwurgerichtes. Dieses Gericht aber wurde ernannt und instruiert durch die Ausfertigung einer Urkunde. So konnte das Wort *iudicium* allmählich zu einer zweiten Bedeutung gelangen: es wurde bald gebraucht zur Bezeichnung des Schriftstückes selbst, in dem das Gericht angeordnet war.

Durch die Ausdehnung des Formularverfahrens auf Civilklagen vor dem Stadtpraetor dürften dann neben den honorarischen die civilen *iudicia* (Gai. IV. 109) entstanden sein, während andererseits nach Erlassung der Aebutia, seitdem die *actio* durch die *formula* immer mehr ersetzt wurde, auch der Ausdruck *actio* für die Schriftformelklage in Verwendung kam, zuerst für die civile, später auch für die praetorische Klage³⁾.

Ein genauer Beweis dieser Aufstellungen ist begreiflich kaum zu erbringen, da die Quellen nicht weit genug, bis zu den Anfängen der Formelbildung zurückreichen. Wir müssten daher sofort ausgehen von dem in der Uebergangszeit, d. i. in den letzten Decennien des Freistaats herrschenden Sprachgebrauch, und hätten diesen zu vergleichen mit der im zweiten und dritten Jahrhundert des Principats üblichen Ausdrucksweise. Eine in dieser Richtung geführte Untersuchung, auf die ich hier verzichten

³⁾ Eine andere Ansicht vertritt M. Voigt in dem Excurs über die *actio* in Beil. XII (§ 25—28) zu Bd. IV des Jus naturale. Doch vergleiche man auch das in Beil. XX § 2 über den Gegensatz von *lis* und *iudicium* Gesagte und dazu Eisele Cognitur und Procuratur S. 26 N. 17.

muss, würde — wie ich glaube — eine Bestätigung der oben angenommenen Entwicklung ergeben. Uebrigens ist ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ziemlich leicht herzustellen, wenn nur die folgenden Punkte, die ich wenigstens andeuten will, gehörig beachtet werden.

Vor Allem ist es von Bedeutung, dass die weit überwiegende Zahl der praetorischen Edicte, die wir noch haben, mit einem *iudicium dabo* schliesst. Daneben ist *actio* regelmässig nur gebraucht, wo der Praetor einen Satz aufstellt, der die Civilklagen, oder nebst den honorarischen auch die Rechtsmittel des *Jus civile* betrifft. So namentlich in denjenigen Edicten, wo unter bestimmten Voraussetzungen jeder Klagschutz versagt ist (*actionem non dabo*)*). Nur ganz vereinzelt kommen auch währende Edictsclauseln mit *actio* vor. Man darf wohl vermuten, dass diese letzteren entweder jüngeren Ursprungs oder in das Julianische Album nicht in der überlieferten Fassung aufgenommen sind.

Anfänglich und bis ins letzte Jahrhundert der Republik

*) So in l. 7 D. de iureiur. (12, 2), l. 25 D. de reb. auct. (42, 5) und in der Rubr. D. 44, 5, auch in l. 1 § 10 D. de insp. u. (25, 4). *Actio*, u. z. auch civile, nur mit praetorischer Modification verspricht l. 2 pr. D. quod cum eo (14, 5); vgl. ferner l. 33 § 3 D. de proc. (3, 3), l. 1 § 1 D. ex quib. c. (4, 6). Edicte mit *actionem dabo* sind erhalten in l. 1 § 10 D. de insp. u. (25, 4), l. 1 pr. D. quae in fr. 42, 8 (dazu aber die Formel mit der civilen Intentio bei Lenel Edict S. 353), l. 10 pr. D. eod. (Dernburg Pandekten Bd. II § 44 S. 367), l. 1 pr. D. de superf. 43, 13 (dazu Wlassak Edict S. 99, 100), l. 3 pr. D. de sep. (47, 12). Nach dem im Texte Ausgeführten ist das in meiner Edictsstudie S. 61 N. 11 Gesagte zu verbessern. — Bezüglich der von Gradenwitz Interpolationen S. 103, 104 geäusserten Ansicht s. oben § 2 N. 1. [Jetzt ersehe ich aus d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XXI S. 252—254, dass Gradenwitz von dem Sprachgebrauch *actio* = *actio civilis* Nichts weiss.]

haben die Gerichtsmagistrate in Rom *actio*, d. h. zu jener Zeit *legis actio*, sicher nicht versprochen, weil sie das nicht konnten, weil die *actio* damals noch dem Civilrecht allein angehörte. Dagegen waren sie allerdings in der Lage, gerichtliche Verfolgung zu ermöglichen, indem sie *iudicia* gaben, worunter sehr bald die von ihnen entworfenen Formeln verstanden wurden. Daher ist *iudicium* noch gegen den Ausgang des Freistaats die technische Bezeichnung für die Schriftformel, und zwar ebensowohl der civilen wie der praetorischen Klagen. Das Wort *formula* mochte minder passend erscheinen, weil es zu Viel umfasste, *actio* aber durfte man in genauer Rede die neuere Klagform so lange wenigstens nicht nennen, als noch die ältere neben der jüngeren in vielen Fällen anwendbar und eben darum das Bedürfniss vorhanden war, im Ausdrücke zu unterscheiden.

Wer freilich Ciceros wegen unsere Wörterbücher — auch die grössten — zu Rate ziehen und sub v. *iudicium* die Bedeutung „Schriftformel“ suchen wollte, würde gar Nichts finden. Die Sache ist darum nicht minder gewiss. Cicero gebraucht meiner Ueberzeugung nach *iudicium* in den civilistischen Reden vorwiegend in dem angegebenen Sinne. Dafür könnten zahlreiche Zeugnisse angeführt werden; für unseren Zweck aber ist es wie erforderlich so auch genügend, solche Stellen namhaft zu machen, die nach dem Zusammenhang eine andere als die hier in Frage stehende Deutung nicht zulassen.

Darnach kommen hauptsächlich in Betracht:

pro Tullio c. 3 § 7, c. 4 § 8, c. 5 § 10, 12, c. 10 § 26, c. 11 § 27, c. 13 § 31, c. 16 § 38, 39, c. 17 § 41, c. 18 § 42, pro Quintio c. 20 § 63, 64, c. 21 § 66, pro Caecina

c. 3 § 8, c. 18 § 51, c. 36 § 104, in Verr act. sec. II c. 12 § 31 (*si iudicium sit eius modi: L. Octavius . . .* und *iudicia eius modi: qui ciues . . .*), II c. 27 § 66, III c. 22 § 55 (*dabat iste iudicium: si pareret* und *iste nihilo minus iudicium HS 1000 . . .*), III c. 65 § 152, de inuent. II c. 19 § 58, orat. part. c. 31 § 107, top. c. 17 § 66, de off. III c. 15 § 61 (dazu ad fam. VII. 12, 2).

Weiter verweise ich auf ein Gesetz, das derselben Epoche angehört, auf die Lex Rubria: I v. 4, 21, 22, 32, 42, 47^{b)}); endlich auf ein Edict (l. 1 pr. D. de his qui eff. 9, 3), welches deutlich zeigt, in welchem Sinne die Praetoren selbst ihr *iudicium dabo* verstanden, da es mit den Worten schliesst: *in iudicio*^{5a)} *adiciam: aut noxae dedere.*

Ist so für die Zeit der sinkenden Republik die Gleichsetzung von *iudicium* und *formula* erwiesen, so lässt sich andererseits auch darthun, dass Cicero den Ausdruck

^{b)} Bruns Fontes p. 96, 97 — ed. V.

^{5a)} Nach Gradenwitz in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XXI S. 257 „ist das Wort *iudicio* nicht echt“. Der Praetor habe gesagt: *in formula*. Meines Erachtens ist G. allzu eifrig in der Entdeckung von Interpolationen. Im vorliegenden Fall lässt sich zufällig die Echtheit nachweisen mit aller Sicherheit, die in solchen Dingen überhaupt gefordert werden kann. *In iudicio* ist echt, denn 1) hätten die Compileratoren für *formula* nicht *iudicium*, sondern *actio* gesetzt (s. Wlassak Edict S. 60, 61 und unten S. 80, 81), 2) findet sich dieselbe Wendung, die der Praetor gebraucht, wiederholt bei Cicero, z. B. o. pro Tull. c. 10 § 26: *At istuc totum DOLO MALO additur in hoc iudicio*, c. 16 § 38: *a praetore postulare, ut adderet in iudicium INIURIA . . .* (Wlassak Edict S. 61 N. 11 in f.). Beiläufig: Auch in Misc. II (Zeitschr. XXI S. 255, 256) berücksichtigt G. nicht das ganze in Betracht kommende Material. Die Beobachtung, von der er ausgeht, ist richtig (nicht neu; s. mein Edict S. 64 N. 13, dazu jetzt oben § 4); allein schon Gaius (III. 37) sagt einmal: *bonorum possessio competit* (diese Worte sind nach Studemund unanfechtbar), und häufiger noch Ulpian. Die Aenderung des Sprachgebrauchs ist nicht ohne Bedeutung; vgl. einstweilen meine Krit. Studien S. 16, 17.

actio ⁶⁾ für die Schriftformelklage noch möglichst zu vermeiden sucht. Wie sehr sich in dieser Beziehung der Sprachgebrauch in den nächsten Jahrhunderten geändert hat, das wird Jedem sofort klar, der die Rede für Tullius mit dem Digestentitel *ui bon. rapt.* (47, 8) vergleicht.

Das Edict, auf welches die Klage wegen gewaltsamer Beschädigung sich stützt, verheisst *iudicium* (l. 2 pr. D. h. t.); und mit diesem Namen belegt denn auch Cicero die von ihm besprochene Klagformel in dem kurzen Fragment der Rede mehr als zwanzigmal; *actio* ⁷⁾ nennt er sie niemals. Dagegen bezeichnet Ulpian dieselbe Klage, so oft sie erwähnt wird, immer wieder als *actio* (l. 2 § 1, 12, 13, 14, 15, 16 D. h. t.). Ein Spiel des Zufalls wird man

⁶⁾ Dagegen bezeichnen schon die älteren Quellen die Thätigkeit des Klägers im Schriftformelprocess als *agere*; vgl. z. B. Cic. pro Caec. c. 12 § 34, Lex Rubria II v. 27, 29, 30, 38, Fragm. Atest. v. 4, 5 (Bruns p. 98—100). — Dass Seruius wörtlich so respondirt habe, wie Ulpian (l. 5 § 12 D. de his qui eff. 9, 3) berichtet, möchte ich bezweifeln. Ulpian hat nicht aus dem Original geschöpft; wahrscheinlich war das Responsum schon in der von ihm benützten Vorlage gekürzt und modernisirt. Vgl. auch Pernice Ulpian S. 26, Sanio Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft S. 83, 84.

⁷⁾ In der or. p. Tullio finde ich *actio* dreimal: c. 2 § 5, c. 13 § 33, c. 24 § 54; jedoch nur in der letzterwähnten Stelle im Sinne von „Klage“ oder „Klagformel“. Gemeint ist die Civillklage der Lex Aquilia; vgl. Huschke Analecta p. 180, Keller Semestrium ad Cic. l. III p. 628. Dieselbe Klage nennt Cicero auch p. Q. Rosc. c. 12 § 35, c. 18 § 55 *actio*. Dadurch dürfte die Vermutung Eiseles Cognitur S. 26 bestätigt sein. Ziemlich häufig ist das Wort gebraucht zur Bezeichnung der processualischen Angriffsmittel überhaupt, so in Caec. diuin. c. 5 § 18, pro Caec. c. 3 § 8, 9, c. 11 § 32, 33, c. 12 § 34, c. 13 § 37, 39, c. 14 § 40. Nur selten steht *actio*, wo sicher an eine Schriftformelklage gedacht ist, so pro Flacco c. 21 § 49, in Verr. II c. 25 § 61, c. 27 § 66; s. auch pro Caec. c. 12 § 35 (*actio iniuriarum*), de inuent. II c. 19 § 57.

in dieser Erscheinung nicht erblicken dürfen⁸⁾, zumal der Eindruck, den wir aus Cicero gewinnen, auch durch die Lex Rubria bekräftigt ist, in deren Texte *iudicium* ungefähr eben so oft steht wie in der Rede für Tullius, während *actio* gar nicht vorkommt.

Schwierig ist es, ein sicheres Urteil zu fällen über das auf der vierten Tafel der Lex coloniae Juliae Genetivae von 710 in mehreren Capiteln (125, 126, 128, 129, 130—132) wiederkehrende *actio petitio persecutioque esto*. Die erste, zweite und dritte Tafel geben die Ermächtigung zur Klage überall nur mit den Worten *petitio* oder *petitio persecutioque esto*⁹⁾ (c. 61, 74, 75, 76, 81, 92, 93, 97, 104); erst auf der vierten, welche aus verschiedenen Gründen für jünger gelten muss als die übrigen¹⁰⁾, begegnet

⁸⁾ Eben so wenig eine Byzantinische Interpolation. Einerseits lesen wir in den Pandekten oft genug *iudicium*, wo *actio* eben so gut am Platze wäre, andererseits begegnet *actio* häufig zur Bezeichnung der praetorischen Klage — selbst der Klagen des Digestentitels 47, 8 — auch in Vorjustinianischen Quellen; so z. B. bei Gai. III. 189, 192, 209, IV. 8, 35, 36, 69, 70, 71, 72, 111, Paul. I. 8, 2, II. 2, 1, II. 31, 6 und 16.

⁹⁾ Ebenso in der Lex Mamilia (Julia) c. 4 [54] (anders Callistratus l. 3 pr. D. de term. 47, 21, wo über c. 5 [55] desselben Gesetzes berichtet ist), L. Julia mun. v. 19, 97, 107, 125, 141; vgl. dazu Mommsen Stadtrechte S. 462, 463 und Bruns in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XII S. 118, 119. Im c. 73 der L. Ursonensis ist beigefügt: *ex-actioque esto*; darüber Mommsen in der Ephemeris epigr. III p. 97. Wegen der Clausel *actio petitio persecutio* in der Aquilischen und in der Stipulation *amplius neminem petiturum* kann auf Eisele a. a. O. S. 33 verwiesen werden, der ihren Ursprung mit Recht in der Zeit des Legislationenprocesses sucht.

¹⁰⁾ So Mommsen in der Ephemeris epigr. II p. 121, 122, III p. 97, und Bruns a. a. O. S. 84, 119, der Mommsen auch in der Annahme einer Interpolation zustimmt; dagegen Huschke Multa und Sacramentum S. 549, 550. Bemerken will ich nur, dass im c. 95 (tab. III) dem ausbleibenden privaten Kläger angedroht ist: *earum rerum quarum h. l.*

jene Häufung der Ausdrücke, die in Gesetzen und Senatsbeschlüssen der Kaiserzeit durchaus üblich war. Darnach liegt es gewiss sehr nahe, an eine spätere Einschlebung der *actio* in die Lex Ursonensis zu denken. Sollte das Wort doch schon im ursprünglichen Texte gestanden haben, so wird man vielleicht mit Huschke-Brunns¹¹⁾ das halb-criminelle Verfahren des Coloniegesetzes als Legisactionenprocess auffassen müssen.

Um schliesslich darzuthun, dass der Ausdruck *actio* zu einer Zeit, wo er längst für die civile Schriftformel eingebürgert war, doch für die praetorische Klage nur im weiteren Sinne verwendet wurde, braucht blos daran erinnert zu werden, wie noch Juristen des zweiten Jahrhunderts den Begriff der *actio* bestimmen.

Wer sich die Ulpian'sche Erläuterung der *pecunia debita* vor Augen hält: *uidetur enim debitum et quod iure honorario debetur* (l. 1 § 8 D. pec. const. 13, 5), wird kaum geneigt sein, die bekannte Definition des Celsus in l. 51 D. de O. et A. (44, 7) auch auf persönliche¹²⁾ Klagen des praetorischen Rechtes zu beziehen. Versteht doch ein erheblich späterer Jurist, Ulpian in l. 25 pr. D. eod. unter *actio* gewiss nur die Civilklage, wenn

quaestio erit, actio ne esto. In der L. Acilia rep. steht *actio* v. 56, 75 (82) (Bruns Fontes p. 66, 70 — ed. V); vgl. auch noch C. I. L. t. I nr. 1502 (Bruns p. 118). — Die Tafeln der Lex Ursonensis sind oben mit den von Bruns Fontes p. 119 angenommenen Zahlen bezeichnet.

¹¹⁾ A. a. O. S. 123, 139. Vgl. Huschke Multa S. 266—271, auch Demelius in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 12 N. 29 und Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 177.

¹²⁾ Vgl. Savigny System Bd. V S. 10, dessen Erklärung des Sprachgebrauchs *actio* = *a. in personam* (S. 10, 11, 28—34) mir jedoch unrichtig scheint. In der Controverse Keller-Stintzing über die Sponsio als Uebergangsprocessart stehe ich auf der Seite des Letzteren.

er sagt: *Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur.* Und genau dieselbe Beschränkung des Actionenbegriffes ergibt sich endlich in ganz unzweideutiger Weise aus der Darstellung des Gaius im Eingang des vierten Commentarius.

Wenn da die persönliche Klage (im formellen Sinn) bestimmt wird als *actio qua agimus cum aliquo qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare oportere* (IV. 2), und die unpersönliche als *actio, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, ueluti utendi aut utendi fruendi . . .* (IV. 3), so sind offenbar die praetorischen Klagen (IV. 46: *innumera-biles formulae*), zum Mindesten die in factum concipirten, ausgeschlossen.

Ja man darf noch weiter gehen. So sicher es ist, — wegen des zweimaligen *si paret* in IV. 4 und wegen IV. 10 — dass Gaius von der Klage des Aebutischen und Julischen Rechtes sprechen will, so wenig kommt doch seine Absicht in der mitgeteilten Definition zum Ausdruck. Diese passt nämlich ebenso wie die an anderer Stelle (IV. 41) gegebene Beschreibung der Intentio¹³⁾ streng genommen nur auf die Spruchformel. Den Grund, der die Beibehaltung der alten, vielleicht von Q. Mucius entlehnten Definition zur Not rechtfertigt, werden wir weiter unten kennen lernen. Indess ist doch Gaius keinesfalls von dem

¹³⁾ Dies hat schon Keller Civilprocess § 39 S. 195 bemerkt, der aber (S. 193) dem Gaius doch zu viel zumutet, wenn er sagt, „in seinem Sinne“ könne den von ihm IV. 41 aufgeführten Beispielen noch hinzugefügt werden: *Si paret patronum . . . in ius uocatum esse.*

Vorwurf der Bequemlichkeit freizusprechen. Statt offen zu bekennen, dass seine Begriffsbestimmung nur die civilen Actionen trifft, stellt er sich eine Zeit lang (§ 1—7) blind gegen die Existenz der praetorischen Klagen, um dieselben schliesslich (§ 8) verstohlener Weise unter den Beispielen der Poenalklagen in die Darstellung einzuführen¹⁴⁾.

Eines aber dürfte Gaius zu seiner Entschuldigung anführen. Was er nicht versucht hat: die Aufstellung einer alle Klagen umfassenden Definition, hat sicherlich wie nach ihm so auch vor ihm kein anderer römischer Jurist unternommen¹⁵⁾. Die Aufgabe war schwierig und keine von der Art, die einen *iuris conditor* hätte verlocken können, seine Kräfte daran zu wenden. Statt eine neue Begriffsbestimmung aufzustellen, die doch wenig Belehrung gewährt hätte, hielt man nach römischer Weise fest an der ererbten Actionendefinition und begnügte sich mit einem lose verbundenen Anbau, auf den der alte Name ausgedehnt wurde.

Nach allem dem möchte die eigentliche Bedeutung von *actio* auch für Ciceros Zeit nachgewiesen und zugleich ermittelt sein, in welchem Sinne *iudicium* gebraucht ist, wo

¹⁴⁾ Aehnlich verfährt Ulpian in l. 25 D. cit. Das Principium handelt nur von Civilklagen; daran schliesst sich im § 1 die unlogische Einteilung der Actionen: *ex contractu* — *ex facto* — *in factum*, die bereits die praetorischen Klagen mitumfasst.

¹⁵⁾ Justinians Institutionen (IV. 6. pr. — § 3) zeigen keinen Fortschritt gegenüber Gai. IV. 1—6. Was der an die Spitze des Titels gestellten und an diesem Orte ungenügenden Definition des Celsus folgt, scheint einem anderen Werke des Gaius entnommen zu sein oder einem späteren Schriftsteller, der die citirte Institutionenstelle ausgeschrieben hat. Etwas besser als bei Gai. IV. 8 kommen übrigens die praetorischen Klagen bei Justinian (§ 3) doch zur Geltung.

es zur *actio* in Gegensatz gebracht wird¹⁶⁾. Wenn insbesondere im dritten Buche *de natura deorum* der *actio* ‚*ope consilioque tuo furtum aio factum esse*‘ gegenübergestellt werden *tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati*, u. s. w., so sind unter den letzteren nicht etwa „Gerichte“ oder „Gerichtsverhandlungen“ zu verstehen, schon darum nicht, weil die Aufzählung dadurch logisch fehlerhaft würde. Sind es aber Schriftformeln, die Cicero meint, dann kann die Stelle ohne Bedenken als Beleg angeführt werden für die scharfe Unterscheidung der Spruch- und der Schriftformelklage.

Und so werden wir schliesslich mit ziemlicher Sicherheit auch das *iudicium*, welches in der Rede pro Quintio wiederholt erwähnt ist, ebenso in den *Officia* (III. c. 15 § 61, c. 17 § 70) und *Topica* (c. 17 § 66) die *iudicia* oder *arbitria in quibus ‚ex fide bona‘ est additum*, als Schriftformeln auffassen und beifügen dürfen, dass keinerlei Grund vorliegt, den geschriebenen Klagformeln im Gerichtsverfahren der Republik anderen Charakter beizulegen als im späteren von Gaius geschilderten Prozesse.

§ 9. Die Geltung der Legisactio nach dem Aebutischen Gesetze.

Sollten die vorstehenden Erörterungen die Zweifel entkräftet haben, welche von Bekker rege gemacht sind gegen

¹⁶⁾ Hieher gehört auch Cic. orat. part. c. 28 § 99 in f., § 100; doch ist in der Stelle *iudicium* nicht blos zur Bezeichnung der Formel sondern auch des Processes gebraucht. Gegen Schultze Privatrecht I S. 259 vgl. Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 440 N. 10^a. Unzweideutig scheinen mir die *stipulationum aut (et) iudiciorum formulae* bei Cic. top. c. 8 § 33, de leg. I. 4 § 14 (vgl. auch or. part. c. 31 § 107). Bekkers Bedenken in der Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 350 beruhen auf einer Verwechslung von Edict und Klagformel.

das Vorkommen des reinen Formelprocesses (zwischen Bürgern) in der Ciceronischen Epoche, so ist damit die Aebutia nicht nur versetzt in die Zeit vor Ciceros Auftreten, sondern zugleich hinweggerückt aus der unmittelbaren Nähe der Lex Julia. Erwiesen ist also ein zeitlicher Abstand zwischen den genannten Gesetzen, der, meiner Ueberzeugung nach weit Mehr, allermindestens aber die Jahre zum grössten Teil umfasst, in welche Ciceros schriftstellerische Wirksamkeit fällt.

So kehrt die schon oben gestellte Frage wieder, welcher Anteil an der Aufhebung der Spruchformeln der früheren und welcher der späteren Lex zukommt. Mit Recht wird ganz allgemein den Legisactionen nach dem ersteren Gesetze ein grösserer Spielraum zugewiesen als nach dem letzteren. Freilich beschränkt sich auch auf diesen recht unbestimmten Satz die Uebereinstimmung der Ansichten. Das genauere Verhältniss des neuen Processsystems zu dem alten ist leider für unsere Zwischenzeit nicht mit völliger Sicherheit zu ermitteln, da wir nur über einzelne Punkte bestimmte Nachrichten haben.

Zu den Thatsachen, die ausser Streit stehen, gehört — wie gesagt — die Zulässigkeit der Legisactio nach dem Aebutischen Gesetze in gewissen Fällen, wo seit der Julischen Gerichtsordnung nur mehr *per concepta uerba* processirt werden konnte. Die Anwendung der älteren Processform gestattet das neuere Gesetz, wie Gaius IV. 31 berichtet, noch *ex duabus causis: damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est*.

Wenn wir diese Norm im Auge behalten und dann den bekannten, freilich nicht ganz zuverlässigen Bericht

des Cicero (de orat. I c. 38 § 173¹⁾ über die Competenz der Hundertmänner vergleichen mit den sonst von diesem Autor als lebendiges Recht bezeugten Legislationen, so bleiben einige Rechtssachen übrig, die nicht vor die Centumvirn (auch nicht vor das Zehnergericht)²⁾ gehörten, die also in Vorjulischer Zeit ohne Instruction durch Schriftformel höchst wahrscheinlich vor einen Privatrichter gebracht wurden.

Einen Fall dieser Art kennen wir schon aus de nat. deor. III. c. 30 § 74: die Actio furti nec manifesti³⁾. Ferner ist für die Erbteilungsklage die Fortdauer der alten Processform erwiesen durch de orat. I c. 56 § 237, für die Actio rationibus distrahendis durch dasselbe Werk I c. 36 § 166, 167⁴⁾. Bei der letzteren Klage scheint

¹⁾ Vgl. über diese Stelle besonders Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. V S. 364, 369–372; anscheinend anders Ihering Geist I S. 223 N. 115. Weitere Quellenbelege bei Keller Civilprocess § 6 N. 87, 88. Eine missverständliche Auslegung der Oratorstelle, die sich bei K. A. Schneider De centumviralis iudicii origine p. 65 (1835), ferner bei Puntschart Civilrecht S. 349, 350 findet und der später anscheinend auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 92 N. 50, § 97 N. 16 zustimmte, ist hier sofort zu widerlegen. Cicero verweist keineswegs — wie Puntschart meint — „den Streit über das Eigentum an einem Fundus allgemein (omnino) vor die Centumvirn“. Die Aufzählung der Centumviralsachen enthält nur der Satz: *in quibus . . . iura versentur*, während der folgende: *omnino . . . bis impudentias* aus der Gesamtzahl aller Rechtssachen, welche, wie Cicero sagt, *in iure ac praetorum tribunalibus*, dann *in iudiciis privatis*, endlich vor den Centumvirn vorkommen konnten, einige der wichtigsten hervorhebt. Darnach ist auch der Widerspruch gar nicht vorhanden, den Bethmann-Hollweg (§ 97 N. 16) zwischen Cic. de orat. I c. 38 § 173 einerseits, Cic. p. Caec. c. 33 § 97 andererseits annimmt.

²⁾ S. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 591.

³⁾ Vgl. übrigens (gegen Cohn) Lenel Edict S. 262.

⁴⁾ Vgl. Ubbelohde Realcontracte S. 62, Rudorff Zeitschr. f. R. G.

allerdings die Verweisung vor einen Einzelrichter besonders unsicher, weil Cicero l. c. von den Centumviralsachen sagt: *in quibus tutelarum iura uersantur*. Indess sind, wie Bethmann-Hollweg richtig bemerkt, in der fraglichen Stelle überhaupt nicht die Actionen aufgezählt, über die von den Hundertmännern zu entscheiden war, sondern nur einige Rechtsfragen, welche in diesem Gerichte häufiger zur Sprache kamen. Sollte aber Cicero doch eine besondere Klage im Auge haben, so wäre weit eher an die Vindication der vormundschaftlichen *uis ac potestas* zu denken⁵⁾ als an die Actio tutelae.

Anreihen kann man den Klagen, bei welchen die solenne Parteireden in Nachaebutischer Zeit beglaubigt ist, noch die Legis actio de pauperie. Von ihr ist dem Anschein nach ein Stück durch Quintus Mucius in l. 1 § 11 D. si quadr. (9, 1) erhalten.

Ob daneben auch die „Actio auctoritatis“ genannt werden darf, das zu untersuchen, ist nicht hier der Ort.

Bd. XI S. 61, Punschart Rede S. 58. Dagegen die bei Cic. de off. III 17, 70 zuerst angeführten *uerba* (die *auros* gehören ins iudicium fiduciae — de off. III 15, 61) halte ich nicht mit Bekker Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 345, Lenel Edict S. 234 und Ubbelohde S. 61 für eine Legisactio, sondern mit den von dem Letzteren S. 61 N. 73 cit. Gelehrten für ein Geschäftsformular. [Dazu neuestens O. Geib Actio fiduciae S. 16—19 des S. A.] Ueber Cic. Top. c. 17 § 64 (Bekker S. 348) vgl. Voigt XII Tafeln Bd. I S. 456. Endlich die im Jus naturale Bd. III N. 1305—1307 von Voigt gesammelten Stellen sind keineswegs alle beweiskräftig.

⁵⁾ Das hat später wohl auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I § 41 N. 24 angenommen. Belege für die uindicatio tutelae bei Wlassak Neg. gestio S. 105 N. 6. Neuestens möchte Hruza Ueber das lege agere pro tutela S. 76, 77 noch die accusatio suspecti vor die Centumvirn oder Decemvirn verweisen, dabei unterstellend, was unzulässig ist, dass die beiden Gerichte „schon in der Zeit nach den Zwölf Tafeln“ vorhanden waren.

Zum Beweise beruft man sich neuestens ziemlich allgemein auf die mehrfach überlieferte und von Cicero pro Caec. c. 19 § 54 deutlich dem praktischen Rechte zugewiesene Spruchformel: *quando te in iure conspicio (p. a. f. a.)*⁶⁾, die meist dem, mit Eviction bedrohten Käufer in den Mund gelegt wird. Es lässt sich jedoch kaum sicher darthun, dass damit das Richtige getroffen ist.

Die Phrase endlich *de eadem re alio modo* (erwähnt de finib. V c. 29 §. 88 und in einem Briefe an Seruius XIII. 27 § 1) war, wenn sie überhaupt zu den Spruchformeln gehört, sicherlich mit keiner einzelnen Actio verbunden⁷⁾.

Mit dieser letzteren Bemerkung ist schon eine weitere hier ebenfalls zu erörternde Frage berührt: wie es nach dem ersten Reformgesetz mit der Geltung der einzelnen *modi agendi* stand, deren uns fünf verschiedene genannt werden. Das Wenige, was die Quellen über diesen Punkt enthalten, ist lange nicht ausreichend, um sofort eine Antwort zu ermöglichen. Als feststehend kann eigentlich nur Eines betrachtet werden: die Fortdauer der *Legis actio sacramento*, welche durch Cicero de orat. I. c. 10 § 42, pro Mil. c. 27 § 74, ad fam. VII. 32 § 2⁸⁾ und für

⁶⁾ Vgl. auch Cic. pro Murena c. 12 § 26 und Probus de notis 4; dazu Mommsen Ad legem de scribis . . . et de auctoritate p. 14, 15 (Diss.), Eck Verpflichtung des Verkäufers S. 8 N. 4, Lenel Edict S. 424, 427 und die bei Keller-Wach Civilprocess N. 213 und 682 Angeführten; ausführlich besonders Karlowa Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocesses S. 18, 19, Legisactionen S. 74, 75, Bechmann Kauf I S. 112—116; neuestens Kipp Litisdenuntiation S. 148, 149. — Obwohl geneigt, für Bechmann zu stimmen, möchte ich doch bemerken, dass wir einstweilen nur Vermutungen aufstellen können.

⁷⁾ Vgl. Bekker in der Zeitschr. f. R. G. Bd. V S. 348, 349.

⁸⁾ Vgl. auch Valer. Max. VII c. 7 § 2.

Decemviralsachen insbesondere durch o. pro Caec. c. 33 § 97, pro domo c. 29 § 78 erwiesen ist.

Gerade diese Zeugnisse wären am ehesten entbehrlich, weil wir aus Gai. IV. 31 wissen, dass das Sacramentsverfahren selbst durch die Julischen Gesetze nicht ganz beseitigt ward. Nun ist aber nach Gaius' Bericht seit dem Abschluss der Processreform — abgesehen von der *Legis actio damni infecti* — nur mehr das *agere sacramento* gestattet. Fraglich bleibt es darnach, ob wir die Aufhebung der übrigen Verfahrensarten dem ersten oder dem zweiten Gesetze zuschreiben sollen.

In der heutigen Litteratur scheint man sich überwiegend der letzteren Annahme zuzuneigen⁹⁾, da es üblich ist, aus Ciceros Schriften Belege nicht blos für den Sacramentsprocess, sondern auch für andere *modi agendi* anzuführen. So beziehen Manche mit Keller¹⁰⁾ c. 12 § 27 der o. pro Murena auf die *iudicis postulatio*, wofür in der That alle Wahrscheinlichkeit spricht, und eine Stelle der Verrinen III c. 11 § 27 nach Puchtas¹¹⁾ Vorgang auf die den Publicanen zustehende *legis actio per pignoris capionem*, was aus verschiedenen Gründen nicht ganz unbedenklich ist¹²⁾.

⁹⁾ A. A. ist Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 27 S. 91.

¹⁰⁾ Civilprocess § 17 S. 86. S. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I § 24 N. 9, Bekker a. a. O. S. 346, wo noch auf Varro de lingua lat. VII § 93 verwiesen ist, Ad. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 162 N. 1; vgl. auch Voigt Jus naturale Bd. III S. 815, 816.

¹¹⁾ Institutionen Bd. I § 163 N. e (S. 482), Keller Civilprocess § 20 N. 267, Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 25 N. 6, Matthiass Röm. Grundsteuer S. 44 N. 4.

¹²⁾ Vgl. auch Degenkolb Die Lex Hieronica S. 132, 133, 139, und Karlowa Civilprocess zur Zeit der Legisactionen S. 215, 216,

Einmal sind wir ohne Weiteres kaum befugt, in der *pigneratio*, von der bei Cicero die Rede ist, und die seiner Angabe nach auch in verschiedenen Provinzen zulässig war, die förmliche Pfändung *certis uerbis* zu erkennen, von der Gai. IV. 28, 29 handelt. Und entschlägt man sich auch dieses Zweifels, so wäre dann noch zu erwägen, ob nicht der Einfluss der Aebutia durchaus beschränkt war auf Rechtsverfolgungsacte im römischen Stadtgebiet. Das gerichtliche Verfahren wenigstens sollte — wie später zu zeigen ist — durch das genannte Gesetz nur innerhalb jener Grenzen umgestaltet werden.

Verlässlicher als die Ciceronische Stelle scheint mir eine Aeusserung Varros¹³⁾ in den *quaestiones epistolicae*, die uns Gell. VI. (VII.) 10, 2 aufbewahrt hat. Die *pignoris capio* (*ob aes militare*)¹⁴⁾ bei Varro und die auf einer kürzlich in Rom gefundenen Inschrift¹⁵⁾ neben der *manus iniectio* erwähnte Pfändung können am ehesten als Zeugnisse gelten für das Vorkommen des in Rede stehenden *modus agendi* in der Nachaebutischen Periode.

In Betreff der *Legisactio per manus iniunctionem* dürfte ein ziemlich sicherer Schluss aus cap. 61 der Caesarischen Lex Ursonensis¹⁶⁾ zu entnehmen sein. Wenn ein römisches

deren Einwendungen jedoch grossenteils von Gesichtspunkten ausgehen, die ich nicht für zutreffend halte.

¹³⁾ So statt *Catonis* M. Hertz. Vgl. den Index auctorum der kleinen Gelliusausgabe (Teubner 1886) p. 292, 289.

¹⁴⁾ S. Gai. IV. 27.

¹⁵⁾ C. I. L. t. VI nr. 3823. Ueber den Charakter und das Alter der Inschrift vgl. die folgende Note a. E.

¹⁶⁾ Ich unterlasse es, die *Legisactio* des oskischen Gesetzes (Z. 24) der Bantianischen Tafel geltend zu machen, hauptsächlich darum, weil das höhere Alter der Aebutia auch dann nicht nachzuweisen ist, wenn für die Lex Osca Kirchhoffs oder Mommsens Zeitbestimmung als sicher

Gesetz für eine Colonie von Bürgern im Jahre 710 die Personalexecution auf Grund des Judicats in der alten solennen Form vorschreibt, so muss diese zu jener Zeit auch in Rom noch in Gebrauch gewesen sein. Freilich stellt das citirte Capitel keine allgemeine Executionsordnung auf, sondern regelt — wie die Anfangsworte des erhaltenen Textes vermuten lassen¹⁷⁾ — nur die Eintreibung einer Strafforderung der Gemeinde. Indess dürfen wir darum noch nicht behaupten, dass in Urso bei Privatforderungen die *manus iniectio* ausgeschlossen war. Nahe läge dieser Gedanke nur dann, wenn die Beobachtung der solennen Form, die für den Gemeindevertreter angeordnet war, den Verurteilten einer anderen und strengeren Behandlung unterworfen hätte als das formlose Betreiben der Personalexecution.

angenommen wird. (Eine andere als die bei Bruns Fontes p. 50 mitgeteilte Auffassung der citirten Gesetzesstelle vertritt bekanntlich Huschke Multa S. 61 N. 160, S. 266—269, 416.) Aus demselben Grunde bleibt die (latinische) *manus iniectio* der Lex luci Lucerini (C. I. L. t. IX nr. 782 und Bruns p. 241) unberücksichtigt. Bruns in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XII S. 128, 130—134 versetzt die Inschrift mit Mommsen in die erste Hälfte des sechsten Jahrhunderts und sucht darzuthun, dass die Lex Vallia (Gai. IV. 25) später erlassen sei. Diese letztere hält Bruns für ungefähr gleich alt wie das erste Gesetz über den Formularprocess. — Zu erwähnen ist endlich noch eine stadtrömische, nur sehr unvollständig erhaltene Inschrift im C. I. L. t. VI nr. 3823 (commentirt von C. Re im Archivio giuridico v. XVII p. 3—23; bei Bruns p. 171, 172), nach Mommsen ein Senatusconsult. Die letzten auf der einen Seite des Steines lesbaren Worte sind: (*ma*)*nus iniectio pignorisq(ue) ca(pio)*. In die vorausgehende Lücke will Re (p. 22) setzen *qui volet*, wornach die Inscription eine Popularklage angeordnet hätte mit *m. i.* und *legisactio per pign. cap.* (p. 21—23). Als Zeitalter derselben sei das 7. Jahrhundert anzunehmen; die L. Aebutia soll älter sein (p. 7, 21).

¹⁷⁾ Vgl. Exner in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XIII S. 396.

So könnte man beispielsweise einen notwendigen Zusammenhang annehmen zwischen der *l. a. p. manus iniectio* und der dem Gläubiger so ausserordentlich günstigen¹⁸⁾ Norm, welche dem Judicatus die Selbstverteidigung versagt. Doch liegt meines Wissens kein ausreichender Grund vor, gewisse Vorteile ausschliesslich mit dem feierlichen Handanlegen verbunden zu denken. Allerdings giebt das Recht der Kaiserzeit dem Verurteilten, der bereit war zur *satisfactio iudicatum solui*, in der That die Befugniss, in der schriftlich formulirten *actio iudicati* die Rolle des Beklagten selbst zu übernehmen. Allein Gaius IV. 25, der dies berichtet, sagt doch nur, dass die alte Executionsordnung so lange in Geltung verblieb, *quamdiu legis actiones in usu erant*¹⁹⁾; nicht, dass sie aufgehoben sei durch die Abschaffung der Spruchform.

Darnach ist wahrscheinlich der *Vindex* abgeschafft und das *pro se agere* eingeführt durch dieselbe Lex, welche die *Legisactiones* ausser Gebrauch setzte, m. a. W. durch die umfangreiche Julische Gerichtsordnung, die in einem Capitel von der Processform, in einem anderen von der Execution handelte. Dass aber die Reform auf dem einen Gebiete auch eine Rechtsänderung auf dem anderen zur notwendigen Folge hatte, wäre wohl zu Viel behauptet.

So sind wir denn allem Anschein nach nicht gezwungen, in dem c. 61 der Lex Ursonensis eine Sonderbestimmung zu erblicken für gewisse privilegierte Forderungen. Und wäre selbst diese Auslegung geboten, so stellt doch das Colonie-

¹⁸⁾ Vgl. Ihering Scherz und Ernst S. 198, 221 (1894).

¹⁹⁾ Das folgende *unde . . . cogitur* hebt den ursächlichen Zusammenhang hervor zwischen der Beseitigung des *Vindex* und der Cautionspflicht.

gesetz die Thatsache fast ausser Zweifel, dass die alte *manus iniectio*, sei es nun in grösserem oder geringerem Umfang, auch im stadtrömischen Process nach der Aebutia noch zur Anwendung kam.

Für das daneben zugelassene formlose Executionsverfahren des römischen *Jus civile* dürfte uns ein Zeugnis aus derselben Zeit, der das Stadtrecht von Urso angehört, erhalten sein in der *Lex Rubria*.

Im XXI. Capitel dieses Gesetzes wird der Gallische Magistrat beauftragt, gegen den Schuldner, der *in iure* gestanden oder sich nicht gehörig verteidigt hat, im Falle erhobener *actio pecuniae certae creditae* Personalexecution (*duci iubere*) selbst zu gewähren. Dem Gläubiger, der nach dieser Ermächtigung das *ducere* bewirkt, ist zugesichert: *id ei fraudi poenaevae ne esto*. Das darauf folgende Capitel XXII handelt von Klagen anderer Art und verweist, sobald der vor den Municipalmagistrat gestellte Beklagte als *confessus* oder *indefensus* erscheint, das weitere Verfahren vor den Praetor in Rom oder dessen Stellvertreter (*praetor isue quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit*)²⁰⁾. Gedacht ist ohne Zweifel in erster Linie an den Stadtpraetor²¹⁾,

²⁰⁾ Zur Erklärung dieser Worte möchte das bei Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 217, 218, 649 Gesagte dienen. Mommsen selbst ist freilich anderer Ansicht mit Rücksicht auf ähnliche Wendungen des Caesarischen Municipalgesetzes (C. I. L. t. I p. 118, 123 — ed. I, Röm. Geschichte Bd. III S. 492, 493). Wichtig ist in dieser Frage vor Allem das Datum der *L. Rubria*. Mommsen nimmt das Jahr 705 an (Staatsrecht Bd. III¹ S. 817 N. 3); dagegen aber neuestens Karlowa Rechtsgeschichte Bd. I S. 440—443. S. noch Savigny Verm. Schriften Bd. III S. 411, auch Lenel in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 98 N. 62.

²¹⁾ Vgl. auch Dirksen *Observationes ad legis Galliae Cisalp. capita* (Dissert.) p. 19 n. 10, p. 60, Huschke *Gaius*, Beiträge S. 212.

dem ja die Jurisdiction zusteht *inter ciues* und daher auch in den meisten Processen, die nach Rom aus dem Cisalpinischen Gallien gelangten, da dessen Bewohner zur Zeit des Rubrischen Gesetzes schon römische Bürger waren²²). Die Massregeln, welche der Praetor unter den erwähnten Voraussetzungen gegen den Beklagten zu ergreifen hat, deutet die Lex an mit den Worten: *ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribere iue neireque iubeto*²³).

Wir fragen nun, wie diesen Gesetzesbestimmungen zufolge die Personalexecution vor dem Gallischen Magistrat (c. XXI) und vor dem römischen Stadtpraetor (c. XXII) zu betreiben war? Sicherlich hier nicht anders wie dort. Entweder also in Rom wie in Oberitalien unförmlich oder mittels *manus iniectio*.

Mommsen²⁴) nimmt vielleicht dieses Letztere an, da er gelegentlich die Duction der Lex Rubria „die ordentliche und solenne Execution“ nennt, allerdings im Gegensatz zur *missio in bona*. Und gewiss wird jetzt, seitdem uns die Lex coloniae Genetivae Juliae bekannt ist, Niemand mehr den Gedanken einer Uebertragung der römischen Legisactio in auswärtige Bürgergemeinden und in den Process vor dem Duovir des Municipiums zurückweisen wollen²⁵).

²²) Seit der Lex Roscia von 705, die das Fragm. Atestinum Z. 12—14, 19, 20 erwähnt; vgl. Mommsen zu Bruns Fontes p. 100 n. 3, Röm. Geschichte Bd. III S. 556 N. 2.

²³) Darüber insbesondere Demelius Die Confessio S. 153—163.

²⁴) In Bekkers Jahrbuch d. gem. Rechts Bd. II S. 332. Neuestens hat Mommsen die L. Rubria auch im Staatsrecht Bd. III¹ S. 815—818 erläutert.

²⁵) Von der gegenteiligen Anschauung geht Huschke Gaius, Beiträge S. 214 N. 28, Multa S. 407 aus.

Dennoch wäre es wohl unrichtig, das *duci iubere* des Rubrischen Gesetzes als den Abschluss eines Legisactionenverfahrens zu denken²⁶⁾.

Wird auch darauf kein Gewicht gelegt, dass für den alten förmlichen Executionsprocess der Ductionsbefehl des Praetors keineswegs feststeht²⁷⁾, so ist doch schon durch das Stillschweigen des Gesetzes, durch den Mangel einer Vorschrift über die Betreibung der Execution Seitens des Klägers, gegen die Annahme einer feierlichen *manus iniectio* entschieden. Widerlegt wäre diese Auslegung auch nicht

²⁶⁾ Demelius a. a. O. zieht diese Auffassung gar nicht in Erwägung. Seine Ansicht erhellt aus einer Bemerkung auf S. 139, wo im Hinblick auf die L. Rubria gesagt ist: „die Legisactionenzeit lag noch nicht so ferne“, und aus N. 2 auf S. 152.

²⁷⁾ Litteratur über diesen bestrittenen Punkt bei Keller (Wach) Civilprocess § 83 N. 1018; dazu noch Ihering Geist I § 11^c N. 59^b, Demelius a. a. O. S. 43 N. 1, Sohm Institutionen S. 140 N. 10, Brinz in der Münchener Festgabe f. Planck S. 157. Sehr gewagt ist es, mit Wach (Keller l. c. N. 24^a) die L. Urson., welche den magistratischen Zuspruch auch nicht kennt, für die Addiction ins Feld zu führen. Zu Plautus Poenulus I. 1, v. 57, 58 vgl. Gai. III. 189 und Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I S. 170, 171 N. 8. Unbestreitbar ist der praetorische Befehl im formlosen Executionsverfahren, unsicher wiederum das Verhältniss des *duci iubere* zur *addictio*. Während früher die beiden Ausdrücke für gleichbedeutend galten (vgl. z. B. Ihering im Register zum Geist s. v. Ducere), wird neuestens unterschieden. Nach Voigt in den Berichten der sächsischen Akademie (phil.-hist. Cl.) Bd. XXXIV S. 80—82, 88—90 und Die XII Tafeln Bd. I S. 622—627 wäre der *iussus domum duocendi* (im Verfahren mit solenner *manus iniectio*) nur Vorbereitung gewesen zu der nach Ablauf der 60 Tage folgenden *addictio*, während Lenel Edict S. 328, 329 (im praetorischen Executionsverfahren) umgekehrt den Magistrat den Ductionsbefehl aussprechen lässt, um der voraufgehenden *addictio* gegen den widerstrebenden Beklagten Nachdruck zu verleihen. (Noch anders Karlowa Legisactionen S. 158 u. 164—168.) Die Quellen sind der Annahme Voigts sehr wenig günstig; vgl. insbesondere Cic. de orat. II c. 63 § 255, pro Flacco c. 20 § 48, Liv. VI c. 14, 15, 20, 36, L. Rubr. II v. 18, 19: *tantae pecuniae . . . duci iubeto*.

durch die Bemerkung, dass die Lex vielleicht nur das Verhalten des Magistrats, nicht auch der Partei regeln wollte. Die Grundlosigkeit dieses Einwands ergibt sich schon aus den oben (S. 94) dem Capitel XXI entnommenen Worten²⁸⁾, welche eine den Gläubiger betreffende Vorschrift enthalten.

Wenn demnach durch die Lex Rubria die formlose Personalexecution bezeugt ist zunächst für Gallien, dann in gallischen Sachen für das Gericht des Praetor urbanus in Rom, so dürfen wir kaum mehr Bedenken tragen, die Zulässigkeit dieses Verfahrens auch in stadtrömischen Rechtsfällen zwischen Bürgern zu behaupten. Nur das muss noch erwogen werden, ob auch in Fällen dieser letzteren Art der neuere gegen die Person gerichtete Executionsprocess vor dem Stadtpraetor auf gesetzlicher Grundlage ruhte oder nur auf honorarischer Norm, wie zweifellos im Gerichte des Fremdenpraetors, und wie allenthalben in Rom das im Rubrischen Gesetz neben der Duction genannte *bona possideri proscreibe iue ueneireque*.

Mit der aufgeworfenen Frage hängt aufs Engste die andere zusammen, ob die schriftliche *actio iudicati*, welche im formlosen Vollstreckungsverfahren an die Stelle des feierlichen Spruches treten musste, im Civilrecht gewährt oder nur durch die Jurisdiction des Praetor urbanus gestützt war. Das Eine scheint sicher: wenn es keine andere schriftliche Iudicatsklage gegeben hat als die im Jus honorarium begründete, dann kann die *manus iniectio* in ihrer volksrechtlichen Geltung durch das Aebutische Gesetz nicht beeinträchtigt sein.

²⁸⁾ Diesen entspricht in der L. col. Gen. Jul. c. 61 der Satz: *itque ei s(ine) f(raude) s(ua) faere licet*.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

Nun ist in der That die Existenz einer Civilformel der *actio iudicati* neuestens geleugnet worden nicht bloß für die Zeit vor, sondern auch nach der Julischen Gerichtsordnung. Bethmann-Hollweg und Lenel²⁹⁾ glauben nämlich selbst im Hadrianischen Album nur Judicatsklagen honorarischen Rechtes zu finden. Allein diese Ansicht wenigstens darf mit Bestimmtheit als irrig bezeichnet werden, da für die Hadrianische Epoche, welche die *manus iniectio* nicht mehr kennt, die *Actio civilis* aus dem Urtheil (neben der *praetoria*) deutlich genug beglaubigt ist.

Um von anderen Quellenäusserungen abzusehen, will ich nur erinnern an die bekannte Stelle des Gai. III. 180:

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc (est) quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Wie der beständige Gebrauch des Praesens zeigt, trägt der Jurist praktisches Recht vor: die von ihm angeführte Regel der Veteres steht zu seiner Zeit noch in Geltung. Dass sie insbesondere auch im Formularprocess zur Anwendung kam, das beweist die Erwähnung des *iudicium legitimum*.

²⁹⁾ Edict S. 355 (dazu Brinz in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVII S. 175), auch in der Habilitationsschrift: Ursprung der Exceptionen S. 78, ferner Bethmann-Hollweg im Civilprocess Bd. II S. 635 zu N. 29; anders Degenkolb Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 158, Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 45.

Was das alte Sprichwort bedeutet, braucht kaum bemerkt zu werden: es lässt die ins *Iudicium deducirte* Obligation *ipso iure* (Gai. III. 181), d. h. nach Civilrecht erlöschen und aus dem Urteil eine civilrechtliche Verpflichtung hervorgehen, das *iudicatum facere oportere*. Blicke noch ein Zweifel über den civilen Charakter der so entstandenen Urteilsschuld, so wäre er behoben durch die Mitteilung des Gaius III. 173—175, derzufolge die *imaginaria solutio per aes et libram* anwendbar ist, *si quid ex iudicati causa debeatur*. Die Obligation aus dem Urteil ist also unter gewissen Voraussetzungen unwidersprechlich civiler Natur und deshalb notwendig auch die *Judicatsklage*, da ja die erstere nur der Widerschein der letzteren, die *obligatio* nichts Anderes ist als ein *actione teneri*⁸⁰⁾.

Steht somit fest, dass Gaius die gelegnete Civilformel sicher kennt, so haben wir weiter noch den Ursprung derselben zu bestimmen, insbesondere die Frage zu beantworten, ob sie entstanden sei auf Grund der Lex Aebutia oder erst nach dem Julischen Gesetze. Meines Erachtens ist die civile *actio iudicati* in Schriftform mit grosser Wahrscheinlichkeit dem Vorjulischen Rechte zuzuweisen, hauptsächlich aus folgenden Gründen.

Vor Allem ist der Ansicht Voigts⁸¹⁾ zuzustimmen, wor-

⁸⁰⁾ Vgl. Bekker in der Zeitschr. f. R. G. Bd. IX S. 385—395, Actionen Bd. I S. 337, 338.

⁸¹⁾ Jus naturale Bd. III S. 1078, 1079, der freilich den Novationsgedanken schon mit der *l. a. per conditionem* ins röm. Processrecht eindringen lässt (S. 750, 751), gestützt hauptsächlich auf die (unbewiesene, s. Baron Conditionen S. 186, 187) Einführung der *sponsio tentiae partis* durch die *L. Silia*. Das Richtige vertritt Krüger Consumtion S. 18, 43, 47; vgl. übrigens auch Bekker Consumtion S. 302, 304. Keller

nach der Gedanke, dass das *dare oportere* mit der Litiscontestation sein Ende finde, dem alten Processsystem noch fremd war. Von der Regel ausgehend: *bis de eadem re ne sit actio* haben die Juristen das zweifellos jüngere Sprichwort, welches Gaius überliefert, wohl erst für den legalen Formularprocess gebildet. Besonders die Idee der Umwandlung des *dare oportere* in das *condemnari oportere* kann nicht gut anders entstanden sein als durch Betrachtung der Schriftformel, welche an die bedingt gesetzte Intentio des Legisactionenverfahrens die Condemnationsanweisung anschliesst.

Dass Gaius l. c. die Parömie den *ueteres* zuschreibt, die er anderwärts (IV. 11, 30) mit den Spruchformeln in Beziehung bringt, steht dieser Annahme gewiss nicht entgegen. Reine Willkür wäre es unter den *ueteres* hier wie dort und überall, wo ein Schriftsteller dieses Wort verwendet, genau dieselben Personen zu verstehen. Wer von den „Alten“ spricht, der wird je nach der Verschiedenheit der Umstände mit diesem Ausdruck bald weiter, bald weniger weit in die Vergangenheit zurückgreifen. So brauchen wir also gar nicht geltend zu machen, dass das Nebeneinanderstehen der beiden Processsysteme — für die Ciceronische Zeit wenigstens — erwiesen ist; und demnach denkbarer Weise auch dieselben Juristen der einen wie der anderen Verfahrensart ihre Aufmerksamkeit widmen konnten.

Der Inhalt des Sprichwortes sollte uns übrigens ein

Civilprocess N. 712 (S. 305) findet die Anschauung, dass die Intentio der Actio in pers. durch einmaligen Gebrauch unwahr werde, schon im Legisactionensystem (verb. „So überkam wohl“ . . .); ebenso Schwalbach in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX¹ S. 132 N. 2.

Fingerzeig sein, jene Rechtsgelehrten, denen es seine Entstehung verdankt, nicht mitten ins graue Altertum zu versetzen. Sind wir einerseits genötigt, wo Gaius von den *ueteres* spricht, an die Juristen der Republik⁸²⁾ zu denken, so scheint es andererseits geraten, den Erfinder des Sprichwortes in einer Zeit zu suchen, die zwar der Servianischen Jurisprudenz voraufgeht, doch aber von ihr nicht allzuweit entfernt ist. Die Vorstellung, dass die Litiscontestatio consumierend wirke, und die Vergleichung dieser wie des Endurteils mit der Novationsstipulation setzt freieste Beherrschung des Rechtsstoffes voraus, ebenso sehr Abstraktionsvermögen wie Gestaltungsgabe, Fähigkeiten also, die man in so voller Entfaltung der alten Formular- und Cautelarjurisprudenz schwerlich zutrauen darf.

Nach allem dem stammt die in Frage stehende Parömie gerade aus der Zeit, deren Recht wir ergründen wollen: sie ist jünger als die Aebutische, älter als die Julische Gerichtsordnung. Damit ist dargethan, dass der Gedanke einer Verwandlung des eingeklagten *dare oportere* in eine civile Judicats-Action und Obligation wahrscheinlich erst auf dem Boden des legalen Formularprocesses entstanden ist, doch aber der republikanischen Zeit angehört. Zieht man dann weiter die Bestimmung der Lex Rubria in Rechnung, derzufolge die *manus iniectio* im Executivverfahren vor dem Stadtpraetor wegfallen konnte, so liegt der Schluss gewiss sehr nahe, dass für die Klage zur Geltendmachung des *iudicatum facere oportere* schon in Vorjulischer Zeit eine civile Schriftformel proponirt war.

Ganz ohne Lücken ist nun freilich die vorstehende Darlegung keineswegs. Für Zweifel bleibt immer noch

⁸²⁾ Vgl. Pernice *Labeo* Bd. I S. 5 und die dort Genannten.

etwas Raum, besonders darum, weil das Civilrecht möglicherweise die *Legisactio* im Vollstreckungsverfahren beibehalten konnte, und zwar als einzige Processform, zu einer Zeit, wo zur Erledigung anderer Rechtshändel bereits die Schriftformel zugelassen war. Indess scheint mir doch die hier vertretene Ansicht auch durch diese Gegenbemerkung nicht ernstlich erschüttert.

Wäre der angedeutete Einwand wirklich begründet, so hätte das formlose Executivverfahren bis zum Julischen Gesetze auch da, wo die *Judicatsobligation* nach dem Spruche der *Veteres civiles* Charakters war, nur zu honorarischer Klage führen können — eine Annahme, der man ohne Not nicht wird zustimmen wollen. Sodann aber müsste die *Lex Aebutia* einen der *modi agendi* von der Reform ausgenommen, sie müsste die *manus iniectio* in unveränderter Geltung belassen haben⁸³). Dass dies mit dem, allerdings kurzen Berichte des Gaius IV. 30 sehr schlecht stimmt, lehrt schon ein flüchtiger Blick auf die Institutionenstelle.

Schliesslich ist hier noch der Aeusserungen des Juristen bei Gell. XVI. 10, 8 zu gedenken, weil man diese leicht als Argument verwerten könnte für die Einwirkung der *Aebutia* auf die *altcivile Execution*. Unter den verschollenen Rechtsbegriffen erwähnt nämlich der Anonymus auch die *proletarii* und *adsidui*. Diese aber stammen her aus einer Zwölf tafelnorm über den *Vindex*, deren Geltung im Verfahren *per manus iniunctionem* seit der Auffindung des Stadtrechts von Urso keinem Zweifel mehr unterliegt⁸⁴). Wäre es geboten, die Worte (S. 59) *lege Aebutia lata* auch zu

⁸³) So Kappeyne a. a. O. S. 307.

⁸⁴) Der „Summenstrich“ unseres gegenwärtigen Wissens wird nicht richtig gezogen, wenn man, wie jüngst noch Mommsen in der

beziehen auf die *proletarii* u. s. w., und zu übersetzen: „durch die L. Aeb.“, so hätten wir uns die Aufsuchung anderer Beweisgründe für die obige These ersparen können. Die Gelliusstelle allein wäre entscheidend. Indess ist die übliche Auslegung derselben gewiss unhaltbar, weil sie einen Widerspruch erzeugt mit allen übrigen Nachrichten über die Reformgesetze. Sieht man dann genauer zu, so erscheint die angedeutete Auffassung nicht einmal als die nächstliegende. Vielmehr sagt der Jurist nur Folgendes: 1) die *proletarii* und Genossen sind verschwunden (*evanuerunt*), und 2) der alte übelberüchtigte Formelkram der XII Tafeln (*illa antiquitas*) ist unpraktisch geworden (*consopita*) seit der Erlassung der Aebutia, ausser in Centumviralsachen.

§ 10. Fortsetzung — Facultative Processformen.

Mit Benutzung des im Bisherigen (§ 9) vorgeführten sehr lückenhaften Materials muss nun der Versuch gemacht werden, ein Gesamtbild des neueren Processrechts der Vorjulischen Zeit zu gewinnen. Wenn man Alles zusammen-

5. Aufl. der Fontes, das Decemviralgesezt über den Vindex einer alten Gewohnheit zu Liebe (nach Dirksen) in der ersten Tafel belässt, statt es mit Haubold in die dritte zu stellen. Das Vorkommen des Vindex bei der *manus iniectio* der tab. III ist ganz sicher, und dass die von Gell. XVI. 10, 5 überlieferte Norm eben für diesen Vindex galt, muss sich Jedem aufdrängen, der L. Urson. c. 61 mit Gell. XX. 1, 45 und Gai. IV. 21 vergleicht. Dagegen ist über den Vindex bei der *in ius vocatio* auch nicht das Mindeste bekannt; Demelius durfte selbst dessen Existenz bestreiten. Die Vermutung mag man immerhin aufstellen, dass der Vocationsvindex unter derselben Regel stand wie der im Executivverfahren auftretende; doch liegen dafür keinerlei Belege vor. Vgl. übrigens Exner, Demelius, Lenel in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XIII S. 392, Bd. XV (R. A.) S. 6, 48 N. 90, Wach bei Keller N. 533 (S. 232), Voigt Die XII Tafeln Bd. I S. 578 N. 20, S. 701, M. Rümelin Stellvertretung im röm. Civilprocess S. 75—79, Maschke Der Freiheitsprocess im klassischen Altertum (1888) S. 160.

fasst, was uns vorliegt, das sicher Beglaubigte und die Nachrichten zweifelhafteren Inhalts, so ergeben sich doch nur wenige Anhaltspunkte für die Lösung der Frage, inwieweit die Legisactionen (im einen und im anderen Sinne) nach der Lex Aebutia noch in Geltung verblieben. Ohne erst die von Anderen¹⁾ geäußerten Vermutungen besonders zu bekämpfen, möchte ich sofort das mir richtig Scheinende hinstellen.

Die Reform des Aebutischen Gesetzes bezog sich nach meiner Meinung wie auf alle Civilklagen, so auch auf alle *modi agendi*. Sämmtliche Legisactionen sind schon durch diese ältere Gerichtsordnung aufgehoben (*sublatae*), freilich nur insofern aufgehoben, als die Spruchformeln und sonstigen Solennitäten seitdem nicht mehr obligat waren. Das Julische Gesetz hat dann die Umwandlung des Processrechtes zum Abschluss gebracht, indem es — von zwei Ausnahmefällen abgesehen — die Legisactio auch als facultative Processform beseitigte und den schriftlichen *uerba concepta* die Alleinherrschaft sicherte.

Wie sehr es römischer Weise entsprach, das Alte dem Neuen nicht sofort zu opfern, sondern zunächst Beides neben einander bestehen, den Fortschritt gewissermassen heranreifen zu lassen, das weiss jeder Kundige. Solche behutsame, Sprünge meidende und langsam vorschreitende Entwicklung ist nun gerade auf dem Gebiete des Processrechts bei aller Dürftigkeit der Ueberlieferung ziemlich sicher nachzuweisen.

Schon in der Legisactionenzeit heben die neueren Gesetze dem Anschein nach das alte Verfahren nicht auf,

¹⁾ Litteratur bei Keller Civilprocess § 23 N. 271, dazu noch Huschke *Multa* S. 496—500.

sondern erklären nur daneben noch ein anderes für zulässig. Neben der Sacramentsklage finden wir als jüngere Formen die *iudicis postulatio* und die *condictio*. Wenn Gaius IV. 20 von der letzteren sagt, es sei streitig, *quare haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere*, so bleibt zwar die Frage noch offen²⁾, ob das Silische und Calpurnische Gesetz bei gewissen Schuldklagen die beiden älteren Processformen ausschlossen; dagegen kann unbefangene Auslegung des mitgetheilten Textes kaum zu einem anderen Ergebniss führen als zur Annahme electiver Concurrrenz zwischen *sacramentum* und *iudicis postulatio* in allen Fällen des *dare oportere*³⁾. Gaius träfe der Vorwurf zweideutiger Berichterstattung, wenn das alte Recht gewisse Schuldklagen ausschliesslich der einen, andere der anderen Processform zugewiesen hätte.

Dass die *legis actio per conductionem* nach gesetzlicher Vorschrift in ihrem Bereiche mit Ausschluss der Sacramentsklage zur Anwendung kam, ist gleichfalls nicht ohne Weiteres zuzugeben. Wer für die Concurrrenzcondition des klassischen Rechtes stimmt, — sei es auch nicht in dem von Baron behaupteten Umfang⁴⁾ — der wird geneigt sein, die Wurzel dieser Erscheinung in der älteren Zeit

²⁾ „Offen“, denn das Praeteritum (*potuerimus*) ist gebraucht, wie überall (trotz IV. 31, 95), wo die Legisactionen erwähnt sind, mit Rücksicht auf die vor Gaius' Zeit liegenden Reformgesetze.

³⁾ So mit Recht A. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 150—154, wo auch Gai. IV. 13 richtig erklärt ist, gegen die überwiegende Meinung Anderer: s. Keller-Wach Civilprocess § 17 N. 232, dazu Karlowa Legisactionen S. 13, Ihering Scherz S. 205.

⁴⁾ Vgl. neuestens Ihering Scherz S. 225 N. 1.

zu suchen, wo verschiedene *modi agendi* zur Auswahl standen. Noch grössere Bedenken wider die völlige Ersetzung der Sacramentsform durch die *Condictio* bei Klagen auf ein *dare oportere* erweckt Gaius IV. 95, wo m. E. für einen besonderen Fall dieser Art der Gebrauch der ersteren nach Postjulischem Rechte bezeugt ist. Wäre die Sacramentsklage auf *certa pecunia* durch das Silische Gesetz wirklich aufgehoben, so müsste sie später eine Auferstehung erlebt haben, die wenig glaublich ist⁵⁾.

Nebenbei darf hier sofort auf die *Lex Acilia* (v. 23, 74) von 631 verwiesen werden, welche vermutlich⁶⁾ die vorhergehenden Repetundengesetze des L. Calpurnius (605 d. St.) und M. Junius nicht aufhob und demzufolge ein neues Verfahren anordnete neben der Sacramentsklage auf Grund jener eben genannten Leges.

Ein sicheres Beispiel *electiv* anwendbarer Processformen bietet das alte Polizeistrafrecht. Die arbiträre vom Magistrat dictirte und irrogirte Mult wird seit dem 6. Jahrhundert d. St. immer mehr verdrängt durch die gesetzlich angeordnete feste Geldstrafe. Während der Uebergangszeit aber kommt es vor, dass ein und dasselbe Delict alternativ bedroht wird, mit Mult oder Geldstrafe: so in der Inschrift von Luceria und in dem lateinischen Gesetze der Bantinishen Tafel Z. 8—13⁷⁾. Nun führt bekanntlich

⁵⁾ Vgl. auch A. Schmidt a. a. O. S. 152.

⁶⁾ *Lex Acilia* v. 74, 75 (81, 82) wird von Mommsen im C. I. L. t. I nr. 198, dem Bruns folgt, anders ergänzt als von Rudorff in den Abhandl. d. Berliner Akademie von 1861. Letzterer lehnt ausdrücklich (S. 517) die im Text aufgestellte Vermutung ab. Vgl. noch Rein Criminalrecht der Römer S. 616, 619, A. W. Zumpt Criminalrecht der röm. Republik Bd. II¹ S. 42—54, 171—173.

⁷⁾ Bruns Fontes p. 241, 52; vgl. dazu noch das Municipalgesetz von Tuder Z. 4—6 (C. I. L. t. I nr. 1409, Bruns p. 149) mit den Er-

die Multirung unter Umständen zu einer *certatio* im *iudicium populi*; dagegen muss die feste Geldstrafe eingeklagt werden im gewöhnlichen Civilweg, vor dem Praetor und vor Geschworenen. Das Ergebniss kann in beiden Fällen dasselbe sein, die Art des Verfahrens aber ist hier und dort wesentlich verschieden.

Jünger als die Lex Aebutia dürfte die im Interdictenprocess dem Beklagten eingeräumte Befugniss sein, wo Restitution oder Exhibition in Frage steht, die Strafspon- sion zu vermeiden durch Erbitung einer Arbitrarformel (Gai. IV. 163—165). Cicero ⁸⁾ kennt schon dieses processualische Wahlrecht; ursprünglich aber ist gewiss nur ein Verfahren, nur das *agere cum poena*, möglich gewesen. Lehnt der Impetrat dieses letztere ab, so ist damit auch entschieden über die Geschworenengattung, welcher der Spruchrichter angehören soll. Die mit Arbitrarformel instruirte Sache wird nämlich immer einem Einzelrichter überwiesen, während wir in den Judicien aus den Spon- sionen als Urteiler bald den Judex unus bald Recuperatoren vorfinden ⁹⁾.

Dieselbe Erscheinung begegnet dann auch ausserhalb des Interdictenprocesses. Bei einigen Klagen, so bei der Actio iniuriarum ¹⁰⁾, sind beiderlei Arten von Geschworenen

gänzungen von Mommsen (Staatsrecht Bd. I S. 142 N. 2) und das Fragment auf einer Mailänder Bronze im C. I. L. t. I nr. 1502 (Brunns p. 118), beide vermutlich aus der Zeit des Augustus, endlich Plautus Truculentus IV. 3, v. 47—50. S. überhaupt Mommsen a. a. O. S. 175—178 [u. S. 184 N. 3 — 3. Aufl.], neuestens Schoenhardt Alea S. 69 (1885).

⁸⁾ Pro Tull. c. 23 § 53, dazu Schmidt Interdictenverfahren S. 263.

⁹⁾ Vgl. Schmidt Interdicte S. 252, Lenel Edict S. 361.

¹⁰⁾ Vgl. Gell. XX. 1 § 13 mit Auct. ad Her. II c. 13 § 19 und Gai. III. 224; Keller Civilprocess § 8 N. 127, ferner Lenel S. 20 N. 5, S. 21 N. 6, Pernice in d. Festgabe f. Beseler S. 65 N. 4.

besonders bezeugt. Möglich war solche Auswahl wahrscheinlich noch in vielen anderen — uns unbekanntem — Fällen; doch wissen wir nicht, welche Grundsätze dabei zur Anwendung kamen, wie und von wem das Wahlrecht geübt ward. Zu bemerken ist nur, dass gegen das Ende der Republik die Recuperatoren längst nicht mehr dem Peregrinengericht allein angehören. Vielmehr concurrirten sie — vielleicht schon von dieser Zeit an — mit dem *unus iudex* in Rechtshändeln zwischen römischen Bürgern, die der Stadtpraetor instruirte. Mit der Verschiedenheit des Geschwornengerichts war dann auch eine Verschiedenheit des Verfahrens und der Wirkungen desselben gegeben. Im Ganzen mochte der Recuperatorenprocess den Parteien überwiegende Vorteile bieten; jedenfalls führte er rascher zum Ziele als das Judicium des Einzelrichters¹¹⁾.

Wie im Interdictenprocess dem Beklagten, so ist es bei der Actio de pecunia certa credita und de pecunia constituta zunächst dem Kläger gestattet, entweder ein Verfahren *cum poena* zu wählen, d. h. mit Strafsponson auf ein Drittel bzw. auf die Hälfte der Klagsumme, oder *sine poena*. Ob die gleiche Befugniss in zweiter Linie nicht auch dem Beklagten zustand¹²⁾, soll unentschieden bleiben. Die Sponson betrachtet man fast allgemein¹³⁾

¹¹⁾ Die wichtigsten Belege zählt Mommsen auf in der *Ephemeris epigr.* II p. 141 n. 1, dazu jetzt noch *Lex Urson.* c. 95; vgl. Hartmann-Ubbelohde *Ordo* I S. 257, 258.

¹²⁾ *Arg.* l. 41 pr. D. de R. J. (50, 17) aus *Ulp. ad edictum lib.* XXVI (Lenel S. 188); vgl. *Baron Conditionen* S. 183.

¹³⁾ So *Bruns* in der *Zeitschr. f. R. G.* Bd. I S. 58, *Ihering Scherz* S. 227, *neuestens Demelius Schiedseid und Beweiseid* S. 72 N. 1; dagegen *Kappayne a. a. O.* S. 209, 210.

nur als facultativ unter Berufung auf Gai. IV. 171, wo es heisst: *ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur*. Es mag sein, dass diese Worte auch eine andere Deutung zulassen; dennoch wird es sich empfehlen, bei der nächstliegenden Auslegung stehen zu bleiben. Dafür spricht denn auch nebst anderen Gründen das Ergebniss der hier geführten Untersuchung: die Neigung der Römer, den Parteien hinsichtlich der Processform ein Wahlrecht zu geben von bald grösserer bald geringerer Tragweite.

Dieselben Klagen, welche zu einem Verfahren *cum poena* führen konnten, sind nebst der *condictio certae rei* auch insofern ausgezeichnet¹⁴⁾, als der Kläger befugt war, dem Gegner *in iure* einen Schiedseid mit Zwangswirkung zuzuschreiben und dadurch die Verweisung der Sache ins *Judicium* zu verhindern. Das *iusiurandum uoluntarium* ist an diesem Orte nicht zu erwähnen, weil es nicht notwendig vor dem Praetor vereinbart werden musste und darum keinesfalls als eine besondere gerichtliche Verfahrensart gelten kann.

Ehe wir schliesslich fragen, ob nicht geradezu Zeugnisse dafür vorliegen, dass das Recht der Lex Aebutia ein nachgiebiges war, ist noch kurz aufmerksam zu machen auf Dasjenige, was Gai. IV. 31 als das Endergebniss der drei Reformgesetze und als das Recht seiner Zeit hinstellt.

Nach der Julischen Gerichtsordnung, sagt unser Gewährsmann: *ex duabus tantum causis permissum est lege agere*. Durch den Satz, der diesen Worten unmittelbar

¹⁴⁾ Das Anwendungsgebiet des Eideszwanges war ein beschränktes. Das scheint mir Demelius a. a. O. S. 10—82 gezeigt zu haben; zu dem Obigen vgl. insbesondere S. 30, 31, 35, 44, 45. Singuläre Fälle zwingender Eidesdelation sind besprochen S. 58—64.

nachfolgt, ist der Sinn derselben ausser Zweifel gesetzt: Gaius will offenbar den facultativen Charakter der Legisactio betonen. Wäre dies nicht seine Absicht, so hätte er die Bemerkung nicht beifügen können, dass die Sacramentsklage in Centumviral-, d. h. insbesondere in Erbschaftssachen auch wirklich vorkomme, während allerdings die Legisactio wegen *damnum infectum* in der Praxis fast verdrängt sei durch ein praetorisches Rechtsmittel. Einen Ausweg dieser Art hatte der Civerbe, der sich genötigt sah, zu klagen, in der Regel nicht. Nur wenn ihm die Wahl offen stand zwischen der Spruchformel mit darauf folgendem Centumviralprocess und dem Verfahren *per concepta uerba* zur Geltendmachung seines Civilanspruchs vor dem Judex, nur dann konnte die Frage überhaupt entstehen, ob denn die Sacramentsklage thatsächlich im Gebrauche sei.

So ist also das *permissum est* gewiss mit Vorbedacht niedergeschrieben und nur darum kein ganz zutreffender Ausdruck, weil die Legisactio auch in der Kaiserzeit nicht eigentlich facultativ, sondern bedingt obligat war, nämlich obligat: *si centumvirale iudicium futurum est*. Allein Gaius denkt eben an die Befugniss der Parteien, die Verweisung vor die Hundertmänner und damit auch die Sacramentsform zu vermeiden durch den Antrag auf Judexbestellung. Und in der That war auch ein Schwurgericht mit *unus iudex* statt der Centumvirn in allen Fällen ohne Ausnahme möglich. Wie Ulpian uns mittheilt (in l. 8 § 16 D. de inoff. 5, 2), konnte man selbst die Querel gegen das inofficiale Testament *ex causa* vor einen Privatrichter bringen, was freilich nicht häufig geschehen mochte.

Hiernach muss schon an diesem Orte Widerspruch er-

hoben werden gegen die Ansicht von Keller¹⁵⁾ und Anderen, dass das Centumviralgericht „von Augustus mit einer festen und ausschliesslichen Competenz, insbesondere für Erbschaftssachen, ausgestattet und dadurch von der Concurrenz der *Judicia privata* befreit sei“. Einerseits fehlt es durchaus an Belegen für diese Behauptung, andererseits ist dieselbe unvereinbar mit dem Berichte des Gaius.

Nach dieser vorläufigen Feststellung des Postjulischen Rechtes ziehen wir nun abermals Cicero zu Rate, als den Hauptzeugen für das Processrecht auf Grund der Aebutia, um vor Allem zu ermitteln, ob in Centumviralsachen den Parteien schon vor der Lex Julia ein Wahlrecht zustand.

Competent war das Gerichtscolleg der Hundert nach der Oratorstelle (S. 87 N. 1) in erbrechtlichen, Eigentums- und Servitutenprocessen¹⁶⁾. Ueber die Erbschaftsklage äussert sich Cicero in *Verr. I c. 45 § 115* folgendermassen:

si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem

¹⁵⁾ Civilprocess § 6 S. 29, der übrigens seine Behauptung sofort (S. 30) wieder abschwächt. Genaueres über diese Frage folgt weiter unten (§ 15).

¹⁶⁾ Letzteres leugnet Puchta *Institutionen* Bd. I § 153 N. g mit Unrecht; s. Bethmann-Hollweg in der *Zeitschr. f. gesch. R. W.* Bd. V S. 369, 370, 378. Sehr wahrscheinlich ist den im Texte genannten Sachen noch die *Vindication* der Gewaltrechte beizufügen; vgl. Gai. I 134, *Ulp. l. 1 § 2 D. de R. V.* (6, 1) und oben § 9 N. 5. — Die *Querela inofficiosi testamenti* ist dem republikanischen Rechte noch unbekannt: Bekker *Actionen* Bd. I S. 278, 279. Wegen der Querel des praetorischen Erben vgl. G. Hartmann Ueber die *querela inofficiosi testamenti* S. 7 N. 3.

faceret et ita de hereditate certaret. hoc, opinor, iure et maiores nostri et nos semper usi sumus.

Die Processform der Eigentumsklage berührt der Ankläger des Verres im Vorbeigehen im zweiten Buche c. 12 § 31. Er entwirft da folgende absichtlich entstellte *formula petitoria*:

L. Octavius iudex esto. si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Seruilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur . . .

Die alte Legisactionenform derselben Klage (*Fundum Sabinum ego ex iure Quiritium mecum esse aio*) ist beschrieben und verspottet in der bekannten Stelle der o. pro Murena c. 12 § 26.

Auf die Servitutenklage endlich bezieht sich die Aeusserung im Orator c. 21 § 72:

Quam enim indecorum est, de stillicidiis cum apud unum iudicem dicas, amplissimis uerbis et locis uti communibus . . .

Einer Besprechung bedürfen blos die beiden ersten Stellen; zur letztangeführten bemerke ich nur, dass unter den *causae centumviraes* (de orat. I c. 38 § 173) gerade auch *iura stillicidiorum* genannt sind.

Der Erbschaftsprozess ist nach Cicero, und zwar schon zur Zeit der *maiores*, in doppelter Form möglich: entweder *legis actio direct in hereditatem* oder *certatio de hereditate* auf einem Umwege mittels Sponson. Darnach war, wie es scheint, um das Jahr 684 die petitorische Formel für die Erbschaftsklage im Album des Stadtpraetors noch nicht proponirt¹⁷⁾. Dagegen ist wohl die Sponson, wenn

¹⁷⁾ S. Wetzell Vindicationsprocess S. 96, 97, Leist bei Glück Ser. d. Bücher 37 u. 38 Th. I S. 51, 52, 115, 122. — Quintus Mucius

auch nicht erfunden, so doch dazu benutzt worden, die *Legisactio*¹⁸⁾ zu vermeiden, eine Schriftformel zu erlangen und so die Sache vor den Einzelrichter zu bringen (Gaius IV. 93).

Einen ganz sicheren Schluss lassen freilich Ciceros Worte nicht zu. Die schriftliche Klagformel dürfte im Bürgerprocess jünger sein als die Sponsion bei der *actio in rem*¹⁹⁾. Die letztere ist — wie ich mit Stintzing²⁰⁾ vermute — zuerst aufgekommen als ein Mittel, dem höheren Sacramentssatz von 500 Assen zu entgehen. Demnach wäre ursprünglich auf Grund der Sponsion jedenfalls lege agirt worden, was denn auch zur Zeit des Gaius noch für den Fall vorgeschrieben ist, wenn die Centumvirn das Urteil sprechen sollen.

Trotzdem scheint es sehr gewagt, in der Republik dem Gericht der Hundert ausschliessende Competenz in Erbschaftssachen zuzuschreiben, blos darum, weil dasselbe bei Cicero häufig mit Processen dieser Art in Verbindung gebracht wird. Der für diese Frage in Betracht kommende Quellenkreis ist doch viel zu eng begrenzt, um

in l. 29 § 1 D. de statul. (40, 7) scheint einen Spruchformelprocess im Auge zu haben. Labeo, der die Entscheidung des Q. Mucius kritisirt, erwähnt einen *iudex (si iniuria iudicis uictus esset)*. Vgl. noch Cic. de orat. I c. 38 § 175.

¹⁸⁾ Dieser mochte in Nachaebutischer Zeit regelmässig *iudicium centumvirale* nachfolgen, nicht notwendig; vgl. unten S. 121, 135, 136, 157.

¹⁹⁾ Kein Zeugnis für die Sponsion enthält Plautus Rud. III 4 v. 7—9; vgl. gegen Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I S. 66 N. 26 Demelius in d. Münchener krit. Vierteljahrsschr. Bd. VIII S. 501.

²⁰⁾ Über das Verhältniss der *legis actio sacramento* zu dem Verfahren durch *sponsio* S. 69—72; Stintzing ist durch Bekker Actionen Bd. I S. 258 N. 10 nicht widerlegt.

aus dem Stillschweigen Folgerungen zu gestatten. Wenn es sich erweisen lässt, dass die Centumvirn wie in Servituten- so auch in Eigentumsprocessen nur concurrirende Gerichtsbarkeit hatten; wenn derselbe Grundsatz wenigstens für die klassische Zeit — schon für den Beginn derselben: N. 17 — feststeht auch bezüglich der Erbschaftssachen; wenn endlich Tacitus im Dialog *de oratoribus* c. 38 erzählt, dass die *causae centumvirales*, die jetzt unter den Kaisern den ersten Rang behaupten, bei den berühmten Rednern der Ciceronischen Zeit in so geringem Ansehen standen, dass keiner sich herbeiliess, vor dem *hastae iudicium* zu plaidiren ²¹⁾, obwohl doch Erbschaftssachen in der Regel zu den bedeutendsten gehören, so dürfte dies Alles zusammen genommen erheblich ins Gewicht fallen gegen die Annahme einer ausschliessenden Competenz der Hundertmänner in irgend welcher Streitsache ²²⁾.

²¹⁾ Man darf nicht einwenden, dass die *alia iudicia* des Tacitus, welche „durch ihren Glanz das Centumvirgericht in Schatten stellten“, offenbar die *quaestiones publicae* sind. Denn selbst Cicero hat ja nicht blos vor diesen und vor dem Volke, sondern auch in Civilprocessen Reden gehalten, jedoch, wie eben Tacitus versichert, nicht vor den Hundertmännern, mithin nur vor Privatrichtern. Ein sicheres Argument ist allerdings aus der Dialogstelle nicht zu gewinnen.

²²⁾ Formularprocess auf Grund der Sponsio nimmt Keller Civilprocess § 27 N. 311 an unter Berufung auf mehrere Ciceronische Stellen; ebenso Voigt *Jus naturale* Bd. III S. 820 und Bethmann-Hollweg in der *Zeitschr. f. gesch. R. W.* Bd. V S. 382 N. 44, Civilprocess Bd. II S. 234, 235, der wie Keller § 6 N. 91 aus Cicero l. e. ein Wahlrecht der Parteien zwischen *unus iudex* und den Centumvirn ableitet. Vgl. noch Huschke *Servius Tullius* S. 590, auch Cic. pro Cluentio c. 43 § 120: *neminem uoluerunt maiores nostri... ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter aduersarios conuenisset*; dazu Bethmann-Hollweg in der cit. *Zeitschr.* S. 379 N. 40. Dagegen behauptet Dernburg *Hereditatis petitio* S. 5 u. in d. *Heidelb. krit. Zeitschr.* Bd. I S. 264—268, „dass Erbschaftsprozesse zu Ciceros Zeit, so viel wir wissen, stets durch Centumvirn entschieden wurden“.

Um schliesslich über die Formen der Eigentumsklage vor der Lex Julia ins Klare zu kommen, muss noch genauer erwogen werden, welche Bedeutung²³⁾ man der oben mitgetheilten *formula petitoria* zuschreiben darf.

Eines kann als sicher gelten: Cicero hat die Formel nicht frei erfunden, sondern dem Gerichtsgebrauch seiner Zeit entlehnt, vielleicht aber — von den Namen ganz abgesehen — kleine Veränderungen vorgenommen. In so weit wird man allgemein einverstanden sein; nur genügt das für unseren Zweck noch keineswegs. Wir müssen vielmehr zu ermitteln suchen, ob das Musterschema, welches dem Redner vorschwebt, im Sicilischen oder in einem Römischen Album, und weiter, ob es auf der Gerichtstafel des Peregrinen- oder des Stadtpraetors verzeichnet war. Uebrigens konnte es denkbarer Weise schon lange im Gebrauche sein, — was freilich nicht leicht anzunehmen ist — ehe es öffentlich proponirt war. Unter dieser Voraussetzung hätten wir allgemeiner zu fragen, welches der drei genannten Gerichte sich der erwähnten Formel bedienen mochte. Nur in dem einen Fall, wenn der Praetor urbanus²⁴⁾ sich als Concipient der Ciceronischen *formula*

Vgl. ferner Stintzing a. a. O. S. 50—54, Bekker Actionen Bd. I S. 212. Abseits stehen Karlowa Legisactionen S. 51, 52, Puntschart Civilrecht S. 389.

²³⁾ Die neuerlich in Frage gestellt ist von Puntschart Civilrecht S. 348—350, Rede S. 57, Eisele Cognitur S. 33 N. 22; vgl. ferner Lenel Beiträge zur Kunde des praet. Edicts S. 91, auch Ihering Scherz S. 318, 319.

²⁴⁾ Der Peregrine war der Legisactio nicht fähig; vgl. einstweilen Puchta Institutionen Bd. I § 83 (S. 205), § 163 N. a (S. 481); dagegen Mommsen Stadtrechte S. 435 N. 129 und im C. I. L. t. I zu nr. 198 (L. Acil. v. 23) p. 66, jetzt auch Pernice Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX S. 154 (2. Heft).

petitoria erwiese, läge wirklich Concurrenz zweier — bei Zuzählung der Sponson gar dreier — Processarten vor: der *Legis actio*, wie sie pro Mur. c. 12 beschrieben ist, und des Formularverfahrens.

Im Sicilischen Album könnte man das gesuchte Muster vermuten, weil Cicero im zweiten Buche der *actio secunda* von der *iurisdictio Siciliensis* des Angeklagten handelt, und weil dem Satze, der das Klagschema enthält, der Ausruf folgt: *eius modi totum ius praetorium, (eius modi) omnis res iudiciaria fuit in Sicilia per triennium Verre praetore*. Allein diese Worte sind gewiss nicht lediglich auf das unmittelbar Vorhergehende zu beziehen²⁵⁾ und wollen auch nur besagen: nach dieser Methode war die Verrinische Rechtsprechung in Sicilien eingerichtet. Im Uebrigen sprechen völlig entscheidende Gründe gegen die Herleitung des Formulars aus dem provinziellen Album, vor Allem der ganze Zusammenhang des cap. 12 (§ 30, 31), in dem sich der Gedankengang des Redners leicht und sicher verfolgen lässt.

Cicero beginnt damit, die Machtvollkommenheit der Provinzialpraetoren ins Licht zu stellen, die im Bunde sind mit gewissenlosen Richtern:

Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant, et

²⁵⁾ Nach C. F. W. Müller (in der Teubner'schen Ciceroausgabe) ist der oben mitgeteilte Satz mit *Verre praetore* nicht zu Ende; nach einem Komma schliessen sich noch die Worte an: *eius modi decreta: si non . . .*, während frühere Herausgeber nach *praetore* einen Punkt setzen und den folgenden Satz so beginnen lassen: *Decreta eiusmodi*. Die neue auf handschriftlicher Grundlage (Adnot. crit. p. XL, XLIV) ruhende Lesart, welche Punschart S. 349 noch unbekannt war, bestätigt deutlich die im Texte vertretene Auslegung.

eorum, qui iudicant, quin nemo uestrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam uestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det, quem uelit, iudicem, iudex nequam et leuis, quod praetor iusserit, iudicet.

Darauf geht er einen Schritt weiter: die Gefahr sei vorhanden nicht blos, wo dem Praetor kein Intercessionsberechtigter gegenübersteht und keine Geschworenenliste ihn bindet, d. h. in der Provinz, sondern auch in Rom, wo ein *praetor improbus* doch Alles in der Hand habe, selbst ohne Bundesgenossenschaft eines käuflichen Richters:

Si uero illud quoque accedet — damit ist der Gegensatz zu dem Früheren deutlich betont — *ut praetor in ea uerba iudicium det, ut uel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi . . .*

Nun der Wortlaut des *Judiciums*; endlich die Schlussfolgerung in Frageform: *non necesse erit L. Octauio iudici cogere P. Seruilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat?*

Der von mir zur Erläuterung eingeschobene *Zwischensatz* lässt sich — wie sofort gezeigt werden soll — vollständig rechtfertigen aus der Beschaffenheit des in dem Klagformular unterstellten *Thatbestandes*. Weiter enthält dieser Satz auch eine an sich richtige *Behauptung*, in der nur ein Punkt in übertriebener Weise betont ist: die Gleichstellung des von der *Intercession* bedrohten und des von ihr befreiten Beamten. Der Praetor in Rom war gewiss nicht so leicht in der Lage *Unheil* anzurichten wie der Praetor in der Provinz, da in der Hauptstadt gegen eine

offenbar unbillige Formel doch gewöhnlich mit Erfolg appellirt werden konnte an die *par maiorue potestas*. Dies mag zur Vermeidung von Missverständnissen ausdrücklich gesagt sein.

Was nun Ciceros Klagformel betrifft, so ist dieselbe ohne Zweifel entworfen für einen in Rom abzuführenden Process. Als Streitobject erscheint ein vor den Thoren der Stadt gelegenes Grundstück, als Richter und Parteien sind lauter römische Bürger genannt, u. z. in Rom anwesende Bürger, welche dem Geschworenencolleg angehörten, das über Verres urteilen sollte²⁶⁾. Darnach konnte gegebenen Falls das in Rede stehende Iudicium von keinem anderen Magistrat ausgefertigt werden als vom Praetor urbanus. Ob freilich Cicero gerade ein Muster im Album dieses Beamten im Auge hat, das bleibt immer noch eine offene Frage. Bisher ist nur erwiesen, dass keinerlei Grund vorliegt, die Formel der sicilischen Praxis des Verres entlehnt zu denken. Vielmehr ist das Gegenteil mindestens wahrscheinlich gemacht, die Annahme also eines dem Redner vorschwebenden stadtrömischen Musters.

Ein neues und entscheidendes Argument für diese Ansicht scheint in den Formelworten: *ex iure Quiritium* zu liegen. Und in der That hätten diese Worte, die ich auf das nationalrömische, nur Bürgern zugängliche Volksrecht²⁷⁾

²⁶⁾ Vgl. Cic. in Verr. III c. 90 § 210, IV c. 31 § 69, c. 38 § 82, Pseudo-Asconius zu Cic. in Verr. II § 31 (Orelli p. 211, 212).

²⁷⁾ Das ist auch Rudorffs (Edictum § 61 N. 8) und Iherings Meinung (Scherz S. 318, 319); wogegen Lenel Edict S. 145 N. 10 wegen l. 23 pr. D. de R. V. (6, 1) das *ius Quiritium* gleichsetzt dem *ius civile*, d. h. überhaupt dem Volksrecht im Gegensatz zum Amtsrecht. Allein dawider spricht schon der Name; das „Recht der Qui-

beziehe, durchaus die Kraft, jeden Zweifel niederzuschlagen, auch die Herleitung der Klage aus dem Album des Fremdenpraetors auszuschliessen, wenn nicht der Einwand zu fürchten wäre, Cicero habe, wie er unwidersprechlich die Blankettnamen durch andere ersetzte, so vielleicht auch dem: *fundum A' A'* oder *L. Sei esse* ein in der Vorlage

ritten“ ist doch wohl nur das den römischen Bürgern eigentümliche *ius civile*. Einen Beweis dafür hätten wir in l. 1 § 2 D. de R. V. (6, 1) von Pomp. Ulp., wenn das Fragment nicht interpolirt wäre. Statt des verpönten *ex iure Quiritium* setzen die Compilatoren *ex lege Quiritium*. Offenbar Dasselbe soll vorher das *ex iure Romano* bedeuten. Möglich, dass auch hier ursprünglich *Quiritium* stand. Jedenfalls hätte dann der interpolirende Jurist sich vom Kaiser einen Preis für die Lösung des *aenigma* (l. un. C. de nudo 7, 25) erbitten können. Weiter ist es von Bedeutung, dass der Ausdruck *ius Quiritium* häufig auch im subjectiven Sinne vorkommt zur Bezeichnung der *civitas Romana*, so z. B. bei Gai. I. 32^c, 33, 34, 35, 66, III. 72, 73, Ulp. III. 1—5, XVII. 1, Paul. IV. 9, 8; vgl. dazu Cic. pro Caec. c. 33 § 96. Kein Argument gegen die hier vertretene Ansicht enthält die citirte l. 23 D. R. V. von Paulus. Lenel, der sich auf diese Stelle beruft, macht sich einer *petitio principii* schuldig; er setzt voraus, dass jede *formula petitoria* (Edict § 69) das *ex iure Quiritium* enthielt, was erst zu zeigen wäre. Andererseits darf meines Erachtens Lenel nicht getadelt werden wegen der Aufnahme der fraglichen Worte in das Klagschema des Hadrianischen Albums. Man beachte ausser der Ciceronischen Formel besonders Gai. IV. 34, 36, 41, 45, 86. Da das Formelalbum keine vollständige Codification darstellt, sondern nur eine Sammlung von Beispielen, so war vielleicht das Schema mit dem Zusatz *ex iure Quiritium* sogar das einzige, das Julian aufnahm; unter Umständen mussten dann die drei Worte im Einzelfall gestrichen werden; vgl. Wlassak Edict § 9. — Ihering (Dogmat. Jahrbücher Bd. XXIII S. 204 N. 28) will übrigens für die älteste Zeit eine andere, und zwar engere Bedeutung des *ius Quiritium* annehmen als die oben angegebene. Wie es scheint, war schon Ciceros Verständniss unserer Phrase recht mangelhaft. In der Murenarede c. 12 § 26 möchte er sich am liebsten mit einem *fundum Sabinum meum esse aio* begnügen. Auch Gaius hat es wohl nicht sehr genau genommen mit dem Quiritenrecht (vgl. IV. 34). Ueber dasselbe jüngst Voigt in den Leipziger Abh. Bd. X (phil.-hist. Cl.) S. 239—244 und jetzt auch Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 5--7.

fehlendes *ex iure Quiritium* hinzugefügt. Dieses Kunststück könnte man dem römischen Redner um so eher zutrauen, als es selbst uns Modernen — zuweilen am unrechten Ort — ohne Mühe gelungen ist. Und wenn bei diesem Einwand noch vorausgesetzt wird, dass zu Ciceros Zeit eine lediglich auf *A' A' esse* lautende Eigentumsklage — in einem provinziellen oder im Album des Peregrinenpraetors — vorhanden war, so möchte ich auch dieser Behauptung keineswegs entgegenreten. Da die Peregrinen ihr Eigentum nicht mit *Legisactio* verfolgen konnten, dürfte die *formula petitoria* im Gerichte des Fremdenpraetors wirklich früher im Gebrauch gewesen sein als für Prozesse zwischen Bürgern. Auf die Worte *ex iure Quiritium* ist daher einstweilen noch kein zuverlässiger Schluss zu bauen.

Dagegen scheint mir die folgende Erwägung allerdings durchschlagend. Ciceros Absicht ist es offenbar, den Geschworenen der *Quaestio* einen heilsamen Schrecken einzujagen vor der Macht der Praetoren. Das Mittel, das er zu diesem Zwecke in Anwendung bringt, ist durchsichtig genug. Er fasst die Richter des Verres an einer empfindlichen Stelle, indem er den Stadtpraetor, den Gerichtsherrn dieser Bürger, mit dem aufgestellten *Iudicium* einen Griff in deren eigne Tasche thun lässt. Nun möchte ich fragen, ob der Redner nicht ohne Not seiner Ausführung selbst die Spitze abgebrochen hätte durch die Wahl einer Klagformel, die in der Praxis des Stadtpraetors bisher nie vorgekommen war? Musste er nicht besorgen, dass die rechtskundigen Leute auf der Geschworenenbank ungläubig die Köpfe schütteln, wenn er ihnen bange machen wollte durch Vorführung eines in jeder Beziehung unerhörten Falles?

Schon die zu Gunsten des Catulus lautende Arbitrarclausel mochte ihnen recht unwahrscheinlich klingen; eine Häufung aber des Unwahrscheinlichen, die ja leicht zu vermeiden war durch Heranziehung eines anderen Beispiels, wäre schülerhafte Ungeschicklichkeit gewesen, die einem so gewandten Redner unmöglich zuzumuten ist.

So wenig man also dem Gesagten nach an eine völlig freie Erfindung des Iudiciums denken darf, so wenig kann dasselbe aus dem Album eines Statthalters oder des Fremdenpraetors herkommen. Es kann dorthier nicht genommen sein, weil es auch in diesem Falle die beabsichtigte Wirkung notwendig verfehlen musste. Ja Cicero hätte sogar seine Sache geradezu verdächtigt durch die eigenmächtige Beifügung des *ex iure Quiritium*, durch eine Fälschung also, deren Annahme unter der gedachten Voraussetzung ganz unausweichlich wäre. So bleibt nichts Anderes übrig, als die eben erwähnten Worte doch für echt zu erklären. Ist aber die Formel für den fingirten Process nicht erst zurecht gemacht, dann muss sie schlechterdings dem Album oder wenigstens der Praxis des Stadtpraetors zugewiesen werden.

Damit ist denn auch gezeigt, dass gegen das Ende der Republik²⁸⁾ den Parteien in Eigentumsstreitigkeiten die Wahl offen stand zwischen der *Legis actio*, welche den Process — wohl nicht immer, doch möglicher Weise — vor die Centumvirn leitete, und der Schriftformel, welche die Sache notwendig vor den *iudex priuatus* brachte.

²⁸⁾ Die *formula petitoria* — nicht ersichtlich, ob des quiritischen Eigentümers — behandelt Alfenu in l. 57 D. de R. V. (6, 1); s. auch Voigt Jus naturale Bd. III S. 1006.

In welcher Weise in diesem und in den meisten früher angeführten Fällen die Processform für den einzelnen Rechtsstreit festgestellt wurde: ob die Wahl vorzüglich dem Kläger zustand, inwiefern Einverständniss der Parteien und die Einwilligung des Magistrats nötig war, darüber lässt sich, so viel ich sehe, nichts Sicheres erkunden. In den Pandekten hat zwar ein Fragment²⁹⁾ aus Pomponius lib. XVI ad Sabinum Platz gefunden, in dem mutmasslich unsere Frage berührt war; dasselbe ist aber — dem Anschein nach durch die Compileren — so übel zugerichtet, dass es für uns kaum einen Gewinn abzuwerfen vermag.

L. 27 D. de reg. iur. 50, 17:

Nec ex praetorio nec ex sollemni iure priuatorum conuentione quicquam immutandum est, quamuis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conuentionem: quia actionum modus uel lege uel per praetorem introductus priuatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio inter eos conuenit.

Die Byzantinische Bearbeitung verrät sich hauptsächlich durch die Wendung: *cum inchoatur actio*, die doch kaum von Pomponius herrührt. Auch das *ius sollemne* ist höchst auffallend; stand freilich in der Urschrift *iure ciuili*, dann wäre der Grund der Abänderung nicht aufzufinden.

Wahrscheinlich gehörte die Stelle — wie die Inscriptio erkennen lässt — ursprünglich einer Erörterung über

²⁹⁾ Dazu Cuiacius Opera t. VIII c. 639, 819 (Mutinae 1780), Jac. Gothofredus im Commentar zum Pandekentitel de reg. iuris ad h. l. (p. 158—165 — Genevae 1658), O. Bülow im Archiv f. civ. Praxis Bd. 64 S. 69, 70.

die *actio rei uxoriae* und die *pacta dotalia*⁸⁰⁾ an. Dabei mochte der Jurist gelegentlich auch von der Einwirkung der *pacta* auf die Processform handeln. Dass von der letzteren bei Pomponius wirklich die Rede war, das scheint der Ausdruck *actionum modus* zu ergeben, der an die *quinque modi quibus agebatur* bei Gaius IV. 12 erinnert. Die gewöhnliche, besonders von Jac. Gothofredus nach Cuias vertretene Auslegung, wornach *actionum modus* gleichbedeutend wäre mit *obligationum causae*, ist schwerlich haltbar, wenn sie auch den Gedanken der Compileratoren treffen mag, welche vermutlich im Original vor dem Satze, der mit *quia* beginnt, eine Bemerkung des Pomponius gestrichen und dadurch die Stelle kläglich verstümmelten.

Ausser der l. 27 D. cit. könnte man noch einige Aeusserungen über die Auswahl der Klage und über die Prorogatio fori heranziehen, um dieselben in der vorliegenden Frage zu Analogieschlüssen zu benutzen. Indess lohnt es kaum der Mühe, so durchaus unsicheren Ergebnissen zuzusteuern. Nur Cic. pro Caec. c. 3 § 8 und Ulp. l. 2 § 1 D. de iudic. (5, 1) dürfen nicht mit Stillschweigen übergangen werden, weil es gilt, unzulässigen Folgerungen aus diesen Stellen vorzubeugen.

Wenn Cicero l. c. ausführt, es sei nicht Sache des Iudex, die vom Kläger vorgenommene Wahl der Actio zu bekritteln, da ja selbst der Praetor, *is qui iudicia dat, numquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit*, so liegt die Annahme allerdings nahe, dass auch die Bestimmung des *modus agendi* ganz und gar den Parteien an-

⁸⁰⁾ Vgl. etwa l. 18 D. sol. matr. (24, 3) mit l. 14 § 1 D. eod. (Pomp. ad Sab. lib. XVI statt XV?), auch l. 6 pr. D. de pact. dot. (23, 4), l. 5 D. eod. (Paul.).

heimfiel. Allein Ciceros Ausspruch ist doch Nichts weiter als eine Feststellung Dessen, was gewöhnlich *in iure* geschah. Wer auf das „Niemals“⁸¹⁾ des Redners allzu grossen Nachdruck legt, beachtet nicht die Denegationsbefugniß des Praetors, die gewiss auch dem Zweck diene, den Kläger zum Verzicht auf das ursprünglich geltend gemachte und zum Gebrauch eines anderen Rechtsmittels zu veranlassen⁸²⁾.

Im gleichen Sinne ist nun m. E. auch bezüglich der Processform ein Denegationsrecht des Magistrats unbedenklich anzunehmen. Die Frage nach der *actio* mochte sogar weit eher dem Belieben der Parteien überlassen bleiben als die Wahl des *modus agendi*, da sicherlich die letztere den Gerichtsvorstand, den Vertreter des Gemeinwesens, noch näher anging als die erstere. Wo also der Kläger seinen Anspruch mittels *Legisactio* oder mit Schriftformel verfolgen, vor die *Centumviri* oder vor den *Iudex* bringen konnte, da durfte — wie ich glaube — der Magistrat eingreifen und die Parteien beispielsweise zum Verfahren *per concepta uerba* nötigen durch Verweigerung der *Legisactio*⁸³⁾.

In der zweiten oben genannten Stelle fragt Ulpian, ob zur Begründung eines Gerichtsstandes der Consens der

⁸¹⁾ Zu bemerken ist noch, dass die o. pro Caecina in die Zeit vor Erlassung der L. Cornelia de edictis vom J. 687 d. St. fällt; vgl. Onomasticon Tullianum I p. 37 n. 4, Teuffel Geschichte der röm. Litteratur S. 314 (3. A.).

⁸²⁾ Vgl. Ihering Geist III¹ § 52 (S. 82—90).

⁸³⁾ Die bestrittene Frage, ob der Magistrat seine Mitwirkung zur *Legisactio* versagen konnte, ist schon für das Processrecht des 7. Jahrhunderts zweifellos zu bejahen; vgl. einstweilen die bei Huschke Multa S. 496 N. 400 aufgeführten Zeugnisse. Neuestens dagegen Brinz in der Festgabe f. Planck S. 167.

Parteien genüge, oder ob noch die Zustimmung des gesetzlich incompetenten Praetors hinzukommen müsse. Die *lex Julia iudiciorum* — so führt er aus — enthalte den Satz: *'quo minus inter priuatos conueniat'*: *sufficit ergo priuatorum consensus. proinde si priuati consentiunt, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, uidendum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.*

Die zaghafte Art, wie der Jurist die zweite Entscheidung vorbringt, hebe ich besonders hervor, weil dadurch die herrschende³⁴⁾ Auslegung des mitgetheilten Fragments kräftig unterstützt wird. Ulpian erklärt die Einwilligung des unzuständigen Magistrats für überflüssig; allein er will demselben keineswegs die Befugniss absprechen, die vor ihn gebrachte Sache zurückzuweisen. Darnach ist das Prorogationsrecht der Parteien nach der Lex Julia kein völlig freies; eben so wenig wie dem Anschein nach die Wahlbefugniss bezüglich der Processform. Auch gegen die Ausübung der letzteren muss der Magistrat mindestens ein Recht des Widerspruchs gehabt haben.

Ziehen wir die Summe aus der zuletzt geführten Untersuchung, so hat sich als zweifellos ergeben der facultative Charakter des Aebutischen Processrechts in denjenigen Fällen, wo den Centumvirn concurrirende Gerichtsbarkeit zustand. Dass diese letztere schon begründet war, als die gesetzliche Einführung der Schriftformel erfolgte, kann man füglich nicht bestreiten. Zwar ist die Meinung entschieden verwerflich, welche die Einrichtung des Gerichtes der

³⁴⁾ Vgl. Wetzell System des Civilprocesses S. 482 N. 37 (3. A.), Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 45 N. 43, Wach Handbuch Bd. I S. 500 N. 25.

Hundert vor das Jahr 513 d. St. setzt³⁵⁾; andererseits aber muss die Lex Aebutia gewiss einer noch späteren Zeit — ich möchte glauben: dem Ende des sechsten oder dem Beginn des folgenden Jahrhunderts — zugewiesen werden.

Wer das zeitliche Verhältniss umkehren wollte, hätte vor Allem Mühe, sich mit Gell. XVI. 10, 8 (auch Gaius IV. 30, 31) abzufinden. Noch ernster aber scheint folgende Schwierigkeit. Ist das legale Schriftformelverfahren älter als der genannte Gerichtshof, dann wäre das erstere durch die Begründung des letzteren nachträglich wieder auf einen engeren Kreis von Rechtssachen beschränkt worden — was doch gegen alle Wahrscheinlichkeit verstösst. Wer mir dann entgegen wollte: seiner Ansicht nach sei vielmehr für die später centumviralen Sachen die Processform durch das Aebutische Gesetz überhaupt in keiner Weise geändert, dem müsste ich antworten mit der Frage, woher denn unter dieser Voraussetzung das für die Vorjulische Zeit sicher beglaubigte Wahlrecht zwischen Legisactio und Schriftformel stammen soll, wenn nicht aus der Lex Aebutia? Endlich bliebe noch eine Möglichkeit: zwei Processformen zur Auswahl auf Grund des ersten Reformgesetzes und zwar schon in der Zeit vor Errichtung des Iudicium centumvirale. Damit aber wäre in der That Mehr zugestanden, als ich selbst zu behaupten wage.

Sehe ich recht, so war der Entwicklungsgang im Grossen und Ganzen folgender: Ursprünglich Alleinherr-

³⁵⁾ Das Richtige hat schon Huschke Die Verfassung des Servius Tullius S. 605 N. 38 erkannt auf Grund von Festus s. v. *Centumviralia*. Ebenso Keller Civilprocess § 6 zu N. 102, neuestens Mommsen Röm. Forschungen Bd. I S. 361 N. 9, Staatsrecht Bd. I S. 262 N. 4, II¹ S. 220 N. 1, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 299—301. Anderer Ansicht sind die unten S. 137 N. 10 Genannten.

schaft der *Legisactio* und des *unus iudex* im Verfahren zwischen Bürgern. Daneben wenige Ausnahmen von dieser Regel und von geringerer Bedeutung. Im Laufe des sechsten Jahrhunderts wird das Richtercolleg der Hundert begründet und von vornherein überall nur mit concurrirender Gerichtsbarkeit ausgestattet. Es folgt dann die Annahme der Aebutischen Rogation. Durch diese wird erwiesener Massen in centumviralen Sachen die Notwendigkeit der *Legisactio* beseitigt, sofern die Parteien die Entscheidung eines *Iudex* anrufen wollen.

Nun geht aber meine oben S. 104 vorgetragene Hypothese noch etwas weiter. Ihr zufolge soll das Aebutische Processrecht durchaus facultativ gewesen sein, mithin auch da, wo überhaupt nur eine Richtergattung, nur das Gericht des *iudex unus* in Frage stand. Vielleicht klingt diese Behauptung jetzt schon minder befremdend als früher, da inzwischen eine Betrachtung des älteren wie des neueren Processrechtes gezeigt hat, wie geläufig den Römern der Gedanke war, den Parteien ein beschränktes Verfügungsrecht bezüglich der Processform zu gewähren, und seitdem insbesondere eine Concurrenz der Processformen in gewissen Fällen nachgewiesen ist sowohl nach dem Rechte der Julischen wie der Aebutischen Gerichtsordnung.

Mit dieser Erwägung sind indess die Gründe, welche meine Ansicht unterstützen, keineswegs erschöpft. Auch die auf S. 85—103 gesammelten und besprochenen Zeugnisse für den Rechtszustand der Ciceronischen Zeit fügen sich einerseits aufs Beste dem behaupteten Wahlprincip, andererseits dürften sie ohne Zwang mit keiner anderen Auffassung vereinbar sein.

Im Wesentlichen sind es überhaupt nur zwei Ver-

mutungen über den Inhalt der Aebutia, die sich darbieten, wenn das Nebeneinander von Legisactio und Schriftformel ins Auge gefasst wird. Nach der einen hätte das Reformgesetz die Spruchformeln für gewisse Klagen beseitigt, für die übrigen beibehalten; für diese letzteren Actionen wären entweder alle oder nur einige der alten Verfahrensarten in Geltung verblieben. Die andere Erklärung ist die hier verteidigte: Concurrenz der beiden Processformen bei sämtlichen Civilklagen und fortdauernde Anwendbarkeit aller *modi agendi*.

Nach meinem Dafürhalten spricht Alles gegen die erste, sehr Viel zu Gunsten der zweiten Annahme. Um zunächst Dasjenige übersichtlich vorzuführen, was wir früher gefunden haben bei dem Versuche, das Processrecht im letzten Jahrhundert der Republik zu ermitteln, sei nur Folgendes bemerkt.

Von den fünf verschiedenen *modi* standen damals sicher noch in Geltung die Sacramentsform und die *manus iniectio*, sehr wahrscheinlich auch die *iudicis postulatio*. Von zweifelhaftem Werte sind die oben (S. 90, 91) angeführten Belege für die Anwendbarkeit der *l. a. per pignoris captionem*. Gar kein Zeugniß besitzen wir meines Wissens für die *l. a. per conditionem*. Neben der *manus iniectio* kommt schon im Vorjulischen Process die civile Schriftformel der *actio iudicati* vor.

Weiter finden wir zu Ciceros Zeit Spruchformeln im Gebrauch ausser in Centumviral- und Decemviralsachen für die *Actio familiae erciscundae*, *furti nec manifesti* und *rationibus distrahendis*. Diesen zuverlässig beglaubigten Spruchklagen mag etwa die *Actio de pauperie* beigefügt werden, wenngleich l. 1 § 11 D. si quadr. (9, 1) keinen ganz untrüglichen Beleg abgiebt.

Schlüsse aus dem hier zusammengestellten Material sind offenbar erst gestattet nach Erledigung der Vorfrage, ob unsere Aufzählung annähernd vollständig ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung wäre durch dieselbe das Anwendungsgebiet der alten Processform mehr oder minder genau vorgezeichnet. Wenn nun erwogen wird, dass keine einzige der oben benützten Stellen zu dem Zwecke geschrieben ist, um Auskunft zu erteilen über die Geltung des Legisactionenverfahrens, und dass es ferner lauter gelegentliche Bemerkungen sind, auf denen unsere Kenntniss des Vorjulischen Rechtszustandes beruht, dann kann die Verneinung jener Vorfrage kaum mehr einem Bedenken unterliegen.

Hiernach darf insbesondere aus dem Mangel jeglicher Nachricht über die *Legisactio per condictioem* keineswegs auf die völlige Abschaffung gerade dieser einen Processform durch die Lex Aebutia geschlossen werden. Für die entgegengesetzte, sehr verbreitete Ansicht, der unter Anderen Puchta⁸⁶⁾ huldigt, lässt sich nichts Erhebliches vorbringen; andererseits aber erscheint dieselbe schon darum unannehmbar, weil das Reformbedürfniss nicht leicht bei dem jüngsten *modus agendi* zu allererst hervortreten konnte⁸⁷⁾. So sind wir also bestenfalls befugt, auf Grund von Ciceros Schriften den sehr häufig erwähnten Sacramentsprocess als die Hauptform und als den am meisten gebrauchten Modus zu betrachten, zumal diese Annahme vorzüglich zu dem Berichte des Gaius über den Inhalt der Lex Julia stimmt.

⁸⁶⁾ Institutionen Bd. I § 80 (S. 193), § 163 (S. 481), Voigt Jus naturale Bd. III S. 814, 815, IV² S. 452 N. 18, Kuntze Excursus S. 250; vgl. auch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II S. 91.

⁸⁷⁾ So mit Recht Bekker in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I S. 257 gegen Römer.

So wenig es aber angeht, auf das Stillschweigen der Quellen über die alte *Condictio* irgend Gewicht zu legen, so verkehrt wäre es auch, die drei oder mehr Klagen, welche neben den *Centumviralsachen* als *legis actiones* bekannt sind, als die wichtigsten, um nicht zu sagen als die einzigen anzusehen, die nach Durchführung des Spruchformelverfahrens zu einem *Judicium* des Einzelrichters führten. Desgleichen wäre es sicher vergebliche Mühe, nach dem Grundsatz der Gerichtsordnung zu forschen, welcher auf die Feststellung der einen oder anderen Processform für gewisse Klagengattungen einwirkte. So ist namentlich kein Anlass vorhanden, an eine verschiedene gesetzliche Behandlung der *Contracts-* und der *Delictsklagen* zu denken⁸⁸⁾. Nur eine Gruppe, die der *actiones civiles in rem*, war insofern processualisch ausgezeichnet, als durch sie wahrscheinlich zugleich der Kreis der *causae centumvirales* und *decemvirales* gegeben war.

Wollte man endlich den Versuch machen, alle *Nachaebutischen Legisactionen*, von denen wir wissen und die sonst im Gebrauch sein mochten, auf Sachen zu beziehen, die vor ein ständiges Gericht gehörten, um auf diesem Weg ein Princip zu gewinnen für die Bestimmung der anzuwendenden Processform, so müsste eine weitreichende Competenz der Zehn- und Hundertmänner angenommen werden, die ebenso unbewiesen wie unglauwürdig erscheint. Mit dieser ablehnenden Aeusserung ist Stellung genommen in einer schwierigen Controverse, die passend schon an diesem Orte erörtert wird, obgleich das Ergebniss der folgenden Untersuchung nicht bloß beiträgt zur Lösung der hier gerade

⁸⁸⁾ Vgl. Huschke *Multa* S. 496.

vorliegenden Frage, sondern ebenso wichtig ist für die Erkenntniss des *Judicium legitimum*.

§ 11. Der *index unus* und die ständigen Geschwornen-collegien. — Die Wahl des Gerichtes und die Wahl der Processform.

Ueber das geschichtliche Verhältniss der altrömischen Richterergattungen zu einander findet man in Kellers Civilprocess kurze aber bestimmte Aeusserungen: der ganzen Darstellung liegt die Ansicht zu Grunde, dass die ständigen Gerichte das ältere, die *iudices priuati* das jüngere Institut seien.

Von den Gerichten der ersteren Art ist das der Centumvirn weit besser bekannt als das decemvirale, weil dieses schon unter Augustus als besonderes *Judicium* verschwindet. Zieht man die erhaltenen Nachrichten, die das letztere betreffen zu Rate, so können die Zehnmänner nur bezeichnet werden als Richter der Freiheit, während Keller¹⁾ die Vermutung ausspricht, dass denselben ursprünglich „das Richteramt zustand in allen regulären Privatsachen“. Wahrscheinlich gemacht ist diese Hypothese in keiner Weise; da sie in der That völlig in der Luft steht, darf ihr einstweilen auch begegnet werden mit einfachem Widerspruch.

Um Nichts besser begründet ist die weitere Behauptung, wornach der decemvirale Geschäftskreis zuerst eine Beschränkung erfahren habe durch Abgabe gewisser Sachen an die Centumvirn, während dann in späterer Zeit (in Folge der *Lex Pinaria*) die Competenz der Hundert „zum grössten

¹⁾ Civilprocess § 5 (S. 24), § 4 (S. 21), § 13 (S. 59), § 21 (S. 106). Nicht so weit geht Puchta Institutionen Bd. I § 153 (S. 439).

Teil“ übergegangen sei an die *Judices*²⁾. Zugegeben selbst, dass der lückenhafte Text bei Gai. IV. 15 durch ein *nondum* ergänzt werden darf, — was jedoch Studemunds Apographum nicht zulässt — so hätte doch Kellers Annahme, auch in ihrem letzten Teil, noch keine Stütze gewonnen, da uns trotz Allem zugemutet wird, gerade das zu Erweisende ohne Weiteres gläubig hinzunehmen: die *Centumvirn* als Vorgänger des *iudex unus*.

Hält man sich an die Quellen, so kann aus denselben eine Gerichtsbarkeit der Hundert lediglich in *Vindications-*sachen³⁾ belegt werden. Nirgends findet sich ein Beispiel

²⁾ Widerspruch erhebt selbst Wach als Herausgeber in N. 64^a (S. 21); vgl. dazu N. 197 (S. 59). Treffend bekämpft A. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 160 N. 2 die Keller'sche Ansicht durch die Hinweisung auf Gai. IV. 104. Diese Stelle ist weiter unten ausführlich zu besprechen; darum mag es einstweilen genügen, dieselbe hier zu citiren.

³⁾ So schildert Keller selbst a. a. O. § 6 (S. 29) das Recht der Ciceronischen Zeit: „das ganze Gebiet der *Vindicationen*“; doch schliesst er aus „die *Processe* über *Status*“. Ob dies Letztere ganz richtig ist, wird nicht leicht zu entscheiden sein; vgl. oben § 10 N. 16. Andererseits geht Kuntze *Excursus* S. 116, 117 sicher zu weit, wenn er allgemein auch *Statussachen* zur *Centumviralcompetenz* rechnet und die *Decemvirn*, wie vorher schon Dernburg (*Heidelb. krit. Zeitschr.* Bd. I S. 460—463), nicht als besonderes Spruchgericht anerkennen will (*Obligationen und Jus extraordinarium* S. 359 N. 15). K. beruft sich auf die Sache des *Mancinus* bei Cicero de orat. I c. 40 § 181, die in c. 56 § 238 zu den *causae centumvirales* gestellt sei. Dies kann man zugeben, ohne doch der darauf gegründeten Behauptung zuzustimmen, da Cicero auch nicht entfernt andeutet, auf welche *Klage* hin über die *Statusfrage* eine Verhandlung im Gerichte der Hundert stattfand. Man wird sie als *Præjudicialpunkt* erörtert haben. Vgl. Huschke in *Richters Krit. Jahrb.* Bd. V S. 489, ferner Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II § 97 N. 16, Hartmann-Ubbelohde *Ordo I* S. 305 N. 20^a. Den Versuch, das selbständige *Decemviralgericht* der *Voraugusteischen* Zeit ganz hinwegzuleugnen, halte ich den bekannten *Quellenzeugnissen* gegenüber (*Varro de l. l. IX § 85, Cic. pro Caec.*

der Verweisung persönlicher Klagen vor das *hastae iudicium*, sofern man nicht die Actio aus der Sponsion im Process über Erbschaft und dingliche Rechte als einen Fall dieser Art gelten lassen will. Dafür aber, dass in Vordiceronischer Zeit die Competenz anders geregelt war als später, liegt auch nicht der geringste Anhaltspunkt vor; vielmehr muss wohl jeder unbefangene Leser der Gaianischen Darstellung des Legislationensystems (IV. 12—29) den Eindruck erhalten, dass im älteren Recht die Instruction durch Spruchformel für die Regel keineswegs die Entscheidung eines ständigen Gerichtshofs nach sich zog, ja Mehr noch: dass der *unus iudex* im alten Process weitaus der gewöhnliche Richter gewesen ist, ebenso wie im neueren.

Gaius bezeugt nämlich IV. 15 für das Sacramentsverfahren älteren Styls ausdrücklich das Gericht des einen⁴⁾ Geschwornen, und zwar als ein Institut, das vor⁵⁾ wie

c. 33 § 97, pro domo c. 29 § 78, de leg. III c. 3 § 6) für völlig aussichtslos. Zu beachten ist hier noch was Pernice Labeo Bd. I S. 96, Mommsen in der Festgabe für Beseler S. 255 und im Staatsrecht Bd. III S. 8 N. 2 über „römisches Bürgerrecht und römische Freiheit“ bemerken; s. auch Cic. pro Caec. c. 33 § 96.

⁴⁾ Voigt XII Tafeln Bd. I S. 599 N. 23 (vgl. S. 519 N. 23, S. 529) weiss sich freilich über das *iudicium dare* des Gaius hinwegzusetzen; gemeint sei die Verweisung vor die Hundert- oder Zehnmänner. Gaius gebraucht IV. 15 *iudex* im Singular sechsmal; er lässt die Parteien einander denunciiren: *ut ad iudicem uenirent*, er lässt sie zum *iudex* kommen (*cum ad iudicem uenerant*). Voigt aber bleibt trotzdem bei seiner Ansicht, die nun auch Cogliolo in der zweiten Auflage von Padelletti Storia del diritto romano p. 321 n. e vertritt. Vgl. aber Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 27 zu N. 1.

⁵⁾ Das von Bethmann-Hollweg vorgeschlagene (später preisgegebene: Civilprocess Bd. I S. 66 N. 24) *statim*, nach Studemund „nicht unwahrscheinlich“, ist allerdings noch nicht zur Ruhe gekommen; vgl. neustens A. Schmidt a. a. O. S. 160 N. 3, Karlowa Röm. Rechtsgeschichte Bd. I S. 274 N. 2 (anders in den Legislationen S. 31, 258).

nach⁶⁾ Erlassung der Lex Pinaria in Geltung stand. Von der *legis actio per conditionem* sagt derselbe Schriftsteller IV. 18: *actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset*; bei der dritten Hauptform endlich spricht schon der Name deutlich genug: sie heisst *l. a. per iudicis postulationem*.

Es ist schwer zu begreifen, weshalb diesen Zeugnissen so wenig Gewicht beigelegt wird. Soll etwa Gaius keinen Glauben verdienen, weil er Dinge beschreibt, die einer fernen Vergangenheit angehören⁷⁾? Allein wenn irgendwo, so ist gerade bezüglich der hier behandelten Frage die Zuverlässigkeit des Gaianischen Berichtes, der übrigens sicherlich eine geschriebene ältere Quelle verarbeitet, keinem begründeten Zweifel unterworfen.

An sich wäre es ja denkbar, dass der Jurist des zweiten christlichen Jahrhunderts unter dem verwirrenden Einfluss des modernen Rechtes der Kaiserzeit stand. Dann aber

⁶⁾ Ohne Grund scheint mir Bethmann-Hollwegs (Civilprocess Bd. I S. 65, 66 und N. 23, dazu S. 61) Beschränkung des Pinarischen Gesetzes „auf Schuldklagen, deren Object nicht 1000 As beträgt“. Vorher, und noch nach dem Gesetze in bedeutenderen Schuldsachen sei das Urteil vom Magistrat gefällt worden. Allein die Vermutung Hollwegs (N. 23) über den Inhalt des Fol. 78r der Veroneser Handschrift (Apogr. Stud. p. 192) ist nicht haltbar. Gerade die Worte des Gaius IV. 15: *illud ex superioribus intellegimus* sprechen dagegen, ebenso Pseudo-Asconius in act. II in Verr. I (Orelli p. 164), der ganz allgemein für den Nachpinarischen Sacramentsprocess das *iudicium dare* bezeugt: *cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, posebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem*. Der Scholiast schreibt l. c. zweifellos den Gaius aus. Bethmann-Hollweg selbst stellt dies nicht in Abrede.

⁷⁾ Hier darf besonders an Lotmars scharfsinnige „Studien“ (§ 13 u. S. 77) erinnert werden, wo (S. 54, 55) auch eine Reihe anderer Schriftsteller aufgezählt ist, die sich gegen Gaius auflehnen; vgl. noch desselben Verf. *Legis actio sacramento in rem* S. 67.

hätten wir die gerade entgegengesetzte Wirkung zu erwarten: Gaius hätte unter dieser Voraussetzung alle *sacramento* instruirten Sachen von Altersher vor ein *iudicium centumvirale* verweisen müssen, da nach Kaiserrecht in der That die in solcher Form eingeleiteten Prozesse nur mehr vor das Gericht der Hundert gelangen konnten. Wenn nun trotzdem unser Gewährsmann den *iudex unus* in der Darstellung des Voraebutischen Verfahrens wiederholt (N. 4) erwähnt und andererseits in diesem Zusammenhang der Centumvirn nur einmal, und zwar ganz beiläufig (IV. 16 in f.), gedenkt, so dürfte doch wohl jeder Mißtrauensregung der Boden entzogen sein.

Täusche ich mich nicht, so ist die Vorstellung, von der dem Anschein nach Keller und Andere ausgehen, dass das alte Legisactionenverfahren und das *Judicium* eines ständigen Gerichtshofs wesentlich zusammengehören, nicht zum geringsten Teil hervorgerufen durch folgenden Denkfehler. Bekanntlich hat die Kaiserzeit nach dem übereinstimmenden Berichte des Gellius und Gaius den Spruchformelprocess nur für solche Sachen beibehalten, die von den Centumvirn zu entscheiden waren. In diesem Fall, und vor dem Julischen Gesetze auch noch in Decemvirsachen, ist das neuere Verfahren *per concepta verba* nicht anwendbar, weil der Praetor nur solchen Richtern Weisungen geben kann, die er ernannt, und zwar für den einzelnen Rechtsstreit ernannt hat. Wo keine *iudicis datio*, da ist — wie Sohm⁸⁾ treffend bemerkt — auch keine Schriftformel; die Unterweisung, wie judicirt werden soll, steht im ursächlichen Zusammenhang mit dem Befehle, dass eine bestimmte Person judicare.

⁸⁾ Institutionen S. 148 (2. A.).

So wenig also die Urteilsfindung der Zehn- und Hundertmänner verträglich ist mit der Einleitung des Processes durch Schriftformel, so sehr die erstere — wenn man will — gerade die *Legisactio* als *modus agendi* zur Voraussetzung hat, so verfehlt wäre es doch, diesen richtigen Satz umzukehren und zu behaupten: der Einleitung durch *Legisactio*, mindestens durch Sacrament müsse notwendig die *Judication* eines der beiden Gerichtshöfe nachfolgen. Selbstverständlich ist dieser offenbare Trugschluss nirgends ausgesprochen; dennoch hat er vielleicht im Stillen gewirkt für die Verbreitung der Keller'schen Fabel, die kaum auf anderem Wege leichter entstehen und Anhänger⁹⁾ finden konnte als auf diesem.

Wenn nämlich der älteste uns bekannte *modus agendi* die Verhandlung der Sache vor einem ständigen Gerichtshof zur notwendigen Folge hatte, dann musste freilich wenigstens eines der beiden Gerichte ebensoweit hinaufreichen ins Altertum wie jene Processform, und es mussten auch ursprünglich entweder die Decemviren (so, nach Keller, Rudorff) oder die Centumviren (so Esmarch, Voigt) die alleinigen Urteilsfinder sein in sämtlichen Sacramentssachen.

Nur für das Erstere, für die Entstehung der ständigen Richtercollegien lange vor dem sechsten Jahrhundert d. St., bald nach oder gar vor Aufrichtung des Freistaats, pflegen besondere Gründe angeführt zu werden, welche indess

⁹⁾ Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II S. 33, 34, Esmarch Röm. Rechtsgeschichte S. 206 (2. A.), Voigt XII Tafeln Bd. I S. 599. Den Decemviren hat schon vor Keller Huschke Verfassung des Serv. Tullius S. 607 für die älteste Zeit Competenz in allen Sacramentsprocessen zugeschrieben.

keineswegs stichhaltig erscheinen. Nach Bethmann-Hollweg¹⁰⁾ und Anderen, die Niebuhr¹¹⁾ folgen, soll das *iudicium centumvirale* uralt sein hauptsächlich darum, weil ihm „das ehrwürdige Symbol der Lanze“ eigentümlich war, und weil die Instruction der vor dasselbe gebrachten Sachen „in der ordentlichen Processform ältester Zeit (*sacramento*) geschah“. Allein was die Lanze als Wahrzeichen bedeutet, das kann für Diejenigen nicht zweifelhaft sein, welche, wie Bethmann-Hollweg selbst, die Competenz der Hundert auf Vindicationen beschränken. In diesen Processen bediente man sich bekanntlich vor dem Magistrat nach Gai. IV. 16 der *festuca quasi hastae loco*, in älterer Zeit sicherlich der *hasta* selbst. Nun ist doch Nichts natürlicher als die Uebertragung der Lanze aus dem Jus ins Iudicium bei der Einsetzung eines besonderen Gerichtes, das ausschliesslich in solchen Fällen urteilen sollte, wo vor dem Magistrat der

¹⁰⁾ Civilprocess Bd. I S. 57, 58, auch in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 360, 361, ferner Zimmern Röm. Civilprocess S. 38, 39, Rudorff l. c. S. 33, Karlowa Legisactionen S. 248, 249, Kuntze Excursus S. 115, auch Bülow Processeinreden S. 204 N. 102; vgl. oben § 10 N. 35.

¹¹⁾ Röm. Geschichte I S. 440—442 (2. A.): Servius Tullius habe die Centumvirn eingesetzt. Dem widerspricht Puchta Institutionen Bd. I § 49 (S. 100), der, wie später auch Keller Civilprocess § 5 (S. 22), vielmehr die Decemvirn auf diesen König zurückführt unter Berufung auf Dionys IV. 25. Manche Schriftsteller, selbst der jüngsten Zeit, namentlich Juristen, stützen gewisse Hypothesen immer noch auf die Darstellung der Königszeit bei Dionys. Allein diesem wird damit gewiss zu viel Ehre erwiesen; vgl. z. B. Schwegler Röm. Gesch. Bd. I S. 103, der im Übrigen den griechischen Historiker sehr günstig beurteilt. Die Nachricht, dass Servius τῶν ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔραξεν εἶναι δικαστάς, (was man übrigens ganz willkürlich auf Collegien bezieht), dürfte ungefähr so Viel wert sein wie die andere IV. 13, dass er Gesetze erlassen habe über Verträge und Vergehen, etwa fünfzig an der Zahl.

Gebrauch der *festuca* gefordert war. Auch wenn damals *in iure* statt mit der Lanze schon mit dem Stab agirt wurde, ersetzte man denselben begreiflich vor den Centumvirn durch die aufgepflanzte Hasta: das Surrogat, das als solches noch Gaius kennt, durch das Ursprüngliche, weil sich letzteres als Wahrzeichen offenbar besser eignete als die *festuca*.

Wenn diese Erklärung befriedigt, dann ist nicht einzusehen, wie sich aus der *hasta* die Entstehung des Gerichtes der Hundert vor dem 6. Jahrhundert oder gar in der Königszeit ergeben soll. Ebenso hinfällig ist der zweite Grund, den Bethmann-Hollweg geltend macht: die Beibehaltung des Sacraments für Centumviralprocesse. Dieser Umstand würde uns nicht einmal nötigen, den Ursprung unseres Gerichtscollegiums vor die Lex Aebutia zu setzen. Hat das Reformgesetz die *Legisactio* nur für irgend welche Klagen, sei es auch nur facultativ beibehalten, so müsste schon darum der Gebrauch der alten Processform auch in allen den Centumvirn überwiesenen Sachen als selbstverständlich erscheinen, da nach dem früher Gesagten das neue Verfahren mit Schriftformel nur Platz greifen konnte, wo der Praetor den Sprüchrichter ernannt hatte. Sind aber die Hundertmänner — wie ich glaube — älter als das Aebutische Gesetz, so haben wir doch der *Legisactio* wegen durchaus keine Veranlassung einen bedeutenden zeitlichen Abstand zwischen beiden anzunehmen¹²⁾; das neue Verfahren und der neue Gerichtshof könnten vielmehr unmittelbar nach einander oder gar gleichzeitig ins Leben getreten sein¹³⁾.

¹²⁾ Vgl. dazu oben S. 126, 127.

¹³⁾ Dass Sanios Vermutung in den Varroniana S. 121—124 N. 178 (aufgenommen von Karlowa *Legisactionen* S. 249, 250, Kuntze Ex-

Bezüglich der Decemviri berufen sich Viele, auch Mommsen¹⁴⁾, auf ein Gesetz, das von Livius (III c. 55) den Consuln des Jahres 305 L. Valerius und M. Horatius zugeschrieben wird:

ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Jovi sacrum esset.

Die hier genannten *decemviri* oder — wie die Meisten mit Huschke¹⁵⁾ annehmen — *iudices decemviri*, „wahrscheinlich so alt wie der Volkstribunat“, sollen dieselben sein, deren Einsetzung Pomponius in l. 2 § 29 D. de O. I. (1, 2) zu Beginn des 6. Jahrhunderts mit den Worten berichtet: *magistratus qui hastae praeesent decemviri (in) litibus iudicandis sunt constituti*, und die unter dieser letzteren Bezeichnung mehrfach, zuerst im J. 615 (C. J. L. t. I nr. 38), und zwar als patricisch-plebejische Beamte inschriftlich beglaubigt sind.

Was in dem citirten Gesetze die *iudices* bedeuten, das war, wie Livius erzählt, schon in Rom streitig:

fuere, qui interpretarentur, eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus, quia iisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse: iudicem enim consulem appellari. Quae refellitur interpretatio, quod his temporibus nondum consulem iudicem, sed praetorem appellari mos fuerit.

course S. 115) nur auf Denjenigen Eindruck machen kann, dem das hohe Alter des Centumviralgerichts bereits für erwiesen gilt, hat Sanio selbst (S. 123) nicht verkannt. Gegen Niebuhr a. a. O. S. 442, II S. 366 N. 738, S. 416 N. 810 u. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I S. 59 N. 13, die in den *iudices* der Lex Valeria-Horatia die Hundertmänner erkennen, vgl. Kuntze S. 113.

¹⁴⁾ Staatsrecht Bd. III S. 590, der übrigens seine Darstellung nur als „wahrscheinlich“ bezeichnet; bestimmter Keller a. a. O. S. 22.

¹⁵⁾ Servius Tullius S. 593, 596.

Aus dieser Mitteilung glaubt Puntchart¹⁶⁾ ein unüberwindliches Argument gegen das Zusammenziehen der Worte *iudices* und *decemviri* herleiten zu können. Der Interpret, den Livius widerlegt, habe die *iudices* des Gesetzes ausser auf Geschworne auch auf die Consuln bezogen, mithin die Gegner dieser Auslegung auf die ersteren allein; demnach habe Niemand so gelesen wie Huschke. Allein so schlüssig, wie Puntchart meint, ist diese Darlegung keineswegs; vielmehr ist dabei Mancherlei übersehen.

Vor Allem hat unser Geschichtschreiber gar nicht die Absicht, seine Leser über den Sinn des schwierigen Legaltextes aufzuklären; nur darauf kommt es ihm an, eine Deutung als unmöglich abzulehnen. Daher kann immerhin neben der verworfenen und der zweiten Auslegung, die vielleicht dem Livius selbst vorschwebt, noch eine dritte einstmal ihre Vertreter in Rom gehabt haben.

Und wenn weiter in der citirten Stelle gesagt ist: *consulibus quoque*¹⁷⁾, so muss dieses letztere Wort nicht notwendig veranlasst sein durch den Gedanken an die anderen und eigentlichen *iudices* (die Geschworenen); ebenso gut können die Anderen, deren Verletzung das Gesetz auch bedroht, die Tribune und die Aedilen sein, von denen der unmittelbar vorhergehende Satz handelt. Ja man darf sogar aus der Begründung: *iudicem enim consulem appellari*, schliessen, dass die bei Livius Getadelten unter den *iudices* nur die Consuln (und Praetoren) verstanden.

¹⁶⁾ Civilrecht S. 82, 83, ebenso (vor Puntchart) Zumpt Criminalrecht Bd. I² S. 23; vgl. noch Münchener krit. Vtljschr. Bd. XXVIII S. 512, 513.

¹⁷⁾ So wie Puntchart versteht schon Zimmern Civilprocess § 14 N. 10 das *quoque*.

So ist also die von Puntschart und Anderen verteidigte Lesart: *iudices*, *decemviri* durchaus nicht als festgestellt zu betrachten.

Unwahrscheinlich aber ist sie darum, weil das Gesetz *decemviri* schlechtweg, ohne nähere Bezeichnung schwerlich in seinen Text aufnehmen konnte, am wenigsten ein Gesetz, das angeblich sofort nach dem Sturze der *decemviri legibus scribundis* erlassen ist¹⁸⁾. Neuestens hat freilich O. E. Hartmann¹⁹⁾ in den Zehnmännern der Lex Horatia gerade jenes oberste Regierungscollegium, nicht wie Niebuhr²⁰⁾ ein künftig zu erwählendes, sondern das abgegangene vom Jahre 304 erkennen wollen. Seiner Meinung nach sollte dieses letztere nebst den „Conventsrichtern“ (*iudices*) gesetzlich gegen die Rache der Plebs gesichert werden.

Indess ist diese Erklärung vielleicht die unglücklichste von allen, die bisher versucht sind. Privatleute konnte doch die Lex nicht mehr als *decemviri* bezeichnen. Ist es auch denkbar, dass den früheren Zehnmännern zeitlebens das Privileg der Unverletzlichkeit gewährt wurde? Und wie soll denn diese Auffassung in Einklang gebracht werden mit dem Bericht über das weitere Schicksal der ehemaligen Machthaber, den wir bei Livius finden? Dieser wenigstens kann den Gesetzesworten unmöglich eine Beziehung auf die Beamten von 304 gegeben haben. Denn nach seiner Erzählung wird Appius Claudius zur Verantwortung gezogen und verhaftet²¹⁾; mit keinem Worte aber ist angedeutet, —

¹⁸⁾ Vgl. auch Kuntze Excursus S. 114.

¹⁹⁾ Ordo I S. 282—285, dazu S. 555, 556.

²⁰⁾ A. a. O. II S. 366, 416; dagegen treffend Peter Die Epochen d. Verfassungsgeschichte d. röm. Republik S. 80, 81, auch Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 688 N. 1 in f.

²¹⁾ Wenn die Lex die Tribune schützt gegen Verhaftung Seitens

auch in der Verteidigungsrede des Beschuldigten nicht — dass durch dieses Verfahren die kurz vorher erlassene Lex Horatia verletzt sei (Liv. III. 56—58).

Wenn Hartmann schliesslich, um solchen Einwendungen zu begegnen, dem Gesetze die Absicht unterschiebt, nur „gegen widerrechtliche Schädigung“ Schutz zu gewähren, so ist auch dies ebenso willkürlich wie unmöglich. Die Gesetzesnorm ist genau dieselbe für Tribune, Aedilen, Judices, Decemviri. Es müssten also auch die Volkstribune ex lege nur in dem Sinne unverletzlich gewesen sein, wie schon nach gemeinem Recht jeder Privatmann, so dass ein Unterschied bloß in der Strafe hervorgetreten wäre. Dieses unhaltbare Ergebniss zeigt zur Genüge, dass die zu Grunde liegende Auslegung durchaus verfehlt ist.

Sollten aber trotz Allem sprachliche Gründe²²⁾ der von Huschke vorgeschlagenen Lesart entgegenstehen²³⁾, so wäre m. E. zum Mindesten das Livianische Datum des Gesetzes anzufechten, oder auch der Wortlaut desselben, der leicht gekürzt sein könnte. *Decemviri* schlechtweg in einer Lex von 305 erregen nämlich — wie gesagt — starke Zweifel, selbst wenn dem in Rede stehenden Zehnercolleg höheres Alter zugeschrieben wird als dem der Zwölf-tafelverfasser. Der von Livius, sei es vollständig sei es unvollständig, überlieferte Text war vielleicht in Rom zu

der Gemeindebeamten (vgl. etwa Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 465), so müsste Hartmann (S. 282, 283) folgerichtig den Decemvirn denselben Schutz zusprechen den Tribunen gegenüber.

²²⁾ Vgl. z. B. Zumpt Criminalrecht Bd. I² S. 23, Soltau Die urspr. Bedeutung und Competenz der aediles plebis S. 38. Sonderbarer Weise verschweigt S. seine Auffassung der „decemviri“. Das auf S. 37 Bemerkte genügt natürlich nicht.

²³⁾ [Dies bestreitet jetzt Mommsen in der soeben ausgegebenen 3. Aufl. des Staatsrechts Bd. II¹ S. 605 N. 3 sehr bestimmt, hinweisend auf die municipalen *practores IIviri*.]

einer gewissen Zeit nur mehr als namenloses Gesetz bekannt, oder als Lex Valeria, und ein Annalist mochte dieselbe dann nach seinem Ermessen einem der Valerier²⁴⁾ zusprechen, die das Consulat verwaltet hatten. Ist ja auch die Echtheit des ersten „Valerisch-Horatischen“ Gesetzes (Liv. III c. 55) den gewichtigsten Bedenken unterworfen, und neuerdings der Verlauf des ganzen Ständekampfes für uns höchst unsicher geworden, seitdem wir gelernt haben, Diodor oder eigentlich den Annalisten, den jener ausschreibt, richtiger zu würdigen²⁵⁾.

Man mag übrigens darüber so oder anders denken, jedenfalls spielt die dritte Lex Horatia unter der Voraussetzung der Scheidung von *iudices* und *decemviri* eine massgebende Rolle in der Frage nach dem Altersverhältniss zwischen *iudex unus* und den Gerichtscollegien. Bezüglich der *decemviri* schlechtweg müsste die Kunst des Nichtwissens strengstens geübt werden, da für die Beziehung auf eine richterliche Behörde genau so viel oder so wenig spricht wie für jede andere beliebige Erklärung.

Was dann die *iudices* betrifft, so hätten wir unter denselben, wenn überhaupt Geschworne, gewiss nur in der Einzahl bestellte Privatrichter²⁶⁾ zu verstehen. Die Zwölf-

²⁴⁾ Ed. Meyer im Rhein. Museum f. Philologie N. F. Bd. XXXVII S. 625 N. 1 macht darauf aufmerksam, dass bei einer Anzahl von Schriftstellern, so bei Diodor, der Name des Horatius, bei Anderen (Cicero, Livius) der des Valerius voransteht.

²⁵⁾ Nach Diodor XII c. 25 wäre das Consulat den Plebejern nicht erst 387, sondern schon im Jahre 305 zugänglich geworden. Gegen Mommsen Röm. Forschungen Bd. II S. 287, 288, der den Diodor beschuldigt, das J. 387 unterschlagen zu haben, vgl. Ed. Meyer a. a. O. S. 620—624. — Ueber das erste Valerisch-Horatische Gesetz vgl. Mommsen Röm. Forschungen Bd. I S. 164, 165 und neuestens Staatsrecht Bd. III¹ S. 157 N. 1, S. 323 N. 3.

²⁶⁾ S. Zumpt Criminalrecht Bd. I² S. 24.

tafeln wenigstens kennen in den noch erhaltenen Bruchstücken — abgesehen von den *tres arbitri* für zwei besondere Fälle (IX. 5, XII. 3) — nur den *iudex* (II. 2, VII. 5). Ist es auch deswegen nicht ausgeschlossen, dass in der Zeit der XII Tabulae neben dem Einzelrichter auch ein ständiges Gericht vorhanden war, so konnte doch zur Bezeichnung dieses letzteren der Ausdruck *iudices* ohne Zusatz nicht mehr gebraucht werden.

Erheblicher für die Geschichte des Geschworneninstituts scheint das Valerisch-Horatische Gesetz, wenn es — wie Huschke will — „richterliche Decemviri“ sind, die dasselbe an dritter und letzter Stelle für unverletzlich erklärt. Vor Allem kommt es bei dieser Lesart darauf an, festzustellen, ob die Zehnmänner unserer Lex dieselben sind, welche wir seit dem 7. Jahrhundert auf Inschriften finden als *decemviri stlitibus iudicandis*.

Schon Schwegler²⁷⁾ hat diese Frage nicht bloß verneint, sondern auch durchschlagende Gründe gefunden für die Unterschiedenheit der beiden Behörden. Die alten Zehnmänner sind ohne Zweifel nichts Anderes gewesen als Beamte der plebejischen Sonderngemeinde; denn nur so erklärt sich die vom Gesetz angedrohte eigentümliche Strafe, und nur so versteht man auch die besondere Gewährleistung der Unantastbarkeit. Zum Schutz der Magistrate der Gesamtgemeinde war eine solche Garantie überflüssig, weil deren Gewalt ohnedies auf der Lex beruht; dagegen war sie unerlässlich bei den plebejischen Beamten und wurde diesen auch zu Teil zunächst durch den Eid der

²⁷⁾ Röm. Geschichte Bd. III S. 74, dazu Bd. II S. 279, 280; vgl. auch Zumpt a. a. O. Bd. I² S. 24.

Plebs — wahrscheinlich auch den Decemvirn — und im Jahre 305 überdies durch besonderes Gesetz²⁸⁾.

Lässt sich also insoweit der Charakter der „richterlichen Zehnmänner“ bestimmen, so haben wir andererseits auch schon die Grenze erreicht, die unserem Wissen gezogen ist. Kaum so Viel darf man behaupten, dass es das Geschäft der Zehner war, Urteile zu sprechen, da das — vielleicht vor den Zwölftafeln — dem Zahlwort beigefügte *iudices*²⁹⁾ möglicher Weise im weiteren Sinne gesetzt ist. Was trotzdem sonst noch von unserem plebejischen Collegium erzählt wird, ist haltlose Vermutung, zum Teil einfach erfunden zum Teil gestützt auf die vorgefasste Meinung, dass die Nachrichten über die *decemviri stlitibus iudicandis* auch jenes andere Gericht betreffen, oder doch Rückschlüsse zulassen.

Nun ist aber das Eine wie das Andere ganz entschieden zu leugnen. Die Zehnmänner des Horatischen Gesetzes sind ein plebejisches, die der Inschriften^{29a)} des 7. Jahrhunderts ein Beamtencollegium der Gesamtgemeinde, das beiden Ständen, auch den Patriciern³⁰⁾, zugänglich war. Schon diese einzige Thatsache reicht völlig aus, um Diejenigen zu widerlegen, welche die hier und dort erwähnte Behörde für identisch halten.

Auch das geht nicht an, von einer Umgestaltung des alten Decemvirats zu reden, die erfolgt wäre nach

²⁸⁾ Wegen des oben Gesagten verweise ich auf Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 73 N. 4, S. 276, 292 N. 2, S. 465, der aber S. 590 N. 1 Schweglers Gründe doch nicht recht gelten lassen will.

²⁹⁾ Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. II¹ S. 74 N. 1.

^{29a)} [Eine jüngst gefundene, aus der Kaiserzeit, bei Mommsen St. R. Bd. I S. 344³, 345⁴, II¹ S. 606³—3. A.]

³⁰⁾ Inschriftliche Zeugnisse bei Mommsen a. a. O. Bd. II S. 590 N. 5.

Beilegung des Kampfes zwischen Adel und Plebs. Zwar hatte dieser Friedensschluss einerseits der Plebs die bisher dem Adel vorbehaltenen Staatsämter erschlossen, andererseits wie das Plebiscit ohne Weiteres zum Staatsgesetz, so die Behörden der plebejischen Sondergemeinde zu Magistraturen der Gesamtgemeinde erhoben; keineswegs aber war damit auch umgekehrt den Patriciern der Zutritt eröffnet zu den plebejischen Beamtenstellen. Die Plebität war vielmehr für den Bewerber um den Volkstribunat und die plebejische Aedilität nach wie vor die unerlässliche Vorbedingung und ist es auch stets geblieben. Demnach erscheint es jedenfalls unzutreffend, beim richterlichen Decemvirat eine „Reorganisirung“ anzunehmen, selbst dann, wenn irgend welcher Zusammenhang zwischen der älteren und der neueren Behörde obwalten sollte. Die letztere, ein römisches Staatsamt, ist offenbar etwas durchaus Anderes als das plebejische Zehnercolleg.

Durch die vorstehende Erwägung sind wir, ohne Pomponius' Aeusserung in l. 2 § 29 D. de O. J. zu beachten, zu einem Ergebniss gelangt, das zu dem in der Pandektenstelle Gesagten aufs Beste stimmt. Der Jurist, der freilich von den alten, lange vor seiner Zeit verschollenen Zehnmännern gar Nichts wissen mochte, setzt die Neueinführung (*constituti sunt*) der *decemviri litibus iudicandis* mehr als drei Jahrhunderte später als die Zwölftafeln. Dabei bezeichnet er als Grund der Einrichtung das Bedürfniss, Magistrate zu haben, *qui hastae praeesent*: die dem Centumviralgericht vorstehen sollten.

Diese letztere Bemerkung, der man Sueton II c. 36 gegenüberstellt, hat manche Gelehrte veranlasst, die ganze

Nachricht des Pomponius für falsch zu erklären⁸¹⁾. Indess ist damit wohl stark über das Ziel hinausgeschossen. Was der Jurist von dem Geschäftskreise der neuen Beamten sagt, steht, wie Lange⁸²⁾ zeigt, gar nicht notwendig im Widerspruch mit der Bemerkung des Sueton; ja mir scheint sogar eine von Haus aus vorhandene Verbindung des Zehnercollegs mit dem Gerichte der Hundert recht wahrscheinlich, wie denn auch die Einsetzung des ersteren nach Pomponius genau in dieselbe Zeit fällt, in der allem Anschein nach das Centumviralgericht begründet ist.

Und wenn selbst der behauptete Widerspruch wirklich vorläge, so kann doch die eine Nachricht in l. 2 § 29 D. cit. richtig, die andere unrichtig sein. Der Irrtum, dem der Jurist verfiel, wäre sehr einfach zu erklären: was zu seiner Zeit galt, hätte er als vom Anfang an gültig angenommen. Dagegen ist gar nicht einzusehen, weshalb Pomponius und sein Gewährsmann auch die Entstehungszeit des Decemvirats so gröblich verfehlt haben sollten. In der That wäre die Pandektenstelle kaum jemals ganz verworfen worden, wenn nicht die Lex Horatia, die gar nicht hergehört, dazu verleitet hätte. Für uns dagegen ist die Mitteilung des Pomponius nur eine Bestätigung Dessen, was schon auf anderem Wege gefunden ward: der völligen Unterschiedenheit nämlich der beiden Decemvirate, die darnach wohl ausreichend begründet ist.

So kann also nur Dies noch in Frage kommen, ob nicht wenigstens Verbindungsfäden von dem älteren Amte

⁸¹⁾ Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 590 N. 1 in f.: „hat gar kein Gewicht“; dazu S. 592 N. 2.

⁸²⁾ Altertümer Bd. I S. 906, dazu Hartmann-Ubbelohde a. a. O. I S. 300 N. 5.

zu dem neueren führen, ähnlich denjenigen, die sich nachweisen lassen zwischen der plebejischen und der curulischen Aedilität⁸³).

Ein Merkmal haben die beiden Collegien allerdings gemein, ein rein äusserliches: die Zehnzahl, welche indess in Rom sehr beliebt und so gewöhnlich⁸⁴) war, dass ihre Wiederkehr keineswegs auf ein bestimmtes Vorbild hinweisen muss. Im Uebrigen sind selbst die Namen verschieden; bezüglich des Geschäftskreises aber beruht die Annahme einer Uebereinstimmung lediglich⁸⁵) auf der Bezeichnung der alten Zehnmänner als *iudices*, der jüngeren als *decemviri stlitibus iudicandis*. Indess kann den ersteren — wie schon früher bemerkt ist — nicht einmal die Eigenschaft von Spruchrichtern mit Sicherheit zugeschrieben werden, während die letzteren, obwohl vom Volke gewählte Magistrate⁸⁶), ohne Zweifel Urteile zu finden hatten.

Wie die neueren Decemvirn zu ihrer besonderen Competenz (in Freiheitssachen) gelangt sind, wissen wir nicht; dass sie dieselbe übernommen haben von den plebejischen *iudices*, ist durch gar Nichts zu belegen, da in den Quellen, d. h. bei Livius III c. 55, jede Andeutung über die Ge-

⁸³) Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 457, 458, Bd. II¹ S. 265, 266, 472, 473, 478.

⁸⁴) Man denke nur an die zehn Tribune, die *decemviri sacris faciundis* (nach Liv. VI c. 37, c. 42 seit 387 d. St.), die *decemviri ex lege Livia* (L. agraria von 643 Z. 81) und andere agrarische, an die gewählten Zehnmänner für Friedensschlüsse und die späteren zehn senatorischen *legati*.

⁸⁵) Denn Mommsens Combination im Staatsrecht Bd. II¹ S. 592, die sich Maschke Freiheitsprocess S. 58 N. 2 aneignet, ist geistreich und bestechend, überzeugend aber nur für Ueberzeugte.

⁸⁶) Spätestens seit der Mitte des 7. Jahrhunderts; vgl. Mommsen I. c. II¹ S. 590, Pernice in d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 37.

schäfte der älteren Zehnerbehörde fehlt. Bei ihr so wenig wie bei den *decemviri stlitibus iudicandis* darf aus dem Namen eine alle Rechtssachen umfassende Competenz gefolgert werden, — was ja auch anderen Zeugnissen gegenüber unhaltbar wäre — da in Rom zur selben Zeit niemals mehrere judicielle Decemvirate vorhanden waren, und demgemäss auch kein Bedürfniss vorlag, eine den Geschäftskreis genau bestimmende Bezeichnung zu wählen. Wenn übrigens Pomponius im Rechte ist, wenn das Zehnercolleg wirklich vom Anfang an in Verbindung stand mit dem Centumviralgericht, dann wäre vollends erklärt, weshalb der Name keinen Hinweis auf die richterliche Sondercompetenz enthielt.

Endlich fällt meines Erachtens Dasjenige, was Livius über die Auslegung erzählt, die dem Horatischen Gesetze zu Teil ward, schwer ins Gewicht gegen die Annahme eines Zusammenhanges der plebejischen mit den Decemvirn der Gesamtgemeinde. In der oben mitgetheilten Stelle lesen wir: *fuere qui interpretarentur*, es sei früher einmal die Meinung vertreten gewesen, dass unter den *iudices* der *Lex* die Consuln und Praetoren zu verstehen seien. Leider ist nicht gesagt, ob diese falsche Auffassung, welche den Oberbeamten des Staates die Sanctität verschaffen sollte, je eine politische Rolle gespielt hat, oder ob wir es blos zu thun haben mit einem müssigen Einfall eines schlechtunterrichteten Altertumsforschers. Indess ist das Erstere bei Weitem wahrscheinlicher; der Geschichtschreiber hätte eines bedeutungslosen Gelehrtenstreites schwerlich Erwähnung gethan.

Auch die Zeit, in welche der gedachte Interpretationsversuch zu setzen wäre, ist nicht genauer angegeben; nur

dass er der Vergangenheit angehört, — vermutlich einer weit zurückliegenden — wird sehr deutlich hervorgehoben⁸⁷⁾. Eines aber darf als sicher gelten: in der Epoche jener Auslegungskünstler giebt es keine plebejischen *iudices decemviri* mehr; ja es war damals ohne Zweifel selbst die Erinnerung an dieselben gänzlich erloschen. Ob nicht der Missbrauch der Lex Horatia gerade in jene Zeit fällt, wo die alte Behörde längst verschwunden und die neue noch nicht errichtet war, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber muss ein solcher Zwischenraum, und zwar von einiger Bedeutung angenommen werden, da sich uns auf diese Weise ungezwungen eine Erklärung darbietet, wie die Zusammengehörigkeit der Legalworte *iudices* und *decemviri* in Vergessenheit geraten konnte, was doch die Vorbedingung war, wie für das Gelingen so schon für den Versuch einer Umdeutung des Gesetzes. Hätte sich das neuere Zehnercolleg zeitlich angeschlossen an das vorbildliche alte, so wäre wohl in der römischen Tradition die Erinnerung daran nicht verloren gegangen, der ältere Name nicht spurlos verschwunden, und so auch die Lex Horatia gegen jede Verkennung ihres Inhalts gesichert gewesen.

Auch für die Aenderung der Bezeichnung: *stlitibus indicandis* statt *iudices*, die sich gewiss nicht als Modernisirung darstellt, ist kein anderer Grund zu finden als der, dass eben im sechsten Jahrhundert selbst der Name der *iudices decemviri* etwas völlig Unbekanntes war. Aller-

⁸⁷⁾ Man vergleiche das *fuere* mit den Anfangsworten eines vorhergehenden Satzes (III c. 55), der ebenfalls von der Tragweite desselben Valerisch-Horatianischen Gesetzes handelt: *hac lege iuris interpretes negant.*

dings wäre ja bei der wesentlichen Verschiedenheit der beiden Behörden eine Unterscheidung auch in der Bezeichnung am Platze gewesen. Allein gerade wenn diese Absicht vorlag, sollte man doch etwas Mehr erwarten, als die Ersetzung des einen Wortes durch zwei andere von ganz gleichem Werte.

So sind also aller Wahrscheinlichkeit nach die *decemviri stlitibus iudicandis* wirklich so spät, wie es Pomponius berichtet, eingesetzt und ohne alle Nachbildung des plebejischen Zehnercollegs, von dem man damals gar Nichts mehr wusste, da dessen Thätigkeit lange vorher aufgehört hatte, vielleicht schon in der Zeit, wo den Patriciern das ausschliessliche Recht auf das Consulat entrissen ward.

Ist aber dem Gesagten nach das *iudicium decemvirale* so wenig wie das *centumvirale* eine uralte Einrichtung, so hat die einzige scheinbare Stütze sich als unbrauchbar erwiesen, welche Keller für seine Hypothese über das geschichtliche Verhältniss der Richterarten in Anspruch nehmen könnte. Vielmehr darf jetzt mit grösserer Bestimmtheit diejenige Vorstellung über die Iudicia der alten Legisactionenzeit als die richtige hingestellt werden, welche dem von Gaius entworfenen Bilde entspricht, und die auch bestätigt ist durch einige Nachrichten über das Zwölftafelrecht (S. 143, 144). Darnach aber war der *iudex unus* von Alters überall der gewöhnliche Richter, ohne Unterscheidung des *modus agendi*, vor Allem also im Sacramentsprocess, und daher das ständige Gericht der Zehn wie der Hundert nicht die ältere sondern die jüngere Einrichtung, die erst im 6. Jahrhundert neben die Iudication des Einzelrichters tritt.

Gänzlich ausgeschlossen wurde die letztere ver-

mutlich auch jetzt nirgends; aber selbst concurrirende Gerichtsbarkeit erhielten die Collegien nur in einigen besonderen Processsachen, keineswegs „in allen regulären Privatsachen“, wie Keller³⁸⁾ glaubt, dessen Ansicht nur Eines zur Grundlage hat: die hier abgelehnte Annahme eines höheren Alters der Zehn- und Hundertmänner. Es wird ja gewiss Niemand mehr ohne den geringsten Anhalt in den Quellen eine Viel umfassende Competenz der Collegien behaupten wollen, wenn nicht der Einzelgeschworne es war, der die ständigen Gerichte allmählich in den Hintergrund drängte, sondern wenn umgekehrt die Einrichtung der letzteren eine Beschränkung der Iudication des ersteren mit sich brachte.

Endlich ist durch die vorstehende Untersuchung auch die Praesumtion beseitigt, welche man stillschweigend annehmen mochte zu Gunsten der Gerichtsbarkeit eines der Collegien in allen Fällen, wo die Quellen für das Verfahren *in iure* die Form der Legisactio bezeugen. Sobald einmal die vorausgesetzte Zusammengehörigkeit des Spruchformelprocesses und der Iudication eines der Gerichtshöfe als grundloses Vorurteil erkannt und die Anschauung gewonnen ist, dass die Urtheilsthätigkeit des *iudex unus* wie zur Legisactio überhaupt, so insbesondere zur Sacramentswette um Nichts weniger passt als die der Zehn- oder Hundertmänner, dann entfällt auch jede Veranlassung, sämtliche bei Cicero erwähnte Spruchklagen schon der Processform wegen den Centumviralsachen beizuzählen.

Ich verweise demnach die Actio furti und die übrigen auf S. 128 erwähnten Klagen vor den Einzelrichter und

³⁸⁾ Vgl. oben S. 131.

schliesse daraus noch weiter, dass die Lex Aebutia die Wahlbefugniß zwischen Spruch- und Schriftformel nicht bloß in jenen Fällen gewährt habe, wo zugleich zwischen verschiedenartigen Gerichten zu wählen war, sondern ebenso auch da, wo nur das Iudicium des einen Geschwornen in Aussicht stand.

Der Versuch, dieser Folgerung auszuweichen durch die Bildung einer Gruppe von Klagen, welche das Reformgesetz unberührt gelassen hätte, ist schon oben S. 127—130 als unhaltbar verworfen. Es bleibt nur übrig, hier noch eines Quellenzeugnisses zu gedenken, das in anderer Richtung bereits verwertet ist, des Gaiianischen Berichtes IV. 30, 31 (S. 58). Wenn wir uns genau an die Worte dieser Stelle halten dürfen, dann ist kaum eine andere Auffassung der Lex Aebutia möglich als die von uns angenommene: das Gesetz muss bezüglich der Processform Wahlfreiheit gewährt haben bei allen Actionen³⁹⁾.

Die Aufhebung des alten Verfahrens begründet Gaius l. c. durch die der Darstellung der fünf *modi agendi* unmittelbar angeschlossene Bemerkung: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt*. Gedacht ist hier ohne Zweifel an die Legisactionen in der einen wie in der anderen Bedeutung des Wortes, zunächst an die verschiedenen *modi*, die Processformen, dann aber auch an die Spruchformeln der Klagen, die den ersteren einzufügen waren. Nach

³⁹⁾ Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 364—366, 381—383 nimmt nur in Centumviralsachen doppelte Processform an; für *actiones in personam* seien durch die Lex Aebutia „die *formulae* unbedingt eingeführt“ (S. 379, 380). In weiterem Umfange scheint das Wahlrecht anzuerkennen Brackenhoeft in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Process N. F. Bd. X S. 338 N. 54, Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I S. 470.

einem Zwischensatz, der die Frage erledigt, weshalb das alte System so wenig beliebt war, fährt Gaius fort, offenbar zurückverweisend auf die eben mitgetheilten Worte: *itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legisactiones.*

So durfte der Jurist gewiss nicht schreiben, wenn nach seiner Meinung ein Teil der Legisactionen durch das Aebutische, der andere durch das Julische Gesetz abgeschafft wäre⁴⁰⁾. Wie die Stelle uns vorliegt, ist beiden Gerichtsordnungen aufhebende Wirkung beigelegt bezüglich aller Legisactionen, abgesehen nur von den IV. 31 erwähnten Ausnahmen. Wie aber soll dieselbe Legisactio zweimal, durch zwei auf einander folgende Gesetze beseitigt sein? Die Lösung des Rätsels enthält der folgende einfache Satz: Durch die Lex Aebutia sind die Spruchformeln und Vieles, was daran hing, entbehrlich, erst durch die Julischen Gesetze sind sie unanwendbar geworden.

Für Diejenigen, welche auf die Worte des Gellius XVI. 10, 8 (S. 59) grosse Stücke halten, sei noch bemerkt, dass meine Ansicht auf Grund derselben zwar nicht zu erweisen, aber auch nicht zu widerlegen ist. Wenn da behauptet wird, das ganze Formelwesen der Zwölftafeln sei *lege Aebutia lata* in Vergessenheit geraten, so ist damit der endliche Erfolg zutreffend geschildert, der durch das Gesetz erzielt war, — und zwar vermutlich schon zur Zeit des Augustus — dagegen gar Nichts ausgesagt über die Beschaffen-

⁴⁰⁾ Unter dieser Voraussetzung hätte er etwa *alias — alias* setzen müssen. Dies bemerkt richtig schon Puntchart Civilrecht S. 118 — Rede S. 55, der im Uebrigen den Sinn der Stelle in unerlaubter Weise verdreht.

heit der Legalnorm. Und wenn der citirten Stelle zufolge die Wirkungen des Gesetzes nicht eintraten *in legis actionibus centumviralium causarum*, so will das keineswegs bedeuten, dass diese Rechtssachen von der Reform ganz ausgeschlossen waren; vielmehr ist ja deutlich die Ausnahme dahin bestimmt: *in legis actionibus*, d. h.: wo in einer Centumviralsache der Spruchformelprocess zur Anwendung kommt, da steht auch *omnis antiquitas*⁴¹⁾ der Zwölf-tafeln noch in Geltung.

Uebrigens hat nach meinem Ermessen der nicht allzu gelehrte Jurist bei Gellius ungenau die ganze Reform in der Gestalt, die ihm vor Augen lag, aus der älteren und grundlegenden Lex hergeleitet, während doch ein erheblicher Anteil der Julischen Gerichtsordnung gebührt. Darum sind begreiflich unter den Ausnahmen die Decemviralsachen, die bereits im Anfang der Kaiserzeit hinwegfielen, nicht mehr erwähnt, ebensowenig der thatsächlich fast unpraktische Fall des *damnum infectum*. Hiernach sind wir also durch die besprochene Stelle nicht gehindert, die alte Processform auch in den *causae centumvirales* schon seit dem ersten Reformgesetz als facultativ zu betrachten, oder besser: als obligat nur in dem Fall, wenn die Judication der Hundert wirklich angerufen war.

§ 12. Das allmälliche Verschwinden der Legisactionen und die gesetzliche Einführung der Schriftformeln.

Ist der Inhalt der Aebutischen Norm im vorigen Paragraphen richtig angegeben, dann versteht es sich von selbst,

⁴¹⁾ Nur diese, gewiss nicht die *taliones, uiginti quinque asses, furtorum quaestio*: aus diesem Grunde ist die Auslegung auf S. 103 unabweislich. — Zum Obigen vgl. noch § 6.

dass der processrechtliche Gerichtsgebrauch in Folge des Gesetzes nicht mit einem Schlage umgewandelt sein konnte. Daher wäre es auch ganz verfehlt, das — freilich recht undeutliche — Bild der Praxis, das sich aus Ciceros Werken ergibt, zu übertragen in den Ausgang des sechsten oder in den Anfang des siebenten Jahrhunderts, in die Zeit also, der mutmasslich die Aebutische Rogation angehört. Dem Anschein nach war die Entwicklung, die ungefähr ein Säculum in Anspruch nimmt, eine sehr allmälige, indem das neue Verfahren Schritt für Schritt das alte verdrängt, ihm eine Klage nach der anderen abgewinnt. Die Praetoren mag man sich dabei bald in führender Rolle als Formelproponenten vorstellen, bald vorwärts getrieben durch das Verlangen der Rechtsuchenden.

Welchem der beiden Systeme der Sieg zufallen würde, das konnte vom Anfang an kaum zweifelhaft sein, da der Formularprocess den Parteien in verschiedenen Richtungen wichtige Vorteile bot, ohne, verglichen mit der Legisactio, irgend erhebliche Nachteile im Gefolge zu haben. Am ehesten mochte der Magistrat in Wahrung des öffentlichen Interesses an manchen Punkten der Entwicklung Halt gebieten: so etwa der beiden Teilen drohenden Succumbenzstrafe wegen bei Delictsklagen für die Beibehaltung der Sacramentswette eintreten.

Bei einer Actionengruppe, bei den (civilen) Vindicationen war übrigens im Kampfe der Processsysteme der innere Wert nicht das allein massgebende, weil hier noch ein äusseres Moment mit hineinspielte, der feststehende Grundsatz nämlich, dass ein Rechtshandel mittels Schriftformel nicht vor das Judicium der Zehn- und Hundertmänner gelangen kann. Auf diesem beschränkten Gebiete

war also die Fortdauer der *Legisactio* so lange wenigstens gesichert, als die ständigen Gerichte im Volke besonderes Vertrauen und hohes Ansehen genossen.

Hundert Jahre nach Erlassung der Aebutia kam wohl das alte Verfahren in den Fällen der ausschliesslichen Competenz des *iudex unus* nur mehr ganz ausnahmsweise zur Anwendung. *Condictio* und *iudicis postulatio* werden daher zuerst aus dem Gerichtsgebrauch verschwunden sein. Für Decemviral- und Centumviralsachen aber scheint die Praxis als thatsächliche Regel den Satz festgestellt zu haben: *legis actio sacramento* da, wo ein Gerichtshof, *formula* da, wo ein Einzelrichter das Urteil fällen soll. Ersteres hing nicht vom Belieben der Parteien ab, Letzteres dagegen war, wie ich glaube, rechtlich keineswegs geboten. Auch in Centumviralsachen konnte vermutlich der mittels Spruchformel instruirte Process vor den Judex gebracht werden; nur wird das in der Wirklichkeit bald nicht mehr geschehen sein, weil in den Fällen ganz freier Wahl die *Legisactio* ohne Zweifel überall den Kürzeren zog.

In Betreff der *manus iniectio* kann auf die obigen Ausführungen im § 9 verwiesen werden. Das Schicksal der *pignoris capio* ist weiter unten (§ 16) in dem Abschnitt über die *legis actio damni infecti* genauer erörtert. Da die Pfändung zwar *certis uerbis*, doch nicht *in iure* geschehen musste, entstand unter den Juristen Meinungsverschiedenheit darüber, ob dieser *modus agendi* zu den *legis actiones* gehöre, deren Entbehrlichkeit die reformirenden Judicialgesetze verkündigten. Daraus allein erklärt sich meines Ermessens der von Gaius (IV. 29) bezeugte Juristenstreit über die *Legisactionennatur* der *pignoris capio*. Eine rein terminologische Controverse der *iuris auctores* wird man

schwerlich annehmen dürfen. Dagegen bleibt es allerdings sehr zweifelhaft, wann die *plerique* lebten, *quibus placebat hanc quoque actionem legis actionem esse*. Die Existenz einer formlosen *pignoris capio* unter dem Principat ist ziemlich sicher¹⁾. Ob aber dieses Institut neben den praetorischen Klagformeln mit Fiction, welche die Pfändung in einer Richtung ersetzen sollten, in die Vorjulische Zeit hinaufreicht, das lässt sich nicht ausmachen.

Auch die Frage ist recht schwer zu beantworten, ob ausser den bei Cicero erwähnten Spruchformeln mit folgendem *Judicium* des Einzelrichters gegen den Ausgang der Republik noch viele andere Legisactionen dieser Art im Gebrauche waren, und ob es damals noch eine erhebliche Zahl von Civilklagen gab, die ausschliesslich in der älteren Processform geltend gemacht wurden.

Sollen wir beispielsweise annehmen, dass in den letzten Jahrzehenden des Freistaats Schriftformeln der *actio furti nec manifesti* und *a. rationibus distrahendis* weder proponirt waren noch sonst im praetorischen Gerichte vorkamen? Die bejahende Antwort scheint mir wenig wahrscheinlich, besonders in Anbetracht der Julischen Gerichtsordnung, in der wohl nur die Praxis jener Zeit gesetzlich fixirt und das Zurückgreifen auf veraltete Formen ausgeschlossen ist. Es dürfte also damals die Liste der, überhaupt noch praktischen, Civilklagen im Album kaum mehr nennenswerte Lücken gezeigt haben.

Im Vorstehenden ist nebenbei auch schon angedeutet,

¹⁾ Vgl. *Lex metalli Vipasc.* Z. 35, 41, 42, 45 mit Gai. IV. 28—31; dazu Pernice in der *Zeitschr. f. R. G. R. A.* Bd. XVIII S. 129, 130. Wegen der (nicht bestimmaren) *pigneratio* bei Cic. in *Verr.* III c. 11 § 27 s. oben S. 90, 91.

wie es sich verhält mit der von den meisten Gelehrten²⁾ zu Unrecht gelegneten Einführung der Schriftformel durch die Lex Aebutia. Während sich Keller über diesen Punkt gar nicht äussert, stellt es Bethmann-Hollweg ganz ausdrücklich in Abrede, dass das Reformgesetz „die Formel eingeführt oder gar vorgeschrieben habe“. Seiner Meinung nach war die Formel „keine neue *Legisactio*“; vielmehr bestand der Inhalt der Lex nur darin, dass sie „den Praetor ermächtigte (an Stelle der abgeschafften *Legisactio*) zu einem an den Judex gerichteten Befehl, nach Gesetz und Recht zu verfahren“. „So sei also die Form (der Klage) in die Macht des Praetors gestellt worden“.

Wenn ich richtig verstehe, tritt in diesen Worten dieselbe Anschauung zu Tage, der auch Rudorff huldigt, wenn er von der Aebutia behauptet, sie „substituirt dem altbürgerlichen System pontificischer Klagenbildung und legalisirter Eigenmacht (*legis actiones*) eine obrichterliche Justizgesetzgebung und Rechtshülfe der Praetoren“³⁾. Später hat dann Puntchart diesen Gedanken weiter verfolgt oder doch zu völlig klarem Ausdruck gebracht⁴⁾, indem er unter Beistimmung von Brinz erklärte,

²⁾ Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 6 und N. 7, Rudorff *Rechtsgeschichte* Bd. I S. 104, Puntchart *Civilrecht* S. 119—121, Rede S. 60, dazu S. 54, 55, Bekker *Actiones* Bd. I S. 91, Eisele *Mat. Grundlage der Exceptio* S. 165—167, Kuntze *Excursus* S. 248, 249, Brinz in der *Münch. krit. Vierteljschr.* Bd. XXIII S. 227, 228.

³⁾ Aehnlich Leist *Rechtssysteme* S. 9 N. 8: „Dass die L. Aebutia schriftliche *formulae* eingeführt habe, wird nirgends gesagt, sondern nur, dass dem Praetor bei Abfassung dieser *formulae* ein freieres Ermessen zugestanden wurde“. Ich möchte wissen, wo Leist diese Nachricht gefunden hat!

⁴⁾ P. selbst glaubt allerdings sich im Gegensatz zu befinden zur

das Formularverfahren auf Grund des ersten Reformgesetzes sei ein Institut des praetorischen Rechtes gewesen.

In anderem Sinne als die eben erwähnten Schriftsteller haben noch Bekker und Eisele Widerspruch erhoben gegen die gesetzliche „Einführung“ der jüngeren Processform. Formulae seien auch vorher schon vorhanden gewesen; nach Bekker als Beweisurkunden überall neben der Legisactio, nach Eisele wenigstens in dem von der Lex Silia und Calpurnia angeordneten Verfahren. Kuntze endlich führt auf das Aebutische Gesetz ebenfalls nur die Aufhebung des alten Processes zurück und scheint im Uebrigen nicht bloß das von Bekker Ausgeführte zu billigen, sondern auch Bethmann-Hollweg zu folgen.

Einmütig berufen sich alle hier genannten Autoren zum Beleg auf Gai. IV. 30 und Gell. XVI. 10, 8, nach meinem Dafürhalten ohne zureichenden Grund. Ueber die letztere Stelle ist weiter oben S. 60 bereits das Nötige bemerkt. Dort ist gezeigt, welche Bewandniss es in Wirklichkeit hat mit der *antiquitas consopita* im Munde unseres offerwähnten Practicus, und wie wenig es bedeuten will, dass er kein Wort sagt von dem positiven Inhalt der Gerichtsordnung. Auf Grund der Institutionen aber wäre man schwerlich verfallen auf die jetzt gäng und gebe Ansicht, dass die Aebutia bloß „destruiren“ wollte, wenn nicht die missverständene Gelliusstelle dazu aufgefordert hätte, den darin entdeckten Gedanken auch bei Gaius l. c. zu suchen und zu finden.

gemeinen Ansicht; vgl. Münch. krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 522, 523. — Der Theorie von A. S. Schultze ist schon in der Einleitung (S. 2) gedacht. Gegen die Annahme (M. S. Mayers), dass die Formeln „dem praetorischen Rechte entstammen“, hat sich Eisele a. a. O. S. 32 N. 25^a ausgesprochen.

Per legem Aebutiam et duas Iulias — so berichtet der Jurist. — *sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus.*

Kein unbefangener Leser wird, glaube ich, aus diesem Satz allein die herrschende Auffassung herauslesen. Nur wer mit feststehender Meinung an die Stelle herantritt, kann sich veranlasst fühlen, die Worte *per legem Aebutiam* bloß mit der Abschaffung der Legisactionen in Verbindung zu bringen, um das *efficere (ut per formulas litigemus)* aus einer anderen von Gaius verschwiegenen Quelle herzuleiten. Derselbe Vorwurf träfe eine Auslegung, welche die Beseitigung des alten Systems der einen, den Neubau der anderen Lex zuschreiben wollte. Was wäre das auch für ein merkwürdiges Gesetz gewesen, das durch Aufhebung einer grösseren oder geringeren Anzahl von Legisactionen ein Vacuum geschaffen hätte, ohne doch selbst wieder die Ausfüllung der Lücke zu bewirken.

Die Annahme aber, das Gesetz könnte durch Abschaffung des altcivilen Processes — in welchem Umfang immer — nur Platz gemacht haben für eine praetorische Rechtsbildung auf diesem Gebiete, ist ohne Zweifel unhaltbar. Mit so völlig überflüssigen Rogationen wurden die römischen Volksversammlungen sicher nicht behelligt. Hätte man die allmähliche Ersetzung des Legalprocesses durch ein honorarrechtliches Verfahren gewünscht, so bedurfte es zu diesem Zwecke nicht erst der Beseitigung der Legisactionen; dazu waren die Praetoren ohnedies durch ihr Imperium ermächtigt.

Puntschart scheint auch diesen Einwand sehr ernstlich erwogen zu haben. Denn er macht aus der „Gerichts-

ordnung“, von der wir sprechen, ein Verfassungsgesetz, durch welches dem Praetor urbanus erst die ihm bis dahin mangelnde „potestas iuris civilis supplendi et corrigendi“ verliehen wäre, und folgert daraus weiter, dass die Lex Aebutia das altcivile Processrecht so wenig *ipso iure* beseitigte als sie neues Civilrecht schuf. Schade nur, dass dieses Aebutische „Verfassungsgesetz“ nichts Anderes⁵⁾ zur Grundlage hat als einen verderbten Text (Gell. XX. 10, 9)⁶⁾, und dass ausserdem die behauptete Aufhebung (*tollere iure honorario* ein Unding ist⁷⁾!

Wenn übrigens Rudorff und Bethmann-Hollweg nicht zu ähnlichen Ergebnissen gelangten wie Puntchart, so erklärt sich dies einfach daraus, dass sie den flüchtig hingeworfenen Gedanken nicht ganz zu Ende dachten. Die Wurzel aber jener missverständlichen Gaiusauslegung scheint mir zu liegen in dem schon öfter gertügten Vermengen der gesetzausführenden und der frei schaffenden Thätigkeit des Magistrats, das wenigstens in Rudorffs Schriften deutlich nachzuweisen ist. Weil die neue Gerichtsordnung die Formulirung der Klagen, die früher zunächst (doch nicht ausschliesslich) Sache der Parteien war, wesentlich in die Hände der Praetoren legte, glaubte man sich befugt allen Schriftformeln das Praedicat „praetorisch“ beizulegen, um

⁵⁾ Die übrigen (belanglosen) Belegstellen hat Puntchart von Huschke *Incerti auctoris expositiones* p. 60–66 übernommen, der zuerst die Ermächtigung der Praetoren zur Rechtsatzung aus der Lex Aebutia abzuleiten versuchte. In erheblich abgeschwächter Fassung ist Huschkes Theorie in Puchtas *Institutionen* Bd. I § 80–82 übergegangen und so bald gemeine Meinung geworden; folgerichtig weiterentwickelt und auf die Spitze getrieben ist sie erst von Puntchart.

⁶⁾ Vgl. dazu das auf S. 26 Gesagte.

⁷⁾ S. oben S. 62.

dann bald das ganze neuere Actionen- und Processrecht für „praetorisch“ d. h. für *ius honorarium* auszugeben⁸⁾. So unverfänglich jene erstere Abweichung von dem quellenmässigen Sprachgebrauch schien, so schwerwiegende Missverständnisse sind daraus hervorgegangen: vornehmlich dieser Unfug und daneben die Verwechslung des Actionen- und des Processrechts haben meines Ermessens der vollen Ausbeutung des Gaius für die Geschichte des Formularverfahrens im Wege gestanden.

Lassen wir uns aber weder durch Gellius noch durch eine der beleglosen modernen Theorien beeinflussen, dann werden wir nicht zögern, die Institutionenstelle als Zeugnis anzuerkennen sowohl für die directe Aufhebung der alten wie für die volkrechtliche Anordnung einer neuen Processform. Ob die Worte *effectumque est, ut litigemus* gerade die eigentümliche Art und Weise andeuten sollen, wie die Schriftformel auf Grund der Aebutia thatsächlich

⁸⁾ Belege für die im Text aufgestellte Behauptung sind gesammelt in meinen Kritischen Studien § 3. Ich füge noch bei Kuntze in der Münch. krit. Viertelsschr. Bd. IX S. 544 und Excursus S. 249 Z. 20. Uebrigens muss ich fürchten, den citirten Abschnitt meiner Studien (S. 19—22) vergeblich geschrieben zu haben, wenn neuestens (1886) wieder P. Krüger (Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX² S. 104 u. S. 105) von dem „Jus honorarium“ sprechen kann, das angeblich in dem ersten, der Edictsordnung folgenden Teil der Digestenwerke dargestellt war. Man darf nicht sagen, die Civilrechtsmaterien seien „mitberücksichtigt“, seien „aufgenommen“ in die Edictscommentare und in die Digesten (Kr. S. 96); vielmehr konnten sie gar nicht wegbleiben, wenn eine vollständige Erläuterung des Albums beabsichtigt war, da dieses neben den praetorischen die civilen Formeln enthielt, und zwar keineswegs bloß als Anhang oder als Nebensache, sondern — in der Julian'schen Bearbeitung wenigstens — als wesentliche Bestandteile des Systems (s. Wlassak Edict S. 91, 92, 31, 32). Das civile Actionenrecht aber ist nun einmal, trotz Krüger, nach den Quellen nicht „Jus honorarium“.

zur Geltung gelangte, das wird nicht leicht zu entscheiden sein; gewiss aber hätte Gaius gar keinen passenderen Ausdruck wählen können als den uns vorliegenden, wenn es ihm wirklich darauf ankam, kurz hinzuweisen auf das oben geschilderte allmälliche Vordringen der Schriftformel in der Praxis des Praetor urbanus.

Darnach trage ich nun auch kein Bedenken, eine Auffassung der Formula ex lege Aebutia ausdrücklich gutzuheissen, die von Bethmann-Hollweg ebenso ausdrücklich verworfen wird, den Satz nämlich, dass durch das Reformgesetz eine neue *Legisactio*⁹⁾ eingeführt sei. Allerdings ist das neue Verfahren kein Process mit solenner Parteidrede mehr, wohl aber ein Verfahren nach dem Gesetze, ein *lege agere* also im ursprünglichen Sinn dieser Worte, wenn man will: eine *Legisactio* neueren Styls, die nur darum von den Römern nie so benannt wurde, weil mit diesem Ausdruck schon die Vorstellung eines Spruchformelverfahrens unzertrennlich verbunden war, und weil man überdies gelernt hatte, Klage und Process (*iudicium*) genauer zu unterscheiden¹⁰⁾.

Zum Schluss wäre noch Bekkers¹¹⁾ Einwand gegen die

⁹⁾ In der von Bekker Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V S. 343, 344, Actionen Bd. I S. 88 N. 23 festgestellten Bedeutung.

¹⁰⁾ Vgl. oben S. 90, 31.

¹¹⁾ Es würde zu weit führen, wenn ich Eisele (oben S. 160 und N. 2) besonders widerlegen wollte, dessen Beilage III (Probabilia) viel Anfechtbares enthält. Keller noch überbietend nimmt Eisele Formularprocess an nicht blos nach der L. Calpurnia, sondern auch nach der L. Silia. Meines Erachtens verdient schon Kellers Vermutung keinen Beifall. Dieselbe steht unleugbar in schroffem Widerspruche mit den Quellen, denen zufolge die schriftliche Anweisung erst durch die Aebutia zur gesetzlichen Processform wurde. Keller aber schien ein Verbindungsmitglied notwendig zwischen dem alten und dem neuen System. In der *Conditio* glaubte er eine passende Trägerin dieser Rolle gefunden zu

hier behauptete gesetzliche Einführung der *concepta uerba* in Betracht zu nehmen. Der Process auf Grund der Aebutia — meint dieser Gelehrte — sei durchaus nichts Neues gewesen. Allein es ist bereits in anderem Zusammenhang (S. 64, 65) dargelegt, dass Bekkers Schriftformel im Legisactionenprocess in Wahrheit etwas wesentlich Anderes ist als die *formula* des späteren Verfahrens.

Wie aber, wenn doch Huschke im Rechte wäre, — was ich allerdings behaupten möchte — wenn die *concepta uerba* in derselben Bedeutung, die ihnen später im gesetzlichen Verfahren vor dem Stadtpraetor zukam, vorher schon bekannt waren im Fremdengericht? Offenbar ist auch dies durchaus kein Hinderniss, von der Einführung der Formel durch die Lex im Bürgerprocesse zu sprechen, und nur das kann noch die Frage sein, ob die Aebutia wirklich blos den Process im Gerichte des Stadtpraetors regeln wollte. Es wird weiter unten gezeigt werden, dass diese Voraussetzung in der That zutrifft.

Uebrigens liegt mir die Absicht fern, auf das Wort „Einführung“ besonderes Gewicht zu legen. Wie der Ausdruck in meinem Sinne zu verstehen sei, das mag dem auf S. 155—158 Ausgeführten entnommen werden. Mit dieser Verweisung glaube ich auch möglichen Missverständnissen genügend vorzubeugen, insbesondere die Annahme auszuschliessen, als ob dem Aebutischen Gesetze meinerseits ein Verzeichniss der zulässigen Schriftformeln im Wortlaut zugesprochen wäre. Daran ist natürlich nicht zu denken; in diesem besonderen Sinne sind aber auch die

haben, weil die Quellen uns über den Charakter dieses *modus agendi* ganz im Dunkeln lassen. Ein anderes und besseres Argument vermag ich nicht zu finden.

Spruchformeln keineswegs *lege* eingeführt¹²⁾. Ob nicht doch in den Text der neuen Gerichtsordnung ein oder mehrere Formulare als Muster für die praetorische Praxis aufgenommen waren, das steht dahin. Auf die Analogie der Lex Rubria, die sich an nichtrömische Magistrate wendet, dürfte man sich keinesfalls berufen. Und gewiss sind die in Frage stehenden Formelbeispiele wenig wahrscheinlich, wenn man voraussetzt, dass die Handhabung des Formelmechanismus schon vor dem Reformgesetz im Peregrinengericht erlernt werden konnte.

Wer aber nach diesen Bemerkungen den Ausdruck „Einführung durch das Gesetz“ nicht mehr passend fände, der wähle immerhin einen anderen, doch von ungefähr gleichem Werte. Wesentlich kommt es nur darauf an, die vom Praetor (urbanus) verfasste, für den Judex bestimmte Anweisung, mag dieselbe im Uebrigen ihren Inhalt aus dem materiellen Volks- oder Amtsrecht herholen, als eine auf der Lex Aebutia beruhende Einrichtung anzuerkennen, die hauptsächlich vorgeschrieben war als Ersatz für die Spruchformeln: mit andern Worten als eine gesetzliche oder legitime Processform. Somit sind wir dahin gelangt, sagen zu können: das erste Reformgesetz ist die Quelle der ältesten *iudicia legitima*, des „gesetzlichen“ Verfahrens und des „gesetzlichen“ Gerichtes.

¹²⁾ Vgl. Wlassak Edict S. 93 N. 10, S. 117 N. 11.

Drittes Capitel.

Die Julischen Gesetze und der Process nach der stadtrömischen Gerichtsordnung des Augustus.

§ 13. Julische Gesetze des Dictators Caesar.

Die Neugestaltung des römischen Civilprocesses ist nach Gaius fortgeführt und vollendet durch zwei Julische Gesetze (*duae Iuliae*). Wem sind diese *Leges* zuzuweisen; haben sie denselben Urheber; welcher Zeit gehören sie an, und was ist ihr Inhalt? Das sind die Hauptfragen, die sich an die kurze Notiz des Juristen anknüpfen, der selbst zur Beantwortung der drei ersteren gar keinen, zur Beantwortung der letzten Frage nur einen sehr dürftigen Beitrag liefert.

Dass das eine von den beiden Julischen Gesetzen die „umfassende Civilprocessordnung des Augustus“ sei, hält man allgemein für eine ausgemachte Sache. Zweifel werden nur darüber geäußert, ob die andere *Iulia* ebenfalls von dem genannten Kaiser oder vom Dictator Julius Caesar gegeben sei. Es wird sich empfehlen, vor Allem die quellenmässige Grundlage genauer zu prüfen, auf der die

hergebrachte Ansicht¹⁾ beruht, da dies meines Wissens in neuerer Zeit nicht mehr geschehen ist.

Verweisungen auf Julische *leges iudicariae* oder *iudiciorum*, d. h. Geschwornen- und im weiteren Sinne überhaupt Gerichtsordnungen, kommen bei den Juristen ziemlich häufig vor, immer aber ohne nähere Bestimmung des Urhebers. Um diesen zu ermitteln müssen die gelegentlichen Notizen über Reformen des Gerichtswesens benützt werden, die wir bei Cicero, Sueton, Dio Cassius und anderen nichtjuristischen Schriftstellern finden.

Dem älteren Caesar werden von Dio zweimal²⁾ Judicariengesetze zugeschrieben, zuerst im Consulatsjahr 695, dann in der Zeit der Dictatur (708). Beidemale bemerkt unser Gewährsmann ausdrücklich, dass es nicht seine Aufgabe sei, über die *Leges Juliae* eingehend zu berichten.

¹⁾ Vgl. Heffter *Observationes* p. 29—31, Puchta *Institutionen* Bd. I § 163 N. c, Keller *Civilprocess* § 23 S. 111, Rudorff *Rechtsgeschichte* Bd. I S. 95, 96, Bd. II S. 91 N. 2, Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 9 N. 16, auch in der *Zeitschr. für gesch. R.W.* Bd. V S. 384, Lange *Altertümer* Bd. II S. 617 (2. A.), Bekker *Actionen* Bd. I S. 91, Huschke *Multa* S. 266, Punschart *Rede* S. 14, Pernice in *Holtzendorffs Encyclopädie* S. 131 (4. A.), Hartmann-Ubbelohde *Ordo* I S. 307, 465, Karlowa *Legisactionen* S. 253, 259, *Rechtsgeschichte* Bd. I S. 619, 620, Landucci *Storia del diritto romano* § 30 N. 4, 12 (p. 66, 67).

²⁾ L. XXXVIII c. 7: *ἔπειτα δὲ (ὁ Καῖσαρ) καὶ ἄλλα πολλὰ διεννομοθέτησε, μηδενὸς ἐναντιουμένου. οὐδὲ γὰρ οὐδ' ὁ Κάτων ἀντιῆκε τι, καίπερ ἐν τῇ στρατηγίᾳ . . . μηδαμοῦ τῆς τῶν νόμων αὐτοῦ προσηγορίας, ὡς καὶ Ἰουλιῶν ἐπικαλουμένων, ἐπιμνησθεὶς. τὰ γὰρ δικαστήρια κατ' αὐτοὺς ἀποκληρῶν τὸ ὄνομα αὐτῶν γελοῖοτατα ἀπεκρύπτετο. — L. XLIII c. 25: . . . καὶ ἐνομοθετεῖτο πολλὰ ὧν ἐγὼ τὰ μὲν ἄλλα παραλείψω, τῶν δὲ δὴ λόγου μάλιστα ἀξίων μνησθήσομαι. τὰ τε γὰρ δικαστήρια τοῖς τε βουλευταῖς καὶ τοῖς ἱππεῦσι μόνοις ἐπέτρεψεν.* Unter dem Jahre 710 (XLIII c. 50) meldet Dio nur: *νόμους ἐπέφερε.*

Und so erfahren wir denn in Betreff der consularischen Gesetze von 695 nur, dass sie von der Ausloosung der Richter handelten, und dass Cato als Praetor, wenn er einer Caesarischen Lex gedenken musste, den Namen derselben lächerlicher Weise verschwieg. Praetor war der jüngere Cato im Jahre 700, und zwar Vorsteher des Repetundengerichtes, vor dem sich auch der bekannte Process des M. Scaurus abspielte³⁾. So dürfte es also die von Cicero schon in der Rede pro Sestio⁴⁾ (c. 64 § 135) von 698 erwähnte *lex Julia repetundarum* sein, welche Cato am häufigsten anzurufen in der Lage war, keineswegs eine Civilprocessordnung.

Dieser Umstand und mehr noch die Erwägung, dass Caesar in der stürmischen Kampfzeit kaum ein Gesetz über die Form des Civilverfahrens vorlegen mochte, lassen es rätlich erscheinen, die Leges von 695 einstweilen gar nicht in Rechnung zu ziehen. Viel wahrscheinlicher ist von vornherein die Annahme einer den Civilprocess betreffenden Gesetzgebung in der Zeit der Dictatur.

Doch meldet Sueton (I c. 41 in f.) nur genau Dasselbe, was auch Dio unter dem Jahre 708 berichtet: die Ausschliessung der *tribuni aerarii* von der Geschworenenliste. Auf diese Massregel könnten sich auch die an Caesar gerichteten Worte: *constituenda iudicia* in Ciceros Rede pro Marcello (c. 8 § 23) beziehen; während es in der ersten Philippica (c. 8 § 19) allerdings heisst: *ea lege*

³⁾ Vgl. Plut. Cato min. c. 44, Asconius in Scaur. (Orelli p. 19, 20, 30), Valer. Max. III c. 5 § 7; s. auch Mommsen Röm. Geschichte Bd. III⁷ S. 329.

⁴⁾ Dann pro Rabirio Post. c. 4 § 8, c. 5 § 12; mehr Belege bei Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 31 N. 16.

(des Antonius), *quae promulgata est de tertia decuria iudicum, nonne omnes iudicariae leges Caesaris dissoluuntur*⁵⁾? Darnach hat es jedenfalls mehrere Gesetze des Dictators über das Gerichtswesen gegeben. Nichts aber deutet hin auf eine Lex über das Civilverfahren⁶⁾. Ausser an die Geschworenenordnung⁷⁾ denkt wohl Cicero an die *leges Iuliae de vi und maiestatis*, deren Bestand dieselbe Rede (in c. 9 § 23) als bedroht bezeichnet durch den Antrag des Antonius auf Zulassung der Provocation.

In dem bisher vorgeführten Material haben wir Nichts gefunden, was auf Abschaffung der Legislationen durch ein Caesarisches Gesetz schliessen lässt. Freilich ist das Still-

⁵⁾ Dazu noch c. 10 § 24: *... iisque legibus rem publicam contineri putabat, de provinciis, de iudiciis, eas, inquam, Caesaris leges, nos, qui defendimus acta Caesaris, evertendas putamus?*

⁶⁾ Auch nicht Dios Erzählung (XLII c. 22; dazu Caes. bell. civ. III c. 20, 21), dass M. Caelius den Praetor urbanus Trebonius gehindert habe, nach Caesars Gesetzen Recht zu sprechen. Gemeint sind die Schuldengesetze von 705 (Dio XLI c. 37, 38, Caesar l. c. III c. 1, Sueton I c. 42, Mommsen Geschichte Bd. III S. 534, 535).

⁷⁾ Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 94 zu N. 14 denkt anscheinend nicht an eine besondere Lex Caesaris über die *Judices* in den verschiedenen Gerichten, sondern an mehrere gleichlautende Bestimmungen über die Geschworenenwahl in den einzelnen Proceßgesetzen. Das ist m. E. wenig wahrscheinlich. Seit dem Gracchischen Richtergesetz von 682 hat es wohl immer eine Lex iudiciaria gegeben, welche allgemein die Fähigkeit zu den Geschworenenstellen, bezw. seit 684 die Voraussetzungen für die Aufnahme in die Grundliste regelte. Ein Gesetz dieser Art werden wir auch dem Dictator Caesar zuschreiben müssen. Freilich war das generelle Gesetz kaum jemals schlechthin für alle Gerichte massgebend (s. Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 530 N. 4, S. 535 N. 3), und die Specialgesetze konnten auch das in dem Grundgesetz Gesagte wörtlich wiederholen (Mommsen l. c. S. 531 N. 1). Vgl. übrigens Geib Geschichte d. röm. Criminalprocesses S. 209, dazu Mommsen in der Jenaer Litteraturzeitung von 1844 S. 259, neuestens Staatsrecht Bd. II¹ S. 219, II² S. 917, 918, III¹ S. 527—539, auch Zumpt Criminalrecht Bd. II² S. 198—216.

schweigen der Quellen allein noch kein genügender Beweisgrund; dazu treten aber noch andere stärkere Argumente, die ebenfalls der Annahme einer solchen Lex entgegenstehen. Herleiten können wir dieselben aus den oben auf S. 87—92 citirten Stellen, die dort den Fortbestand der *Legisactio* nach der *Aebutia* darthun sollen.

Um diese Quellenäusserungen auch hier nutzbar zu machen zur Bekräftigung der soeben aufgestellten Behauptung, bedarf es nur weniger Worte. Jene Stellen stammen nämlich zum grössten Teil aus den Werken des Cicero; daneben ist noch ein Capitel der *Lex Ursonensis* genannt. Nun sind aber von den Ciceronischen Schriften alle, die hier und dort in Betracht kommen, — nur mit Ausnahme der Rede für *Caecina* und *Murena* — erst nach *Caesars* Consulatsjahr verfasst, einige erst nach 708⁹⁾, so insbesondere die drei Bücher *De natura deorum*, welche das wichtige Zeugniß über die Spruchklage des Bestohlenen enthalten. Das Julische Coloniegesetz endlich mit dem c. 61 über die *legis actio per manus iniiectionem* fällt bekanntlich ins Jahr 710, in das Todesjahr des Dictators.

Somit ist das Eine wenigstens gewiss, dass der Rechtszustand, den *Gaius* als das Ergebniss der *duae Iuliae* hinstellt, nicht auf Caesarischen Gesetzen beruht. Immerhin bleiben dann noch zwei Aufstellungen möglich. Entweder wir schreiben dem Dictator zwischen 708 und 710 ein Gesetz zu über das Verfahren vor dem Stadtpraetor, welches das Prinzip der *Aebutia* noch beibehalten und die Aufhebung der Spruchformeln nur irgendwie vor-

⁹⁾ Vgl. *Teuffel Litteraturgeschichte* S. 319—322, 328, 331, 343, 347.

bereitet hätte. Oder wir nehmen eine Lex Caesaris an, durch die zunächst der Process vor einem Quaestionsvorsteher neu geregelt, und nur nebenbei die bis dahin vor dem Fremdenpraetor⁹⁾ zulässige Legisactio beseitigt wäre.

Das Erstere führe ich nur deswegen an, um keinen denkbaren Ausweg unversucht zu lassen. Denn sicherlich ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass ein kühner Reformator wie Caesar sich gescheut hätte, den längst schnittreifen Legisactionenprocess gründlich aus dem Wege zu räumen. Auch wüsste ich gar nicht zu sagen, was denn eigentlich die vorausgesetzte Lex verordnet haben soll.

Die an zweiter Stelle erwähnte Erklärung ist von Rudorff vorgeschlagen, der noch genauer auf das schon oben genannte Repetundengesetz vom Jahre 695 hinweist¹⁰⁾. Indess ist es doch recht zweifelhaft, ob der Consul Caesar überhaupt noch ein *sacramento agere* auf Grund des Calpurnischen und Junischen Gesetzes oder sonst etwas Aehnliches vorfand. Und mag man dies auch zugestehen, so bleibt trotzdem Rudorffs Erklärung unannehmbar, weil dem Gaius ohne zwingende Gründe die Erwähnung einer Lex *iudiciorum publicorum* in den Institutionen nicht zuzumuten ist. Wie wäre der Jurist auch dazu gekommen, eines Repetundengesetzes zu gedenken, das vor mehr als zwei Jahrhunderten die Verfolgung der Amtsverbrechen in den

⁹⁾ Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 202, 214 N. 5, Pernice in d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX² S. 154, auch L. Acilia v. 12. Ueber die älteren Repetundengesetze sind nur luftige Vermutungen möglich.

¹⁰⁾ Bei Puchta Institutionen Bd. I § 163 N. c und in der Rechtsgeschichte Bd. II S. 91 N. 2. Zumpt Criminalrecht Bd. II² S. 322, 323 glaubt, das Julische Repetundengesetz habe über das Verfahren Nichts bestimmt. S. auch oben § 10 N. 6.

Formen des Civilprocesses gänzlich aufgehoben hatte, während doch jene *Julia*, die er im Sinne hat, bewirkt haben soll, *ut per concepta uerba litigemus?*

Demnach glaube ich auch den Auslegungsversuch von Rudorff verwerfen zu müssen und gelange so zum Schlusse, dass allem Anschein nach von den *duae Juliae* keine den Dictator zum Urheber hat¹¹⁾. Bestätigt kann man diese Annahme noch finden durch Sueton I c. 44 und durch die aus anderer Quelle geschöpfte Notiz des Isidorus Orig. V. 1, 5¹²⁾, derzufolge Caesars Codificationspläne nicht zur Ausführung gelangt sind: *leges . . . redigere . . coepit, sed ante interfectus est.*

§ 14. Drei Gerichtsordnungen des Augustus — Gaius' *duae Juliae*.

Wenn wir das Ergebniss der vorstehenden Erörterung im Auge behalten, werden die nicht ganz befriedigenden Zeugnisse, welche auf Augustus als Rogator der Julischen Gerichtsgesetze hinweisen, etwas gewichtiger erscheinen, als es wohl sonst der Fall wäre.

Die *Res gestae* des Kaisers, die man in erster Linie

¹¹⁾ Eine zweite Frage ist es, ob nicht in der Augusteischen Processordnung manche Gedanken Caesars ausgeführt sind. Andere legislative Schöpfungen des ersten Princeps können diese Herkunft nicht verleugnen. Wahrscheinlich trifft dies auch zu für die sog. *L. Julia de cessione bonorum*. Mommsen (*Röm. Geschichte* Bd. III S. 536) glaubt, noch Caesar selbst habe die Reform des Executionsrechts durchgesetzt. Doch fehlt es an Belegen. Vgl. übrigens oben S. 93.

¹²⁾ Bruns *Fontes* p. 406. Sueton I. c. spricht zunächst nur vom *ius civile*, dann von der *immensa diffusaque legum copia*. Dass auch eine Redaction des Civilprocessrechts beabsichtigt war, ist mindestens sehr wahrscheinlich.

zu Rate ziehen möchte, zählen leider dessen gesetzgeberische Thaten im Einzelnen nicht auf. Zweimal wird derselben gedacht, zuerst¹⁾ gelegentlich, wo von der Ablehnung der wiederholt (735, 736, 743) angebotenen *cura legum et morum* die Rede ist, und der Kaiser die Bemerkung beifügt, er habe die ihm gestellte Aufgabe gelöst kraft seiner tribunicischen Gewalt; dann nochmals (II. 12—14) mit den Worten: *Legibus nou[is latis complura e]xempla maiorum exolescentia iam ex nost[ro usu reduxi et ipse] multarum rer[um exe]mpla imitanda pos[teris tradidi]*. Wir erfahren also weder über die Zeit noch über den Inhalt der Augusteischen Gesetze etwas Genaueres; nur dass es sich um Comitialbeschlüsse²⁾ handelt, ist mit Sicherheit zu behaupten.

Die Frage, ob eine Processordnung unter jenen *Leges* war, beantwortet unzweideutig Macrobius (I. 10, 4): *unde et Augustus . . . (der Saturnalien wegen) in legibus iudicariis³⁾ triduo seruari ferias iussit*. Eine weitere, offenbar zur selben Ferienordnung⁴⁾ gehörige Bestimmung teilt Sueton (Aug. c. 32 in f.) mit: die Hinzufügung von 30 Tagen zum *rerum actus*, *ne quod maleficium negotiumue in punitate uel mora elaberetur*.

¹⁾ Monum. Ancy. III 19—21 der griech. Uebersetzung, dazu Mommsens Commentar (Berlin 1883) p. 28—30 und Staatsrecht Bd. II¹ S. 686, 687.

²⁾ Vgl. das Edictum de aquaeductu Venafrano Z. 68: [*ex lege q]uae de iudicis priuatis lata est (C. I. L. t. X nr. 4842)*, auch Sueton Aug. c. 34, der von der *Lex de maritandis ordinibus* sagt: *hanc . . . perferre non potuit*, und Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 845, 846.

³⁾ Ohne Bedeutung ist Macrobius I. 10, 23: *ex edicto Augusti*.

⁴⁾ S. Huschke Das alte röm. Jahr S. 338, 339. Die gesetzliche Fixirung der Ferienordnung bezeugt auch Ulpian in l. 6 D. de fer. (2, 12): . . . *lege* (wahrscheinlich Julia) *cautum est*; vgl. noch Gell. XIV. 2 § 1.

Hier die Nebeneinanderstellung von *maleficium* und *negotium*, dort der Plural: *in legibus iudicariis* lassen erkennen, dass mindestens zwei verschiedene Gesetze, und zwar eine Civil- und eine Strafgerichtsordnung übereinstimmend die Geschäftszeit der Gerichte regelten.

Bedürfte es noch eines Beweises, dass Augustus auch die Civiljustiz neu ordnete, so läge er in der bei Sueton⁵⁾ l. c. unmittelbar folgenden Nachricht über die Einrichtung einer vierten Richterdecurie, *quae iudicaret de leuioribus summis*. Vor die Geschworenen dieser letzten Decurie wurden also jedenfalls Civilsachen, wahrscheinlich nur solche, verwiesen, während im Uebrigen unter den Kaisern zweifellos dasselbe Richteralbum für die Straf- und die Civilgerichte massgebend war⁶⁾.

Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll Augustus als untere Altersgrenze für alle in die Liste der *Judices* Aufzunehmenden das zwanzigste Lebensjahr festgestellt haben. Man behauptet dies unter Berufung auf Cuiacius (*Observat.* XXI. 32) und die ihm folgenden Suetonausgaben, welche das

⁵⁾ Vgl. auch Plinius *Hist. nat.* XXXIII c. 1 in f. (7) ed. Detlefsen. — Mommsen *Staatsrecht* Bd. II² S. 920 (dazu jetzt Bd. III¹ S. 535) spricht von „Regulativen, die der Kaiser für die Geschwornenthätigkeit zu erlassen hatte“. „So“ sei die vierte Decurie von Augustus eingerichtet (S. 920 N. 2). Allein die Aufstellung einer neuen Decurie *ex inferiore censu* ist gewiss keine Durchführungsverordnung mehr; das gesetzlich Normirte aber konnte Augustus nicht abändern. Sagt doch Mommsen selbst (II² S. 918 N. 1 = III¹ S. 528 N. 1), dass in den *Leges Juliae* die Qualification der Geschworenen geregelt war. Gesetzt diese *Leges* wären vom älteren Caesar gegeben: durfte sich der Sohn seit 727 ohne Zustimmung des Volkes über dieselben wegsetzen? Wenn aber Augustus der Rogator ist, dann war auch unter dem Principat anerkannt, dass die Geschworenenordnung von der Volksversammlung festzustellen sei. [In der 3. A. von Bd. II² hat Mommsen den Abschnitt über die kais. Geschworenenernennung gestrichen u. verwiesen auf Bd. III¹ S. 527—539.]

⁶⁾ Vgl. Mommsen *Staatsrecht* Bd. II² S. 918, (III¹ S. 534—536), Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 59.

handschriftliche *tricensimo aetatis anno in uicensimo* verwandeln⁷⁾. Träfe diese Textänderung das Richtige, so wäre mit Hülfe der l. 41 D. de recept. (4, 8) von Calistratus ein neues Argument⁸⁾ für unser Beweisthema gewonnen, da der eben genannte Jurist ausdrücklich als eine Bestimmung der Lex Julia die anführt, *ne minor uiginti annis iudicare cogatur*.

Indess wird auf diesen Beweisgrund nach meinem Er-messen besser Verzicht geleistet. Ist auch der handschriftliche Text der Suetonstelle anfechtbar, so darf doch ein Besserungsvorschlag nicht⁹⁾ auf l. 41 D. cit., die vom Schiedsrichter handelt, gestützt werden, sondern muss vielmehr einerseits die L. Acilia v. 13 berücksichtigen, andererseits Ulpians l. 57 D. de re iudic. (42, 1). Wenn nämlich das Repetundengesetz das vollendete dreissigste, Ulpian dagegen das fünfundzwanzigste Lebensjahr fordert, und die Nachricht des Sueton also lautet: der Kaiser habe in die Liste Judices aufgenommen *quinquennio maturius quam solebant*, so liegt es wohl am nächsten, statt XXX zu setzen: XXV. Freilich haben wir unter dieser Voraussetzung der Lex Julia einen besonderen Abschnitt über den Schiedsrichter zuzuschreiben; was jedoch keineswegs unwahrscheinlich ist. Vielleicht aus demselben Capitel über

⁷⁾ Angenommen ist diese Emendation von Puchta Inst. Bd. I § 154 N. y, Keller Civilprocess § 11 N. 173, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 61 N. 19, A. W. Zumpt Criminalprocess d. röm. Repnblik S. 21 N. 3; vgl. aber Zimmern Civilproc. § 12 N. 11.

⁸⁾ Vgl. Bach Historia iurisprudentiae l. III c. 1 § 18 (p. 335 — ed. V).

⁹⁾ Dies hat schon Geib Geschichte des röm. Criminalprocesses S. 202—205 ausgeführt; Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 39 N. 22 stimmt zu. Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 918 N. 3, Bd. III¹ S. 534 N. 1, S. 537 N. 5 will das handschriftliche *tricensimo* beibehalten.

das Compromiss, jedenfalls aus demselben Gesetze teilt Ulpian in l. 9 § 2 D. de recept. (4, 8) die Bestimmung mit: *iudex . . . arbitrium recipere . . . inue se compromitti iubere prohibetur lege Iulia.*

Doch kehren wir zurück zu den, das Gerichtswesen betreffenden Einrichtungen, die nicht bloß als Julische bezeichnet sind, — deren giebt es genug — sondern die ausdrücklich auf Augustus zurückgeführt werden. So viel ich sehe, kommen noch in Betracht Sueton II c. 36 und Dio LIV c. 18.

Die erstangeführte Stelle enthält die bekannte Nachricht, *ut centumviralem hastam quam quaesturam functi consuerant cogere decemviri cogerent*¹⁰⁾. Ohne Zweifel war eine Verfügung dieses Inhalts ganz geeignet, in einer umfangreichen Lex Platz zu finden, die eine Ordnung der *iudicia priuata* weiteren Sinnes aufstellte, d. h. der Civilgerichte im Gegensatz zu den *quaestiones publicae*. Auch wenn das Praesidium der Decemvirn nichts Neues war, sondern nur die Erneuerung eines in Vergessenheit geratenen Gebrauchs, so konnte doch eine entsprechende Vorschrift in dem römischen Gerichtsverfassungsgesetze nicht fehlen.

Noch mehr Wahrscheinlichkeit gewinnt diese Annahme, wenn gleichzeitig mit der Uebertragung jener Vorsteher-schaft den Zehnmännern ihr selbständiges Richteramt in Freiheitssachen genommen ward. Die letztere Thatsache ist zwar nicht besonders überliefert, trotzdem aber kaum zu bezweifeln, da die Decemvirn von den Zeiten des

¹⁰⁾ Dazu Dio LIV c. 26, Pomponius l. 2 § 29 D. de O. J. (1, 2), Plinius Epist. V e. 21. Ueber den Praetor hastarius und die Zeit der Einsetzung desselben vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 216.

Augustus an zwar noch wiederholt genannt werden, doch immer nur in Verbindung mit dem Centumviralgericht. Das Stillschweigen der Quellen ist an diesem Punkte sicher nichts Zufälliges, vielmehr ein deutliches Zeugniß für die Nichtexistenz des Nichterwähnten¹¹⁾.

Dass endlich Sueton Einiges, was den Julischen Judiciargesetzen entnommen ist, im c. 32, Anderes (die Reform des Zehnergerichts) im c. 36 mitteilt, entscheidet gewiss nicht gegen die behauptete Zusammenfassung aller aufgezählten Verfügungen im selben Gesetze. Der Biograph des Kaisers erzählt eben dessen *res gestae*, indem er eine Stoffgliederung zu Grunde legt, welche zuweilen die Anführung verschiedener Bestimmungen derselben Lex an verschiedenen Orten notwendig machte. So stellt er im c. 36, 37 die Anordnungen zusammen, welche sich auf die Magistrate und kaiserlichen Beamten bezogen. Zu den Magistraten gehörten auch die Decemvirn; darum sind sie erst hier genannt, ebenso wie die Praetoren, nicht schon in dem Abschnitte, der das Gerichtswesen behandelt. Sonach steht Nichts im Wege, die Neuregelung der Decemviralcompetenz einem Capitel der Augusteischen Gerichtsordnung zuzuweisen.

Mit der Abschaffung der Legisactionen steht diese Verfügung in weit näherem Zusammenhang als die vorher

¹¹⁾ So Huschke *Multa* S. 500 N. 414, Mommsen *Staatsrecht* Bd. II¹ S. 592 zu N. 1, 2, Hartmann-Ubbelohde *Ordo* I S. 307, 530; Sohm *Institutionen* S. 148 N. 6; vgl. auch Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 53, 331 und Rudorff *Rechtsgeschichte* Bd. II § 7 zu N. 34, 35 (*cogere* und *processus* ist allerdings Zweierlei, aber in derselben Hand vereinigt), dazu Bd. I § 39, wo die „Reorganisierung“ des Centumviralgerichts auf die Augusteische Lex iudiciaria zurückgeführt wird.

erwähnten Bestimmungen des Judiciargesetzes, da die Aufhebung des besonderen Zehnergerichts die Beseitigung der Spruchformeln in Freiheitssachen zur Folge haben musste, wenn es das Princip der Lex Julia war, die Instruction der Privatrichter nur mehr durch Schriftformeln zuzulassen. Freilich hätte das Gesetz an die Stelle der Zehnmänner die Centumvirn setzen können; indess ist das weder recht glaublich noch irgendwo bezeugt. Die Quellen der Kaiser-epoche kennen als Richter in Freiheitssachen nur den Judex¹²⁾ und Recuperatoren.

Die zweite oben angeführte Stelle lasse ich ihrer Wichtigkeit wegen hier folgen¹³⁾. Dio erzählt unter dem Jahre 737 von Augustus:

¹²⁾ Belege für das Vorkommen des *iudex unus* bei der *adsertio ex servitute in libertatem*: Labeo l. 42 D. de lib. causa (40, 12), Paulus l. 23 § 2 D. eod. (Hadrian); bei der *petitio ex libertate in servitutum*: Gaius l. 9 pr. D. eod., Ulpian l. 8 § 1, 2 D. eod., vielleicht auch Imp. Alexander l. 4 C. de lib. c. (7, 16). S. ferner Paul. l. 41 § 1 D. h. t. (40, 12): *iudex qui de libertate cognoscit*, Ulp. l. 7 pr. D. de h. p. (5, 8): *iudex* und l. 7 § 1 in f. D. eod: *iudicem libertatis*, Pius l. 7 § 2 D. eod: *iudici liberalis causas*. Ich hebe diese Stellen hervor, von denen übrigens nicht alle gleich beweiskräftig sind, weil Lenel Edict S. 20 zu Gunsten der Recuperatoren ein bischen stark mit dem Retouchirpinsel arbeitet. In l. 7 § 5 D. lib. c. (40, 12) hält L. (S. 310) *cum qui de libertate cogniturus est* für interpolirt. Das ist leicht möglich, nicht gewiss. Wenigstens deutet *cognoscere* nicht notwendig hin auf ein Cognitionsverfahren; s. unten S. 217. Dass die *iudices* der Pandekten meist byzantinischen Ursprungs sind (statt *recuperatores*), anerkennt auch Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 592 N. 1. Vgl. endlich Pernice in d. Festgabe f. Beseler S. 64, 65.

¹³⁾ Nach Dio LI c. 19 in f. ist dem Octavian im Jahre nach der Aktischen Schlacht (724), während er von Rom abwesend war, unter Anderem das Recht des sog. *calculus Minervae* *ἐν πᾶσι τοῖς δικαστηρίοις* und die Befugniss verliehen, *ἐκκλητῖόν τε διακρίειν* (dazu Dio LII c. 33, Sueton II c. 33 in f.). Was das Letztere bedeuten soll, ist zweifelhaft. Joh. Merkel Abhandlungen II S. 46—50 glaubt: das Recht, „auf Anruf Civil- wie Criminalprocesse aus dem ganzen Reich

τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν, ἢ τετραπλάσιον ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτίνειν, ἐκέλευσε. τοῖς δὲ δικάζειν ἀεὶ λαγχάνουσιν ἀπέειπεν, ἐς μηδενὸς οὔκαδε τὸν ἐνιαυτὸν ἐκείνον ἐξιέναι.

Beide Verbote, das erstere die Erneuerung und Verschärfung einer Cincischen Norm, könnte unser Gewährsmann in einer Augusteischen Gerichtsordnung gefunden haben¹⁴⁾. Zu hoher Wahrscheinlichkeit lässt sich diese Annahme bringen, wenn man die zweite von Dio erwähnte Bestimmung mit Dem vergleicht, was Modestin in l. 1 § 4 D. de lege Jul. amb. (48, 14) berichtet:

*Et si quis reus uel accusator domum iudicis ingredia-
tur, per legem Iuliam iudiciariam in legem ambitus
committit, id est [aureorum centum fisco] inferre iubetur.*

Offenbar sind es eng zusammengehörige Dinge, deren Kenntniss uns die beiden Schriftsteller, jeder zu einem Teil, vermitteln. Wie es den ausgeloozten Geschworenen verwehrt war, während des Dienstjahres fremde Wohnhäuser zu betreten, so musste es auch den Parteien untersagt werden, die Judices aufzusuchen. Wenn nun das eine Verbot, das übrigens nur die Parteien im Strafprocesse trifft, ausdrücklich einer *lex Iulia iudiciaria*, das andere ebenso ausdrücklich dem jüngeren Caesar zugeschrieben wird, so ist es gewiss nicht zu gewagt, wenn man behauptet: beide Bestimmungen gehören einem Judiciargesetz des Augustus an. •

an sich zu ziehen.“ [Ebenso Mommsen in d. 3. A. des St. R. Bd. II² S. 979¹.] Gewiss ist, dass Dio a. a. O. nicht aus einer L. Julia iudiciorum schöpft. Diese Gesetze können im J. 724 nicht erlassen sein. Vgl. noch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 85 N. 8, dazu aber Merkel l. c. S. 66 N. 6.

¹⁴⁾ Anders Zumpt Criminalprocess S. 98.

Bekräftigt wird diese Aufstellung noch durch Folgendes. Wie Modestin bemerkt, verfällt die Partei, welche gegen die *lex iudiciaria* verstösst, in die von der Lex (Julia) *ambitus* angedrohte Strafe. Das erstere Gesetz wird also auf das letztere verwiesen haben; mithin muss dieses, wenn es nicht etwa an demselben Tage durchgebracht ist, etwas älter sein als die Gerichtsordnung. Und in der That führt Dio (LIV c. 16) unter den Augusteischen Gesetzen des vorhergehenden Jahres (736) an erster Stelle eine Lex *ambitus* auf.

Darnach dürfte so Viel wenigstens erwiesen sein, dass Caesar der Sohn der Urheber der Julischen Strafgerichtsordnung ist, jenes umfassenden, in Capitel eingetheilten Gesetzes, das von den Juristen häufig, bald als *lex Iulia iudiciorum publicorum* bald als *lex publicorum* schlechthin angezogen wird. Auch die Bestimmung, welche diesem Gesetze gegeben war, ist unschwer zu erkennen. Enthalten waren darin nur allgemeine Grundsätze der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens, welche für sämtliche Quaestionen Geltung hatten. Neben dem Hauptgesetz stand noch eine Reihe von Specialgesetzen, — darunter auch Augusteische — welche den Process vor den einzelnen Commissionen und die Verbrechensstrafen regelten.

Belege für das hier behauptete Verhältniss der *lex* zu den *leges Iuliae publicorum* sind kaum erforderlich. Schon der Name der ersteren beweist genug; doch vergleiche man etwa Ulpian fr. Vat. 197, 198 und Paulus in l. 3 pr. D. de accus. (48, 2) einerseits, l. 1 D. de publ. iud. (48, 1) von Macer andererseits. Diese Stellen zeigen, dass die *lex publicorum* der Juristen ein selbständiges Gesetz war, keineswegs bloß ein Sammelname für die ver-

schiedenen Gerichtsordnungen der beiden Julier¹⁵⁾. Prüft man dann noch die Angaben der alten Schriftsteller über den Inhalt unseres Gesetzes, so findet man das oben Gesagte durchaus bestätigt¹⁶⁾. Nur Normen von allgemeinerer Bedeutung, nicht solche, welche die Verfolgung einzelner Crimina betreffen, werden zurückgeführt auf die *lex publicorum*.

Sind die Andeutungen Dios in Betreff der Reform des Gerichtswesens chronologisch richtig, so hätte Augustus die Codification des Strafrechts mit der Revision der Specialgesetze begonnen, die nur bei einzelnen notwendig erschien, um sie dann im Jahre 737 mit der generellen Gerichtsordnung zum Abschluss zu bringen. Auch die letz-

¹⁵⁾ Unrichtig Dirksen im Manuale sub v. Lex § 3 C. p. 586: *Lex s. Leges, id est Leges Iuliae iudiciariae*. [Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 315 N. 2 in f.] Auch Ferrini Storia delle fonti del diritto romano p. 13—15, p. 46 N. 2 kennt nur *leges*, nicht die *lex iudiciorum*.

¹⁶⁾ Vgl. Ascon. in Scaur. p. 20 Orelli (dazu Tacitus de orat. c. 38), Papin. l. 2 pr. D. de acc. (48, 2): *ex lege publicorum* (Hal.), l. 2 pr. D. de cust. (48, 3), Venuleius l. 12 § 2 D. de acc. (48, 2), Ulp. fr. Vat. 197, 198, Paul. l. 4 D. de testib. (22, 5), l. 10 pr. D. de grad. (38, 10), l. 3 pr. D. de acc. (48, 2), Macer l. 3 § 1 D. de praeuar. (47, 15), Modestin l. 1 § 4 D. de leg. Jul. amb. (48, 14), Dio LVI c. 40. Dagegen gehören Ulp. l. 1 § 2 D. de ui (43, 16) u. l. 32 D. de poen. (48, 19) — was gegen Heffter Observationes p. 25, 26 bemerkt werden muss — nicht hieher. Der Florentinische Pandekentext ist ohne Zweifel verderbt. Statt *legibus Iuliis . . . publicorum et priuatorum* und *Iulia publicorum an Iulia priuatorum* ist zu schreiben in dem ersteren Fragment: *legibus Iuliis . . . de ui publica et priuata*, in dem zweiten: *Iulia de ui publica an Iulia de ui priuata*. Zu l. 1 § 2 D. cit. vergleiche man den Index des Dorotheus bei Heimb. Bas. t. V p. 573 und § 6 I. de int. (4, 15), zu l. 32 D. cit. Bas. 60. 51, 29 (Heimb. t. V p. 867). Heffter stützt auf den Flor. Text die Behauptung, dass die *L. iud. priuat.* und die *L. de ui priuata* ein Gesetz gewesen sei, ebenso die *L. iud. publ.* und die *L. de ui publica*. S. noch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 34 zu N. 14.

tere war sicherlich nichts ganz Neues, sondern hervorgegangen aus den älteren allgemeinen Geschwornenordnungen (*leges iudiciariae*), doch ausgezeichnet vor diesen durch grösseren Inhaltsreichtum, der zum Teil erzielt sein mochte auf Kosten der Specialgesetze.

Minder ergiebig als für die *Lex publicorum* sind unsere Quellen — wenigstens die Justinianischen — für die *Lex priuatorum*. Die Compileren dürften in der ersteren mehr für ihre Zeit Brauchbares gefunden haben als in der letzteren. Um so wichtiger ist es, die Julische Civilgerichtsordnung als eine Art Parallelgesetz zur *Lex publicorum* anzuerkennen, weil unter dieser Voraussetzung das deutlichere Bild, das wir von dem einen Gesetze haben, dazu beitragen kann, unsere Vorstellungen von dem anderen zu ergänzen.

Das Verhältniss, in dem die beiden *Leges* zu einander standen, wird durch eine Bemerkung Ulpian's in der Schrift *de officio praet. tutelaris* (Vat. 197, 198) einigermaßen erhellt. Der Jurist erörtert die Frage:

An bello amissi u tutela excusare debeant? nam et in fascibus sumendis¹⁷⁾ et in iudicandi munere¹⁸⁾ pro superstitionibus habentur, ut lege Iulia de maritandis ordinibus de fascibus sumendis et publicorum capite XXVI, item priuatorum capite uicensimo VII de iudicando cauetur. et puto constituendum, ut et a tutelis excusent . . . (197) Sed utrum soli filii an et nepotes debent prodesse? Subsistendum, quoniam lex quidem

¹⁷⁾ Vgl. Gell. II. 15 § 3—8, dazu Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 39, 40.

¹⁸⁾ Vgl. Sueton V c. 15, Ulp. Vat. 194, l. 1 pr. D. de uac. (50, 5), Charisius l. 18 § 14 D. de mun. (50, 4).

priuatorum capite XXVII (ex) senatos appellat, lex uero publicorum capite XXVI liberorum facit mentionem. puto tamen eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis (198).

Darnach war derselbe Gegenstand, den das eine Gesetz im sechsundzwanzigsten Capitel behandelt, im siebenundzwanzigsten des anderen geregelt und zwar im Wesentlichen übereinstimmend. Da auch die Zifferbezeichnungen der von Ulpian hier und dort ausgehobenen Capitel die denkbar geringste Abweichung aufweisen, so ist der Schluss wohl gerechtfertigt, dass ein ganzer grosser Abschnitt — darin unter Anderem sicherlich die Geschworenenordnung — nahezu gleichlautend in beiden Gesetzen vorkam.

Uebrigens gelangen wir zum selben Ergebniss schon auf Grund der Mitteilung des Dio Cassius. Dieser zufolge war der Hausbesuch den „ausgeloosten Geschworenen“ untersagt, d. h. allen ¹⁹⁾ Richtern im Dienstjahr, nicht blos den für die Quaestionen bestimmten; und ausser Zweifel steht es jedenfalls, dass das Verbot eines Anwaltshonorars sich ebenso bezog auf die Vertretung in Civil- wie in Strafsachen ²⁰⁾. So werden wir also zur Annahme gedrängt, die beiden Gerichtsordnungen, die schon des vielfach übereinstimmenden Inhalts wegen zusammengehören, auch zeitlich ganz nahe aneinander zu rücken. Sind sie nicht Zwillingschwestern, wenigstens gleichzeitig promulgirt, so müssten sie doch nach Dio im selben Jahre (737) durchgebracht sein.

¹⁹⁾ Es fehlt wenigstens jeder beschränkende Zusatz.

²⁰⁾ Vgl. auch Keller Civilprocess § 55 N. 645.

Ist dem so, dann hätte Ulpian in den oben mitgetheilten Fragmenten die Julischen Gesetze in chronologischer Reihenfolge aufgezählt. Genannt ist an erster Stelle die Lex Julia *de maritandis ordinibus* von 736²¹⁾; der durch dieses Gesetz anscheinend in das bürgerliche²²⁾ Recht der römischen Gemeinde eingeführte Gedanke des *ius trium liberorum* wäre dann im folgenden Jahre vom Kaiser nochmals auf dem Gebiete des Gerichtswesens verwertet in den beiden Judicargesetzen. Weit entfernt, Misstrauen zu erwecken gegen Dios Angabe, ist diese auf Ulpian gestützte Folgerung vielmehr geeignet, die Ueberzeugung zu befestigen, dass wie die Strafgerichts-, so auch die Civilprocessordnung in der That dem Jahre 737 angehört²³⁾.

²¹⁾ Vgl. Dio LIV c. 16, dazu LIV c. 11, Sueton II c. 34 und Mommsen im Commentar zu den Res gestae p. 30; a. A. ist Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 69.

²²⁾ Neu war die Begünstigung der Kinderreichen keineswegs; sie begegnet in Caesars Lex agraria von 695, betreffend den Campus Stellatis und den ager Campanus (Suet. I c. 20, Dio XXXVIII c. 7), und dann wieder im Jahre 708 nach Dios (XLIII c. 25; vgl. dazu Cic. pro Marc. c. 8 § 23) Andeutung: *πολυπαιδίας ἀθλα ἐπέθηνεν*. S. Mommsen Geschichte Bd. III⁷ S. 211, 533.

²³⁾ Dasselbe Jahr nimmt Voigt an in den Berichten der kgl. sächs. Gesellschaft d. W. Phil.-hist. Cl. Bd. 34 S. 108, 114; s. auch das Register zum Jus natur. p. XXXI. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 95 verzichtet auf die Beifügung des Datums. Huschke hat früher im Röm. Jahr S. 339 die Zeit der Julischen Gerichtsordnungen anders bestimmt als später in der Multa S. 266. Dort nennt er das Jahr 727, hier 736. Keine Berücksichtigung verdient Cassiodors Chronik (Abhandlungen der kgl. sächs. Gesellschaft d. W. Phil.-hist. Cl. Bd. III S. 628), die unter dem Jahre 1 der Kaiseraera (727) berichtet: *Caesar leges protulit, iudicium ordinavit*; vgl. Mommsen in den Abhandl. I. c. S. 568. Aus Velleius II c. 89 ist Nichts zu entnehmen; eben so wenig aus dem Augusteischen Edicte über die Venafraner Wasserleitung (Bruns Fontes p. 224). Vor den Worten in Z. 68: *quae de iudiciis priuatis lata est* ist zwar ohne Zweifel zu ergänzen *ex lege [scil. Iulia]*; allein die Zeit der Erlassung des Edicts ist nicht bestimmbar. Vgl.

Andererseits darf unsere Lex Julia keinesfalls der späteren Regierungszeit des Augustus zugewiesen werden. Dem stünde die l. 18 § 4 D. de dolo m. (4, 3) entgegen, worin sich Paulus bezieht auf ein Responsum des Juristen Trebatius, der die Dolusklage für zulässig erklärte, (*si dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat*). Die beigegefügte Begründung schliesst mit den Worten, die wohl dem Paulus angehören: *ne aliter obseruantibus lex circumscribatur*.

Welche *lex* hier gemeint sei, scheint mir nicht zweifelhaft, obwohl man darüber allerdings gestritten hat²⁴⁾. Indess ist es für unseren Zweck gar nicht erforderlich, den Schlusssatz in Betracht zu ziehen. Schon die *lis*, welche *temporibus legitimis transactis perit*, weist unzweideutig hin auf das Sprichwort bei Gaius IV. 104: *e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori*.

Hiernach war dem Trebatius, der schon aus Ciceros Briefen bekannt ist, und den wir später noch im Rechtsgelehrtenrat des Augustus²⁵⁾ finden, die neue Processordnung wohlbekannt. Doch muss der Jurist allen Anzeichen nach im Jahre 737 ungefähr im 70. Lebensjahre gestanden haben²⁶⁾. Ob er damals noch juristische Schriften herausgab, mag dahingestellt bleiben. Paulus benutzt, wie es scheint, ein Gutachten des Trebatius und kann dasselbe

Mommsen in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XV S. 325, 326 und jetzt im C. I. L. t. X p. 481: Consules Garruciani a. u. c. 728 ficticii sunt toti.

²⁴⁾ Vgl. über l. 18 § 4 D. cit. Keller Litiscontestation § 17, dazu aber Civilprocess S. 150 (N. 345), S. 305 (N. 712), ferner Bekker Consumption S. 26, 27 (anders Actionen Bd. I S. 334—336), Krüger Consumption S. 3, 4 N. 8.

²⁵⁾ Just. Inst. II. 25, pr.

²⁶⁾ Vgl. Teuffel Litteraturgeschichte S. 402.

einer posthumen Responsensammlung entnommen haben. Jedenfalls aber verbietet es die l. 18 § 4 D. cit., die Julische Gerichtsordnung etwa in die Zeit nach 740 zu setzen.

Von Wert ist diese Feststellung insofern, als sie es ermöglicht, die Frage²⁷⁾, ob unser Gesetz von den Centurien oder von der Plebs angenommen wurde, mit etwas grösserer Sicherheit zu beantworten. Augustus ist nämlich nach 731 nur noch zweimal, in den Jahren 749 und 752, Consul geworden²⁸⁾. Wenn nun die *Leges iudicariae* wirklich im vierten Decennium des 8. Jahrhunderts zu Stande kamen, so müssen sie notwendig Plebiscite sein, weil der Princeps vermöge der tribunicischen Gewalt nur der Plebs eine Rogation vorlegen konnte. Und dieses Ergebniss findet dann noch Bestätigung von anderer Seite her, da es im besten Einklang steht mit der Erklärung des Kaisers selbst im *Monum. Ancyranum* III 19—21:

ἂ δὲ τότε d. h. 735, 736²⁹⁾ δι' ἐμοῦ ἡ σύνκλητος οἰκονομῆσθαι ἐβούλετο, τῆς δημοκρατικῆς ἔξουσίας ἂν ἐτέλεσα.

Wie gut auch sonst diese Worte zu der aus Dio hergeleiteten Schlussfolgerung stimmen, ist so einleuchtend, dass jede weitere Bemerkung entbehrlich scheint.

Uebrigens mag trotz Allem die hier versuchte Feststellung des Geburtsjahres der *Judiciargesetze* für unsicher gelten; jedenfalls wird man sich nach den vorstehenden Ausführungen

²⁷⁾ Vgl. Mommsen *Staatsrecht* Bd. II² S. 846 N. 1, dazu S. 1043 N. 7 und *Res gestae* d. Aug. p. 90, 185, 187.

²⁸⁾ S. C. I. L. t. I p. 548 (ed. I).

²⁹⁾ S. oben S. 174. Das dritte Anerbieten, die *cura legum et morum* zu übernehmen, kommt hier nicht in Betracht, weil es nach 740, nämlich 743 erfolgte (*Mon. Ancy. gr.* III 13, 14).

dem Eindruck kaum entziehen dürfen, dass es bei gehöriger Berücksichtigung der Quellen nicht angeht, auch nur eine der beiden Julischen Gerichtsordnungen dem Dictator Caesar zuzuschreiben.

In Betreff der *Lex publicorum* möchte ich sogar die Urheberchaft des Augustus für erwiesen erachten, während die Argumente, die sich auf das andere Gesetz beziehen, allerdings etwas leichter wiegen, doch nur sehr wenig leichter. Um Dies zu zeigen, sollen noch die Beweisgründe mit einander verglichen werden, die zu Gunsten des älteren Caesars und die für dessen Erben sprechen. Vorher aber ist mit Bezug auf Gai. IV. 30 eine kurze Bemerkung einzufügen, die unabhängig ist von der Lösung der Frage nach dem Rogator.

Die *Lex priuatorum*, so behaupte ich in Uebereinstimmung mit der herkömmlichen Ansicht, muss eine der beiden *Juliae* sein, welche nach der Institutionenstelle das Legislationensystem beseitigt haben. Auch das ist freilich aus den Quellen nicht geradezu herauszulesen. Dennoch wird hoffentlich an dieser Aufstellung Niemand Anstoss nehmen und sie auch nicht als beleglos bezeichnen wollen, da doch die Annahme einer besonderen *Lex Julia* über die Spruchformeln neben der umfangreichen Gerichtsordnung aller Wahrscheinlichkeit ermangelt. Somit dürfen wir mit voller Zuversicht die eine *Julia* des Gaius für ein Capitel³⁰⁾ der grossen *Lex iudiciorum priuatorum* erklären.

³⁰⁾ Beiläufig: *Lex* kommt ebenso wie *edictum* (Wlassak Edict S. 15—18) bald in weiterer, bald in engerer Bedeutung vor; vgl. z. B. Cic. de re p. II. 31, 54: ... *indicant XII tabulae compluribus legibus*, Gai. III. 9: *ex eadem lege XII tabularum*. S. auch Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 308.

Dieses Gesetz nun haben wir dem Augustus zugesprochen, ausgehend von der Nachricht des Macrobius, der den Kaiser ausdrücklich als Urheber von „*leges iudiciariae*“ bezeichnet, die wiederum keine anderen sein können als die von Ulpian neben einander genannten, teilweise gleichen Inhalt aufweisenden Gerichtsordnungen. Weiter sind uns bei Sueton Acta des Kaisers begegnet, betreffend die Geschworenen, die Gerichtsferien, die Decemviren, welche wir sicher als Bestimmungen eines Judiciargesetzes aufzufassen haben. Endlich erwähnt Dio unter dem Jahre 737 zwei Anordnungen des Augustus, die sich sowohl auf das Strafgerichts- wie auf das Civilgerichtswesen beziehen. Das eine dieser Verbote ist — wie eine Aeusserung des Modestinus zeigt — zweifellos der von den Juristen oft citirten Lex Julia *publicorum* entnommen. Dieser Umstand aber rechtfertigt vollständig die Annahme, dass Dio beide Gerichtsordnungen in das erwähnte Jahr gesetzt habe; woraus sich dann sofort ergibt, dass auch die Lex *privatorum* ein Augusteisches Gesetz ist.

Dagegen dem Dictator Caesar werden in den Quellen nur Geschworen- und Strafprocessordnungen für einzelne Quaestionen beigelegt. Ob eine der letzteren irgend ein Sacramentsverfahren aufgehoben hat, das ist nicht mehr festzustellen⁸¹⁾, und wäre es auch zu ermitteln, so hätten wir doch Nichts gefunden, was sich verwerten

⁸¹⁾ Man bedenke, dass die Gesetzgebung des 7. Jahrhunderts — freilich unter dem Einflusse des wechselnden Geschickes der kämpfenden Parteien — auf dem Repetundengebiete äusserst reformeifrig war, wie die zahlreichen *Leges* beweisen; während man den Civilprocess unbeachtet und so auch die *Legisactio* vor dem Stadtpraetor fortbestehen liess.

liesse zur Erklärung des Gaius, der an das Repetunden-gesetz keinesfalls gedacht haben kann (S. 172, 173).

Auch die weitere Frage, ob nicht die eine von den *duae Iuliae* (IV. 30) eine Caesarische Lex über das Civilverfahren sei, welche sonst von den alten Schriftstellern nirgends erwähnt wäre, muss entschieden verneint werden. Der Hauptschlag gegen das Spruchformelsystem ist unleugbar erst von Augustus geführt, da einige Legisactionen, die dem Postjulischen Rechte nicht mehr angehören, noch für das Jahr 710, und für 711 sogar durch ein, auf Veranlassung des Dictators selbst kurz vor seinem Tode entworfenes Gesetz bezeugt sind.

Hiernach bliebe dann nur mehr ein Ausweg: die Annahme einer nicht durchgreifend reformirenden Lex Caesaris *de iudiciis priuatis*, und zwar gestützt lediglich auf die Nachricht des Gaius von den *duae Iuliae* und auf die Not der Ausleger, denen es durchaus nicht gelingen will, neben der grossen Lex *priuatorum* des Augustus noch ein zweites Gesetz desselben Kaisers zu entdecken, das sich ebenfalls mit der Aufhebung der Legisactionen und mit der Einführung der Schriftformel beschäftigt hätte. So fragt es sich also, ob denn jener Notstand wirklich besteht, ob denn die *altera Iulia* schlechterdings unauffindbar ist.

Die neueren Gelehrten³²⁾ zögern nicht mit der Antwort; nur die Minderzahl denkt an ein Caesarisches Gesetz; die Mehrzahl verweist auf die Lex *publicorum* des ersten Princeps. So meint Bethmann-Hollweg: *duas Iulias* konnte Gaius nur die beiden Gerichtsordnungen des Augustus nennen. Wie ich gerne zugebe, liegt diese Erklärung in der That

³²⁾ S. oben § 13 Note 1.

ausserordentlich nahe, besonders wenn man sich erinnert, wie enge Beziehungen zwischen den beiden Leges — abgesehen vom gemeinsamen Rogator — vorhanden waren, und wenn man ferner bedenkt, wie auch Ulpian die *Lex priuatorum* und *publicorum* neben einander aufführt.

Dennoch scheidet diese Auslegung offenbar an denselben Hindernissen, die schon⁸⁸⁾ der Verselbigung der einen *Julia* und des Caesarischen Repetundengesetzes im Wege standen. Zunächst ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass durch die *Lex publicorum* des Augustus irgend welche *Legisactio* abgeschafft sei; ferner aber sind durch dieses Gesetz gewiss keine Schriftformeln eingeführt. Wie also ist dem Geheimniss beizukommen? Es sei gestattet, hier eine Behauptung vorwegzunehmen, die uns später noch eingehender beschäftigen wird.

Nach meinem Ermessen bezog sich die eine *Lex Julia* ebenso wie die *Aebutia* nur auf das Verfahren vor dem Stadtpraetor; sie galt also nur *in urbe Roma* und *intra primum urbis Romae miliarium* (Gai. IV. 104). Diese Aufstellung lässt sich — wenn ich nicht sehr irre — völlig erweisen. Dann aber drängt sich auch schon eine Vermutung auf über den Charakter der zweiten *Julia*, eine Vermutung, für die es zwar keine Belege giebt, die aber den Worten des Gaius ganz und voll gerecht wird, die ferner eine zweifellos vorhandene Lücke ausfüllt und die sich endlich als die einfachste und natürlichste Erklärung darbietet.

Ich meine also, wenn die eine *Julia* nur für die Stadt Rom bestimmt war, so muss die andere erlassen sein für

⁸⁸⁾ Oben S. 172, 173.

die auswärtigen römischen Bürgergemeinden, die ja gewiss für Streitsachen ein *lege (Romana) agere* nach hauptstädtischem Muster, und zwar nach dem ausdrücklichen Zeugnisse der *Lex Ursonensis*³⁴⁾ noch in Caesarischer Zeit im Gebrauche hatten.

Die Spruchformeln, die man in Rom beseitigte, konnten natürlich in den übrigen Bürgergemeinden nicht beibehalten werden³⁵⁾; doch war für die letzteren eine besondere *Lex*

³⁴⁾ Eine *Legisactio Romana*, d. h. eine auf römischem Gesetz beruhende, ist vielleicht auch die in der *Lex Osca* der *Tabula Bantina* Z. 23—25 erwähnte. Uebrigens war der Spruchformelprocess wahrscheinlich allgemein latinisches Recht. Die Inschrift von *Luceria* (Bruns p. 241) aus dem 6. Jahrhundert giebt ein Beispiel einer nicht-römischen *Legisactio* (*Luceria* war eine latinische *Colonia*; s. Marquardt *Staatsverwaltung* Bd. I S. 50—2. A.); wegen der „freiwilligen“ *Legisactio* auf Grund des Stadtrechts von *Salpensis* vgl. Mommsens *Commentar* S. 434—437. Dass in der Kaiserzeit der Process latini-schen Rechtes in den Colonien wesentlich abwich von dem römischen, ist gewiss nicht anzunehmen. Doch waren bekanntlich die römischen Gemeindebeschlüsse grundsätzlich nicht bindend für die Latinen. Dagegen wurden wohl alle Stadtrechte, welche die Kaiser verliehen (*leges datae*), grossenteils nach römischem Muster entworfen. Vgl. Mommsen *Staatsrecht* Bd. III¹ S. 700.

³⁵⁾ Dagegen dürfte man sich nicht auf die von Hübner (*Ephem. epigr.* t. II p. 107, t. III p. 90) und Mommsen (*ibid.* t. II p. 120, 121, t. III p. 97) angenommene Entstehungszeit der uns vorliegenden Tafeln von *Osuna* berufen. Die *Lex* ist von 710, und der Graveur aus dem Ende des 1. oder Anfang des 2. Jahrhunderts p. Chr. war natürlich nicht befugt, den Gesetzestext zu ändern. Einzelne Interpolationen sind trotzdem nachweisbar, doch auf Tafel I—III (Bruns) nur ganz geringfügige; über Tafel IV, die aus späterer Zeit stammt, s. oben § 8 N. 10. Uebrigens war das hier in Rede stehende c. 61 (auf Tafel I) durch die Abschaffung der Spruchform und selbst des *Vindex* keineswegs völlig beseitigt, wenn die Auslegung Exners in der *Zeitschr. f. R.G.* Bd. XIII S. 394—398 richtig ist, die ich trotz Voigt XII Tafeln Bd. I S. 577 N. 17 und Maschke *Freiheitsprocess* S. 155 festhalten möchte. Von philologischer Seite wird mir zu dieser Frage Folgendes bemerkt: Dem Zwölfstafelstyl ist das Verschweigen des *Subjectes* eigentümlich. So auch in Tab. III. 1—4 und in c. 61 der *L. Urson.*, so

erforderlich, da Processordnungen nicht wie die materiellen Sätze des Jus civile ohne Weiteres für alle Bürger Geltung hatten, sondern immer nur als Richtschnur für ein oder für mehrere Gerichte bestimmter Art gegeben wurden. Augustus hätte freilich mit diesem Herkommen brechen und in einem Gesetze alle Bestimmungen für sämtliche Bürgergerichte zusammenfassen können. Es wäre dies nur die Wiederholung eines — nach der gewöhnlichen Annahme — schon vom Dictator Caesar im Julischen Municipalgesetz unternommenen Versuches gewesen. Indess konnte doch die Verbindung der für die römischen und für die auswärtigen Gerichte bestimmten Vorschriften nur eine ebenso äusserliche sein wie in der genannten Lex municipalis die der Communalordnungen. Man braucht daher nicht erst anzunehmen, dass Caesar der Sohn mehr als der Vater⁸⁶⁾ geneigt war, die bevorzugte Stellung der Hauptstadt zu wahren und dem Stolze der Altbürger Rechnung zu tragen, um die Erlassung von zwei besonderen Judicariengesetzen durchaus angemessen zu finden.

Mussten doch vor Allem die Gerichtsverfassungsnormen in der zweiten *Julia* erheblich abweichen von den für die Capitale aufgestellten Normen. Sodann waren in diesem zweiten Gesetze Bestimmungen nicht zu entbehren, welche die Competenz der Municipalbeamten genau abgrenzten gegenüber der Gerichtsgewalt der Reichsmagistrate. Selbst der Abschnitt über die Form des Verfahrens konnte

weit dasselbe dem Decemviralgesezt nachgebildet ist, nämlich in den Sätzen: *Ni iudicem dabit iudicatumus faciet, secum ducto. Iure civili iunctum habeto.* Hingegen der folgende Satz beginnt mit: *Si quis . . .*, weil er nicht mehr dem Zwölfafelrecht entlehnt ist.

⁸⁶⁾ Vgl. Mommsen im C. I. L. t. I p. 124 (ed. I).

in der *altera Julia* nicht ganz so lauten wie in der hauptstädtischen. In Rom blieb bekanntlich die *Legisactio* in Geltung, *si centumvirale iudicium futurum est*. Vor das Gericht der Hundert aber gelangten — wie Gaius IV. 31 ausdrücklich bezeugt — nur solche Sachen, die vor dem Praetor urbanus oder peregrinus instruiert waren⁸⁷⁾. Demnach musste der Formularprocess in den auswärtigen Gemeinden in weiterem Umfang zur Anwendung kommen als in der Hauptstadt. Dort hatte er die Alleinherrschaft erlangt, während hier vor dem Praetor ausnahmsweise noch *Legisactio* zulässig war.

Nach allem dem kann von einer einheitlichen Regelung des Gerichtswesens in sämtlichen Bürgergemeinden mit Einschluss von Rom gewiss nicht die Rede sein. Wahrscheinlich hat das auch bisher noch Niemand ernstlich behaupten wollen. Andererseits aber dürfen wir jetzt mit gutem Grund annehmen, dass schon seit dem Beginn der Kaiserzeit — vermutlich seit 737 — die einzelnen Municipien und die Bürgercolonien, die italischen wie die ausseritalischen, keine besonderen Gerichtsordnungen mehr hatten, dass also auf diesem Gebiete schon damals die Rechtseinheit hergestellt war.

Auch die Lösung der bestrittenen Frage, in welcher Zeit die Jurisdiction der Municipalmagistrate allgemein jenen Beschränkungen oder ähnlichen unterworfen wurde, welche die *Lex Rubria* für die rechtsprechenden Beamten des cisalpinischen Galliens anordnet, dürfte etwas erleichtert

⁸⁷⁾ So ist wohl die Competenz der Centumvirn zu begrenzen, nicht local, wie Bethmann-Hollweg in der *Zeitschr. f. gesch. R. W.* Bd. V S. 368 und Dernburg *Hereditatis petitio* S. 6 vorschlagen, unter Zustimmung von Keller *Civilprocess* § 6 N. 95.

sein, seitdem ein Gesetz gefunden ist, das die Competenzen jedenfalls regeln musste, und das daher wie kein anderes die Vermutung für sich hat, als Quelle zu gelten der mehrfach bezeugten Unterordnung des municipalen Gerichtes unter die höhere Jurisdiction der römischen Praetoren.

Meiner Ansicht nach ist also Puchta³⁸⁾ der Wahrheit weit näher gekommen, wenn er jene Beschränkungen schon in den letzten Jahren der Republik eintreten lässt, als Savigny³⁹⁾ und Bethmann-Hollweg⁴⁰⁾, welche den Kaiser Hadrian als Urheber derselben bezeichnen. Dagegen ist es allerdings verfehlt, die Bestimmungen der Lex Rubria aus einem verlorenen Teile des Municipalgesetzes herzuleiten, so dass in ganz Italien schon seit 709 Dasjenige Rechtens gewesen wäre, was später auch für das cisalpinische Gallien vorgeschrieben wurde. Vielmehr ist allem Anschein nach in Caesars Communalordnung Z. 109—125 noch die volle, zum Teil aus den Zeiten der Souveränität herstammende Gerichtsbarkeit der Municipal- und Coloniebeamten anerkannt⁴¹⁾, sowohl in Civil- wie in Strafsachen⁴²⁾. Auch das

³⁸⁾ Institutionen Bd. I § 92 (S. 232—234), Civ. Schriften S. 525, 526; ihm folgen Mommsen Röm. Geschichte Bd. III S. 539, 540 (s. neuestens Staatsrecht Bd. III¹ S. 817, 818), Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 69. Keller Civilprocess § 2 (S. 9) drückt sich sehr vorsichtig aus: „am Ende der Republik und fernerhin“. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 54 (dazu Bd. I § 12 N. 7) will zurückgehen auf die Zeit der ältesten Stadtrechte, d. i. die erste Hälfte des 7. Jahrhunderts. Allein zur Regel wurde die Unterordnung der italischen Municipalbeamten sicher erst in weit späterer Zeit.

³⁹⁾ Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter Bd. I S. 52—62 (2. Aufl.).

⁴⁰⁾ Civilprocess Bd. II S. 21—24, 30, 31, 64—70, 95—100.

⁴¹⁾ Richtiger: vorausgesetzt; denn der citirte Abschnitt handelt von der passiven Wahlfähigkeit.

⁴²⁾ Ueber die Criminalgerichtsbarkeit der Municipien vgl. Huschke

spanische Stadtrecht von 710 bestätigt diese Annahme, indem es den Beamten von Urso wiederholt (c. 94, 125, 128) „Imperium“ zuschreibt.

Auf der anderen Seite beruht die erwähnte Aufstellung von Savigny und Bethmann-Hollweg auf höchst unsicherer Grundlage. Die beiden Gelehrten berufen sich auf die in den Kaiserbiographien enthaltenen Notizen⁴³⁾ über die Einrichtung von Gerichtsbezirken in Italien, welchen zuerst Hadrian Rechtspfleger consularischen, dann Marcus und Verus solche praetorischen Ranges vorsetzten. Man darf noch beifügen, dass sich unter den Zeugnissen für die Niedergerichtsbarkeit der Municipalmagistrate keines befindet von einem Juristen der frühclassischen Periode. Allein jeder Kundige weiss, wie wenig dieser Mangel ins Gewicht fallen kann, da wir von den altclassischen Schriftstellern unter deren eigenen Namen nur verschwindend Wenig besitzen im Vergleich zu der grossen Masse von Fragmenten aus der Hadrianischen und besonders aus der Severischen Epoche.

Ebenso unbeweisend aber sind auch die Nachrichten über die Einsetzung der kaiserlichen Rechtspfleger. Die Bedeutung derselben dürfte von Bethmann-Hollweg weit überschätzt sein⁴⁴⁾. Und wenn das auch nicht der Fall

Multa S. 206—208, dem Karlowa Rechtsgeschichte Bd. I S. 592 bestimmt; dagegen aber Mommsen Stadtrechte S. 402 N. 81 und jetzt Staatsrecht Bd. III¹ S. 818, 819. Wann die Strafgewalt der Municipien beschränkt wurde, ist nicht berichtet; ich vermute: unter Augustus.

⁴³⁾ Spartian Hadr. c. 22, Capitolin Pius c. 2 in f., c. 3, Marcus c. 11; dazu Appian de bellis civ. I c. 38, Dio LXXVIII c. 22.

⁴⁴⁾ Vgl. besonders Mommsen in den Erläuterungen zu den Feldmessern S. 192—195, Staatsrecht Bd. II² S. 1038—1040, wo aber [S. 1039 N. 1 der 2. Aufl. — nicht mehr in der dritten: S. 1085] die Möglichkeit eines Eingriffs der Juridici „in die eigentliche Civiljuris-

wäre, wenn die Juridici in ihren Bezirken wirklich eine dem Urban- und Peregrinenpraetor abgenommene Jurisdiction ausübten, so ist trotzdem gar nicht einzusehen, weshalb den Municipalbeamten gerade damals und erst unter Hadrian die höhere Gerichtsgewalt entzogen sein soll. Ebenso gut können ja die Rechtspfleger lediglich die Erbschaft der Praetoren in Rom angetreten haben, während die Stellung der landstädtischen Magistrate unverändert blieb, nur dass diesen jetzt — ausser in der *urbica dioecesis* — nicht mehr die römischen Gerichtsherrn, sondern die Hadrianischen Consularen übergeordnet waren.

Es hat sich also gezeigt, dass die Quellen nicht das Geringste enthalten, was Savignys Lehre rechtfertigen könnte, während Puchtas Ansicht gegenwärtig wohl als widerlegt zu bezeichnen ist. Was ich nun an die Stelle setzen möchte, darf freilich wieder nur als Hypothese gelten, die lediglich auf der Nachricht von der Erlassung zweier Civilgerichtsordnungen des Augustus beruht, die aber an Glaubwürdigkeit den bisher aufgestellten mindestens nicht nachsteht.

Sicherlich wird man eine so tief einschneidende Massregel wie die Centralisirung der Rechtsprechung in Rom und die Umbildung der Municipalgerichte, denen die wichtigeren Fälle entzogen wurden, während sie im Uebrigen in ein Delegationsverhältniss⁴⁶⁾ zu den Reichsbehörden traten, nur einem energischen Reformator zuschreiben wollen. In

diction“ zugegeben ist. Aus der sonstigen Litteratur hebe ich hervor Dirksen Die Scriptorum historiae Augustae S. 78—105, Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 224—227.

⁴⁶⁾ So jetzt auch Mommsen im Staatsrecht Bd. I S. 216, 217, III¹ S. 812—818, anders früher in Bekkers Jahrbuch d. gem. Rechts Bd. II S. 382.

dem Zeitraum aber, der hier in Betracht kommt, gab es deren an der Spitze des römischen Staatswesens nur drei: Caesar, Augustus und Hadrian⁴⁶⁾. Der Arbeitskraft des Dictators, die freilich eine ganz ausserordentliche war, wird — so scheint es — von mancher Seite doch zu Viel zugemutet. Die kurze Zeit friedlicher Regierung, die Caesar vergönnt war, — zuletzt noch unterbrochen durch den spanischen Feldzug von 709 — reichte lange nicht hin zur Ausführung der grossartigen organisatorischen Pläne. Von den zahlreichen Julischen Gesetzen, welche neben den Cornelischen das öffentliche Recht der Kaiserperiode beherrschten, sind daher nach meinem Ermessen weitaus die meisten erst von Augustus erlassen, vielleicht aber einige nach Caesarischen Entwürfen ausgearbeitet⁴⁷⁾. Ob auch die Beschränkung der landstädtischen Gerichte schon vom Dictator beabsichtigt war, wird nicht leicht zu entscheiden sein. Unmöglich ist es keineswegs, trotz der Communalordnung, welche noch die alte Gerichtsverfassung beibehält, und trotz dem Coloniegesetz, dessen Fragmente Nichts enthalten, was auf eine Aenderung schliessen lässt.

Von entscheidender Bedeutung wäre in dieser Frage die genaue Feststellung des Jahres der Lex Rubria⁴⁸⁾.

⁴⁶⁾ Vgl. auch O. Hirschfeld Röm. Verwaltungsgeschichte Bd. I S. 281–293, der indess — wie ich glaube — die organisatorische Thätigkeit des Augustus doch nicht genügend würdigt.

⁴⁷⁾ S. oben § 13 N. 11, § 14 N. 22.

⁴⁸⁾ Und des Jurisdictionsgesetzes auf der Tafel von Ateste, dessen Identität mit dem Rubrischen sehr zweifelhaft ist; s. Karlowa Rechts-geschichte Bd. I S. 441, 442. Vgl. ferner § 9 N. 20. Unrichtig fasst Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 29 zu N. 15, 16 Caesars „Absicht“ auf Norditalien „Autonomie“ zu gewähren. Appian de bell. civ. V c. 3 — diese Stelle ist offenbar gemeint, nicht III c. 30 — *τὴν Κελτικὴν . . . αὐτόνομον ἀφείναι* (dazu V c. 22) deutet nur hin

Wenn dieses Gesetz noch unter Caesar gegeben ist oder aus dessen Nachlass her stammt, dann dürfte man vielleicht annehmen, dass die neue Gerichtsorganisation zuerst im Cisalpinischen Gallien erprobt werden sollte, um dann später auf alle oder doch auf die italischen Bürgergemeinden ausgedehnt zu werden. Hier ist freilich über Vermutungen einstweilen nicht hinauszukommen; dagegen kann dasselbe Rubrische Gesetz noch gut verwertet werden zur Widerlegung von Savigny.

Wie Dio XLVIII c. 12 bezeugt, wurde die Provinz Gallia Cisalpina, der schon im Jahre 705 durch die Lex Roscia die Civitaet verliehen war, bald nach der Philip-pischen Schlacht völlig mit Italien vereinigt⁴⁹⁾. Trotzdem erhielt oder behielt das Land das Rubrische Jurisdictions-gesetz, dem zufolge den Municipalbeamten nur die Nieder-gerichtsbarkeit zustand. Darnach muss in Oberitalien, das rasch romanisirt war, ein anderes Recht gegolten haben, als in den übrigen Teilen der Halbinsel. Eine Zeit lang mochte sich die Ungleichheit immerhin erhalten; dass sie aber bestehen blieb durch mehr als 150 Jahre, dass erst Hadrian den im Rubrischen Gesetze gewiesenen Weg weiter verfolgt hätte, scheint mir ganz unglaublich, zumal dem auch der wahrscheinliche⁵⁰⁾ Inhalt des — allerdings lati-

auf den Plan, die Provincialverfassung zu beseitigen. Dies konnte geschehen ohne völlige Gleichstellung der gallischen Städte mit den italischen.

⁴⁹⁾ Doch nimmt Mommsen, Staatsrecht Bd. II¹ S. 229 N. 1 noch unter Augustus eine vorübergehende Wiederherstellung der Provincial-verfassung an.

⁵⁰⁾ Freilich ist der ganze Wortlaut des c. 69 (Brunns p. 148) nicht erhalten; allein die letzten Worte auf der Bronze: *quod cum eo agatur quod pluris HS cIo sit neque tanti sit, ut . . .* verlangen allem Anschein nach die von Mommsen vorgeschlagene Ergänzung. Vgl. Mommsen Stadtrechte S. 403 N. 33, S. 442.

nischen⁵¹⁾ — Stadtrechtes von Malaca c. LXIX (81—84 p. Chr.) widerspricht. Schon Augustus — denke ich — musste sich vor die Wahl gestellt sehen, die Ausgleichung im einen oder im anderen Sinne zu bewirken; und gelöst ist das Problem vermutlich in der *altera Iulia* des Gaius, die wohl ganz Italien (frühestens 737 a. u. c.) in allen wesentlichen Punkten den Grundsätzen des Rubrischen Rechtes unterworfen⁵²⁾ hat⁵³⁾.

Man könnte noch fragen, was den Verfasser der Institutionen veranlassen mochte, in seinem Büchlein auch die zweite Julische Civilgerichtsordnung zu erwähnen. Ueber die Antwort dürfte Niemand im Zweifel sein, der in das Werk des Gaius einmal hineingesehen hat. Ist darin auch, wie billig, das Recht der Stadt Rom in den Vordergrund gerückt, so war doch der Gesichtskreis des

⁵¹⁾ S. aber oben N. 34 a. E.

⁵²⁾ Die ausseritalischen Bürgergemeinden wohl nur in der Weise, dass in der Provinz dem Statthalter die höhere Gerichtsbarkeit zufiel, — wenn auch nicht als ausschliessende — welche in Italien die römischen Praetoren hatten. Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 256, auch Stadtrechte S. 402, 408.

⁵³⁾ Natürlich wuchs in Folge dessen die Geschäftslast der römischen Gerichtsbehörden. Damit im Zusammenhang steht wahrscheinlich die Erhöhung der Praetorenzahl, die für die späteren Jahre der Regierung des Augustus bezeugt ist. Unter dessen Nachfolgern ist die Stellenzahl nicht mehr gesunken; sie stand bald auf 18. Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 194, 195, wo alle Belege mitgeteilt sind. Dio führt allerdings den hier angenommenen Grund der Vermehrung nirgends an. Uebrigens muss es dahingestellt bleiben, ob die Beschränkung der Municipalmagistrate schon auf Grund der L. Julia so weit ging, wie nach dem Rechte der spätklassischen Periode. So findet z. B. Lenel (in d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 35, 36) einen Unterschied zwischen dem Rechte der L. Rubria und der Hadrianischen Zeit; dazu aber Schrutka in den Sitzungsberichten der phil. hist. Cl. der Wiener Akademie Bd. CVI S. 467, 468, Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 816 N. 5 in f.

„Schulmeisters“ keineswegs begrenzt durch die römischen Meilensteine. Nicht blos über diese blickt er hinaus; sondern im Geiste der Hadrianischen Zeit auch über die Grenzen Italiens; ja er fixirt mit seiner nicht „geistreichen, aber eleganten Feder“ selbst ein paar Sätze peregrinischen Particularrechts: ein Umstand, der bekanntlich mit dazu beitrug, ihm den Ruf eines provincialen Winkeljuristen zu verschaffen⁵⁴).

Dürfen wir also annehmen, dass in den Bürgergemeinden ausserhalb Roms bis auf Augustus der Legisactionenprocess in Geltung war, so versteht sich auch die Erwähnung beider Gerichtsordnungen in einem Buche von der Art der Gaianischen Institutionen ganz von selbst. Man müsste sogar dem Verfasser Untreue gegen seine eigenen Grundsätze und Nachlässigkeit vorwerfen, wenn er der zweiten *Julia* nicht gedacht hätte.

§ 15. Die stadtrömischen Processformen. — Die Competenz der Centumvirn.

Zwei der oben auf S. 167 gestellten Fragen sind jetzt so ziemlich beantwortet. Ueber den Urheber und die Zeit der *duae Juliae* wüsste ich Nichts mehr zu sagen. Was den Inhalt dieser Gesetze betrifft, so ist Einiges ebenfalls schon angeführt, bei Weitem nicht Alles. Indess liegt eine erschöpfende Darstellung des Julischen Processrechtes nicht

⁵⁴) Vgl. neuestens Ferrini Storia delle fonti p. 77, 78 und Landucci Storia del dir. rom. p. 148, die sich einen Landsmann, dem als Schriftsteller zweifellos ein Ehrenplatz gebührt, allzu leicht haben entreissen lassen. Sagt doch Ferrini (p. 62 N. 2) selbst von einem der Kritiker des Gaius: Ed è veramente il Kuntze scrittore troppo immaginoso.

im Plane dieser Arbeit¹⁾. Vielmehr soll im Folgenden eine Stoffbegrenzung in doppelter Beziehung Platz greifen.

Einmal kann die Municipalgerichtsordnung zunächst wieder ausser Betracht bleiben; sodann möchte ich auch aus dem Inhalte des stadtrömischen Gesetzes nur noch zwei Normen hervorheben, die für meine Untersuchung von Bedeutung sind: die Vorschrift über die Processform, womit die Frage der Competenz der Postjulischen Centumviri zusammenhängt, und die schon einmal (S. 124, 125) berührte Bestimmung in Betreff der Prorogatio fori.

Mit der letzteren beschäftigt sich Ulpian in einem oft citirten Fragmente, in der l. 2 § 1 D. de iud. (5, 1). Der Inhalt der Stelle ist bekannt genug: im Fall des Consensus der Parteien soll es zulässig sein, eine Rechtsache vor den nach gesetzlicher Regel incompetenten Praetor zu bringen. Gestützt wird dieser Satz auf die „*lex Iulia iudiciorum*“.

Zuerst fragen wir, welche von den *duae Iuliae* der Jurist hier wohl im Sinne hat? Dass der Praetor genannt ist, hindert nicht an die zweite *Iulia* zu denken, da es ja Sachen giebt, die nicht vor dem landstädtischen Magistrat, sondern nur in Rom verhandelt werden können.

¹⁾ Die neueste Materialsammlung zur Wiederherstellung der einen civilprocessualen Julia (die andere kennt meines Wissens Niemand) ist von Rudorff in der Rechtsgeschichte Bd. I S. 95, 96; von den älteren nenne ich C. G. Hoffmann *Historia iuris Romano-Iustiniani* v. I pars I p. 148–150 (Lipsiae 1734) und Heffter *Observationes* p. 27–31. — Ferrini *Storia* p. 12–17 erwähnt die generellen *Leges iudiciorum* des Augustus nicht. Ich möchte glauben, dass in Rom seit den XII Tafeln keine wichtigeren Gesetze gegeben sind als die drei Julischen Gerichtsordnungen; vgl. auch Gell. XIV. 2 § 1: *ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iuris peritorum commentariis*.

Auch ist in anderer Richtung die Prorogationsbefugniss der Municipales ausdrücklich bezeugt. *Inter conuenientes* — berichtet Paulus in l. 28 D. ad municip. (50, 1) — *et de re maiori apud magistratus municipales agetur*. Wir werden kaum fehlgehen, wenn wir die letztere Norm der *altera Iulia* zuschreiben.

Weiter aber darf man vermuten, dass ein Capitel dieses Gesetzes das Prorogationsrecht der Parteien in beiderlei Beziehung regelte, dass also die beiden Vorschriften neben einander standen. Demnach ist es immerhin möglich, den Rechtssatz der l. 2 § 1 D. cit. aus der Municipalgerichtsordnung herzuleiten. Trifft diese Annahme das Richtige, dann konnte eine gleichlautende Norm in der hauptstädtischen Lex Julia nicht fehlen, da der Kaiser die Bürger in Rom gewiss nicht schlechter stellen wollte als die Municipales; ist sie aber unrichtig, dann bleibt uns gar keine Wahl: Ulpian muss unter dieser Voraussetzung den citirten Text aus der stadtrömischen Gerichtsordnung genommen haben. Ob übrigens die letztere nicht gewisse Bestimmungen enthielt, die, ohne Wiederholung in dem zweiten Gesetze, doch auch für die Cives in den Municipien galten, mag unentschieden bleiben; doch spricht dagegen alle Wahrscheinlichkeit.

Dem Gesagten nach stand es den Bürgern in Rom jedenfalls frei, im Einverständniss zu wählen zwischen dem Gerichte des Urban- und des Peregrinenpraetors. Ohne diese Prorogationsbefugniss hätte in Folge der allmäligen Verbreitung der Civitaet in der Zeit von Augustus bis auf Caracalla die Zahl der von dem Stadtpraetor zu instruierenden Prozesse beständig anwachsen, dagegen die Zahl der vor den Fremdenpraetor gelangenden in demselben Ver-

hältniss abnehmen müssen. War nun der Letztere der weniger beschäftigte, so wird gerade dieser Umstand im zweiten Jahrhundert und schon früher viele stadtrömische Parteien veranlasst haben, lieber von ihm Recht zu nehmen als vom Praetor urbanus. Hiernach mochte der Gerichtsherr der Peregrinen — etwa in der Zeit der Antonine — fast ebenso häufig *inter ciues* Recht sprechen auf Grund der Prorogation, wie seinem eigentlichen Berufe nach *inter peregrinos*²⁾.

Das eben Gesagte dient — wie ich glaube — zur Aufklärung einer Aeusserung des Gaius (IV. 31, S. 58), aus der man öfter Unrichtiges gefolgert und auf die sich jüngst wieder Pernice³⁾ berufen hat, um die Fähigkeit der Peregrinen zur *Legisactio* und die hergebrachte Auslegung der zweiten Julia zu erweisen. Nach der Mitteilung unseres Juristen wurde in Processen, die von den Centumvirn zu entscheiden waren, *sacramento lege agirt apud praetorem urbanum uel peregrinum*.

Diese Bemerkung, zusammengehalten mit der aus dem Acilischen Gesetze bekannten Sacramentsklage *ex lege Calpurnia et Iunia*, die man nicht ohne Grund als *socialis*⁴⁾

²⁾ Sicherlich wurde dadurch die Verschmelzung der beiden römischen Alba befördert. Uebrigens galt natürlich das Volksrecht und die auf demselben beruhende *Legisactio* für den Peregrinenpraetor eben so gut wie für den Stadtpraetor. Proponirt war allerdings das Spruchformular im Album des Ersteren nicht; allein eben so wenig im Album des Letzteren.

³⁾ Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX² S. 154 zu N. 1, dazu Mommsen im C. I. L. t. I p. 66 (ad L. Acil. v. 23); anders, doch abweichend von dem im Text Gesagten, Huschke in Richters Krit. Jahrbüchern Bd. V S. 482 und Multa S. 405, 406, Karlowa Legisactionen S. 345 N. 1. Nur Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 56 N. 19 bringt Gai. IV. 31 und l. 2 § 1 D. cit. in Verbindung; doch schlägt er zur Auswahl noch eine zweite Erklärung vor.

⁴⁾ Cic. divin. c. 5 § 17, 18 (dazu c. 20 § 65): . . . *tota lex de*

bezeichnet und daher vor den Fremdenpraetor verweist⁵⁾, schien die Annahme nahezulegen, dass die *altera Iulia* der Institutionen eine Criminalgerichtsordnung ist, welche auch auf ihrem Gebiete die Spruchformeln beseitigt hätte. Wer nun durch die obigen Ausführungen von der Unhaltbarkeit dieser Auffassung nicht völlig überzeugt ist, der könnte leicht in der Erwähnung des *praetor peregrinus* bei Gaius l. c. ein noch unüberwundenes Bollwerk der alten Lehre erblicken. Dem sollte die hier vorausgeschickte Darlegung begegnen. Sie zeigt, wie Gaius als gewissenhafter Berichterstatter über das Recht seiner Zeit dazu kam, unter den Magistraten, vor welchen *sacramento* geklagt wurde, den Fremdenpraetor zu nennen, und zeigt zugleich, wie sich daraus nicht das mindeste Argument ergibt, weder für die Legisactionsfähigkeit der Peregrinen noch für die Verselbigung der *altera Iulia* und der *lex iudiciorum publicorum*.

Einer genaueren Erörterung bedarf weiter noch das Capitel des Julischen Gesetzes über die Form des Verfahrens. Aus dem oft angezogenen Berichte des Gaius ist Zweierlei klar und deutlich zu ersehen.

Einmal die Regel, derzufolge die Legisactio auch als facultative Verfahrensart abgeschafft ist, während die

pecuniis repetundis sociorum causa constituta . . . nam civibus cum sunt creptae pecunias, civili fere actione et privato iure repetuntur: haec lex socialis est, ebenso in Verr. II c. 6 § 15; vgl. noch L. Acil. Z. 2, 76, 77 (83, 84). Indessen beziehen sich Ciceros Aeusserungen nicht auf die Lex Calpurnia oder Iunia, sondern auf die Cornelia. Die schwierige Frage, wem die Sacramentsklage der ältesten Repetundengesetze zustand, wird verschieden beantwortet; s. Rein Criminalrecht S. 613 und in Pauly's Realencyclopädie Bd. VI S. 447, Zumpt Criminalrecht Bd. II¹ S. 45, 187, Voigt Ius naturale IV² S. 163 N. 65^b.

⁵⁾ Vgl. oben § 13 N. 9.

schriftlichen *uerba concepta* nunmehr die schlechthin obligate Processform bilden. Damit war also das nach der Lex Aebutia zustehende Wahlrecht aufgehoben.

Zweitens als Ausnahme die Beibehaltung der Legisactio, — dem Anschein nach in veränderter Gestalt — wenn als Spruchrichter die Centumviri angerufen sind. Die Letzteren haben aber auch nach Julischem Recht durchaus nur concurrirende Gerichtsbarkeit, wie die Worte des Gaius beweisen: *ex duabus causis permissum est lege agere.*

Alles bisher Angeführte dürfte das Gesetz ganz ausdrücklich vorgeschrieben haben. Dass insbesondere der Gebrauch der Schriftformel durch die Lex Julia geradezu angeordnet war, und dass demgemäss der Process nach der neuen Gerichtsordnung als ein legitimer (*iudicium legitimum*) gelten muss, braucht nicht nochmals dargelegt zu werden, da hier lediglich zu wiederholen wäre, was weiter oben (S. 159—166) über die entsprechende Bestimmung der Lex Aebutia bemerkt ist.

Dagegen haben wir unsere Aufmerksamkeit jetzt hauptsächlich zwei Punkten zuzuwenden. Zuerst der Competenz des Gerichtes der Hundert, über welche uns Gaius IV. 31 im Dunkeln lässt, und die überdies von den Neueren zu Unrecht als eine ausschliessende bezeichnet wird; sodann der anderen Frage, ob und weshalb die Legisactio im Gesetze wie in Centumviralsachen so auch beim *damnum infectum* vorbehalten war. Beides muss untersucht werden, wenn das Anwendungsgebiet des gesetzlichen Formularprocesses genau begrenzt werden soll.

Von etwas geringerer Bedeutung für unser Thema ist die neue Form, welche der Legisactio vermutlich in der

Augusteischen Gerichtsordnung gegeben ward⁶⁾. Ein paar kurze Bemerkungen über dieses interessante Problem würden die Sache sehr wenig fördern. So scheint es besser, dasselbe zu besonderer Behandlung auszusecheiden.

Die Erörterung der Centumviralcompetenz unter den Kaisern ist anzuknüpfen an das früher festgestellte Recht der republicanischen Zeit. Genauer ausgedrückt geht also unsere Frage dahin, ob der aus den Schriften Ciceros ermittelte Kreis der Centumviralsachen durch das Gesetz des Augustus eine Aenderung erfahren hat. Dass überhaupt die Lex Julia sich mit dem Gerichte der Hundert beschäftigte, wird man wohl nicht bezweifeln dürfen. Am besten beglaubigt ist in dieser Beziehung die Berufung der Zehnmänner zum Praesidium. Schwerlich aber war dies die einzige organisatorische Massregel des Augustus. Wahrscheinlich ist auf diesen Kaiser und auf das Julische Gesetz unter Anderem die Erhöhung der Mitgliederzahl von 105 auf mindestens 180⁷⁾ und die Einrichtung oder Vermehrung der Consilia zurückzuführen. Auch der Praetor hastarius, der zuerst unter Tiberius begegnet, dürfte schon von dessen Vorgänger eingesetzt sein⁸⁾. Hiernach hat die Annahme von vornherein Viel für sich, dass in der Lex Julia zuletzt noch die Competenz des neu organisirten, vielleicht erheblich umgestalteten Gerichtshofes geregelt war. Wenn ich Nichts übersehe, ist das auch die allgemein gebilligte

⁶⁾ Das m. E. Richtige ist zuerst angedeutet von Dernburg *Hereditatis petitio* S. 7 N. 14 und in der *Heidelb. krit. Zeitschr.* Bd. I S. 267—269.

⁷⁾ Diese Zahl bezeugt für die Zeit Trajans *Plinius Epist.* VI. 33; vgl. auch *Huschke Multa* S. 406 N. 148, ferner *Hartmann-Ubbelohde Ordo* I S. 313, 314.

⁸⁾ S. oben § 14 N. 10.

Lehre⁹⁾, die nur der Eine mit grösserer, der Andere mit geringerer Bestimmtheit vorträgt. Uebrigens reicht die Uebereinstimmung noch etwas weiter. Alle nehmen wohl an, dass Augustus die Gerichtsbarkeit der Hundert in engere Grenzen eingeschlossen habe. Im Einzelnen gehen hier freilich die Meinungen auseinander.

Es ist daher nicht ganz zutreffend, wenn Dernburg in seiner Abhandlung über den Besitz¹⁰⁾ bemerkt: „es sei allgemeine, auch wohlbegründete Ansicht, dass jetzt, d. h. nach der Lex Julia, sicher nur die Erbschaftsprocesses der Zuständigkeit der Centumvirn unterstanden, nicht aber die Eigentumsklagen“. Keller wenigstens und Bethmann-Hollweg tragen noch Bedenken, die Beschränkung auf Erbschaftssachen mit solcher Bestimmtheit zu behaupten wie die Neueren; und ausserdem haben einige Schriftsteller (Wetzell, Rudorff¹¹⁾, Lenel¹²⁾) den Versuch gemacht, die Competenz in anderer Weise zu fixiren, indem sie den

⁹⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 384—388, 397—400, Civilprocess Bd. II S. 56, 57, 230, 232, 235, 331, Puchta Institutionen Bd. I § 153 (S. 436), Keller Civilprocess § 6 S. 29, 30, Wetzell Vindicationsprocess S. 38, 39, 75—79, Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XIV S. 361 N. 92, Rechtsgeschichte Bd. II § 7 S. 31, 32, Huschke Multa S. 500, Lotmar Krit. Studien S. 76, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 453 N. 41, Kappeyne Abhandlungen S. 326, Padelletti Storia del dir. rom. p. 577 n. 3, dazu Cogliolo p. 306 n. i.; auch Zimmern Civilprocess § 36 (S. 98). Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 220 [s. S. 231 der 3. A.] nennt, ohne verschiedene Perioden zu unterscheiden, die Centumvirn „die für Erbschaftsprocesses competenten Geschwornen“; ähnlich Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. XVIII S. 37 und (für die Kaiserzeit) in der Festgabe S. 60, Sohm Institutionen S. 132 N. 3.

¹⁰⁾ Entwicklung u. Begriff des jur. Besitzes S. 49 u. N. 5 (1883).

¹¹⁾ In der Zeitschr. (N. 9): Sachen von 100 000 Sesterzen, dagegen in der Rechtsgeschichte: von 1000 Assen Streitwert.

¹²⁾ Edictum perpetuum S. 415, 416.

Centumvirn gewisse Rechtssachen im Werte von 100 000 Sesterzen und darüber zuweisen.

Meines Erachtens wird man keiner von diesen Aufstellungen beitreten dürfen. Zwar will ich nicht bestreiten, dass von der Zuständigkeit der Hundert in dem Gesetze des Augustus wirklich die Rede war. Zum Mindesten unerwiesen aber ist die behauptete Abweichung der Julischen Ordnung von dem Rechte der Ciceronischen Zeit. Um dies darzuthun, müssen nun die Argumente geprüft werden, auf denen die gegnerische Ansicht beruht.

Die eine Gelehrtengruppe, welche die Centumvirn für Erbschaftsrichter erklärt, verweist auf eine stattliche Reihe von Nachrichten¹³⁾ aus den ersten vier christlichen Jahrhunderten, welche das Gericht der Hundert mit Erbrechtsfragen beschäftigt zeigen. Dass dessen Competenz darauf beschränkt war, ist freilich nirgends gesagt; nur Hieronymus spricht einmal von *hereditariae uel centumuirales causae*. Doch fügt Puchta bei, es komme andererseits „nach Cicero keine Stelle vor, aus der sich entnehmen liesse, dass die Centumvirn in anderen Processen gerichtet hätten“.

Das ist Alles, was man anzuführen weiss; denn die Berufung auf Gai. IV. 95 ist aus mehreren Gründen zurückzuweisen. Einmal darf unter der *sponsio sestertium CXXV nummum* gewiss nicht das höhere Sacramentum von 500 Assen verstanden werden¹⁴⁾; und selbst wenn

¹³⁾ Aufgezählt von Bethmann-Hollweg in der cit. Zeitschr. Bd. V S. 367—369 N. 18—21.

¹⁴⁾ Erwiesen ist Dies schon wiederholt, wie ich glaube ganz überzeugend; zuletzt von Lotmar Krit. Studien S. 70—72 gegen Krüger Kritische Versuche S. 70, und von A. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 152, 153 N. 2. Dennoch werden die Bemühungen,

Wlassak, Röm. Processgesetzte.

dies gestattet wäre, könnte die Stelle doch nur als Beleg dafür gelten, dass seit der *Lex Crepereia* immer zum *sacramentum quingenarium* provocirt werden musste, was vielleicht die Parteien von der Anrufung der Hundertmänner in Bagatellsachen abhalten sollte. Dagegen ergibt sich daraus keineswegs die Entlastung der Centumvirn von allen, selbst den bedeutendsten Processen, die nicht erbrechtlicher Natur waren, noch auch die Unmöglichkeit *sacramento* zu klagen, wenn die Streitsache nicht den Wert von 1000 Assen hatte. Demnach kann die Bestimmung des Crepereischen Gesetzes gar nicht in Betracht kommen, hier so wenig wie als Beleg für die zweite Theorie, derzufolge vor das *hastae iudicium* Vindicationen gehörten von Gegenständen im Werte von mindestens 100 000 Sesterzen.

Was nun den anderen Beweisgrund betrifft: die in ansehnlicher Zahl bezeugten Erbschaftsprozesse der Centumvirn, so wäre gegen Puchtas Schlussfolgerung kaum Viel einzuwenden, wenn wir unserem Gerichte nach Julischem Recht ausschliessende Competenz, namentlich in nichterbrechtlichen Sachen, beilegen müssten. Ueber diesen letzteren Punkt findet man in der neueren Litteratur nicht ganz übereinstimmende Aeusserungen. Eine genauere Kritik der einzelnen Aufstellungen scheint nicht nötig. Bemerket sei nur, dass Keller¹⁵⁾ sich selbst widerspricht, wenn er zuerst von einer „ausschliesslichen Competenz

den Worten des Gaius Gewalt anzuthun, wohl so lange andauern, als nicht das Rätsel der *sponsio sesterrium CXXV nummum propter legem Crepereiam* gelöst und das Alter des genannten Gesetzes gefunden ist. Davon sind wir, scheint es, noch sehr weit entfernt.

¹⁵⁾ S. oben § 10 zu N. 15 (S. 111).

insbesondere für Erbschaftssachen“ redet, um dieselbe bald darauf nicht einmal für die *Vindicatio hereditatis*, sondern nur für die *querela inofficiosi* festzuhalten.

Bethmann-Hollweg¹⁶⁾ folgt im Handbuch im Wesentlichen Keller; dagegen vertrat er früher die Meinung, dass in der Kaiserzeit „die wichtigeren *Vindicationes* ausschliessend vor die *Centumvirn*, die geringeren vor einen *Judex*“ gehörten. Diese „Wichtigkeit“ hat dann später Wetzell in Ziffern ausgedrückt und fixirt; Lenel ist ihm beigetreten. In geringeren Sachen sollten die Parteien befugt sein, den Process durch *Sponsion* vor einen *Judex* zu bringen.

Dernburg endlich behauptet in einer älteren Abhandlung¹⁷⁾, die „Erbschaftsklagen seien stets vor dem Volksgericht der *Centumvirn* verhandelt worden“.

Irre ich nicht, so ist keine dieser Ansichten aus den Quellen zu erweisen, ja keine mit den Nachrichten, die in den Quellen vorliegen, auch nur verträglich. Gaius vor Allem (IV. 31) kennt zweifellos eine exclusive Gerichtsbarkeit der Hundertmänner nicht, weder in Erbschafts- noch in anderen Rechtssachen, sei es von grösserer oder geringerer Bedeutung. Ohne irgendwie zu unterscheiden, giebt er die Wahl zwischen der *Legisactio* mit nachfolgendem *Judicium hastae* und der Schriftformel, welche den Process vor den Privatrichter leitet. Dass aber das *permissum est* des Gaius wirklich den hier angenommenen Sinn habe, und dass die Stelle allem Anschein nach keine

¹⁶⁾ In der Zeitschr. f. gesch. R.W. Bd. V S. 386.

¹⁷⁾ Ueber das Verhältniss der *hereditatis petitio* (1852) S. 5—8, dazu aber das oben im § 10 N. 22 (S. 114) mitgeteilte Citat aus der Heidelb. Zeitschr. Bd. I S. 266.

andere Auslegung zulasse, das ist schon weiter oben auf S. 109—111 ausführlicher gezeigt.

Zur Unterstützung mag jetzt noch die Aeusserung eines nichtjuristischen aber gutunterrichteten Schriftstellers beigelegt werden, des Quintilian, der gelegentlich (V. 10 § 115) bemerkt: *alia apud centumuiros alia apud priuatum iudicem in iisdem quaestionibus ratio*, was offenbar die Concurrenz der beiden Richtergattungen voraussetzt.

Wenn wir uns dann den einzelnen Klagen zuwenden, die nach einstimmiger Lehre zur Centumviralcompetenz gehören, so ergibt sich Folgendes. Bei der Vindicatio hereditatis ist die Judication der Hundert ausdrücklich bezeugt von Justinian in l. 12 pr. C. de pet. her. (3, 31). Aus den Schriften der Juristen gehört vielleicht noch Paulus Sent. V. 16, 2 hieher, was freilich nicht sicher ist¹⁸⁾, während in den Pandekten auffallender Weise jede Spur der centumviralen Gerichtsbarkeit fehlt.

Zunächst wäre man fast geneigt, den Compilatoren wie in vielen anderen Fällen so auch hier eine Verfälschung der klassischen Schriften Schuld zu geben. Allein dagegen spricht schon die eben angeführte Constitution Justinians, und mehr noch das im Pandektentitel V. 2 und sonst wiederholt erwähnte *iudicium centumvirale* in Querelsachen. Auch Dernburgs¹⁹⁾ Versuch, die *formula petitoria* auf das Verfahren in den Provinzen zu beschränken, ist gewiss nicht gelungen. Denn der *iudex unus* kommt keineswegs bloß in den Excerpten aus Gaius ad edictum provinciale

¹⁸⁾ Vgl. G. Hartmann Querela S. 6 N. 1, Lotmar Krit. Studjen S. 76.

¹⁹⁾ Hereditatis petitio S. 6, 8 zu N. 17.

vor, sondern auch in anderen Fragmenten, so beispielsweise bei Neratius lib. VII membranarum (l. 57 D. de h. p. 5, 3), Scaevola lib. III digestorum (l. 58 D. eod.), Paulus lib. XX ad edictum (l. 40 § 4 D. eod.).

Andere Schriftsteller, zuletzt G. Hartmann²⁰⁾, haben daher mit besserem Recht aus dem Digestentitel V. 3 auf den „Untergang“ der Centumviralcompetenz „zur Zeit der klassischen Juristen“ geschlossen. Diese Annahme kommt dem Richtigen sehr nahe, wenn an das dritte Kaiserjahrhundert gedacht wird. Nur die citirte Codexstelle erregt doch noch Bedenken, da die Byzantiner ihre Kenntniss des klassischen Rechts in erster Linie gerade aus den Werken der spätesten Juristen schöpften, welche dem Gesagten nach die Judication der Hundert über Vindicatio hereditatis nicht mehr gekannt hätten.

Dagegen verschwinden sofort alle Schwierigkeiten, wenn wir die Centumvirn durchaus nur als concurrirende Richter auffassen. Allem Anschein nach ist ihnen durch Rechtssatz die in der Lex Julia festgestellte Competenz überhaupt niemals entzogen; wohl aber werden es die Parteien, je häufiger die Inofficiositätsprocesse wurden²¹⁾, und je weniger der Gerichtshof sich der Aufgabe gewachsen zeigte, seine Geschäfte rasch zu erledigen²²⁾, immer mehr vermieden haben, ihm andere Rechtssachen vorzulegen als Beschwerden über lieblose Testamente.

²⁰⁾ A. a. O. S. 6 N. 1; vgl. aus neuester Zeit Lammfromm Zur Geschichte der Erbschaftsklage (1887) S. 5 N. 3.

²¹⁾ Vgl. Ulp. l. 1 D. de inoff. (5, 2).

²²⁾ S. Sueton Vespasian c. 10: *sorte elegit, . . . qui iudicia centumviralia, quibus peragendis vix suffectura litigatorum videbatur aetas, extra ordinem diiudicarent redigerentque ad breuissimum numerum*; auch Domitian c. 8: *ambitiosas centumviroorum sententias*

Daraus erklärt sich sehr einfach die weit überwiegende Zahl der Nachrichten über *centumvirale Querelproceſſe*. Diese letzteren aber gehörten von allem Anfang vor das Gericht der Hundert; ja sie sind sicher sehr erheblich jünger als dieses. Mit Bekker²³⁾ wird man annehmen müssen, dass die *Rescission* letztwilliger Erklärungen wegen *Pflichttheilsverletzung* noch unter Augustus etwas ganz Ausserordentliches war, und dass sich demgemäss die Theorie der *Querel* erst unter dessen Nachfolgern entwickelt hat. Anfänglich nur als *Incidentstreit* in der *centumviralen Vindicatiohereditatis* vorkommend ist die *Inofficiositätsbeschwerde* auch als selbständiges Rechtsmittel begreiflich so lange wenigstens immer vor das Gericht der Hundert gebracht worden, als dieses noch als der einzige Vertreter jenes *Billigkeitsprincips* erschien, das sich stark genug erwies, die Vernichtung eines nach bisheriger Anschauung unanfechtbaren *Testamentes* zu bewirken.

Um so bedeutsamer sind einige Zeugnisse aus der späteren klassischen Zeit, wo die *Rescission* wegen *Liebslosigkeit* schon feststehendes Recht war, denen zufolge auch der *iudex unus* zur *pronuntiatio contra testamentum* befugt war. Durch diese Nachrichten ist abermals unsere Annahme bestätigt, wornach die *Centumvirn* kraft Gesetzes

rescidit. Dazu Joh. Merkel *Abhandlungen* II S. 64, 65, 71, anders Pernice in der Festgabe f. Beseler S. 60.

²³⁾ *Actionen* Bd. I S. 278—282. Bekker legt mit Recht Gewicht auf *Valer. Max. VII c. 7 § 3* und darauf (N. 15), dass die älteren Juristen bis auf Julian in den Fragmenten über die *Querel* nirgends citirt sind. Ueber die Entstehung der *Querel* s. auch Hartmann a. a. O. S. 7, dazu aber Bekker S. 272 N. 1. Was Letzterer (S. 272) nur bedingt behauptet, dass die *Querel* in der *Sponsionsform* durchzuführen war, ist wohl durch *Gai. IV. 95* genügend beglaubigt; während das zur Bedingung Gesetzte m. E. nicht zutrifft.

niemals und in keiner Sache ausschliessliche Competenz hatten, obwohl man es eine Zeit lang nicht wagen konnte, mit einer Klage, deren Existenzberechtigung noch in Frage stand, anderswo aufzutreten als vor einem der grossen Consilien des unter den älteren Kaisern hochangesehenen *iudicium hastae*.

Belege für Querelprocesse vor dem Einzelrichter finden sich hauptsächlich in den Schriften Ulpian's [l. 6 pr., l. 8 § 16 D. de inoff. (5, 2), l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 14 pr. D. de appell. (49, 1)], aber auch bei Marcellus (l. 5 D. h. t. 5, 2) und bei Paulus (l. 17 § 1 D. eod.). Von den Ulpian'schen Stellen ist die schon früher (S. 110) erwähnte l. 8 § 16 D. cit. besonders hervorzuheben, weil sie, wie es scheint, mit den Worten *ex causa* die Seltenheit der Anrufung des Judex andeuten will.

Möglich wäre es vielleicht, die Beweiskraft des einen oder anderen Fragmentes abzuschwächen durch die Bemerkung, dass es der Verfasser bequemer finden mochte, statt *centumviri iudex* zu schreiben. Indess dürfte dieser Verdacht schon darum unbegründet sein, weil es unter dieser Voraussetzung gewiss näher lag, *iudices* zu setzen, und weil gerade dieser Sprachgebrauch, und zwar im Pandektentitel V. 2 wirklich nachweisbar ist. So lesen wir bei Marcellus in demselben dritten Buch der Digesten einmal (l. 5) *apud iudicem*, während in l. 10 von der *pars iudicantium* und von der *pronuntiatio* der *iudices* die Rede ist. Freilich war in der letzteren Stelle der Plural ganz unvermeidlich; doch schreibt auch Papinian (l. 76 pr. D. de leg. II, l. 15 § 2 h. t): *sententiae iudicum* und — was ganz entscheidend ist — Ulpian in der citirten l. 8 § 14: *ad sententiam iudicum*.

Von den aufgezählten Zeugnissen hat Keller wenigstens eines, die l. 8 § 16 seinerzeit in der „Litiscontestation“²⁴⁾ gehörig gewürdigt und nicht anders aufgefasst, als es hier geschah. Dagegen ist im „Civilprocess“ (§ 6) der Judex bei der Querel ganz unterdrückt²⁵⁾, vielleicht deswegen, weil Keller keine Klagformel entdecken konnte. Allein der Mangel einer besonderen Formel schliesst die Judication des Einzelrichters noch keineswegs aus. Der Pflichtteilskläger wird — wie auch Lenel²⁶⁾ annimmt — den *heres institutus* zu einer Praejudicialsponson provocirt und dann *formulam* edirt haben (arg. Gai. IV. 93, 95).

Zum Schlusse ist noch eines Einwands zu gedenken, den Mommsen²⁷⁾ gegen zwei (drei) von den oben benutzten 6 Stellen erhebt: Ulpian — sagt er — habe überall Cognitionen im Auge; sein *iudex* sei daher kein Geschworener sondern ein Unterrichter (*iudex pedaneus*). Wie Mommsen

²⁴⁾ S. 386 N. 10.

²⁵⁾ Citirt ist die l. 8 § 16 D. de inoff. im Civilprocess § 82 N. 995 als Beleg für „zweifelhafte Appellation von den *contumaciri*.“ Wie es scheint, hat Keller den *iudex* später für interpolirt gehalten.

²⁶⁾ Edictum S. 112.

²⁷⁾ Staatsrecht Bd. II³ S. 941 N. 1; dazu S. 937 N. 1, S. 940 N. 2, S. 944 N. 2. L. 14 pr. D. de appell. (49, 1) ist in das Verzeichniss auf S. 941 [S. 981 N. 1—3. A.] vielleicht nur aus Versehen nicht aufgenommen. Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX¹ S. 106 N. 5 erwähnt diese Stellen nicht; so darf ich hoffen, dem unter IV. 2 (S. 106) ausgesprochenen Urtheil noch zu entgehen. So gut begründet mir übrigens die neue Auslegung der l. 2 C. de ped. iud. (3, 3) scheint (S. 103—112), so wenig bin ich andererseits geneigt, den Geschwornen in solchen Fragmenten der klassischen Schriften, die den bestellenden Beamten nicht nennen, ohne genaueste Untersuchung des einzelnen Falles preiszugeben. Ein anderes Verfahren stünde auch im Widerspruch mit den in der Festgabe f. Beseler S. 78, I—III aufgestellten Sätzen. Ich meine also, wer den *iudex* schlechthin in einer klassischen Stelle für den *iudex pedaneus* ausgiebt, der „muss das natürlich beweisen“ (Pernice S. 106).

diese Behauptung begründen möchte, ist nicht leicht zu erraten. Zwar heisst es in l. 8 § 16 D. h. t. und in l. 14 pr. D. de appell. (49, 1): *iudex cognoscit*; doch ist damit Nichts bewiesen, da der „cognoscirende“ Richter beispielsweise des Pomponius in l. 9 § 1 de furt. (47, 2) oder des Ulpian in l. 4 § 1 D. de eo qu. (13, 4) und l. 17 § 4 D. damn. inf. (39, 2) gewiss ein *iudex priuatus* ist. Eben so wenig dürfte auf die *pronuntiatio* der l. 8 § 16 cit. und der l. 50 § 1 D. de leg. I Gewicht gelegt werden; denn auch dieser Ausdruck ist der technischen *Cognitio* durchaus nicht eigentümlich und wird insbesondere verwendet zur Bezeichnung des Urteils der Gerichtshofsconsilien²⁸⁾.

Sodann aber war die *Legisactio* in Centumviral-, d. h. vornehmlich in Querelsachen zur Zeit Caracallas²⁹⁾ unzweifelhaft noch im Gebrauch, ebenso ganz allgemein in Rom und wohl auch in Italien das in den beiden *Judicialgesetzen* des Augustus angeordnete Verfahren mit Geschworenen. Wie nun die Querel dem Gerichte des Stadtpraetors und damit dem regelmässigen Civilprocess entzogen und der *Cognition* eines anderen Beamten zugewiesen sein soll, darüber ist meines Wissens nicht das Mindeste bekannt. Der Versuch endlich alle vier *Judexstellen* des Ulpian, aus dem 14. Buch *ad edictum* wie aus dem 24. *ad Sabinum*, auf das Verfahren in den Provinzen zu beziehen, wäre offenbar ein durchaus willkürlicher Notbehelf, um so

²⁸⁾ Vgl. Marcellus l. 10 pr. D. de inoff. (5, 2), Tryph. l. 22 § 1 D. eod., Ulp. l. 8 § 14 D. eod. — Ulp. l. 29 pr. D. eod. würde Mommsen nicht gelten lassen. Vgl. übrigens Lenel *Edict* S. 330 N. 4.

²⁹⁾ Vgl. Ulp. XI. 24 u. 27, dazu XVII, 2, Fitting *Alter der Schriften* S. 88, ferner Pernice *Festgabe* S. 78.

mehr als die oft citirte l. 8 mit dem *iudex* im § 16 unmittelbar vorher im § 14 die *iudices*, d. h. die Centumvirn erwähnt.

Hiernach scheint es also vergeblich, nach Argumenten zu suchen, auf die sich Mommsens Behauptung stützen könnte, während es allerdings klar zu Tage liegt, was diesen Gelehrten zunächst veranlasst hat, den *iudex* als Unterrichter aufzufassen: sicherlich das Bestreben, den Geschworenenanspruch als inappellabel hinzustellen. Aus diesem Grunde ist auch in den drei anderen Digestenfragmenten, die Nichts über die Appellation enthalten, der *iudex* unangefochten geblieben.

Es kann nun nicht meine Aufgabe sein, die schwierige und neuestens wiederholt besprochene Frage, ob zur Zeit der Antonine gegen das Geschworenenurteil Berufung statt-
haft war oder nicht, an diesem Orte abermals zu behandeln. Nach meinem Dafürhalten wird man Merkel⁸⁰⁾ und Anderen zustimmen müssen, welche es für unmöglich erklärten, all' die Quellenzugnisse aus dem Wege zu räumen, die schon von älteren Schriftstellern zu Gunsten der Appellabilität⁸¹⁾ angeführt wurden. Und mag man auch die

⁸⁰⁾ Abhandlungen II S. 65—74, Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 524—530, Wach zu Keller § 82 N. 989. Keiner dieser Schriftsteller folgt Mommsen; am meisten scheint Wach bereit, Zugeständnisse zu machen. Merkel (S. 70) und Ubbelohde (S. 526, 527) lassen auch Appellation vom Centumviralgericht zu; dagegen stimmt Ersterer (ebenso Wach) Mommsen zu in Betreff des *iudex* der Ulpian'schen Stellen, während der Letztere die l. 8 § 16 D. cit. für interpolirt erklärt und die zwei anderen Fragmente (l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 14 pr. D. de app. 49, 1) nicht auf die Querela inofficiosi beziehen möchte. Die Möglichkeit, den *iudex* als Geschworenen aufzufassen, ist anscheinend von den beiden Gelehrten — vielleicht weil ihnen die Centumvirn als ausschliesslich competent gelten — gar nicht erwogen.

⁸¹⁾ Manche, so Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 62 N. 18,

Frage zu den dermalen schwebenden zählen, so kann doch jedenfalls von diesem bestrittenen Boden aus kein wirk-

glauben, die Appellation (gegen Geschwornenurteile) sei durch die *Leges iudicariae* des Augustus begründet. [Vgl. übrigens oben § 13 N. 14 — Wertlos ist m. E. Dio LII c. 33.] Mir scheint das wenig wahrscheinlich. Nicht *Ius civile* neuen „Styls“ (den ich nie geleugnet habe; s. Kritische Studien S. 62—64) wie etwa das Julisch-Papische Recht, dürfte die Appellation sein, sondern auch der Quelle nach verschieden von diesem: ein Institut des Kaiserrechts. Es sei mir gestattet, diesen Ausdruck hier in einem kurzen Excursus zu erläutern. Mehrere Rezensenten meiner „Studien zur Theorie der Rechtsquellen“ haben behauptet, dass ich an dem Rechtsdualismus auch für die Kaiserzeit streng festhalten wolle. Damit ist meine Ansicht ganz unrichtig dargestellt. Doch habe ich das Missverständniß vielleicht selbst dadurch hervorgerufen, dass in der Abh. I („Rechtsdualismus“) auf die in der Abh. II („Constitutionenrecht“) gefundenen Ergebnisse noch in keiner Weise Rücksicht genommen ist, abgesehen von einer Andeutung des später zu behandelnden Problems auf S. 59, 60. Mein Plan aber war folgender. In der ersten Abh. wollte ich darthun, dass die römischen Quellen, auch die der Kaiserzeit, nur den Dualismus kennen, und dass alle modernen Versuche mit Hülfe der klassischen Juristenschriften eine Dreiteilung zu begründen, misslungen seien. Die Kritik also richtet sich in Abh. I „gegen die nach Puchta veröffentlichten Darstellungen der römischen Quellengeschichte“, dagegen in Abh. II „gegen die Lehre der klassischen Juristen selbst“ (Vorw. S. III). Sofort auf S. 97 heisst es: die gestellte Aufgabe könne „mit der Zerstörung eines unhaltbaren Begriffes (des Rudorff-Kuntze'schen *Ius extraordinarium*) nicht als gelöst“ gelten, da jetzt nach Mommsens Staatsrecht „eine vorbehaltlose Rückkehr zur älteren Theorie Puchtas (wörtlich mitgeteilt auf S. 35: Dualismus) nicht mehr möglich“ sei. (Diese Worte haben meine Rezensenten nicht beachtet.) Im Folgenden ist dann gezeigt, dass Mommsens Auffassung des Principats zur Annahme eines eigentümlichen „Kaiserrechts“ (S. 166, 192) führe, von dem freilich — so weit unsere Kenntniß reicht — die klassischen Juristen Nichts wissen, da sie (wenigstens die späteren) unzweifelhaft bestrebt waren, die Constitution der Lex gleichzustellen, ja geradezu lehren: aus der Constitution gehe *ius civile* hervor. Zuweilen allerdings schafft der Princeps wirklich *Ius civile*, nämlich in der einseitig erlassenen Lex und überdies (secundär-civiles Recht) durch Interpretation volksrechtlicher Sätze; zuweilen auch (secundär-)praetorisches Recht durch Auslegung von praetorischen Regeln. Alles übrige Constitutionenrecht wird

samer Angriff unternommen werden gegen die hier angenommene nächstliegende Deutung des *iudex* in den Ulpian'schen Fragmenten.

Aus dem Vorstehenden ziehen wir nun zuvörderst den Schluss, dass wie die *Vindicatio hereditatis* so auch die *Querela inofficiosi* nicht ausschliesslich vor das Gericht der Hundert gehörte, und dass Gaius gewiss mit vollem Rechte die Anrufung desselben ganz allgemein nur als erlaubt, nicht als geboten bezeichnet. Dadurch wird schon der Eindruck erheblich abgeschwächt, den sonst Puchtas Hinweisung auf die vielfach bezeugten centumviralen Erbschafts-

schliesslich charakterisirt (§ 10, 11) als „eine Art honorarischen Rechtes, ähnlich dem praetorischen“ (S. 165), und von mir bezeichnet (in der Ueberschrift des § 10 u. S. 181) als honorarisches Reichsrecht. Stellt man also dem *Ius civile* das Amtsrecht im weitesten Sinne gegenüber, so wäre das Kaiserrecht nach der Verfassung des Augustus allerdings dem letzteren beizuzählen. Allein es ist andererseits von dem *ius honorarium* der Quellen wesentlich verschieden: in seiner Geltung nämlich weder beschränkt auf eine im Voraus bestimmte Amtsdauer, noch auf einen bestimmten Jurisdictionssprengel; vielmehr gilt es principiell so lange, als die Regierung des Kaisers währt, von dem die Constitution erlassen ist (thatsächlich darüber hinaus), und es gilt überdies (möglicher Weise) im ganzen Reiche (S. 166) — daher: „*ius honorarium* des Reiches“. Darnach darf ich mich wohl einen Vertreter, nicht des Dualismus, sondern der „Trias“ nennen, freilich nicht der Rudorff-Kuntze'schen, die „Styl“ und Quelle verwechselt, und die mir jetzt nach Kuntzes „Obligationen und das *Ius extraordinarium*“ 1886 noch ebenso unhaltbar erscheint wie früher. Ein Anderes wird auch Niemand erwartet haben, da die zweite Abhandlung des erwähnten Buches den „Excursen“ gegenüber gar nichts Neues enthält, abgesehen von den (S. 280) meiner Person gewidmeten lieblichen Vergleichen, die aus dem Circus und der Ménagerie hergeholt sind. So ist es Kuntze doch wieder gelungen, einen neuen bisher unbekanntenen „Styl“ zu erfinden und in die „wissenschaftliche“ Discussion einzuführen: den Styl der *Manége*. Ich verweise übrigens auf das Urtheil eines Dritten (Ubbelohdes) in den Gött. gel. Anzeigen von 1887 S. 150.

processe machen müsste. Sofern nämlich überall neben dem Gerichte der Hundert *iudices privati* zur Verfügung standen, könnte leicht die Zuständigkeit des ersteren eine viel umfassendere gewesen sein als man jenen Nachrichten zufolge glauben möchte, falls es nur thatsächliche Uebung war, in der Regel blos Erbschaftssachen dem *iudicium hastae* vorzulegen. Wäre dem so, dann dürften wir uns natürlich nicht wundern, wenn sich beispielsweise über Eigentumsprocesse vor den Hundertmännern in den Quellen der Kaiserzeit gar Nichts fände.

So gelangen wir also allmählich zu der Vermutung, es könnte auch nach der Lex Julia in Betreff der centumviralen Competenz beim Alten geblieben sein, so dass diese nach wie vor die Vindication der Gewaltrechte, des Eigentums, der Dienstbarkeiten und der Erbschaft umfasste. In hohem Grade wahrscheinlich wird diese Annahme sofort, wenn man an die Ciceronische Zeit denkt, oder genauer: an Dasjenige, was wir von jener Zeit wissen.

Ein einziges Zeugniß — de orat. I. c. 38 § 173 — hat sich erhalten, aus dem man schliessen kann auf die Zuständigkeit der Hasta in dem soeben umschriebenen Umfang. Für die Vindication der Gewaltrechte in der obigen Reihe ist überhaupt ein deutlicher Beleg nicht beizubringen³²⁾; in Bezug auf die Eigentums- und Servitutenklagen aber, welche aus der Oratorstelle nicht hinwegzudeuten sind, findet sich sonst, so viel ich sehe, weder bei Cicero noch bei einem anderen früheren oder späteren Autor bis in die Hadrianische Zeit hinein irgend welche Andeutung, während schon Ciceros Werke allein eine beträchtliche

³²⁾ Vgl. aber oben § 9 N. 5, § 10 N. 16, auch N. 27.

Anzahl von Aeusserungen enthalten, die sich auf centumvirale Erbschaftsprozesse beziehen³³).

Darnach ist die Behauptung nicht zu gewagt, dass auch gegen den Ausgang des Freistaats das Gericht der Hundert, obwohl in weiterem Kreise competent, gewöhnlich doch nur mit der Entscheidung erbrechtlicher Prozesse beschäftigt war³⁴). Damit wäre also die Uebereinstimmung der Praxis in republicanischer und kaiserlicher Zeit dargethan, nur dass später — vermutlich seit dem zweiten christlichen Jahrhundert — die Querelsachen immer mehr in den Vordergrund traten.

Wenn nun aber Puchta, dem die meisten Neueren folgen, im Rechte ist, so hätten wir trotz Allem in einem Punkte noch einen Unterschied anzuerkennen zwischen der Quellengrundlage, auf der die Lehre von der Centumviralcompetenz in der letzten Epoche des Freistaats einerseits, unter dem Principat andererseits beruht. Für die ältere Zeit soll die umfassendere Zuständigkeit in einer Stelle beglaubigt sein, für die spätere überhaupt nirgends. Obwohl diese Behauptung wirklich wahr ist?

Gaius IV. 16 will den Sacramentsprocess schildern, wenn die Klage *actio in rem* ist. Als Beispiel wählt er, ohne dies besonders hervorzuheben, die *uindicatio rei*. Es folgt nun die ausführliche Beschreibung des Verfahrens *in iure*, wenn ein Eigentumsanspruch geltend gemacht wird; dann die Bemerkung:

festuca utebantur quasi hastae loco, signo quodam

³³) Vgl. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 367, 368 N. 18—20.

³⁴) Auch Puchta Instit. Bd. I § 153 S. 436 giebt zu, dass „in den Erbschaftssachen schon zur Zeit Ciceros die regelmässige Function des Gerichtes bestand“.

iusti dominii; quod maxime sua credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praepositur;

hierauf erst ein das Vindicationsobject betreffender Zusatz und bei dieser Gelegenheit zweimal die Erwähnung der *controuersia de hereditate*.

Jeder Unbefangene wird auf Grund dieser Darstellung wenn nicht die civilen *actiones in rem* überhaupt, so gewiss und in erster Linie die Eigentumsklagen den Centumvirn zuweisen, und zwar keineswegs bloß Vindicationen der *heredia*⁸⁵⁾ oder der Grundstücke⁸⁶⁾, sondern aller, auch der beweglichen Sachen. Ist doch bei Gaius die Notiz über den Gerichtshof angefügt der Schilderung eines Rechtsstreits um den *homo*, und die *hasta*, die noch im Gebrauche sei, erklärt als *signum iusti dominii*.

So scheint denn Nichts gewisser als die Competenz gerade in Eigentumsprocessen, und nur der Einwurf ist noch zu fürchten, dass unser Gewährsmann l. c. über veraltetes, Vorjulisches Recht berichtet. Letzteres trifft in der That zu; allein aus der Abschaffung der *Legisactio* alten Styls durch die Lex Julia ist doch ein Schluss auf eine Abänderung der Centumviralcompetenz in keiner Weise gerechtfertigt; und jedenfalls haben wir jetzt gar keinen Grund mehr, die aus Cic. de orat. I c. 38 abgeleitete Theorie auch nur im Geringsten für unsicher zu halten:

⁸⁵⁾ So Rudorff zu Puchta a. a. O. § 153 N. h — eine Hypothese, welche hohes Alter der Centumvirn voraussetzt und ebenso beleglos ist wie die zur folgenden Note erwähnte.

⁸⁶⁾ Vgl. Huschke in Richters Jahrbüchern Bd. V S. 491, Bülow Prozesseinreden S. 201—204, auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 230 zu N. 6.

die Centumviri waren zweifelsohne Eigentumsrichter mindestens bis zur Zeit der Augusteischen Gerichtsordnung.

Die bisher besprochene Darstellung des Processes über *actio in rem* ist nicht die einzige in den Gaiianischen Institutionen; eine zweite, der das praktische, Postjulische Recht zu Grunde liegt, bietet dasselbe vierte Buch in den §§ 89—99, wo die zunächst behandelte Frage so lautet: *quibus ex causis cum quo agitur, uel hic qui agit, cogatur satisfacere*.

Wiederum ist es offenbar die Absicht des Juristen, was besonders deutlich aus § 100 hervorgeht, das den *actiones in rem* gemeinsame Recht vorzutragen; sofort aber wählt er (schon im § 89) die *rei vindicatio* als Beispiel und behält dann, wie die §§ 92, 93 zeigen, im weiteren Verlaufe der Erörterung über die Cautionspflicht des Beklagten beständig die Eigentumsklage im Auge, an welcher denn auch die doppelte Form der *actio in rem* dargelegt wird, das *agere per formulam petitoriam* und *per sponsionem*, ohne dass nur mit einem Worte der anderen *actiones in rem*, der Erbschafts- und Servitutenklagen gedacht wäre. An den Schluss der ganzen Ausführung, ehe die Frage der Cautionspflicht des Klägers, *qui in rem agit*, in Angriff genommen wird, ist endlich die bekannte Bemerkung gestellt (§ 95):

Ceterum si apud centum viros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem.

Wenn wir nun fragen, an welche Klagen oder Klage Gaius in diesem eben citirten § 95 wohl denke, so antwortet uns Puchta³⁷⁾: der Jurist erwähne im Zusammen-

³⁷⁾ Institutionen Bd. I § 153 N. d (S. 496). Neuestens ist noch

hang der Lehre von der Caution des Beklagten bei der *actio in rem* „den Process vor dem Centumviralgericht; es sei daher gar kein Grund vorhanden, zu glauben, dass er eine Eigentumsklage im Sinne hatte“.

Trotz aller Verehrung, die wir dem genialen Meister schulden, wird man sagen müssen: Puchta hat hier das Muster einer Interpretation hingestellt nach dem Grundsatz: *car tel est mon plaisir*. Es ist ja sonnenklar: wer dem Gaius nicht Dinge unterschieben will, die er anderswo gefunden zu haben glaubt⁸⁸⁾, hat im besten Fall die Wahl zwischen zwei Auslegungen: entweder, dass die Centumviri competent waren nur in Eigentumssachen oder allgemein in Processen über *actio in rem*. Ein Drittes giebt es gar nicht.

Nun ist aber die erstere Annahme gewiss zu verwerfen, weil Gaius, der freilich vor § 95 immer von der *rei vindicatio* spricht, doch diese Klage nur als Beispiel be-

Lotmar Krit. Studien S. 69 ausdrücklich Puchta beigetreten, den er aber, — wie mir vorkommt — um sich zu decken, selbst reden lässt. Bethmann-Hollweg hat den Gaius immer richtig verstanden; doch scheint er später — durch Puchta beeinflusst — zu seiner früheren Ansicht kein richtiges Vertrauen mehr gehabt zu haben. Im Handbuch Bd. II findet sich eine Bemerkung über die Competenz der Centumviri in Eigentumssachen an einer Stelle (S. 331, dazu S. 230 N. 6), wo man es nicht erwarten möchte, während wir in dem Paragraphen, der von dem Gerichte der Hundert handelt, lesen (S. 56): „Ausdrücklich werden nur Erbschaftsklagen erwähnt, ja diese und Centumviralsachen werden fast als gleichbedeutend bezeichnet.“ Keller Civilprocess § 6 S. 30 vermeidet es eine Meinung zu äussern („muss dahin gestellt bleiben“). Von den Neueren folgt — so weit meine Kenntniss reicht — nur Padelletti Storia p. 577 N. 3 (ed. II) nicht der Führung Puchtas.

⁸⁸⁾ Nicht: „gefunden hat“. Denn dass die Zuständigkeit der Centumviri sich auf Erbschaftsprozesse beschränkte, ist nirgends gesagt, auch nicht bei Hieronymus.

nutzt; und das allein Zulässige ist also das Zweite, die Anerkennung der Centumviralcompetenz bei Vindicationen überhaupt. Wer dagegen den § 95 blos auf Erbschafts-sachen beziehen will, verleugnet all' die Interpretations-grundsätze, die er sicherlich selbst in unzähligen anderen Fällen zur Anwendung bringt und die er wohl auch gegen Solche, die davon abweichen, nachdrücklich verteidigen würde.

Um das Ergebniss, zu dem wir gelangt sind, sicher zu stellen, muss jetzt noch die von Wetzell begründete Hypothese geprüft werden, derzufolge den Centumviri Rechtssachen von und über 100 000 Sesterzen ausschliesslich vorbehalten waren. Es wird nicht nötig sein, hier nochmals vorzubringen, was schon wiederholt geltend gemacht wurde für die Annahme einer lediglich concurren- den Gerichtsbarkeit der Hundert in allen Sachen. Nur die Frage ist noch zu erörtern, ob die genannte oder eine andere Ziffer irgend eine Rolle gespielt hat bei der Bestimmung der Centumviralcompetenz.

Rudorff³⁹⁾, der sich zunächst Wetzell anschloss, wollte später in der „Rechtsgeschichte“ unseren Gerichtshof nur mehr von Sachen unter 1000 Assen Streitwert befreit wissen unter Berufung auf Gaius IV. 95. Allein es ist schon oben auf S. 209, 210 gezeigt, dass aus dieser Stelle eine Zuständigkeitsziffer überhaupt nicht hergeleitet werden kann. Wie aber ist man zu den 100 000 Sesterzen gekommen, die neuestens auch für Lenel⁴⁰⁾ einigen Wert gewonnen haben in der schönen und überzeugenden Aus-

³⁹⁾ S. oben N. 11 und 9.

⁴⁰⁾ Edictum § 281 S. 409—416.

führung über die *stipulatio pro praede litis et uindicarum*?

Wetzell weist vor Allem hin auf die Bedeutung, welche die erwähnte Summe in der Zeit des Augustus in Rom hatte, wo sie gewissermassen die Grenze bezeichnete zwischen Reichtum und Armut. Weiter komme dieselbe vor im Processrecht nach dem Zeugnisse des Gaius IV. 186: . . . (*nec pluribus quam sestertium CM fit uadimonium*⁴¹). Allerdings gestatten diese Nachrichten, wie Wetzell selbst gesteht, kaum einen Wahrscheinlichkeitsschluss; doch sei auch ein „näher eingehender Beweis“ herzustellen, wenn man Paul. V. 9, 1 berücksichtige:

Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.

Es braucht kaum gesagt zu werden, dass ernstlich nur die eben mitgeteilte Stelle des Paulus in Betracht kommen kann. Freilich findet die Lehre von der Zuständigkeitssumme auch in der schwierigen Sentenz keineswegs eine eigentliche Stütze, da ja in dieser gerade das *superius praeiudicium* das aufzulösende Rätsel ist. Man könnte also nur umgekehrt das Paulusfragment mit grösserer Sicherheit in

⁴¹) Rudorff in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XIV S. 361 N. 92 meint, dass Gai. IV 186 aus der Lex Julia, die auch von den Centumviren handelt, schöpfe — irrtümlich, wie er später selbst erkannte, s. De iurisdictione edictum p. 45 (§ 22).

einem bestimmten Sinne auslegen, wenn jene das Centumviralgericht betreffende Annahme bereits auf anderem Wege erwiesen wäre ⁴²⁾. Indess hat doch Lenel jüngst den Versuch gemacht, mit Hilfe der Wetzell'schen Hypothese die ganze Sentenz bis zum letzten Worte verständlich zu machen, so dass die Versuchung nahe liegt, auch den als Interpretationsmittel verwendeten Satz für richtig zu halten. Dem soll vorgebeugt werden durch die folgenden kritischen Bemerkungen.

Lenel versteht nach dem Vorgang von Wetzell unter der Caution, die der Praetor dem bedingt Eingesetzten bei Erteilung der Bonorum possessio zu Gunsten des Substituten auferlegt, die *stipulatio pro praede litis et uindicarum*; und insoweit ist den beiden Gelehrten sicher zuzustimmen. Was sonst noch zur Erklärung der Stelle beigebracht wird, beruht auf der Annahme der centumviralen Competenzziffer, die ich einstweilen als feststehend betrachten will, um darzuthun, wie schlecht es von diesem Standpunkt aus gelingt, der Sentenz einen erträglichen Sinn abzugewinnen.

Das *praeiudicium superius*, meint Lenel, sei die Normalformel (*an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis*), deren man sich bediente zur Vorbereitung des Erbschaftsstreits, wenn die Parteien über den Streitwert nicht einig waren. Dieses Praejudicialverfahren liess sich nicht vermeiden, weil davon, ob eine Sache über oder unter 100 000 Sesterzen in Frage stand, die Form des Hauptprocesses (*Legisactio* oder Formel) abhing ⁴³⁾ und

⁴²⁾ Vgl. auch Bälou *De praedicialibus formalis* (Breslauer Dissertation — 1859) p. 17.

⁴³⁾ Diesen Punkt hebt Lenel S. 415 nicht hervor.

überdies die Fassung der Stipulation, in der das künftige Gericht (Centumvirn oder Judex) zu bezeichnen war.

Paulus nun habe l. c. einen besonders gestalteten Fall im Auge. Der Substitut verlangt Caution von dem bedingt Instituirten. „Eine *res de qua agitur*, ein Processobject, ein Process überhaupt liegt hier noch gar nicht vor.“ Ob der Institut, wenn die Bedingung ausfällt, dem Substituten einen Rechtsstreit aufdrängen wird, ist erst abzuwarten; vielleicht in 80 von 100 Fällen wird der Institut die Erbschaft ohne Weiteres ausliefern und sich vollends nach Bestellung der Caution hüten, dieselbe in Kraft treten zu lassen. Wozu also ein Praeiudicium, das hier freilich anders zu formuliren wäre als das *superius* (*a superiore differt*), da die *res de qua agitur* noch fehlt? Wozu ein *praeiudicium*, wenn es wahrscheinlich zum Hauptprocess über die Erbschaft gar nicht kommen wird, weil im Fall der Erfüllung der Einsetzungsbedingung der Substitut den Erben nicht zu beunruhigen, andererseits dieser bei Ausfall der Bedingung freiwillig den Nachlass auszuliefern gedenkt?

Lenel antwortet, das Praeiudicium sei notwendig, weil die Stipulation das Gericht nannte, und man also wissen musste, ob in dem Prozesse, den die Caution in Aussicht stellt, — thatsächlich aber erschwert — ein Einzelrichter oder die Centumvirn zu judiciren haben, damit so die richtige Bezeichnung in das Formular gesetzt werde.

Nach meinem Ermessen ist diese Antwort im höchsten Grade unbefriedigend. So unpraktische Leute sollen die Römer in Rechtssachen gewesen sein? Den friedfertigsten Parteien wird ein Process aufgezwungen! Ein Erbschafts-

streit ist gar nicht in Sicht; trotzdem, einzig der Stipulation wegen sollen beispielsweise Sachverständige, denen der Judex vertraut, von Rom nach Ephesus reisen, um asiatische Grundstücke des Verstorbenen abzuschätzen! Und doch konnte den Römern schwerlich das sehr einfache Mittel verborgen bleiben, durch dessen Anwendung sie Geld, Zeit und Mühe ersparen konnten: die alternative Fassung der Stipulation („ein Privatrichter oder die Centumvirn“). Ich wüsste nicht, was einer derartig concipierten Caution im Wege stände.

Vielleicht aber wird Lenel einwenden: wenn die Römer so friedfertiger Natur waren, wie ich hier annehme, dann mochten sie sich, um das Praejudicium zu ersparen, auch über den Streitwert einigen. Wo sie das nicht thaten, da sei auch die Befürchtung eines künftigen Erbschaftsprozesses nicht ungegründet. Dem gegenüber müsste daran erinnert werden, dass ja nach Wetzell-Lenels Theorie den Centumvirn „die Sachen über 100 000 Sesterzen vorbehalten waren“. Damit steht aber offenbar die Zulassung einer Vereinbarung über den Streitwert im Widerspruch, da so auf einem Umwege das Wahlrecht der Parteien wieder eingeführt wäre.

Endlich hat dem Anschein nach Lenel nicht bedacht, dass in geringeren Sachen auch nach Wetzell Centumvirn und Judex concurrirten. Sollten die Parteien in diesem Fall wirklich gezwungen sein, schon jetzt, zur Zeit der Cautionstellung — unter Umständen also viele Jahre vor dem Erbschaftsstreit — von ihrem Wahlrechte Gebrauch zu machen? Sicher war es weit angemessener, die Frage des Gerichtes noch in Schwebe zu lassen, die Stipulation also alternativ zu concipiren.

Nach allem dem scheint die Deutung unannehmbar, welche Lenel dem zweiten von Paulus V. 9 § 1 besprochenen Praejudicium giebt. Damit aber lehnen wir zugleich auch die vorgeschlagene Erklärung des *praejudicium superius* ab, die nur dann beifallswürdig erschiene, wenn es möglich wäre, mit Hülfe der vorausgesetzten, keineswegs erwiesenen Competenzziffer zum Verständniss der ganzen Sentenz zu gelangen.

Was nun aber der Schlusssatz eigentlich sagen will, das zu ermitteln ist eine schwierige Aufgabe, mit der wir uns an diesem Orte nicht genauer zu beschäftigen haben. Dem Interpreten des Paulus wird zugemutet, das von den Westgothen oder vor ihnen schon von Anderen fortgeworfene Blatt aufzufinden, auf dem die Ausführung des Juristen über das *praejudicium superius* steht. Jedenfalls dürfte es geraten sein, Vermutungen nicht wieder auf Vermutungen zu bauen, sondern eine sichere Nachricht zur Grundlage zu wählen. Nun giebt es in Betreff des *praejudicium an ea res maior sit centum sestertiis*, wie schon Bülow erkannt hat, in den Quellen einstweilen keinen anderen Anknüpfungspunkt als Gaius IV. 186; während das andere Praejudicialverfahren wahrscheinlich feststellen sollte, ob im concreten Fall die Voraussetzungen der Cautionspflicht vorliegen⁴⁴). Darnach wären die beiden Klagen in der That ziemlich nahe verwandt, da auch die erstere eine Cautionsleistung, das *uadimonium facere*, vorbereitet.

Mit der Zurückweisung der Lenel'schen Erklärung des Paulusfragmentes ist der Hypothese Wetzells die einzige

⁴⁴) Vgl. Bülow l. c. p. 15—17. Die Litteratur ist bei Lenel a. a. O. S. 415 N. 1 verzeichnet; dazu Keller Civilprocess § 38 N. 433.

scheinbare Stütze entzogen, die man überhaupt als solche gelten lassen kann. Zu allem Ueberfluss haben wir auch noch ein Zeugniß, das in sehr bestimmter Weise der Annahme widerspricht, dass nur Sachen von hohem Werte vor das Gericht der Hundert kamen. Der jüngere Plinius nämlich berichtet im 14. Briefe des 2. Buchs:

distingor centumviralibus causis, quae me exercent magis quam delectant. sunt enim pleraeque parvae et exiles.

Plinius also klagt über die Geringfügigkeit der Centumviralsachen, während fast alle Neueren das Gegenteil behaupten, nicht bloß Diejenigen, welche an die Zuständigkeitsziffer glauben, sondern auch Andere, welche die Centumvirn auf Erbschaftssachen beschränken, da in den Ausführungen der Letzteren fast überall der Gedanke mitspielt, dass einem Gerichtshof, der unter den Kaisern *primum locum obtinet*, gewiss keine Bagatellen zugewiesen waren, Erbrechtsprocesse aber gerade darum, weil in diesen ein Streitobject von geringem Werte nur ganz ausnahmsweise vorkommen mochte.

Allzu grosses Gewicht soll übrigens auf die citirte Aeusserung keineswegs gelegt werden, da man immerhin verschiedener Meinung darüber sein konnte, ob ein Processgegenstand im Werte von 100 000 Sesterzen eine bedeutende Sache sei oder nicht. Jedenfalls aber hätte die Pliniusstelle genauere Beachtung verdient von Seiten Derjenigen, welche den Centumvirn alle Bagatellsachen abnehmen wollen ⁴⁵⁾.

⁴⁵⁾ Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 57 u. N. 26 führt die Stelle an und sucht sie zu beseitigen durch den Hinweis auf die „Eitelkeit des Redners, den die jüngeren, heranstrebbenden Talente verdriessen möchten“ (?).

Doch fragen wir lieber, was denn eigentlich die modernen Schriftsteller veranlasst hat, eine Anschauung zu vertreten, die mit den Worten *pleraeque parvae et exiles* ohne Zweifel schwer verträglich ist?

Die Quellen gewähren bekanntlich keinen Aufschluss über die Begründung des *Judicium hastae*, am wenigsten über die Erwägungen, welche zur ersten Aufstellung der Centumviralliste geführt haben. Dass damals bei der Bestimmung der Zuständigkeit der Streitwert irgend eine, wenn auch nur untergeordnete, Rolle gespielt habe, ist nicht allein völlig unerwiesen, sondern durchaus unwahrscheinlich, da Ciceros *iura stillicidiorum* unverkennbar auf das Gegenteil hindeuten.

Mit etwas besserem Rechte könnte man die Centumvirn der Kaiserzeit die Richter der reichen Leute nennen. Für diese Auffassung spricht das hohe Ansehen des Gerichtshofs und die beträchtliche Zahl der zu einem *Consilium* vereinigten Geschworenen. Der letztere Umstand insbesondere legt den Gedanken sehr nahe, die Grösse der Sache in ein entsprechendes Verhältniss zu setzen zur Anzahl der Richter. Und in der That wird man auch ohne besondere Zeugnisse behaupten dürfen, dass die Praxis gewöhnlich der Regel folgte, Kleinigkeiten nicht den Centumvirn zur Entscheidung vorzulegen. Allein um dieses Ergebniss herbeizuführen, dazu bedurfte es nicht erst einer gesetzlichen Competenzziffer. Dafür war ausreichend gesorgt durch das Recht des instruierenden Praetors, die Mitwirkung zur *Legisactio* zu versagen, wenn nicht die Parteien selbst einsichtig genug waren, auf den feierlichen und sicher auch kostspieligen Centumviralprocess in einer geringen Sache zu verzichten.

Ob die *subscriptio*, von der Plinius Epist. V. 1 erzählt, jene besondere Bedeutung hatte, die ihr neuerdings Ubbelohde⁴⁶⁾ zuschreibt, kann unentschieden bleiben, da die praetorische Denegationsbefugniss für die Kaiserzeit ohnedies ausdrücklich bezeugt ist⁴⁷⁾. Allerdings sagen uns die Quellen nirgends, dass dieses Recht gerade dazu gebraucht wurde, die Centumvirn vor Geschäftsüberhäufung zu schützen. War aber der Magistrat — was nicht zu bezweifeln ist — zur Denegation befugt nach seinem freien Ermessen, dann wird die Annahme nicht zu gewagt sein, dass er auch darin einen triftigen Grund fand, von seiner Gewalt Gebrauch zu machen, wenn die Parteien unpassender Weise ihre Streitsache vor den Gerichtshof der Hundert zu bringen gedachten.

Demnach möchte ich hier mit einer leichten Veränderung einen schon früher (S. 125) aufgestellten Satz wiederholen und sagen: das processualische Wahlrecht der Parteien sei beschränkt gewesen durch das Einspruchsrecht des Praetors, dessen Aufgabe unter Anderem darin bestand, eine angemessene Verteilung der Geschäfte unter die einzelnen Gerichte zu bewirken.

Das im Vorstehenden Ausgeführte dürfte geeignet sein, die Bedenken zu beseitigen, welche man vom Standpunkt der Zweckmässigkeit gegen die als richtig angenommene Lehre erheben könnte. Dem Gesagten nach ist nämlich der Rechtssatz, der die Centumviralcompetenz regelte, nur in einer Richtung unnachgiebig, insofern, als blos Vindicationsprocesse vor die Centumvirn gehörten, im Uebrigen

⁴⁶⁾ Ordo I S. 439—441.

⁴⁷⁾ S. oben § 10 N. 32 (S. 124).

aber elastischer Natur, zwingend weder den Parteien noch dem Praetor gegenüber. So war es also der Praxis selbst überlassen, in allen Fällen, wo zwei Richtergattungen concurrirten, das Mass zu bestimmen, in dem die eine und die andere an der Judication teilnehmen sollte.

Die Geltung des Wahlprincips aber scheint mir nun auch für die Kaiserzeit dargethan, und zwar für diese Periode, deren Quellen reichlicher fließen, mit grösserer Sicherheit als für das Vorjulische Recht.

Zum Schlusse ist in diesem Zusammenhang noch aufmerksam zu machen auf zwei Ueberschriften einer Anzahl von Paulusfragmenten der Pandekten, in denen man Anhaltspunkte finden könnte zur Feststellung der Centumviralcompetenz in spätclassischer Zeit. Indess wird sich sofort zeigen, wie zweifelhaft das Verhältniss ist, in dem die beiden Inscriptionen zu einander stehen, und wie wenig sich in Folge dessen für unseren Zweck daraus gewinnen lässt. Darum mag es auch genügen, hier nur anhangsweise ein paar kurze Bemerkungen einzufügen.

Der Digestentitel V. 2, und nur dieser, enthält bekanntlich je drei Excerpte aus Paulus *liber singularis de septemviralibus iudiciis* und aus Paulus *liber singularis de inofficioso testamento*. Den ersteren Namen versucht schon Haloander richtig zu stellen, indem er statt des handschriftlichen *septemviralibus* „centumviralibus“ vorschlägt. Stimmt man dieser Textänderung zu, die sich in der That kaum abweisen lässt⁴⁸⁾, und bleibt man dann stehen bei der Angabe des Florentiner Index, der die er-

⁴⁸⁾ So auch Bluhme und Krüger (in den Additamenta der Mommsen'schen Pandekten p. 52 u. 65).

wähnten Namen auf zwei verschiedene Werke des Paulus bezieht, so wäre allem Anschein nach der einen Schrift die Erörterung der Centumviralsachen überhaupt zuzuweisen, der anderen dagegen die wichtige Lehre von der Querel allein, und zwar in ausführlicherer Darstellung.

Darnach läge uns ein Zeugniß vor für die oben behauptete umfassendere Competenz der Centumvirn und zugleich dafür, dass selbst zur Zeit des Paulus ausser der Inofficiositätsklage noch andere Prozesse vor dieses Collegium gebracht wurden.

Freilich wäre eine zweite Erklärung nicht ganz ausgeschlossen: der *liber singularis de centumviralibus iudiciis* könnte mehr das Verfahren vor dem Gerichte der Hundert dargelegt, das andere Buch die civilrechtliche Lehre von der Querel enthalten haben. Indess unterstützen doch die aus der erstgenannten Schrift erhaltenen drei Fragmente diese letztere Annahme in keiner Weise. L. 7 wie l. 28 wie l. 31 D. h. t. handeln nur vom materiellen Rechte der Pflichtteilsklage. Eben dieser Umstand macht aber auch die Voraussetzung, von der wir bisher ausgingen, dass zwei verschiedene Werke des Paulus in Frage stehen, durchaus ungewiss.

Sicherlich ist von vornherein die Existenz zweier *libri singulares* desselben Autors, deren Inhalt sich grossenteils decken musste, wenig wahrscheinlich. Zieht man dann noch unsere sechs Fragmente genauer in Betracht, — ausser den schon erwähnten l. 18, 23, 32 — die sich ohne Ausnahme alle mit dem Pflichtteilsrecht beschäftigen⁴⁹⁾, so drängt sich die Vermutung auf, dass trotz den Pandekten

⁴⁹⁾ Freilich stehen alle im Titel *de inofficioso testamento*.

und dem Florentiner Index — ursprünglich wenigstens — nur eine Abhandlung des Paulus existirte, welche unter zwei verschiedenen Bezeichnungen, die nicht notwendig schon vom Verfasser selbst herrühren, im Gebrauche war⁵⁰⁾. Auch eine im Buchhandel vorgenommene Abtrennung des Capitels über die Querel von den übrigen Teilen wäre nicht undenkbar.

Ob die Compileratoren Justinians über das Verhältniss der zwei ihnen vorliegenden Exemplare der Paulin'schen Schrift im Klaren waren, müsste dahingestellt bleiben. Nach Bluhme⁵¹⁾ ist der *liber singularis de centumviralibus iudiciis* in der Sabinusmasse, dagegen die Abhandlung *de inofficioso testamento* in der Papiniansmasse excerptirt. Aus diesem Grunde konnte den Byzantinern leicht die teilweise Uebereinstimmung der beiden Bücher entgehen. Andererseits ist auch die Annahme nicht schlechthin verwerflich, dass die Commission das wahre Sachverhältniss kannte oder gar kennen musste, weil eines der beiden Exemplare mit der Doppelaufschrift versehen war. Auch in diesem Falle wäre das Verfahren der Compileratoren noch zu erklären, da wir wissen, wie gerne Justinian mit dem grossen Umfang des durch seine Bemühungen bewältigten Materiales prunkt. Für die Commission lag daher die Versuchung sehr nahe, aus einer Schrift mit Doppeltitel zwei zu machen, um eine möglichst lange Bücherliste zu erhalten.

Träfe diese Vermutung das Richtige, hätte Paulus wirklich nur eine Schrift über Centumviralprocesse ver-

⁵⁰⁾ Vgl. auch Wlassak Edict S. 59 N. 5.

⁵¹⁾ In der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. IV zu S. 266.

fasst, so fiel sofort die Schlussfolgerung zusammen, welche auf die Unterschiedenheit der Namen *de centumviralibus iudiciis* und *de inofficioso testamento* gegründet wurde. Unter dieser Voraussetzung kämen wir vielmehr zu dem gegen-
 teiligen Ergebniss durch folgende Erwägung. Wenn in spätclassischer Zeit auf den *liber singularis* des Paulus die beiden erwähnten Namen gleich gut passten, so muss es wohl damals nur mehr eine Sache gegeben haben, die thatsächlich noch vor das Gericht der Hundert gebracht wurde: die Querel wegen Pflichttheilsverletzung. Darnach scheint es also kaum möglich, die in Rede stehenden In-
 scriptionen in verlässlicher Weise für die Lehre von der Centumviralcompetenz zu verwerthen.

§ 16. Grenzen des Formularverfahrens. — Die *Legisactio damni infecti*.

Die Stelle des Gaius IV. 30, 31, auf die wir immer wieder zurückkommen mussten, ist im Vorstehenden bis auf einen Punkt vollständig erläutert. Nur die *Legisactio damni infecti*, deren Fortdauer im Postjulischen Rechte der Jurist bezeugt, nimmt noch unsere Aufmerksamkeit in Anspruch. Es ist nunmehr die Frage aufzuwerfen, wie es zu erklären sei, dass gerade diese Actio auch in der Kaiserzeit ihre alte Gestalt bewahrte?

Offenbar ist die nächste Ursache dieser Erscheinung in der Augusteischen Gerichtsordnung zu suchen. Der Text dieses Gesetzes aber wird mit Hülfe der gegenwärtig bekannten Quellen niemals zu ermitteln sein. Nicht einmal darüber ist Klarheit zu gewinnen, ob darin vom *damnum infectum* ebenso ausdrücklich die Rede war wie nach wahrscheinlicher Annahme von den Centumviralsachen. Gaius

l. c. nennt allerdings die beiden *causae*, wo noch *Legisactio* gestattet war, neben einander. Allein es ist offenbar gar nicht seine Absicht, die Bestimmungen der Lex Julia her-zuzählen. Vielmehr kommt es ihm nur darauf an, die auf jener gesetzlichen Grundlage erwachsene Rechtsordnung seiner Zeit festzustellen. Hiernach bleibt Raum zu verschiedenen Vermutungen.

Entweder: die Lex Julia hat die *actio damni infecti* mit klarem Bewusstsein von der Reform ausgeschlossen, und dies auch ausdrücklich betont. Oder: die neue Processform war auf das civile Rechtsmittel wegen *damnum infectum* nicht anwendbar, und die Praxis musste daher notgedrungen die alte *Legisactio* beibehalten. Oder endlich: das Capitel über die Klagform war fehlerhaft stylisirt und bezog sich so seinem Wortlaute nach nicht auf die *actio damni infecti*.

Diese letztere Annahme dürfte indess sofort zu verwerfen sein. Die Juristen hätten es unter solchen Umständen gewiss nicht versäumt, die im Gesetze vorhandene Lücke entsprechend auszufüllen. Ob dagegen die erste Aufstellung oder die andere das Richtige trifft, das ist schwerlich auszumachen. Grössere Wahrscheinlichkeit hat — wie sich unten zeigen wird — die zweite für sich. Allein die erstere ist keineswegs mit Sicherheit abzuweisen, und könnte insbesondere dadurch nicht beseitigt werden, dass man dem Gesetze Bestimmungen über minder wichtige Details abspräche. In einer so ausführlichen Gerichtsordnung, wie die Lex Julia, wäre eine besondere Norm über das *damnum infectum* durchaus nichts Auffallendes.

Doch mag man darüber wie immer denken, jedenfalls drängt sich in beiden Fällen die bei Weitem wichtigere

Frage auf, welche Erwägung wohl den Gesetzgeber oder die interpretirenden Juristen, denen die Praxis folgte, abhalten mochte, den Rechtsschutz gegen *damnum futurum uitio aedium*¹⁾ in die Processform der schriftlichen *uerba concepta* einzukleiden. Die Erörterung dieses Punktes gehört mit zu unserer Aufgabe, weil wir es hier mit einer Erscheinung zu thun haben, aus der sich vielleicht entnehmen lässt, in wie weit der gesetzliche Formularprocess (das *iudicium legitimum*) an die Stelle der *legis actio* treten sollte und konnte.

Die alten volkrechtlichen Bestimmungen über das *damnum infectum* sind bekanntlich äusserst ungewiss. Weder über die Voraussetzungen und den Gegenstand des Anspruchs, der dem Bedrohten zustand, noch über das Verfahren zur Verfolgung desselben, haben wir ausreichende Nachrichten. Nach der gangbaren Ansicht, die auch der dankenswerten Untersuchung von Burckhard bei Glück²⁾ zu Grunde liegt, besässen wir überhaupt nur eine einzige hergehörige Quellenäusserung: die oftcitirte von Gaius.

Nun bezeugt aber eben dieser Autor die fortdauernde Geltung des altcivilen Rechtsmittels noch in der Zeit des Pius, nur mit dem Beisatz, dass es in der Praxis sehr un-

¹⁾ Vgl. Burckhard in Glücks Commentar Ser. der B. 39, 40 II S. 72, 73.

²⁾ A. a. O. S. 63—111. Burckhard hat die ältere Litteratur einer treffenden und durchaus überzeugenden Kritik unterworfen. Doch ist die sehr beachtenswerte Ausführung von Ubbelohde in Haimerls Oesterr. Vierteljahresschrift Bd. IV S. 268—272 übersehen. Wenig befriedigend scheint mir die Begründung, die B. seiner eigenen Ansicht giebt. So urteilt auch Pernice in d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 96 N. 2. — Neuestens ist noch hinzugekommen Voigt Die XII Tafeln Bd. II S. 606—617, der sich im Wesentlichen Ubbelohden anschliesst, aber viel Ungewisses hinzufügt.

beliebt sei. Wir dürften uns also nicht wundern, wenn sich auch in den Pandekten, wenigstens in den Fragmenten älterer Juristen, noch Bemerkungen über die *Legisactio* fänden. Freilich hatten die Compileroren ohne Zweifel die Absicht, in allen wesentlichen Punkten nur das praetorische Recht des *damnum infectum* aufzunehmen. Trotzdem aber konnten leicht Excerpte, die sich auf die civile Actio bezogen, in die Sammlung geraten, sofern sie nur zu dem neueren System leidlich gut passten. Man brauchte also deswegen gar nicht an Versehen der Justinianischen Commission zu denken.

Und so begeben denn in der That im Titel 39, 2 und sonst zerstreut einzelne Stellen, wo von einer *actio damni infecti* die Rede ist. Zu erwähnen wären etwa: Ulp. lib. XLII ad Sab. l. 33 D. h. t., l. 37 D. eod., Ofilius bei Ulp. l. 3 § 2 D. de aqua (39, 3), Julian bei Paul. l. 11 § 3 D. eod., Ulp. lib. XXXII ad edict. l. 13 § 12 D. de act. empti (19, 1); dazu noch Paul. lib. XLVIII ad edict. l. 14 § 2 D. de aqua (39, 3): *in hoc iudicium (aquae pluuiiae arcendae), sicut in damni infecti, futurum damnum uenit, cum reliquis fere omnibus iudiciis praeteritum praestetur.*

Es bedarf kaum besonderer Bemerkung, dass streng genommen weder die dem Bedrohten zu leistende Caution noch die aus dieser entspringende *actio ex stipulatu* mit dem Namen *actio damni infecti* belegt werden durfte³⁾, obwohl der Praetor selbst im Edict (l. 7 pr. D. h. t.) die Thätigkeit des um Caution Werbenden mit dem Worte

³⁾ Eben so wenig die Klage auf Grund des vorletzten Edictsatzes in l. 7 pr. D. h. t.; dazu l. 15 § 36 D. eod.

Wlassak, Röm. Processgesetz.

agere bezeichnet⁴⁾. Dennoch verwendet Ulpian den fraglichen Ausdruck in einem der angeführten Fragmente (l. 37), wie der Zusammenhang lehrt, im Sinne von *actio ex stipulatu*, und in l. 33 cit. ist es wenigstens erlaubt, mit Rücksicht auf die durch l. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7) bekundete Terminologie, unter der *actio*, welche dem Miether versagt wird, die praetorische Caution zu verstehen. Aehnlich verhält es sich mit l. 13 § 12 D. de a. empti.

Dagegen mangelt es wohl an genügenden Gründen, die bequeme aber ungenaue Ausdrucksweise Ulpians schon bei Ofilius (l. 3 § 2 cit.) zu vermuten⁵⁾; und fast unvermeidlich scheint die Beziehung auf das altcivile Rechtsmittel, dem allein der Name *actio damni infecti* (Gai. IV. 31) gebührt, in der Julian'schen Stelle⁶⁾:

. . . an uero is cum quo agitur (aquae pluuiiae arcendae) pro parte sua et damni dati et operis non restituti nomine damnandus sit, ut in actione damni infecti fiat, cum eius praedii, ex quo damnum metuatur,

⁴⁾ S. Burckhard a. a. O. S. 484; aber auch oben S. 80 N. 6.

⁵⁾ Es entgeht mir nicht, dass Trebatius in l. 24 § 12 D. d. i. (39, 2) sagt: *non teneri me damni infecti*. Wenn der Jurist, wie es scheint, die Haftung nach praetorischem Rechte im Auge hat, so ist zu ergänzen *stipulations*, bei Ofilius aber in l. 3 § 2 D. cit. *actione*.

⁶⁾ Dies hat schon Ribbentrop Zur Lehre von den Correobligationen S. 228 N. 5 erkannt, dem Ubbelohde Die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 200 N. 11 folgt. Anders Burckhard a. a. O. S. 398 N. 15, S. 484 N. 61; dazu noch Glück Serie der Bücher 39 u. 40 III S. 450. Doch vgl. jetzt auch Voigt XII Tafeln Bd. II S. 615 N. 14 und S. 617 N. 16, der nur wieder mit Unrecht „Julians und Gaius' a. damni infecti als Kollektivbezeichnung für die A. aquae pl. arc. und „A. sartorum tectorum tuendorum“ auffasst. Diesen letzteren Namen wird ausser dem Erfinder schwerlich Jemand gebrauchen wollen.

plures domini sint et cum uno eorum agatur? (nam cum damni infecti agatur)⁷⁾, licet opus, ex quo damnum futurum sit, indiuiduum sit et ipsae aedes solumque earum non potest pro parte dumtaxat damnum dare, nihilo minus eum cum quo agitur pro sua parte condemnari. magisque existimat id seruandum in aquae pluuiae arcendae actione, quod in actione damni infecti, quia utrobique non de praeterito, sed de futuro damno agitur.

Endlich dürfte es schwer fallen, in dem oben mitgetheilten Paulusfragmente (l. 14 § 2) das neuere praetorische Recht zu erkennen. Wenn der Jurist dieses im Sinne hatte, weshalb sollte er das eine durchaus notwendige Wort: *stipulationem* unterdrückt haben? Nimmt man dagegen die Stelle, wie sie vorliegt, so wird gewiss kein unbefangener Leser in dem Satze *sicut in damni infecti* etwas Anderes hinzudenken als *iudicium*; ein *iudicium* aber, in welches, wie Paulus sich ausdrückt, *damnum futurum uenit*, ist dem Edictsrechte fremd.

So hätten wir denn allem Anscheine nach in den erwähnten Pandektenstellen, wenigstens in den zuletzt besprochenen, Spuren gefunden, welche auf die unbekannte Legisactio hinweisen. Damit ist ein Stück von dem materiellen Rechte der alten Klage zu Tage gefördert, nur freilich noch lange nicht genug, um eine vollständige Wiederherstellung der civilen Normen über das *damnum infectum* zu ermöglichen⁸⁾. Doch wird sich immerhin das

⁷⁾ Die in Klammern gesetzten Worte schaltet Mommsen ein.

⁸⁾ Voigt hat Dies trotzdem unternommen in den XII Tafeln l. c., ohne den Leser auf die Unsicherheit seiner Aufstellungen aufmerksam zu machen.

den Digesten entnommene Quellenmaterial in doppelter Richtung verwerten lassen. Vor Allem zur Widerlegung der Burckhard'schen Hypothese, derzufolge das alte civile Rechtsmittel den Ersatz der Reparaturkosten zum Ziele hatte, welche vom Bedrohten auf das nachbarliche Gebäude verwendet waren⁹⁾. Augenscheinlich findet diese Lehre in den Aeusserungen des Julian und Paulus so wenig irgend welche Unterstützung, dass sie mit den letzteren kaum mehr in Einklang zu bringen wäre.

Ferner wird es gestattet sein, aus der Nebeneinanderstellung der *actio aquae pluviae arcendae* und *actio damni infecti*, die auch noch in l. 3 § 2 D. de aqua und l. 13 § 12 D. de a. e. wiederkehrt, auf eine nahe Verwandtschaft der beiden Klagen zu schliessen. Auch Das lässt sich erkennen, worauf dieses Verhältniss gegründet war, da die Bemerkungen der Pandektenjuristen ziemlich deutlich auf eine Aehnlichkeit im Gegenstand der Ansprüche hinweisen. Dagegen muss wohl die Verfolgung im Prozesse hier und dort sehr wenig Uebereinstimmung gezeigt haben, weil sich sonst das Schicksal der beiden Actionen nach der Processreform nicht so verschieden hätte gestalten können. Bevor wir nun diesen Punkt, auf den hier Alles ankommt, aufzuklären suchen, ist noch genauer festzustellen, worin denn eigentlich in der Geschichte der *actio damni infecti* das Auffallende und der Erklärung Bedürftige besteht.

Drei verschiedene Klassen von Civilactionen müssen unterschieden werden. Zur ersten und zahlreichsten ge-

⁹⁾ Burckhard selbst (a. a. O. II S. 89 N. 79) ist wohl nicht unberührt geblieben von dem Zweifel, ob für die von ihm angenommene Klage die Bezeichnung *actio damni infecti* entstehen konnte.

hören diejenigen, welche seit der Lex Aebutia das alte processualische Kleid abstreifen und in der neuen Form der schriftlichen *uerba concepta* fortleben¹⁰⁾. Unter ihnen sind nur die Vindicationen besonders ausgezeichnet, insofern bei diesen noch im Postjulischen Recht das Verfahren sowohl mit Schrift- wie mit Spruchformel zulässig bleibt, während bei den übrigen die Augusteische Gerichtsordnung den Legisactionenprocess gänzlich beseitigt.

In die zweite Klasse wollen wir solche Civilklagen einreihen, die nach dem ersten Reformgesetz, vielleicht auch schon früher, in der Praxis allmählich abkommen, weil sich das materielle Recht, das sie verwirklichen sollten, nicht zu behaupten vermag, und die nun aus diesem Grunde auch an dem Uebergang in das Aebutische System nicht mehr Teil nehmen.

Mit der Abschaffung des Legisactionenverfahrens hängt der Untergang dieser Klagen in keiner Weise zusammen¹¹⁾,

¹⁰⁾ Die *condemnatio pecuniae* ist nichts der Schriftformel schlechthin Wesentliches. Wahrscheinlich war sie in beschränktem Umfang schon vor der Reform bekannt, und es muss nicht gerade das Aebutische Gesetz gewesen sein, durch welches sie im Formularprocesse obligat wurde. Bekkers Ansicht ist schon oben § 7 N. 6 mitgeteilt; weitere Litteratur bei Keller Civilprocess § 16 N. 222. Mir scheint es allzu kühn, auch nur eine Vermutung zu äussern, obwohl es nahe liegt, die Reform in beiderlei Beziehung demselben Gesetze zuzuweisen. Widerspruch aber müsste erhoben werden gegen die Annahme, dass die Ermächtigung der Geschworenen zur Geldcondemnation durchaus auf praetorischem Rechte beruhte. Das Gegenteil halte ich für sicher; nur ist deswegen der Gedanke keineswegs verwerflich, den Ursprung der Regel im Honorarrecht, u. z. in der Peregrinenrechtspflege zu suchen.

¹¹⁾ Ich unterlasse es, das im Text Gesagte zu schützen gegen die Verweisung auf Gell. XVI. 10, 8, weil wir diese Stelle später nochmals in Betracht ziehen müssen. Uebrigens ist meine Auffassung derselben schon oben im § 9 (S. 102, 103) u. § 11 (S. 155 N. 41) mitgeteilt.

da der Aufstellung entsprechender Civilactionen in Schriftform Nichts im Wege gestanden hätte. Dagegen ist das Absterben derselben allerdings mitverursacht und erst ermöglicht durch die Entfaltung des praetorischen Rechtes: durch das Proponiren nämlich von praetorischen Concurrentklagen, welche den Anforderungen ihrer Zeit besser genügten und so die alten Civilactionen entbehrlich machten. Selbstverständlich sind übrigens die volksrechtlichen Klagen durch die honorarischen *Judicia* nicht unmittelbar abgeschafft, sondern abrogirt erst *per desuetudinem* (l. 32 § 1 D. de leg. 1, 3). Nur war die Entstehung dieses Gewohnheitsrechtes erheblich gefördert und der Inhalt desselben mitbestimmt durch jene praetorischen Neubildungen, die einen willkommenen Ersatz boten.

Um das Gesagte mit Beispielen zu belegen, mag insbesondere an die Furtums- und Iniurienklagen des Zwölf-tafelrechts erinnert werden. Die Erzählung des Gaius¹²⁾

¹²⁾ Die freilich neuestens in der *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XVIII S. 222 für falsch erklärt ist. Nach Gellius XI. 18 § 9—12 — meint P. Krüger — sei die Einführung der Klage auf das *tripulum* wegen *furtum conceptum* durch das praetorische Edict nicht zu bezweifeln, also Irrtum oder Unkenntniß von Gaius nach dieser Seite hin (*concepti . . . poena ex lege XII tab. tripli*) bewiesen. Fürwahr eine schwere Anklage und wohl das Schlimmste, was man bisher dem Institutionenverfasser zur Last gelegt hat! Ein Jurist der Hadrianischen Zeit soll nicht gewusst haben, ob die *actio concepti* auf das *tripulum* eine civile oder eine praetorische Klage sei! Darnach hätte Gaius weder das Zwölf-tafelrecht noch das praetorische Album gehörig gekannt; er, der doch beide Rechtsquellen selbst commentirt oder — wenn man möglichst schlecht von ihm denken will — mindestens die vorhandenen älteren Commentare fleissig ausgeschriebener hat. Mir scheint dieser Vorwurf ganz unglaublich, und ich würde daher keinen Augenblick zögern, dem Nichtjuristen Gellius, der aus Sabinus schöpft, ein Missverständniß seiner Quelle Schuld zu geben, wenn ein Widerspruch mit Gaius wirklich vorläge. Es ist jedoch in Wahrheit ein

III. 189—191 lässt sehr deutlich erkennen, wie ein Teil der altcivilen Furtumsklagen unberührt von der Aebutischen Reform — vielleicht schon vor derselben — aus dem geltenden Rechte ausschied, während der andere: die *actio furti nec manifesti, concepti* und *oblati* von den Praetoren „conservirt“, d. h. nach der Norm des neuen Processgesetzes in die Schriftform gebracht ward.

Rascher noch als die Bestimmungen über das Furtum mochten sich die Strafen überleben, welche die Decemviren auf die Iniurien¹³⁾ gesetzt hatten. Daher sind wohl die

Widerspruch gar nicht vorhanden. Dass die *a. furti concepti* auf das *tripulum* ein praetorisches Institut sei, das behauptet zwar Krüger, keineswegs aber Sabinus und Gellius. Nach der Darstellung des Letzteren erscheint die eben genannte Klage — ganz sicher ist dieser Schluss nicht — als die jüngere gegenüber jenem anderen Rechtsmittel, das eine erfolgreiche Haussuchung *per lancem liciumque* zur Voraussetzung hat. Dies und nichts Anderes ist aus Gellius zu entnehmen. Damit aber ist auch der Bericht des Gaius sehr gut verträglich, wenn man einen gewissen Sprachgebrauch im Auge behält, der bei unserem Juristen wiederholt vorkommt, und den dieser gelegentlich selbst genau erklärt (vgl. oben S. 33). *Ex lege XII tabularum* heisst nämlich bei den Veteres und bei Gaius auch Dasjenige, was kein Mensch in den Zwölftafeln zu finden vernag, wenn es nur später durch „Interpretation“ in das Gesetz hineingetragen war. Völlig erwiesen ist dieser Sprachgebrauch durch Inst. I. 165. *Ex eadem lege XII tabularum* — sagt Gaius — *libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet*; um sofort zu bemerken, dass das Gesetz thatsächlich nichts dergleichen enthalte; allein: *crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere*. Welches Kunststück die priesterlichen Juristen der alten Zeit ausführten, um ex lege XII tabularum an die unfeierliche Haussuchung, die in der Praxis — wahrscheinlich ohne legalen Anhalt — entstanden war, eine Actio auf das *tripulum* anzuknüpfen, das lässt sich nicht mehr ergründen. Dass aber der Hergang wirklich der hier gegebenen Andeutung entsprach, diese Annahme scheint mir allerdings nach der Lage der Quellen geradezu geboten.

¹³⁾ Ueber das *membrum ruptum* und *os fractum* der tab. VIII vgl. Voigt XII Tafeln Bd. II S. 520—522, 533—535. Voigt unterstellt die

von der Lex gegebenen Poenalansprüche nie in anderer Weise geltend gemacht worden als in den Formen des alten Verfahrens. Eine Stütze — freilich eine sehr schwache — findet das Gesagte in dem Ausspruch des Juristen bei Gellius XVI. 10, 8, demzufolge die bekannten *uiginti quinque asses* ungefähr in derselben Zeit abgekommen wären, wo *lege Aebutia lata* auch die meisten Legisactionen verschwanden. Dagegen ist der Umstand ausdrücklich bezeugt¹⁴⁾, dass es die praetorische Jurisdiction war, welche die Lücke ausfüllte und auf diesem Wege die Beseitigung des Zwölftafelrechts durchsetzte.

Minder durchgreifenden Erfolg hatten einige andere praetorische Rechtsmittel: einmal solche, deren Anwendungsgebiet nicht völlig zusammenfiel mit dem der gesetzlichen Klage, wie die *actio arborum furtim caesarum* gegenüber der *a. de arboribus succisis*¹⁵⁾, dann solche, die im Wesentlichen¹⁶⁾ mit der Actio legitima übereinstimmten und so nur als zweite verbesserte Auflage derselben erschienen, wie das *interdictum de arboribus cae-*

beiden Specialdelicte nicht der *iniuria*, sondern der „*nozia nocita*“. Die Gründe scheinen mir beachtenswert. Auffallend ist es, dass Landsberg Iniuria und Beleidigung § 4 (1886) kein Wort darüber sagt.

¹⁴⁾ Gell. XX. 1, § 12, 13 nach Labeo; dazu Huschke Gaius, Beiträge S. 127, 128, Landsberg l. c. § 5.

¹⁵⁾ Vgl. Lenel Edict S. 268, 269, Voigt a. a. O. Bd. II S. 536 N. 1, 2.

¹⁶⁾ Nicht durchaus; s. in Betreff des Interd. de arb. caed. Voigt Bd. II S. 634 N. 7, auch Schmidt Interdictenverfahren S. 300, ferner über das Interd. de glande leg. Ihering Geist II⁹ § 44 zu N. 628 (anders Voigt Bd. II S. 646 N. 17) und im Allgemeinen Wlassak Edict § 3. — Ob es angeht, mit Voigt S. 633 die ganze Sentenz des Paulus V. 6, 13 auf die alte Civilklage zu beziehen, ist mir sehr zweifelhaft. Eher möchte ich glauben, dass gesetzliches und praetorisches Recht combinirt sei.

dendis im Verhältniss zur Zwölftafelklage in l. 2 D. de arb. caed. (43, 27), oder das *interdictum de glande legenda* gegenüber der, vermutlich gleichnamigen Actio bei Plinius Hist. nat. XVI. 5, 15.

Von den erwähnten Civilklagen ist noch in klassischer Zeit keine¹⁷⁾ durch die Concurrrenz des Jus honorarium völlig verdrängt; andererseits aber hat es höchst wahrscheinlich auch keine mehr im Hadrianischen Album zu einem Formelschema gebracht¹⁸⁾. Der Grund davon ist offenbar die Seltenheit des Gebrauchs, keineswegs die Unmöglichkeit, den Civilanspruch *de arboribus succisis* u. s. w. im Aebutisch-Julischen Prozesse zu verfolgen. Vielmehr sind entsprechende Schriftformeln sicherlich vorgekommen, da ja die *Legisactio* schon seit 737 nicht mehr anwendbar war, während doch unsere Zwölftafelklagen noch im zweiten und dritten Jahrhundert der Kaiserzeit dem geltenden Rechte angehören¹⁹⁾.

Zu den Klagenkategorien I und II, die oben aufgestellt sind, tritt endlich noch eine dritte Actionengruppe hinzu, der wir diejenigen Civilrechtsmittel zuweisen, bei welchen die Umwandlung des solennen Parteispruchs in eine mit der alten *Intentio* ausgestattete Schriftformel nicht zum gewünschten Ziele geführt hätte, weil der letzteren die Fähigkeit abging, die *Legisactio* in allen ihren Functionen zu ersetzen.

¹⁷⁾ M. E. auch die Actio *de glande legenda* nicht, die freilich in den Pandekten unterdrückt ist; vgl. aber l. 236 § 1 D. de V. S. (50, 16) aus Gai. lib. IV. *ad legem duodecim tabularum*.

¹⁸⁾ S. auch Lenel Edict S. 153 (etwas anders: S. 269), S. 390 N. 7.

¹⁹⁾ Die A. de arb. succisis kennt Ulpian (l. 3 D. arb. furt. 47, 7) und Paulus (l. 28 § 6 D. de iureiur. 12, 2), die A. de arb. sublucandis Pomponius (l. 2 D. de arb. caed. 43, 27) und Paulus (Sent. V. 6, 13), die A. de glande leg. Gaius (N. 17).

Der Begriff des *lege agere* ist — wie man längst bemerkt hat²⁰⁾ — nicht beschränkt auf das Handeln im Rechtstreit, nicht einmal auf das Handeln im Gerichte. Das Eine ist bezeugt durch die *Legisactio* in der „freiwilligen“ Gerichtsbarkeit, das Andere durch Gai. IV. 29. Offenbar hiess *lege agere* ursprünglich jedes Handeln nach gesetzlicher Norm, insbesondere das Handeln in einer von der Lex vorgeschriebenen Form. In klassischer Zeit ist freilich diese Bedeutung nicht mehr die technische. Damals und wohl schon erheblich früher wird *legis actio* von den Juristen im engeren Sinne gebraucht^{20a)}, um jene gesetzlichen Formalacte zu bezeichnen, die — äusserlich betrachtet — der Rechtsbehauptung oder Rechtsverfolgung dienen, mochte dann in Wahrheit diese Absicht oder irgend eine andere rechtsgeschäftliche der juristischen Handlung zu Grunde liegen.

Vergleicht man nun die Aebutischen *uerba concepta* mit der *legis actio*, so zeigt die letztere Verwendbarkeit in viel weiterem Umfang als die ersteren. Nur wo das *lege agere* ein durchaus gerichtliches ist, und wo es zum wirklichen Rechtstreit mit *Judicium* führt, konnte die Schriftformel an dessen Stelle treten²¹⁾. Hier, wo es galt, den fertigen klägerischen Anspruch juristisch zu gestalten und überhaupt den Streitstoff gehörig begrenzt dem Geschwornen zu übermitteln, leistete die Schrift Dasselbe und wohl noch Mehr als die Spruchform. Dagegen war die *Legisactio* unersetzlich, — ganz abgesehen von den Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit — überall dort, wo

²⁰⁾ S. Ihering Geist III¹ § 47c, Voigt Jus naturale Bd. III S. 21 N. 6, auch Demelius Confessio S. 39—48.

^{20 a)} Im engsten Sinne von der Minderzahl der Juristen, welche nur eine *in iure* gesetzte *legis actio* anerkennen wollen (Gai. IV. 29).

²¹⁾ Vgl. Sohm Institutionen S. 149.

ihr die Aufgabe zufiel, dem Rechtsansprecher eine Klage erst zu verschaffen²²⁾, wo sie also mit zum Thatbestand gehörte, aus dem der klagbare Anspruch hervorging.

Eine Reihe von Beispielen dieser Art bietet vor Allem die Gaianische Darstellung der *pignoris capio* IV. 26—29. Die Bemerkung in IV. 32 über die Fiction²³⁾ zeigt unwiderleglich, dass die formelle Pfändung nicht bloß Rechtsverfolgung war, sondern zugleich ein Act von rechtsbegründender Wirkung. Dabei mag das — nicht näher bekannte — Recht an der *res capta* ganz ausser Acht bleiben. Wichtiger für das Verständniß der *Legisactio* ist die daneben zu Gunsten des Pfändenden entstehende Forderung auf *luere*, d. h. auf eine Lösungssumme, die höchst wahrscheinlich²⁴⁾ den ursprünglichen Schuldbetrag

²²⁾ Sehr ungewiss bleibt es, ob dieser Gesichtspunkt nicht auch zutrifft bei der *manus iniectio*. Oben (im § 9), wo die Entstehung der formlosen Personalexecution zurückgeführt ist auf die *Aebutia*, hat mich nur der Gedanke geleitet, dass die *l. a. p. m. i.* selbst noch nicht Rechtstreit ist und nur selten dazu führen mochte. Schon aus diesem Grunde konnte unmöglich die schriftliche *a. iudicati* allein die Rolle der *man. iniectio* übernehmen.

²³⁾ *Item in ea forma quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet tantam pecuniam condemnatur.* Demelius Rechtsfiction S. 57: „ein luere oportere war undenkbar“ unterstellt ohne Grund gleiche Wirkungen der publicistischen *l. a. p. p. c.* und der privaten Pfandconvention des praetorischen Rechtes. [Dagegen neuestens auch Mommsen Staatsrecht Bd. I (3. Aufl.) S. 177 N. 1, dessen Auffassung der *l. a.* im Uebrigen wesentlich abweicht von der hier vertretenen.]

²⁴⁾ So die Meisten mit Keller Civilprocess § 20 in f. und Ihering Geist I S. 160 (3. A.); dagegen Karlowa Legisactionen S. 206. Pernice in Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 127 N. 2. — Gai. IV. 33 hebt den Gegensatz hervor, in dem die *formula*, welche die alte *condictio* ersetzt, zu der praetorischen *forma* steht, *quae publicano proponitur*: Wenn wir eine civile Forderung haben auf *pecunia certa* oder *res aliqua certa* und mit der *condictio* des neueren Processes klagen, dann — sagt

überstieg. Sollte aber Jemand dies Letztere in Zweifel ziehen, so wird er trotzdem das durch solenne Eigenmacht gewonnene persönliche Recht als ein neues²⁵⁾ ansehen müssen gegenüber dem ursprünglichen, direct nicht²⁶⁾ erzwingbaren Anspruch.

In welcher Form dann der Gläubiger diese neue Forderung gerichtlich geltend machte, das ist hier nicht genauer zu erörtern. Immerhin darf bemerkt werden, dass nach Gaius' (IV. 29²⁷⁾ Auffassung ohne Zweifel die *legis*

Gaius — *eam ipsam dari nobis oportere intendimus*, während der *Publicane* — so ergänze ich — mit der fictischen Formel nicht den Betrag seiner ursprünglichen Steuerforderung einklagt, sondern das Lösegeld, welches der Schuldner im Falle feierlicher Pfändung zahlen müsste.

²⁵⁾ Ob zum Beleg Gai. IV. 108 angeführt werden darf, ist sehr zweifelhaft; doch genügt Gai. IV. 32: . . *luere debet*.

²⁶⁾ Ausgemacht scheint mir, dass die Zwölftafeln im Fall der *emptio hostias* und der *locatio iumentis* auf das *pretium* und die *merces* keine Klage gewährten, sondern nur *pignoris capio* zuließen; sehr wahrscheinlich, dass die Verpflichtung zum *luere* ausdrücklich festgestellt war. Freilich könnte diese letztere auch erst durch die Interpretatio hinzugefügt sein. Schwieriger ist ein Urtheil über die *p. c. lege censoria data* der *Publicanen*, weil die *L. agraria* v. 643 Z. 36—39 anscheinend dem Steuerpächter eine gewöhnliche *petitio* gab auf die *pecunia ex hac lege debita*, und auch Cic. in *Verr.* III c. 11 § 27 vom *publicanus petitor aut* (Manche lesen: *ae*) *pignerator* spricht; s. *Bruns* in den *Symbolae* S. 58, 59, *Pernice* in *d. Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XVIII S. 66, 71. Indess ist doch keineswegs erwiesen, dass *petitio* und *pigneratio* im einzelnen Fall neben einander zustanden: in der *L. agraria* ist die Pfändung nicht erwähnt; vgl. auch *Karlowa* *Legislationen* S. 215, 216. Sollten aber die *Publicanen* immer und überall befugt gewesen sein, entweder zu klagen oder zu pfänden, dann wäre die Aufstellung der *formula ficticia* (Gai. IV. 32) ganz unerklärlich, wenn man nicht annimmt, dass mit der letzteren Mehr zu erreichen war als mit der *petitio*.

²⁷⁾ *Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiodatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem [contra] placebat, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente*

actio per pignoris captionem mit der Pfändung zu Ende war²⁸⁾. Musste dann noch vor dem Praetor geklagt werden, so fiel dieses Verfahren nicht mehr in den Rahmen des voraufgeschickten *modus agendi*. Vielmehr war der spätere Process ein völlig neuer und dessen Form durch die vorhergehende *legis actio* nur insofern beeinflusst, als der klägerische Spruch vermutlich die *pignoris capio* als Entstehungsgrund der Klagforderung bezeichnete. Darnach steht das eben Gesagte auch nicht im Widerspruch mit dem — übrigens unbewiesenen — Satze Bethmann-Hollwegs²⁹⁾, demzufolge der „Uebergang einer Legisactio in eine andere“ etwas Unmögliches gewesen sei. Nicht ein „Uebergang“ ist behauptet worden, sondern lediglich die zeitliche Aufeinanderfolge von zwei ganz selbständigen Proceuren, deren eine sich *extra ius* abspielte, während der Schauplatz der anderen, die wohl meist vermieden wurde, nur das Gericht des Praetors sein konnte.

Ist die gegebene Schilderung zutreffend, so wird nun auch der Einfluss der Reformgesetze auf den fünften Gaianschen *modus agendi* unschwer zu bestimmen sein. Nach

aduersario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente aduersario, praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

²⁸⁾ Die neuere Litteratur über l. a. p. c. bei Keller Civilprocess § 20 N. 267^a und Karlowa Legisactionen S. 201 N. 1—3; dazu noch Sohm Institutionen S. 143, 144, der — im schärfsten Widerspruch mit Gaius — behauptet: „die *pignoris capio* erzeugt eine *actio*, die *legis actio per pignoris captionem*“, [und Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 177 N. 1 — 3. Aufl.]. Gegen Ihering Geist I S. 159—162, und über die Klagen, die dem unrechtmässig Gepfändeten zustanden, vgl. insbesondere Bekker Actionen Bd. I S. 44, 45 N. 2, auch Huschke Multa S. 402, Pernice a. a. O. S. 128, 129.

²⁹⁾ Civilprocess Bd. I S. 163 N. 33.

der oben dargelegten Auffassung war die *pignoris capio* ein durchaus aussergerichtlicher Legalact, der die Anordnung eines Judiciums in keiner Weise vorbereitete, und der überhaupt ein gerichtliches Verfahren (zunächst wieder *in iure*) nur insofern zur Folge haben konnte, als der *pignerator* durch die solenne Pfändung eine klagbare Forderung (*Actio in personam*) erwarb.

Hiernach war natürlich die *Lex Aebutia* und *Julia* so wenig wie irgend ein anderes Gesetz, das bloß die Form des Verfahrens betraf³⁰⁾, im Stande, einen Ersatz zu schaffen für die alte *pignoris capio*. Offenbar wäre eine Schriftformel nur dann geeignet gewesen, die *pigneratio*, die auch ein persönliches Recht erzeugte, entbehrlich zu machen, wenn das Gesetz zugleich den zum Erwerb der Obligation (auf das *luere*) erforderlichen Thatbestand abgeändert hätte. Dass dies nicht geschah, dafür haben wir noch ein besonderes Zeugniß in der honorarischen³¹⁾ *forma ficticia* bei Gai. IV. 32³²⁾, deren Aufstellung nur begreiflich wird, wenn die

³⁰⁾ S. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 6 und Huschke *Multa* S. 496 N. 399, die aber Unrichtiges beimischen.

³¹⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 305, 306; sehr unbefriedigend Keller *Civilprocess* § 25 (S. 122, 123). Nach Pernice l. c. S. 129 hätte „sich die alte Legisaction in eine Ersatzklage mit fictischer L. A. verwandelt“. Hält P. die „Ersatzklage“ für civil?

³²⁾ *Talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset . . . luere deberet.* Keller l. c. N. 300 und Lenel *Edict* S. 313 drucken die Stelle unverändert mit dem *olim* ab, ohne eine Bemerkung beizufügen; Rudorff *Edictum* p. 168 nimmt dieses Wort in die ergänzte Formel nicht auf. Zur Zeit der ersten Proponirung der ficticischen Klage stand die feierliche Prändung sicherlich noch in unbestrittener Geltung. Man denke etwa an die Periode des Aebutischen Rechtes. Ich glaube, Niemand wird dem Erfinder der Formel die Fiction eines Thatbestandes zutrauen, der dem damals geltenden *Jus civile* nicht mehr angehörte. Doch werden wir besser noch einen Schritt weitergehen und das *olim*

einschlägigen Sätze des materiellen Civilrechts keine Veränderung erlitten.

Freilich ist trotz Allem auch die solenne Pfändung nicht ganz befreit geblieben von der Einwirkung der Reformgesetze³³⁾, die vermutlich übereinstimmend ein sehr allgemein lautendes Capitel über die Aufhebung³⁴⁾ der „*legis actiones*“ enthielten³⁵⁾. Durch dieses glaubten sich die Juristen (die *plerique* des Gai. IV. 29) wahrscheinlich ermächtigt, die Notwendigkeit der *certa uerba* wie bei der *manus iniectio* so auch bei der *pignoris capio* zu leugnen³⁶⁾. Die Pfändung selbst aber musste man jedenfalls festhalten, mit den solennen Worten oder ohne dieselben, da die vom Praetor gegebenen fictischen Klagformeln die *Legisactio* natürlich nur insoweit ersetzen, als diese eine Forderung

auch im Hadrianischen Album tilgen. Gaius fügt es aus Eigenem hinzu, weil in der Zeit des Antoninus Pius die solenne *pignoris capio* thatsächlich nicht mehr vorkam. Ausdrücklich und insbesondere war dieser *modus agendi* gewiss auch durch die Lex Julia nicht beseitigt, und das Absterben des Instituts dürfte — von anderen Momenten abgesehen — viel mehr gefördert sein durch die honorarischen Klagformeln mit Fiction, als durch das oben im Text erwähnte Capitel der Augusteischen Gerichtsordnung. Als nun endlich die *pignoris capio* wirklich antiquirt war, konnte der Geschworne, dem die fictische Formel vorlag, immerhin — auch ohne jenes *olim* — noch verurteilen, da keine Norm existirte, welche die Wirkung des Pfändungsactes aufhob, sondern nur eine, von Gaius auf die *Julia* gestützte, Rechtsanschauung, die dem, nach altem *Ius civile* zur Pfändung Befugten diese versagte, soweit die nämlichen Vorteile erreichbar waren durch die praetorische Klage.

³³⁾ Arg. Gai. IV. 30: *sed istae omnes legis actiones* nach IV. 29, ferner IV. 32: *olim*.

³⁴⁾ S. oben § 10 S. 104.

³⁵⁾ Die *legis actio* zu rechtsgeschäftlichen Zwecken war wohl ausdrücklich ausgenommen.

³⁶⁾ Die Gründe für die Annahme einer formlosen p. c. im Rechte der Kaiserzeit sind schon oben § 12 N. 1 (S. 158) angedeutet.

ins Leben rief, nicht aber jene reale Sicherheit gewährten, welche der *pignerator* in der *res capta* hatte.

Weshalb die *certa uerba* auch bei der Pfändung in *odium uenerunt*, ist nicht festzustellen; möglich war es ohne Schwierigkeit, sie abzuwerfen, weil die *pignoris capio* sich als Realact darstellte, der sehr gut bestehen konnte ohne die begleitende Feierlichkeit. Andererseits hatte — wie ich glaube — die formlose *pigneratio* niemals auch die andere Wirkung, den Gepfändeten persönlich neu zu verpflichten, da in dieser Richtung der die Obligation auflegende Spruch des *lege* Agirenden der alleinige Entstehungsgrund war, mithin nach dem Wegfall des Spruches ein obligirender Thatbestand nicht mehr vorlag.

So gelange ich also zu dem Ergebniss, — vielleicht teilweise übereinstimmend mit den *quidam* bei Gai. IV. 29 — dass die Julische Gerichtsordnung die solenne *pignoris capio* nicht oder doch nicht in der Art treffen wollte wie die gerichtlichen *legis actiones*. In der That wäre bei dem in Rede stehenden *modus agendi* eine Aufhebung (*tollere*) im Sinne des Nichtgebrauchendürfens⁸⁷⁾ der *certa uerba* ganz zwecklos gewesen. Verständiger Weise konnten die Juristen nur erklären: die Feierlichkeit ist überflüssig, so weit es sich blos um das Recht an der *res capta* handelt, überflüssig nach dem

⁸⁷⁾ Dies gilt eigentlich auch für die meisten gerichtlichen Spruchformeln; dennoch ist ein wesentlicher Unterschied anzunehmen. *In iure* genügten die Legisationen seit der L. Julia nicht mehr: es musste eine Schriftformel concipirt werden, die nach dem Gesetze allein massgebend war. Dagegen hätte es keinen Sinn gehabt, die *uerba certa* des Pfändenden für rechtlich bedeutungslos zu erklären und statt derselben etwas Anderes zu fordern.

Julischen Gesetze gerade so wie vorher schon nach der Lex Aebutia.

Darnach entsteht noch die Frage, ob wir den durch Gaius für das zweite Jahrhundert bezeugten Wegfall der förmlichen Rede bei der *pignoris capio* übertragen dürfen in die Zeit des Augustus. Da eine sichere Beantwortung nicht möglich scheint, sind wenigstens die Punkte hervorzuheben, welche für die Lösung der Frage einigen Anhalt gewähren könnten. Waren — wie ich vermute — im Jahre 737 die fictischen Formeln längst proponirt, welche in einer Richtung die unbequeme Pfändung völlig ersetzten, und war schon auf Grund des Aebutischen Gesetzes die formlose *pigneratio* von den Juristen als gültig anerkannt, dann konnte immerhin der Formalact noch in republicanischer Zeit ausser Gebrauch kommen, und es konnte sogar das Capitel der Lex Julia über die Abschaffung der *Legis actiones* absichtlich so allgemein gefasst werden, dass auch der fünfte *modus agendi* dadurch beseitigt erschien. Eine fühlbare Lücke wäre unter dieser Voraussetzung nicht mehr entstanden, weil das praetorische Recht zum *Jus civile* ergänzend hinzutrat. Möglicher Weise aber hat sich der von Gaius geschilderte Rechtszustand doch erst in der Kaiserzeit festgestellt unter dem Einflusse der interpretirenden Juristen, welche nachträglich die Norm der Lex Julia ausgedehnt hätten auf Acte der Rechtsverfolgung *extra ius*, insbesondere auf die feierliche *pignoris capio*³⁸⁾.

³⁸⁾ Hat es für das gerichtliche Verfahren Spruchformeln gegeben, welche die durchgeführte *pignoris capio* als Entstehungsgrund der Klagforderung bezeichneten, so wäre deren Umwandlung in civile Schriftformeln ohne Weiteres möglich gewesen. Indess ist es dazu schwerlich gekommen, wenn schon in Vorjulischer Zeit die praeto-

Um weitere Beispiele zu nennen von Actionen, die der oben (S. 249, 250) aufgestellten dritten Gruppe angehören. verweise ich noch kurz auf die *furtorum quaestio cum lance et licio* und auf die *altcivile*³⁹⁾ *operis novi nuntiatio*. Die letztere ist freilich durchaus problematisch, da sich nicht einmal die Existenz, noch weniger die Beschaffenheit derselben aus den Quellen erweisen lässt. Der gangbaren Vorstellung⁴⁰⁾ nach war die Nuntiatio ein aussergerichtlicher rechtsbegründender Formalact⁴¹⁾, der frühzeitig in Vergessenheit geriet, verdrängt durch das gleichnamige praetorische Parallelinstitut⁴²⁾. Die feierliche Protestation gegen das *opus novum* wäre demnach ebenso der zweiten wie der dritten Actionenklasse beizuzählen.

rischen *formulae ficticiae* proponirt waren, da diese Beides ersetzen, sowohl die aussergerichtliche Pfändung, wie die auf Grund derselben anzustellende Civilklage. Das Hadrianische Album kannte jedenfalls nur die honorarischen Formeln mit Fiction.

³⁹⁾ S. Ad. Schmidt im Jahrb. d. gem. Rechts Bd. IV S. 211, 212 und in d. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. VII S. 292, Karlowa Beiträge S. 72 N. 26, Bekker Actionen Bd. I S. 46 N. 4, Burckhard bei Glück Ser. d. Bücher 39, 40 I S. 7—10, Wach zu Keller in N. 267^b, Demelius Confessio S. 40.

⁴⁰⁾ Vgl. insbesondere Bekker a. a. O. S. 46—49, der als „Erzeugniss der Nuntiatio selber“ ein *ius prohibendi* annimmt, das freilich („vermutlich“) nur durch Selbsthilfe realisirbar gewesen sei. Den rechts- wie den klagerzeugenden Erfolg leugnet Voigt XII Tafeln Bd. II § 148 N. 15.

⁴¹⁾ Voigt XII Tafeln Bd. I S. 191 tritt wieder für den *iactus lapilli* ein; vgl. aber Burckhard a. a. O. I S. 41, 42 (nach Stölzel).

⁴²⁾ Ungenau ist es und irreführend (s. z. B. Burckhard l. c. I S. 9) von einem Institut der o. n. n. zu reden, das später „entwickelt und ausgebildet sei durch das praetorische Edict“. Es liegt mir fern, zu glauben, die civilrechtliche Nuntiatio sei unbestreitbar. Hat sie aber existirt, dann müssen wir die Analogie der Rechtsmittel wegen *dammum infectum* heranziehen und an zwei selbständige Institute denken, an ein civiles und ein praetorisches.

Dasselbe gilt ungefähr auch von der solennen *quaestio furtorum*. Die erfolgreiche⁴³⁾ Haussuchung — ein *Legalact extra ius* — verschafft dem Bestohlenen erst ein Klagrecht gegen den Hehler: die civile *actio furti manifesti*. Diese Klage hätte ohne Zweifel in den Formen des Aebutischen Processes fortleben können; dagegen war begreiflich die aussergerichtliche *quaestio* auf Grund des Reformgesetzes durch eine Schriftformel nicht zu ersetzen. Wäre nicht in oder vor der Zeit der Lex Aebutia das materielle, die Furtumsstrafe betreffende Civilrecht seiner Härte wegen unhaltbar geworden (Gai. III. 189), so hätte der Praetor hier genau in derselben Weise (mit einer Fiction) eingreifen müssen wie bei der *pignoris capio*, um einerseits die alte *poena furti manifesti* aufrecht zu erhalten, andererseits die Bürger doch zu befreien von gewissen lästigen Erfordernissen der feierlichen Haussuchung⁴⁴⁾.

Die vorstehenden Ausführungen sind zunächst veranlasst durch das im Eingang dieses Paragraphen gestellte Problem. Wir suchen eine Erklärung des anscheinend eigentümlichen Schicksals der *Actio damni infecti* in

⁴³⁾ Wahrscheinlich hatte die Verhinderung der *quaestio p. l. et l.* dieselbe Wirkung; arg. Gai. III. 192, 193. So auch (nach Vangerow) Karlowa *Legislationes* S. 113, 114, Voigt XII *Tafeln* Bd. II § 139 zu N. 14^a, P. Krüger in d. *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XVIII S. 221, 222.

⁴⁴⁾ Ausdrücklich ablehnen möchte ich die Vermutung, dass in Folge der L. Aebutia die jüngere *quaestio testibus praesentibus* hervorgegangen sei aus der feierlichen Haussuchung, geradeso wie die unfeierliche *Personalexecution* aus der *l. a. p. m. i.* und die formlose *pignoratatio* aus der *l. a. p. p. c.* Gell. XVI. 10, 8 beweist Dies keineswegs (s. N. 11), und überwiegende Gründe sprechen dagegen. Die jüngere *quaestio* dürfte älter sein als das Aebutische Gesetz, und aus diesem hätte man doch gewiss die Aenderung der Strafe (die *poena tripli* statt der *capitalen*) nicht herleiten können. Endlich sagt ja Gai. III. 191 ausdrücklich: *concepti poena ex lege XII tabularum tripli est*, vgl. dazu N. 12.

der Zeit der Reformgesetze. An die Stelle dieser Frage mag nun die andere treten, welcher von den drei Actionengruppen das genannte Rechtsmittel zuzuweisen sei? Zweifellos nicht der ersten Gruppe, da der Uebergang der Spruchform in das Julische Recht in der That unerklärlich wäre, wenn der Civilanspruch wegen des Schadens, der *uitio aedium* droht, statt mit *Legisactio* sofort mit einer Schriftformel hätte verfolgt werden können. Auch zur zweiten Klasse gehört unsere *Actio* gewiss nicht, da sie sowohl das Aebutische wie das Julische Gesetz lange überlebt hat, und ein Jurist aus der Zeit des Pius nur zu berichten weiss, dass sie jetzt in der Praxis vernachlässigt sei. Selbst Paulus⁴⁵⁾ scheint das civile Rechtsmittel noch gekannt zu haben; es dürfte also erst in der nachklassischen Periode völlig beseitigt sein. Erst damals ist die alte *Actio* und mit ihr wohl auch das zu Grunde liegende materielle Recht der Concurrenz des praetorischen Parallelinstitutes erlegen.

Aus dem eben Gesagten sind schon die beiden Fragen abzunehmen, die noch besonderer Erörterung bedürfen. Nicht die Erscheinung ist verwunderlich, dass die *Legisactio damni infecti* sich erhalten hat im Nachjulischen Rechte; denn als Ersatz derselben ist weder im Prozesse der *Lex Aebutia* noch der *Julia* eine civile Schriftformel entstanden, und die Absicht der Reformgesetze ging ja nur dahin, für die bestehenden Civilansprüche eine neue Form zu schaffen, keineswegs dahin, dieselben aufzuheben⁴⁶⁾.

⁴⁵⁾ In l. 14 § 2 D. de aqua 39, 3; dazu oben S. 243.

⁴⁶⁾ Dieses Argument allein ist ausreichend. Von unrichtigen Voraussetzungen gehen Diejenigen aus, welche wie Hesse Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 177 (1. Aufl.) und Burckhard bei Glück a. a. O. II S. 103 mit Huschke Gaius, Beiträge S. 212 (etwas

Daher kann nur Das unsere Aufgabe sein, zu erkunden, weshalb das civile Institut gegenüber der neueren Schöpfung des Praetors so lange Stand hielt, und ferner, weshalb es nicht zur Bildung einer Schriftformel gekommen ist, welche die Function der *Legisactio* übernommen hätte.

Die moderne Litteratur hat sich genauer nur mit der ersteren Frage beschäftigt, die zweite aber ausser Acht gelassen, vielleicht darum, weil bisher nicht deutlich genug erkannt ist, dass die praetorische Rechtssatzung Nichts zu

anders Multa S. 500 zu und in N. 413) die Geltung der *legis actio d. inf.* im Julischen Prozesse daraus erklären, „dass zu den Zeiten des Augustus, in die wenigstens die eine Lex Julia mit Recht gesetzt wird, noch Nichts über *damnum infectum* im Edict des Praetor urbanus vorgeschrieben war“. „Eine andere Ursache“, — fährt H. fort — „warum eine *legis actio* nur in diesem einzigen Falle übrig gelassen wurde, als weil es sonst für die römischen Bürger überhaupt an einer Rechtsverfolgung wegen d. i. gefehlt hätte, kann kaum gedacht werden“. Beiläufig: Dass das Album des Urbanpraetors noch gegen das Ende der Republik über das *damnum infectum* Nichts enthielt, ist unbewiesen und unwahrscheinlich. Burckhard S. 65—70 hat alle Mühe, die von Huschke übernommene Behauptung gegen eine Reihe von Quellenäusserungen aufrecht zu halten, und unglaublich erscheint es, dass der Stadtpraetor das — wie ich ebenfalls annehme — vom Peregrinenpraetor erfundene *commodius ius et plenius* (Gai. IV. 31) den röm. Bürgern im Verkehr unter einander längere Zeit versagt haben sollte. Indess glauben die Gegner doch ein Zeugniß dafür zu haben in der L. Rubria c. XX Z. 24, 25, 34, 35: denn anders sei die Verweisung auf das Album des Peregrinenpraetors nicht zu erklären. Auch Dies kann ich nicht zugeben. M. E. nennt das Gesetz nur darum die Tafel des Fremdenpraetors, weil dort das Cautionsformular im Wortlaut zu finden war, während der Praetor urbanus sich damit begnügt haben wird, in Sachen des *damnum infectum* (und sonst mehrfach) auf das Album seines ausgezeichneten Amtsgenossen zu verweisen; vgl. Cic. ad. Attic. VI. 1, 15: *tortium, de reliquo iure disundo, ἄγραγον reliqui. dixi me de eo genere mea deoreta ad edicta urbana aecomodaturum*. (Man beachte noch den Plural: *edicta*; die beiden Tafeln ergänzten sich.) Sollte man es in Rom nicht verstanden haben, sich unnütze Schreiberarbeit zu ersparen?

schaffen hat mit den oft genannten Gerichtsordnungen, und dass demnach auch das — unwidersprechlich honorarische — Recht der *cautio damni infecti* sich zur *legis actio* keineswegs so verhält, wie etwa die *civile formula petitoria* zur alten *vindictio rei* und *hereditatis*⁴⁷⁾. Wer doch Gefallen fände an diesem Vergleich, der müsste sich bekennen zu der Anschauung, dass alle Civilansprüche unter dem Einfluss der Reformgesetze praetorischen Rechtes wurden, zu einer These also, deren Unrichtigkeit doch keines Beweises mehr bedarf⁴⁸⁾.

Mithin scheint es durchaus geboten, die beiden Fragen, die gar nicht zusammenhängen, auch gesondert zu behandeln. Zur Beantwortung der ersteren werden ein paar Worte genügen, da das Richtige schon von Ubbelohde⁴⁹⁾ angedeutet, und ein Teil davon jüngst von Burckhard⁵⁰⁾ überzeugend ausgeführt ist. Wie der Letztere darthut, waren die Vorschriften des civilen und des honorarischen Rechtes über das *damnum infectum* auch in materieller Beziehung wesentlich verschieden. Dadurch ist nur wieder die allgemeine Regel bestätigt, dass „der

⁴⁷⁾ Selbst die neueste Darstellung von Sohm Institutionen S. 149 N. 7 (2. A.) legt Missverständnisse mindestens sehr nahe: „An die Stelle des *lege agere* trat nach praetorischem Recht kein Formularprocess, sondern ein Verfahren *extra ordinem*“ . . . Das klingt recht bedenklich, besonders wenn man sich das im § 37 („Die Formula“) Gesagte vor Augen hält, wo die Gesetzausführung und die freischaffende Thätigkeit der Praetoren nicht aus einander gehalten sind — wohl unter dem Einfluss A. S. Schultzes, der „nur zu weit geht“. Correct — abgesehen vom letzten Satze — ist die Ausführung von Burckhard a. a. O. II S. 82.

⁴⁸⁾ Vgl. meine Krit. Studien S: 12 zu N. 1.

⁴⁹⁾ In Haimerls Vtjschr. Bd. IV S. 270, 271; vgl. auch Pernice a. a. O. Bd. XVIII S. 96.

⁵⁰⁾ A. a. O. II S. 80—87.

Praetor dem Civilrecht nie ohne Not Concurrentz macht, dass also die praetorische Norm dem Jus civile gegenüber immer eine Neuerung enthält⁵¹⁾. Im vorliegenden Fall bestand dieselbe in der Gewährung eines Cautionsanspruchs, während mutmasslich — was freilich Burckhard verkennt — die *legis actio damni infecti* (unter anderen Voraussetzungen) auf dasselbe Ziel gerichtet war wie die *actio aquae pluviae arcendae*, mithin auf ein *restituere*, genauer: auf Beseitigung oder Ausbesserung des bedrohlichen Bauwerkes.

Hiernach ist das Nebeneinanderstehen des volks- und des amtsrechtlichen Instituts gar nichts Ungewöhnliches; vielmehr kann man zur Vergleichung etwa heranziehen *Hereditas* und *Bonorum possessio, civiles und praetorisches Eigentum* und nebst anderen auch die oben auf S. 248, 249 genannten Klagen. Wie Gaius IV. 31 besonders hervorhebt, gewährte das Edictsrecht überwiegende Vorteile; es war nach dem Ausspruch des Juristen das *ius et commodius et plenius*. Dennoch hätte sich die civile Actio immerhin bis in die Zeiten Justinians behaupten können, — wenn auch in anderer processualischer Form — da sie ohne Zweifel in den Wirkungen, vielleicht auch in den materiellen Voraussetzungen vom Honorarrecht abwich, und daher unter Umständen doch dem letzteren vorgezogen werden mochte.

Weit schwieriger gestaltet sich die Lösung der anderen Frage, weshalb die Aufstellung einer civilen Schriftformel an Stelle der *Legisactio* unterblieben ist. Ubbe-

⁵¹⁾ S. Wlassak Edict S. 13.

lohde⁵²⁾ und Burckhard⁵³⁾ erscheint die Möglichkeit eines „Umsetzens des alten Verfahrens in den Formularprocess“, als etwas Selbstverständliches. Und weshalb geschah es nicht? „Aus dem sehr natürlichen Grund, weil der Praetor, nachdem er ein ganz neues in den Formen des Formularprocesses zu verfolgendes Recht gegeben, sich nicht bewogen fühlen konnte, auch noch für den alten aus dem Civilrecht stammenden und einen viel mangelhafteren Schutz gewährenden Anspruch eine neue *formula* aufzustellen“⁵⁴⁾.

Burckhard, der uns diese Erwägung vorlegt, verfällt hier in den verbreiteten Irrtum, das Proponiren der Civilformeln und die freie praetorische Rechtsatzung wie gleichartige Dinge aus demselben Gesichtspunkte zu betrachten, und unterstellt überdies eine unglaubliche Eifersucht der Praetoren: eine Bevorzugung der eigenen Erzeugnisse vor den volkrechtlichen Kükukseiern. Richtig kann die Frage nur so gefasst werden, ob der Gerichtsherr Veranlassung hatte, das civile Rechtsmittel auf Beseitigung der drohenden Gefahr zu denegiren; dasselbe also in gleicher Weise zu behandeln, wie etwa die Zwölfafelklage wegen *furtum manifestum* nach der Einführung des honorarischen *iudicium quadrupli*. Ich meines Theils möchte das entschieden bestreiten und füge noch hinzu, dass es zur Erreichung des von Burckhard angenommenen Zieles nicht

⁵²⁾ A. a. O. Bd. IV S. 271 N. 28.

⁵³⁾ A. a. O. II. S. 82, 83.

⁵⁴⁾ Wenn in N. 68 auf S. 82 noch beigefügt ist: „Etwa wie bei der Klage der Publicanen eine der *legis actio* nachgebildete *actio ficticia*“, so geht daraus hervor, dass auch Burckhard die beiden oben S. 261, 262 getrennten Fragen nicht unterscheidet.

genügt hätte, die Bildung einer Schriftformel zu verweigern. Vielmehr mussten die Praetoren, wenn es wirklich ihre Absicht war, der *civilen Actio* das Lebenslicht auszublases, offenbar auch die Mitwirkung zum *lege agere* verweigern. Davon aber wissen wir Nichts, und nach den Zeugnissen des Gaius, Julian und Paulus⁵⁵⁾ erscheint auch diese Vermutung kaum annehmbar.

Bestechend, wenigstens auf den ersten Blick, ist der Vorschlag von Rudolph Sohm⁵⁶⁾. Die Schriftformel — meint dieser Gelehrte — ist das erweiterte Richterernennungs-decret. Nun verlief die *legis actio damni infecti* ohne Judexbestellung. Mithin konnte auch anstatt der *actio* keine schriftliche „*formula*“ gegeben werden“. Allein unbewiesen ist vor Allem die vorausgesetzte *Legisactio* ohne die Möglichkeit einer Geschwornenernennung. Sohm selbst — wenn ich recht verstehe — zieht seinen Vorschlag wieder zurück, indem er unser *civiles* Rechtsmittel auffasst als eine Art *pignoris capio*, welche letztere seiner eigenen Darstellung zufolge im Falle gegnerischen Protestes zu einem Prozesse führt mit „Bestellung eines *Judicium*“ (S. 142). Weitere Argumente zur Widerlegung von Sohm sind schon früher angeführt: die öfter vorkommende Nebeneinanderstellung der *actio damni infecti* und *a. aquae pluviae arcendae*, endlich das *iudicium damni infecti* bei Paulus.

Den Erklärungsversuch, der mir vorschwebt, würde man aus der Darlegung auf S. 249—259 ohne Mühe ableiten können. Nach meinem Ermessen ist die in Frage

⁵⁵⁾ S. oben S. 240—243.

⁵⁶⁾ Institutionen § 36 S. 149 N. 7 (2. A.).

stehende *Legisactio* in unsere dritte Gruppe civiler Rechtsmittel einzureihen. Sie gehört also zu der Klasse von Spruchformeln, deren Umwandlung in geschriebene *uerba concepta* nicht zum Ziel geführt hätte, weil die letzteren nicht geeignet waren im vollen Umfang die Function der ersteren zu übernehmen.

Mit dieser Behauptung könnte unsere Ausführung abschliessen, wenn Bethmann-Hollwegs⁵⁷⁾ Hypothese haltbar wäre, derzufolge das alte Verfahren wegen *damnum infectum* sich darstellte als *legis actio per pignoris captionem*. Das Schicksal dieses *modus agendi* im Julischen Recht ist oben erörtert; damit wäre also die vorliegende Frage ebenfalls erledigt. Indess muss, wie ich glaube, nach den Angriffen von Bekker⁵⁸⁾ und Burckhard⁵⁹⁾ die Vermutung Hollwegs für widerlegt gelten. Daraus erwächst für uns die Notwendigkeit, zu zeigen, wie denn jene *legis actio d. i.* beschaffen war, und ferner den Umstand nachzuweisen, der hier wie bei der *pignoris capio* die Abfassung einer dem Parteispruch (der Wirkung nach) ebenbürtigen Schriftformel verhinderte.

Zuerst also: wie sah die *legis actio damni infecti*

⁵⁷⁾ Civilprocess Bd. I S. 204 N. 13, dazu Wach bei Keller in N. 267^a. Neuestens ist nach Karlowa noch Sohm a. a. O. S. 142, S. 149 N. 7 der Ansicht Bethmann-Hollwegs beigetreten.

⁵⁸⁾ Actionen Bd. I S. 45, 46; vgl. auch Voigt Jus naturale Bd. III S. 793 N. 1282.

⁵⁹⁾ A. a. O. II S. 76—80; dazu Pernice in der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 96 N. 2. Ausdrücklich sei bemerkt, dass der Satz der Vat. 49 der oben angenommenen Auffassung der *actio damni infecti* nicht entgegensteht. Ich brauche blos zu erinnern an die *legis actio a. pl. arcendae*, deren Existenz nicht zu bezweifeln ist; vgl. Burckhard a. a. O. III S. 479.

aus? In der modernen Litteratur, selbst in der neuesten⁶⁰⁾, hält man sich noch immer streng gebunden an die Aufzählung der Processarten bei Gai. IV. 12. Daher droht mir ohne Zweifel folgender Einwand: Wenn der gesuchte *modus* nicht die feierliche Pfändung war, so muss es einer von den vier anderen *modi* gewesen sein; diese aber erscheinen sicherlich noch weit unpassender als die abgelehnte *pignoris capio*. Dieser einleuchtenden Bemerkung gegenüber, die in ihrem letzten Teil unbestreitbar ist, muss auf eine Aeußerung Bekkers verwiesen werden, die freilich vom Urheber selbst stellenweise⁶¹⁾ nicht beachtet, auch nicht kräftig genug betont ist.

„Es wäre möglich“ — sagt B.⁶²⁾ — „dass die Gaianschen *quinque modi lege agendi* nur die Hauptarten gewesen seien, neben denen noch andere in Uebung standen.“ Haben wir es in der Institutionenstelle mit einer „Schulzählung“ zu thun, so dürfte die Ungenauigkeit derselben nicht auffallen, weil dieser Mangel in gleichem oder höherem Masse fast in allen Systematisirungsversuchen der römischen Juristen wiederkehrt. Gaius l. c. konnte am wenigsten Anstand nehmen, das hergebrachte Schema vorzutragen, da er die abgeschafften Processformen nur episodisch und möglichst kurz darstellen wollte. Mithin bliebe bloß zu erwägen, ob die *quinque modi* wirklich ein Erzeugniß der Theorie sind. Doch ist auch diese Herkunft gar nicht zweifelhaft und leicht dargethan durch eine Hinweisung auf Gai. IV. 13, 19, 21—24, 26—28. Aus diesen

⁶⁰⁾ Karlowa *Legisactiones* S. 216, Burckhard a. a. O. II S. 80, Sohm *Institutionen* § 35.

⁶¹⁾ *Actiones* Bd. I S. 54, 62, 63.

⁶²⁾ A. a. O. Bd. I S. 63 N. 4.

Stellen geht deutlich hervor, dass sehr viele Einzelgesetze, von denen wohl die meisten zunächst privatrechtlichen Inhalts waren, Verschiedenes bestimmt haben über die Geltendmachung der Legalansprüche in gewissen Formen. Keinenfalls waren es also fünf in der Zeit auf einander folgende Processgesetze, von denen jedes je einen *modus* eingeführt hätte⁶³). Lässt man aber diese unmögliche Vorstellung fallen, die ja natürlich Niemand vertritt, dann erscheint sofort Bekkers Behauptung fast unabweislich.

Die Mannigfaltigkeit ist die Signatur des altrömischen Processes⁶⁴). Es war üblich, neu geschaffenen Ansprüchen auch eine passende Form der Verfolgung im oder ausser dem Gerichte mit auf den Weg zu geben. Sollten sich dabei wirklich die zahlreichen Rogatoren aus mehreren Jahrhunderten Beschränkungen auferlegt haben, um der Jurisprudenz der Zukunft die Systematisirung zu erleichtern? Ist doch dem Anschein nach der Grundsatz: *sacramenti actio generalis* hauptsächlich darum aufgestellt, um einige Ordnung zu bringen in das übermässig buntscheckige Processrecht, und hatten doch auch die, einem bestimmten *modus* unterstellten Klagen keineswegs ein durchaus einförmiges Verfahren zur Folge. So haben also die Römer der Republik bei der ihnen eigentümlichen legislativen Fruchtbarkeit und bei der Neigung, das Alte beizubehalten trotz dem Neuen, in ihrer juristischen Schatzkammer sicherlich nicht wenige Actionen aufbewahrt, die der Einordnung in das fünfteilige Schema unbesieghchen Widerstand leisteten.

⁶³) Auch der Begriff des *modus agendi* selbst ist sicher aus dem umfassenderen der *legis actio* erst von der Jurisprudenz ausgeschieden.

⁶⁴) S. oben § 2 S. 31.

Man sieht, nach dem Gesagten stehen die *quinque modi* des Gaius nicht im Wege, die civile *actio damni infecti* mit den Quellen zwar als *legis actio* aufzufassen, das Verfahren aber so zu gestalten, dass es keinem von den fünf Grundtypen entspricht. Für die Gewinnung eines bestimmteren Bildes von dem alten Rechtsmittel ist diese Erkenntniss nicht gerade förderlich. Der Raum, in dem sich unsere Hypothesen bewegen können, ist dadurch gefährlich erweitert. Indess soll hier von dieser Freiheit nur Gebrauch gemacht werden in Betreff eines einzigen Punktes.

Die alte *legis actio damni infecti* zerfiel nach meinem Ermessen in zwei Teile, in eine aussergerichtliche und eine Procedur *in iure*. Die erstere bestand in einer feierlichen Ankündigung des Bedrohten gegenüber dem Eigentümer des Bauwerkes⁶⁵⁾ und hatte den Zweck, den Letzteren zur Abwendung der Gefahr erst zu verpflichten. Waren die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben, so trat der gewünschte Erfolg ein: der solenne Privatact verschaffte dem Bedrohten eine *in iure* verwendbare erfolgreiche Actio, die natürlich Bezug nehmen musste auf die *extra ius* vorhergeschickte Handlung, und die auch noch den Namen *actio damni infecti* führen konnte⁶⁶⁾,

⁶⁵⁾ Die Wissenschaft — sagt Th. Mommsen mit Recht — verbannt die Einfälle aus ihrem Reich. Nach dieser Verwahrung darf ich vielleicht einen „Einfall“ hieher setzen. Das praetorische Verfahren wegen des *damnum infectum* (Ulp. l. 4 § 5 D. h. t. 39. 2) kennt eine *domum denuntiatio* (zweifelhafter Natur — s. darüber neuestens Kipp Litisdenuntiation S. 51—59, 164—169, Baron Der Denuntiationsprocess S. 99—103). Sollte diese vielleicht ein aus der *legis actio* herausgenommenes Stück sein? Ich unterlasse es, den Gedanken weiter auszuspinnen.

⁶⁶⁾ Wer *legis actio* = Spruchformel der Einzelklage und = *modus*

wenngleich sich das zweite Verfahren vermutlich abspielte im Rahmen eines der gewöhnlichen *modi*. Dieser Process vor dem Praetor hatte, wenn der Gegner widersprach, wie jede andere gerichtliche Actio die Anordnung eines Judiciums zur Folge.

Das Hauptgewicht lege ich auf den solennen rechtsbegründenden Privatact, den ich trotz dem gänzlichen Mangel an Belegen und trotz Gaius' Bemerkung (IV. 29): *cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem* für ziemlich sicher halte. Nur ein einziger, doch sehr kräftiger Beweisgrund ist dafür geltend zu machen: die Gestaltung des praetorischen Parallelinstituts. Das Honorarrecht verlangt ein *agere* des Bedrohten. Wer sich nicht rechtzeitig rührt, kann den Ersatz des eingetretenen Schadens nicht begehren. Diese Norm — so scheint es — hätte der Praetor schwerlich aufgestellt, wenn schon nach altem Jus civile der Bedrohte ohne Weiteres, blos auf Grund des bedrohlichen Zustands eines nachbarlichen Gebäudes eine Klage gehabt hätte. Die Annahme eines Rückschritts in dem jüngeren praetorischen Recht scheint mir ausgeschlossen.

Die oben angeführte Aeusserung des Gaius kann gegen

agendi gehörig unterscheidet, wird keinen Widerspruch finden zwischen dem oben Gesagten und der Ausführung auf S. 252, 253 über die *l. a. per pignoris captionem*. Nach Gai. IV. 29 ist die letztere ein ganz und gar aussergerichtlicher *modus*. Und auch abgesehen davon konnte doch das Gerichtsverfahren, in dem die durch Pfändung erworbene Forderung geltend gemacht wurde, nicht bezeichnet werden als *l. a. per pign. captionem*. Dagegen hiess *actio damni infecti* wahrscheinlich zunächst das Spruchverfahren *extra ius*, — wenn man will: der *modus agendi*, den Gai. IV. 12 verschweigt, — aber auch die *in iure* — etwa im Prozesse: *per iudicis postulationem* — gesprochene Klageformel.

unsere Hypothese nicht ausgespielt werden, weil sie übernommen ist von den *quibusdam*, während Gaius, der unter den fünf *modi* die Pfändung nennt, den *plerisque* zustimmt, und weil wir nicht wissen, ob die *quidam* nicht auch der vorbereitenden aussergerichtlichen *actio damni infecti* den Legisactionencharakter absprachen.

Einige Gewähr erhält die hier vorgetragene Theorie durch das Geschick des civilen Rechtsmittels in der Nachjulischen Zeit. Die Erklärung der Fortdauer desselben macht nun gar keine Schwierigkeiten. Wir brauchen uns bloß zu erinnern an das früher über die *pignoris capio* Gesagte. Wie diese, so konnte natürlich auch der dem Bedrohten vom Gesetze auferlegte Selbsthülfeact, aus dem die Obligation erst hervorging, nicht ersetzt werden durch eine nach der Aebutischen oder Julischen Norm zu bildende Civilformel. Eine Schriftklage auf civilrechtlicher Grundlage war nur möglich statt der gerichtlichen *legis actio damni infecti*, eine honorarische Klagformel nur mit Hilfe einer Fiction des *extra ius* vorzunehmenden *Legalactes*.

Anweisungen der ersteren Art mochten die Praetoren in der Kaiserzeit auf besonderes Verlangen der Parteien entwerfen; doch ist freilich auch die Beibehaltung der Spruchform für das Verfahren *in iure* wohl denkbar und neben einer bloß beweisenden Urkunde sogar wahrscheinlich. Dagegen haben gewiss die Praetoren keine amtsrechtliche Klagformel gegeben mit Fiction der *legis actio*, aus dem einleuchtenden Grunde⁶⁷⁾, weil kein Bedürfniss

⁶⁷⁾ Hier wären die auf S. 264 mitgetheilten Aeusserungen Burekhardts am richtigen Platze.

vorlag, noch ein drittes Rechtsmittel wegen des *damnum infectum* zu schaffen, wodurch ja ein Concurrenzinstitut im eigenen Gebiete des Jus honorarium entstanden wäre, und weil man endlich nicht verzichten mochte auf das Erforderniss der Selbstthätigkeit des Bedrohten.

In das Hadrianische Album ist anscheinend nur mehr das praetorische Cautions- und Missionsrecht übergegangen. Spruchformulare waren bekanntlich in demselben gar nicht verzeichnet, die hypothetische Schriftformel aber der civilen *actio damni infecti* kam schon damals in der Praxis so selten vor, dass sie auf der Gerichtstafel Julians schwerlich durch ein Musterschema vertreten war, wenn ein solches überhaupt jemals existirt haben sollte.

Im vorigen und in diesem Capitel sind nach dem Plane der vorliegenden Schrift die Hauptgrundsätze des Aebutischen und des Julischen Processrechtes dargestellt, so weit sich dieselben ableiten liessen aus den bisher schon zu diesem Zwecke verwendeten Quellen. Gleichzeitig aber ist der Nachweis versucht worden, dass unter dem *iudicium legitimum* der Republik nichts Anderes zu verstehen sei, als das Gericht und der Process nach den Vorschriften des Aebutischen Gesetzes, unter dem *iudicium legitimum* der Kaiserzeit nichts Anderes als das Gericht und der Process nach den Normen der stadtrömischen Gerichtsordnung des Augustus. Nur beiläufig sind auch erwähnt die auf der *altera Julia* beruhenden *Judicia* der Municipien und der Bürgercolonien, welche nach dem ursprünglichen und eigentlichen Sinne des Wortes ebenfalls als *legitima* zu bezeichnen sind.

In dem soeben Gesagten möge man die Antwort erblicken auf die weiter oben (S. 56) aufgeworfenen Fragen. Nur Folgendes ist noch beizufügen. Die *iudicia legitima* der Kaiserzeit sind sachlich nicht verschieden von den gleichbenannten der republicanischen Periode. Verschieden aber ist trotzdem das Processrecht vor und nach der Lex Julia, weil das *agere in iudiciis legitimis* vor dieser Gerichtsordnung facultativ, nach derselben obligat war. Daher erscheint es nicht ganz genau, wenn der Anonymus bei Gellius (S. 59) das Verschwinden der Legisactionen zurückführt auf die Lex Aebutia und sofort die Bemerkung anknüpft: ihm seien nur die *leges* bekannt, *quibus utimur*⁶⁸). Sollte das entscheidende Capitel der älteren Gerichtsordnung nach Augustus noch Geltung gehabt, oder aber unser Jurist von der *antiquitas* doch Mehr gewusst haben, als er selbst zugestehen will? Mir erscheint es ungerechtfertigt, eine „Rettung“ des Unbekannten zu versuchen. Ich halte vielmehr dessen Unwissenheit für echt, nicht für vorgespiegelt aus übertriebener Bescheidenheit. Diese Erwägung aber führt zu folgender Vermutung.

Die allein massgebende Gerichtsordnung zur Zeit des Gellius ist die umfassende Julische. Formell steht seit diesem Gesetze von der Lex Aebutia wahrscheinlich gar Nichts mehr in Geltung. Allein die ältere Gerichtsordnung war die Bahnbrecherin, und die neuere nimmt Manches, jedenfalls aber die Hauptsache: die Aebutische Schriftformel herüber in das Recht der Kaiserzeit. Darnach liegt

⁶⁸) Ueber die Ungenauigkeit des Berichtes in anderer Beziehung s. oben S. 59—61.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

der Gedanke sehr nahe, dass der Gewährsmann des Gellius seine Kenntniss der Aebutia nur geschöpft hat aus dem Texte der Julia. Es hätte also die letztere die wichtigste Bestimmung der beseitigten Lex grossenteils wörtlich aufgenommen und dabei ihre Quelle ausdrücklich genannt. Solche Entlehnungen und Verweisungen sind bekanntlich in römischen Gesetzen keine Seltenheit. Beispielsweise sei nur erinnert an das Citat der Lex Calpurnia und Junia im Repetundengesetz (v. 23, 74), an das Citat der L. Julia agraria⁶⁹⁾ im Stadtrecht von Urso (c. 97), an die fast wörtliche Uebereinstimmung des c. 104 des eben genannten Coloniegesetzes und des k. 4 (54) der sog. L. Mamilia⁷⁰⁾, endlich an Cicero pro Rab. Post. c. 4 § 9, wo von einem Capitel des Julischen Repetundengesetzes gesagt ist: . . . *hoc totidem uerbis translatum caput est, quot fuit non modo in Cornelia sed etiam ante in lege Serulia.*

Der obigen Behauptung fehlt es nach allem dem keineswegs an Wahrscheinlichkeit. Weiter aber dürfen wir uns wohl nicht wagen; insbesondere ist besser darauf zu verzichten, den Text des oft genannten Capitels der beiden Leges auch nur so herzustellen, wie er etwa hätte lauten können. Es bleibt also ungewiss, in welcher Weise die Entbehrlichkeit, und in der jüngeren Gerichtsordnung die Aufhebung der Legisactionen angeordnet, ob dabei der *modus* unterschieden war von der Spruchformel der Einzelklage, und wie sich die Gesetze aussprachen über die Vertretung der letzteren durch die schriftlichen *uerba concepta*.

⁶⁹⁾ Doch vgl. über dieses Gesetz Bruns (nach Mommsen) in d. Ztschr. f. R. G. Bd. XII S. 100.

⁷⁰⁾ Welche wahrscheinlich identisch ist mit der in der vor. Note erwähnten *Julia*; s. Mommsen bei Bruns Fontes p. 94.

Immerhin scheint nach dem Berichte des Gaius⁷¹⁾, der sich allerdings nur über die Wirkungen der Reform äussert, die wiederholt angedeutete Vermutung als die annehmbarste, dass beide Gesetze schlechtweg der „*legis actiones*“ gedachten, ohne ins Detail einzugehen⁷²⁾.

Hiernach war es vermutlich den Juristen überlassen, die Tragweite der Legalnorm festzustellen, vor Allem die Grenzen zu finden, innerhalb deren die solenne Rede und Handlung sich ersetzen liess durch die Schriftformel. Wo dies nicht anging, die *Legisactio* aber unentbehrlich schien wegen der daran geknüpften privat- oder processrechtlichen Wirkung, da musste der Legalact dem geltenden Rechte erhalten werden, wenn auch — so weit dies möglich war — in minder feierlicher Gestalt. Geführt wurden wir zu dieser Wahrnehmung hauptsächlich durch eine Betrachtung der *manus iniectio* (S. 94—97) und der *pignoris capio*. Doch standen diese beiden *modi* schwerlich allein; manche andere *legis actio* ähnlicher Art, nur von geringerer Bedeutung, mag es gegeben haben, deren Geschichte in unseren Quellen nicht mehr nachweisbar ist.

Den ersten Teil meiner Aufgabe betrachte ich damit als erledigt. Eine Darstellung des Aebutisch-Julischen Processrechtes in den Einzelheiten ist hier nicht beabsichtigt; weitere Beiträge aber zur Charakteristik des Ganzen sind kaum mehr zu erwarten, wenn man sich beschränkt auf das in unserer Processlitteratur gewöhnlich verarbeitete Quellenmaterial. Dagegen dürften wir hoffen, noch etwas deutlichere Vorstellungen zu gewinnen von den zwei wich-

⁷¹⁾ Inst. IV. 30, 31 und IV. 29.

⁷²⁾ Dazu aber oben N. 35.

tigsten Civilgerichtsordnungen der Römer, wenn sich als sicheres Ergebniss der Ausführungen in Cap. I—III wenigstens eine These hinstellen liesse, die eben so wohl den Zielpunkt der vorliegenden ersten, wie den Ausgangspunkt der zweiten Abteilung dieser Schrift bezeichnet. Jener Satz aber, auf dessen Nachweis das Hauptgewicht gelegt ist, könnte in folgende Worte gefasst werden:

Nicht zwei verschiedene Fragen liegen uns vor, wenn wir das neue Processrecht der Lex Aebutia-Julia, und wenn wir das Wesen der *iudicia legitima* zu erforschen suchen. Nicht die Sache, nur der Ausdruck ist ein anderer; denn beide Fragen betreffen genau denselben Gegenstand. Mithin sind alle Nachrichten der Quellen, welche sich beziehen auf die „gesetzlichen Gerichte“ und das „gesetzliche Verfahren“ geeignet, zur genaueren Bestimmung des Aebutisch-Julischen Processrechtes zu dienen. Dies auszuführen ist die Aufgabe des zweiten Theiles.

RÖMISCHE PROCESSGESETZE.

ZWEITE ABTEILUNG.

† RÖMISCHE ^c
PROCESSGESETZE.

EIN BEITRAG
ZUR
GESCHICHTE DES FORMULARVERFAHRENS

VON
MORIZ WLASSAK,
PROFESSOR IN BRESLAU.

ZWEITE ABTEILUNG.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1891.

V o r w o r t.

Die zweite Abteilung der „Processgesetze“ erscheint mit besonderer Seitenzählung als selbständiger Band. Statt sofort mit der Erläuterung des Gaianischen Berichtes über die Voraussetzungen des *Judicium legitimum* zu beginnen, sucht die vorliegende Arbeit zunächst (im 4. Cap.) den Processbegriff der Römer einiger Massen zu bestimmen, sein Verhältniss zur Formel ins Klare zu setzen und die Bedeutungen genauer nachzuweisen, die schon in den Paragraphen 2 und 8 für eines der wichtigsten Worte der klassischen Rechtslitteratur in Anspruch genommen wurden. Den nächsten Anlass zu diesen Ausführungen, welche mir vor drei Jahren noch überflüssig erschienen, boten die schweren Missverständnisse, die ich in den meisten processrechtlichen Erörterungen der jüngsten Zeit zu finden vermeine. Ich zog es vor, eine das Ebenmass des Werkes störende Einschaltung vorzunehmen, als still zu schweigen und so vielleicht auf schwanker Grundlage fort zu bauen. Damit war aber die Notwendigkeit gegeben, den Zusammenhang zwischen Abt. I und II etwas zu lockern. Andererseits hielt ich mich jetzt für befugt, im zweiten Bande

Manches zu verbessern, was im ersten gesagt ist, namentlich überall den Einklang herzustellen mit den in meiner „Litiscontestation“ (S. A. aus der Breslauer Festschrift für Windscheid — 1889) vorgetragenen Ansichten.

Die Capitel 5 und 6 bringen die am Schluss der ersten Abteilung in Aussicht gestellten Untersuchungen. Hier war ein Übergreifen in die allgemeine Rechtslehre, die Darlegung der Geschichte des römischen Volksgesetzes überhaupt, die Besprechung von Fragen, wie „Personalität“ und „Territorialität“ der Rechte nicht zu vermeiden. Ich fürchte auch eher das Urteil, zu wenig als zu viel gebracht zu haben. Einige Ausführungen mussten unterdrückt werden, um das Buch etwas zu entlasten.

Über die Ziele, denen ich zustrebte, nicht ohne Mühe und vielleicht ohne Erfolg, desgleichen über die Aufgaben, welche demnächst zu behandeln wären, ist eine Äusserung an diesem Ort entbehrlich; es genügt eine Hinweisung auf den letzten Paragraphen. Nur als Gegner der zur Zeit herrschenden radikalen Pandektenkritik, so weit sie auf sprachliche Erwägungen gestützt wird, darf ich mich hier bekennen und in dieser Beziehung auf das 4. Capitel aufmerksam machen. Ich glaube an Beispielen gezeigt zu haben (s. S. 386, 387), wie ungenügend gegenwärtig noch unsere Kenntniss der klassischen wie der byzantinischen Juristensprache ist. Ohne umfassende Vorarbeiten auf diesem Gebiet kann von gesicherten und verwertbaren Ergebnissen bei der Aufsuchung von Interpolationen kaum die Rede sein.

Der Satz der ersten Bogen war schon in Angriff genommen, als mir durch die Güte des Verfassers ein Aufsatz zuzuging über die Stoffanordnung im Vorjulianischen Album. Es ist mir eine angenehme Pflicht, die kleine, doch

inhaltsreiche Arbeit von C. Ferrini (Rendiconti del R. Istituto Lombardo Ser. II, Bd. 24, H. 8) hier anzuführen. Für überzeugend halte ich die Beweisführung des sehr verdienten Gelehrten nicht. Mein Bedenken ist aus N. 12 auf S. 7 zu ersehen.

Seit dem Abschluss des Druckes (bis S. 366) sind mir mehrere Schriften zugekommen, die ich gerne früher berücksichtigt hätte: Hölders Pandekten (2. Lief.), der 25. Bd. der Ztschr. für Rechtsgeschichte R.A., das 2. u. 3. Heft des Civilist. Archivs Bd. 77, das 3. Heft der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 33, das 1. Heft von Sybels Ztschr. Bd. 67 und Engelmans Civilprocess Bd. II Heft 2. Nicht auf alle kann ich eingehen; einige Bemerkungen aber scheinen mir unerlässlich.

Ernst Th. Schulze und Jul. Jung bezeichnen, wie kurz vorher W. Kalb und P. F. Girard, den Verfasser der Veroneser Institutionen als „Provinzialjuristen“, d. h. wohl als Rechtslehrer, der nicht blos aus der Provinz stammt, sondern dort auch geschrieben hat. Je öfter diese für die Würdigung einer der allerbesten Quellen verhängnissvolle Behauptung wiederholt wird, desto schwieriger ist sie dereinst zu beseitigen. Fürs erste kann ich nur die Bitte aussprechen, das Bd. II S. 224—226 Gesagte in Erwägung zu ziehen. Der Inhalt der Institutionen schliesst m. E. die Annahme, dass dieses Buch anderswo als in Rom oder doch für den stadtrömischen Gebrauch geschrieben ist, geradezu aus.

Eisele erklärt in seiner jüngsten Arbeit (Archiv 77 S. 414—416) an den Anschauungen über die Processconsumtion, die er in seinen „Abhandlungen“ (I, II — 1889) entwickelt hatte, festhalten zu können. Wer aber Eiseles Lehre für verfehlt erachtet, der wird in seiner Überzeugung

durch die neuesten Bemerkungen im „Archiv“ sicher nur bestärkt werden. Die Aufstellung einer *Litiscontestatio*, welche die Forderungen und Schulden der nicht litigirenden *Correi* vernichtet, während sie unter den *Processpartei*en der *Consumtionswirkung* entbehrt, geht doch über das *Mass* dessen hinaus, was selbst ein bereitwilliger Leser annehmen kann. Sehr erfreulich ist mir (Bd. II S. 37, 38) dagegen die Übereinstimmung mit Eisele (S. 461) hinsichtlich der *Papinianischen* l. 52 § 3 D. de *fideiuss.* (46, 1). Die Worte *si unus iudicio eligatur* sollen echt (die folgenden interpolirt) sein, und sie sollen die Streitbefestigung anzeigen. Wie aber kommt E. zu dieser zweifellos richtigen Deutung? Ihm (Abh. S. 102; dazu meine P.G. Bd. II S. 27—31) ist doch das *Gaianische* (also *Nachjulische*) *iudicium legitimum* und gewiss auch das *correlate iudicium imp. cont.* nur „das Verfahren vor den Geschworenen“. Mithin muss Eisele die Streitbefestigung in das *Schwurgerichtsverfahren* versetzen! Mein Gegner wird diese Zumutung um so weniger abwehren können, als er im *Archiv* 77 S. 414 ausdrücklich von der „*ipso iure*-*Consumtion* (im *iudicium legitimum*)“ spricht.

In ausführlicherer Weise muss ich *Landsberg* entgegen treten, der in der *Krit. Vierteljahrsschrift* (Bd. 33) seine „schweren Zweifel und Bedenken“ wider meine Auffassung der *klassischen Litiscontestatio* hervorheben will. Zwar ist sein Widerspruch nicht ohne Einschränkung; Manches lässt er gelten; jedenfalls aber ist an seiner Absicht, meine Lehre aus dem Weg zu räumen, nicht im mindesten zu zweifeln. Worauf also gründet er seine „Bedenken“? Zuerst auf eine Unterstellung, die durchaus unerlaubt ist, und zum Zweiten auf eine Erschleichung.

Die L. C. soll (S. 338) nach meiner Auffassung möglicher Weise ein aussergerichtlicher Vorgang sein. Natürlich hat L. diese Thorheit in meiner Schrift nicht gefunden. Die Gerichtlichkeit ist überall vorausgesetzt und wiederholt auch ausgedrückt. Man vergleiche etwa L. C. S. 52 Abs. 2, S. 59 Abs. 2 in f., ferner S. 84: „das eigentliche Ziel des Verfahrens in Jure (ist) die *Litiscontestatio*“, und S. 61 N. 1: „Die L. C. ist nicht der einzige Vertrag, den die Parteien in Jure abschliessen können“. Sodann die Erschleichung (S. 338, 339 u. 340). Der Rezensent schreibt: wenn die L. C. in Jure vollzogen wurde, „so ist schon der äussere Hergang, nach welchem der Praetor noch einen Formalact zwischen den Parteien vor sich beobachten muss, nachdem er seinerseits die Sache durch Formel erledigt hat, recht auffällig“. Woher weiss denn L., dass der Praetor die Sache „durch Formel erledigen“ konnte? Aus den Quellen auf keinen Fall. Denn die Pandektenjuristen verlangen in zahllosen Stellen nach dem praetorischen *iudicium dare* den Parteienact, der allein L. C. heisst. Der Rez. nimmt also Kellers Theorie für erwiesen an und fragt dann, ob nicht meine L. C. neben der Kellerschen überflüssig sei? Nach meiner Empfindung eine Art Kritik, die doch gar zu plump geraten ist! Ferner ist nicht zu begreifen, wie man Etwas im Schriftformelprocess für „auffällig“ erachten kann, was in der *Legisactio* (nach meiner von Landsberg S. 335, 336 gebilligten Ansicht) in derselben Weise vorkam. Zuerst die praetorische Zulassung (*dare*), dann die (vorher) vereinbarte solenne Rede und Gegenrede der Parteien. Ebenso im neueren Verfahren zuerst das praetorische *iudicium dare*, dann der Parteienact: das Geben und Nehmen der Urkunde.

Woher L. das Recht nimmt, diese Handlung, die in der That in einer „Sekunde“ erledigt ist, eine „willkürlich in die Länge ziehbare“ zu nennen, das bleibt unklar; wenn er sie bald nachher (S. 340) als „klägliches Auskunftsmittel“ bezeichnet, so beweist das nur, dass der Rez. den Formensinn der Alten, die einfachen und reinen Linien des klassischen Rechtes nicht zu würdigen weiss. Die Processobligation ist eben ein Verhältniss zwischen dem Actor und dem Reus, nicht zwischen den Litiganten und dem Magistrat, der blos sein Vollwort giebt. Darum fordern die Römer zur Begründung der Streitobligation einen Formalact zwischen den Parteien, ähnlich, wie sie trotz feststehendem Vertragsinhalt zur Begründung der Verkehrsobligation noch förmliche Frage und Antwort verlangen.

Nun aber zur Hauptsache! *Judicium accipere* ist nach meiner Ansicht die feierliche Annahme der vom Kläger edirten Formel, demgemäss die deutlich wahrnehmbare, in Jure erfolgende Einlassung des Beklagten, und weiterhin der ganze zweiseitige Act der Processbegründung, m. a. W. das Contrahiren der Processobligation; dagegen nach Landsberg einmal (S. 342): „Die ganze Situation des Beklagten in Jure“, das anderemal (S. 341): das „in die Lage kommen, sich vor dem *iudex* einlassen zu müssen, dadurch, dass der Praetor dem Kläger *iudicium dat*, das Verfahren *in iure* zum Abschlusse und so die ganze Sache zur *lit. cont.* bringt“. Mithin ist es den unwissenden Quellen zum Trotz wieder einmal der Praetor, der die *Lis* contestirt, u. z. nach S. 337, 338 dadurch, dass er die Verhandlung für geschlossen erklärt oder „*e iure* aufbricht“ oder „dem *praeco* den Befehl giebt, die folgende Sache aufzurufen“. Dass solcher Widerstand der klaren Über-

lieferung gegenüber unzulässig ist (vgl. neuerdings besonders Lotmar Krit. Vtljschr. Bd. 26 S. 677, 678); dass die Einlassung (Übernahme der Processobligation) in das Verfahren vor dem Praetor gehört, nicht in den zweiten Abschnitt („vor dem *iudex*“); dass das praetorische *cogere* zum *iudicium accipere* einen bestimmten, einzelnen Parteienact zum Ziele hat, unmöglich die „ganze Situation“ des Beklagten, weil das Edict und die Juristen (Stellen in meiner L. C. S. 24, 30 N. 1, ferner Dig. 2, 9, 1, pr. — 21, 1, 25, 8, Paul. V. 9, 2 u. s. w.) einen durch das *iudicium accipere* genau fixirten Zeitpunkt voraussetzen; dass Gaius (IV. 57, 163) ausdrücklich das *formulam accipere* als Bestandteil der Streitbefestigung bezeugt und Plinius (Ep. V. 11, L. C. S. 37, 47) auch das *cogere ad exh. formulam accipere*; dass *iudicium edere* und *iud. dictare* unwidersprechlich von der Litiscontestatio gebraucht ist (L. C. S. 46—50); dass Wendungen wie *iudicio contrahere*, *litem contrahere* und andere Aussprüche über den Processvertrag (L. C. S. 59—69) Erklärung erheischen, dies Alles ficht den Rezensenten nicht im geringsten an.

Statt anderwärts Gesagtes zu wiederholen, will ich lieber auf zwei weitere Bedenken Landsbergs eingehen und zu diesem Zweck mit ein paar Strichen den mutmasslichen Verlauf des Verfahrens in Jure (ohne die Richterbestellung; s. Bd. II S. 197 N. 18) in einfachen Sachen andeuten. Der Praetor, denk ich, schloss die Vorverhandlung ab, sobald er durch die Reden der Parteien genügend unterrichtet war. Nun äussert er sich über den Wortlaut der Formel, wenn er nicht Denegation für richtig hält. Entweder bewilligt der Praetor die Formel so, wie sie der Kläger vorschlug (vorläufig edirte), oder mit den vom Gegner begehrten Ein-

schaftungen oder sonstigen Änderungen. Jetzt ist die Zeit vorbei für die von Landsberg (S. 338, 340) so sehr betonten „Chicanen des Beklagten“. Jetzt muss dieser erklären, ob es ihm beliebt, den Process mit der genehmigten Formel aufzunehmen. Nur dreierlei ist möglich: ein Ja, ein Nein oder Stillschweigen. Wo kein Ja erfolgt, ist der sog. „Beklagte“ *indefensus* (nicht *pro confesso*, wie Landsberg, die Regel verkennend, zweimal, S. 338, 341, sagt; s. Wach bei Keller N. 751); einstweilen ist der Process vereitelt, der Widerspenstige hat *missio in bona* zu gewärtigen. Wenn der Rez. (S. 338) diese Strafe, die auf das *iudicium non accipere* (in meinem Sinne) gesetzt war, unglaublich hart findet, so vergisst er das ganz analoge Verfahren mit (praetorischen) Stipulationen, von dem aus überhaupt helles Licht fällt auf den Vertrag des ordentlichen Processes (L. C. S. 61, 62, 67). Wer sich in Jure weigerte, die Kleinigkeit zu leisten: das Wörtchen *spondeo* zu sprechen, den konnte die gleiche Strafe treffen, wie einen Beklagten, der die Streiturkunde zurückwies; daher denn beispielsweise die L. Rubria das *sponsione* und das *iudicio se defendere* zusammenstellt, ähnlich wie Gai. IV. 170. Wenn endlich Landsberg fragt (S. 339), wie Parteien zu behandeln wären, denen der Praetor die Formel eingehändigt hatte, die dann eiligst aufbrachen, ohne *Lis contestirt* zu haben, die später die Formel fälschen und zuletzt vor dem Judex erscheinen, so glaube ich folgender Massen antworten zu können. Ein Process ist in solchem Fall nicht begründet, ein Richter zwar „gegeben“ (wie die Formel), doch nicht „bestellt“ (P. G. Bd. II S. 197 N. 18); daher konnte kein staatsrichterliches Urteil ergehen. Auch dafür war gesorgt, dass der Judex nicht einer Täuschung zum Opfer falle. Natürlich

sandte ihm der Praetor das schriftliche Decret, welches die Judication anordnete (*iudicare iubet*), erst nach vollzogener Streitbefestigung, und diesem Decret war vermutlich ein Exemplar der Formel beigelegt (L. C. S. 55, P. G. Bd. II S. 56 N. 10). Ob aber die *Lis* förmlich contestirt war, das hatte der Magistrat zu beurteilen, der in einer Zeit, wo die alten Formen zu verwesen begannen (Stipulation!), äussere Fehler leichter verzeihen mochte als früher. Vielleicht ist das der Ausgangspunkt gewesen für die Umbildung der L. C. in der nachklassischen Epoche.

Schliessen möchte ich die zu unliebsamer Länge gediehene Vorrede mit einem Wort des Dankes. Wie in der Gaiusfrage, so setzt sich meine Abhandlung auch in Sachen der Gerichtsbarkeit häufig in Widerspruch mit den Lehren von Th. Mommsen. Um so mehr fühle ich das Bedürfniss, ausdrücklich zu betonen, dass ich keinem modernen Werk grösseren Dank schulde als dem meisterlichen „Röm. Staatsrecht“. Mit philologischen Kenntnissen nur unzureichend ausgerüstet, wäre ich über manche Schwierigkeit kaum hinweggekommen, wenn mir nicht die zahlreichen Arbeiten des unvergleichlichen Forschers immer wieder den, wie ich gerne hoffe, rechten Weg gezeigt hätten.

Da die Ausgabe des vorliegenden Bandes nicht sofort erfolgen wird, darf ich wohl auf den Tag aufmerksam machen, an dem ich das Buch aus der Hand gebe und dieses schreibe.

Breslau, den 26. Juli 1891.

M. W.

Abkürzungen.

C. I. L. = Corpus Inscriptionum latinarum.

Karlowa R. R. G. = K. Römische Rechtsgeschichte.

Mommsen St. R. = M. Röm. Staatsrecht Bd. I—III.

Von diesem Werke (Bd. I, II) ist in der 1. Abt. die zweite, in der vorliegenden Abt. die dritte Auflage benutzt.

R. P. G. und P. G. = Wlassak Röm. Processgesetze.

Wlassak L. C. = W. Die Litiscontestation im Formularprocess (1889).

Ztschr. f. R. G. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte.

Ztschr. f. R. G. R. A. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.

Von Willems Le droit public romain ist in der 1. Abt. die fünfte, in der zweiten die sechste (Louvain 1888) benutzt.

Berichtigungen und Nachträge.

Band I.

- S. 20 N. 1 ist am Schlusse anzufügen: Eisele Abhandlungen z. röm. Civilprocess (1889), Abh. I, II, Schulin Geschichte des römischen Rechts (1889) S. 569, 570.
- S. 21 N. 3 ist zu lesen: 241 st. 251.
- S. 26 N. 10 ist anzufügen: Vgl. Kappeyne Abhandlungen S. 154 N. 4.
- S. 33 Z. 21 ist nach l. 5 einzuschalten: § 12.
- S. 37 Abs. 1, 2 (§ 3), vgl. hiezu Bd. II S. 197 N. 18 und S. 363.
- S. 75 N. 1 ist der Schluss der Anmerkung zu streichen.
- S. 77 N. 4 Z. 8 lies: § 144 st. 44.
- S. 79 Z. 7 ist hinzuzufügen: Cic. de invent. II c. 20 § 60, in Caec. c. 17 § 56, in Verr. III c. 28 § 69.
- S. 81 Z. 12 lies: 73 st. 76.
- S. 81 N. 10, vgl. hiezu Bd. II S. 82 N. 23.
- S. 82 Z. 6—8, vgl. hiezu Bd. II S. 82 N. 23.
- S. 83 Z. 24 fg., vgl. hiezu Bd. II S. 356 N. 14.
- S. 89 Z. 8, vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 68 N. 2.
- S. 91 Z. 5—11 ist zu streichen; vgl. Bd. II S. 284 N. 43.
- S. 96 N. 27 Z. 5 lies: N. 1024^a st. 24^a.
- S. 99, 100, vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 56 N. 1 u. R. P. G. Bd. II S. 231 N. 31.
- S. 119 N. 27 Z. 2 ist einzuschalten: arg. I. Just. 1, 2, 2, Isid. Orig. V c. 9 § 1.
- S. 122, 123, vgl. hiezu meine Litiscontestation S. 68, 69.
- S. 126, 127, 138, vgl. hiezu Bd. II S. 291 N. 19.
- S. 131 und zum § 15 S. 206 fg., vgl. Poirer De centumuiris (1886 — Pariser Diss.).

- S. 134 Z. 4—6: fast wörtlich übereinstimmend M. S. Mayer Litiscontestatio I S. 148 (1830).
 S. 144 Z. 3 lies: (VII. 5, XII. 3) . . . (II. 2, IX. 3).
 S. 166 Z. 5 ist zu lesen: die sich nicht an stadtrömische st. an nicht-römische.
 S. 179 N. 12 Z. 11 fg., vgl. hiezu meine Litiscontestatio S. 73 N. 5 und R.P.G. Bd. II S. 64 N. 11.
 S. 182 N. 16 ist am Schlusse der Z. 2 hinzuzufügen: § 1.
 S. 190 Z. 10 lies: und zwar für 710 st. und für 711.
 S. 196, vgl. hiezu meine Miscelle II in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 383—385 (1888).
 S. 198 N. 48 letzte Zeile lies: ἀπίται.
 S. 201 Z. 9—16, vgl. hiezu Bd. II S. 226 N. 16.
 S. 212, vgl. hiezu meine Misc. III in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 385, 386.
 S. 245 Z. 13 lies: nur st. nun.

Band II.

- S. 14 Z. 12 ist zu lesen: dem Geschworenen st. den G.
 S. 45 N. 47 letzte Zeile lies: N. 1 st. N. 3.
 S. 343 Z. 27 lies: letzteren.
-

Inhalt.

Viertes Capitel (S. 1—69).

Process und Processmittel.

- § 17. Die römische Processlitteratur S. 1— 9
Inhalt der Aebutia und Julia: process- nicht actionenrechtlich — Die Formel- und Processlehre in Rom — Actionenbücher — Edictscommentare — Commentare zur L. Julia *iud. priuat.* — Würdigung der röm. Processlehre.
- § 18. Der römische Processbegriff. — Process und Processmittel (*iudicium-actio*) S. 10—26
Röm. Kunstausrücke für den ganzen Process — Process und Processmittel: *iudicium* u. *actio* — Der Process als Einheit — Verwechslung von Process und Formel in der Litteratur: L. Seuffert, Eisele, Jörs, Gradenwitz — Gai. IV. 109 — *legitimum = ex lege* — Ulp. XI. 3.
- § 19. *Iudicium* „der ganze Process“, insbesondere „die Streitbefestigung“ S. 26—51
Iudicium bei Gai. IV. 104—109, III. 180 — *iudicio actum est* = der Process ist begründet — Die Aebutia legalisirt die Streitbefestigung — *iudicium* „der ganze Process“ in allen klassischen Schriften — *iudicium coeptum, inchoatum* — *iudicium pendens* — *iudicium absolutorium* — *iudicium acceptum, contestatum* — *iudicium* „die Streitbefestigung“ — *ante iudicium* — *iudicium fit* — *iudicio contrahere* — *ad iudicium provocare, vocare* — *ad iudicium venire* — Jul. D. 44, 1, 13 — Das Carbonianische Edict — *iudicio intervenire* — *iudicium ordinatum = lis ordinata*.

Wlassak, Röm. Processgesetze II.

*

- § 20. Das geschichtliche Verhältniss der verschiedenen Bedeutungen von *iudicium* S. 51—59
 Zwei Namen für den Privatprocess — *actio* der gesetzliche, *iudicium* der praetorische Process — *iudicium* zuerst = Gericht, dann = Formel, dann = Formelverfahren — *actio* die feierliche Handlung, die Streitbefestigung, das Processmittel.
- § 21. *Iudicium* im nachklassischen Recht S. 59—69
 Die Schriftformel im nachklassischen Process — Constantius' Verbot der Processformel — *iudicium* der nachklassische Process — *iudicium* bei Ulpian ein Verfahren ohne Geschworene — *cognitio iudicis* und *praetoris* — *cognitio extra ordinem* — *iudicium* der Justinianische Process.

Fünftes Capitel (S. 70—85).

Gaius' Bericht IV. 104.

- § 22. Litteratur zu Gai. IV. 104. — Die richtige Auffassung S. 70—85
 Legitimes und praetor. Processrecht — Verhältniss von Gai. IV. 103 zu IV. 104 — Mommsens Ableitung der Merkmale des Jud. leg. aus gesetzlichen Geboten — Pernices Deutung des *unus iudex* — Gai. IV. 104 giebt die Voraussetzungen des legitimen Processes an — *iudicium quod accipitur*: der Processbeginn und das Processverhältniss, das begründet wird — *sub uno iudice* eine Clausel des Processvertrags — *iudicium recuperatorium* die recuperatorische Formel und der Process mit recup. Formel — Die moderne Litteratur verkennt den Zusammenhang des Jud. leg. mit dem Aebutisch-Julischen Recht und hält jeden Formularprocess für aebutisch.

Sechstes Capitel (S. 86—346).

Das *Judicium legitimum*. — II. Das Gebiet des gesetzlichen Processes.

- § 23. I. Das *Judicium legitimum* ein Process zwischen römischen Bürgern S. 86—93
Legitima iudicia . . . inter omnes eius Romanos — Die Legislationen — Die Leges geben grundsätzlich nur Vorschriften für Bürger — Ausnahmen — Formelle und Strafgesetze.

- § 24. Die Lex eine Bürgerordnung. — Beweis aus dem Wesen der Lex S. 93—104
 Die *lex* eine verpflichtende Formel — Vereinbarung der *lex* zwischen dem Beamten und den Comitien — *populus lege tenetur* — Gehorsamsversprechen der Bürgerschaft — Die Plebeische unverbindlich für die Patricier — Die Lex Hortensia — Die Lex beschränkt und ersetzt das Imperium — Die Zwölf Tafeln *leges de imperio consulari* — Unfähigkeit der Unterthanen und der Sklaven, ein *ius ex lege* zu haben — Die röm. Lex bindet nicht die Bundesgenossen.
- § 25. Die Lex eine Bürgerordnung. — Unterthanen und Sklaven. — Die Unterthanen und Sklaven ausserhalb der Legalordnung S. 105—118
 Rom beherrscht die Peregrinen *in ditione* nicht durch *Leges* — Die Provincialordnungen magistratische Decrete — Pompeius' asiatische Acta — Das Strafrecht für Sklaven — *omnibus legibus serui rei sunt* — Die Obligation aus dem Delict des Sklaven.
- § 26. *Civitas legibus continetur.* — Das Imperium der Lex unterworfen, nur zu Gunsten der Bürger S. 118—126
 Zeugnisse für die beschränkte Geltung der Lex — Der unfreie Staat — Die *res publica (civitas)* setzt die Herrschaft der Lex voraus — Das Volksgesetz bindet die Magistrate nur den Bürgern gegenüber — Die Lex im Gegensatz zum Imperium, zum Magistrat — Das „Jus“ honorarium Beamtenwillkür.
- § 27. Römische und peregrinische *Judicia legitima.* — Das hellenisch-italische System der persönlichen Gemeindefrechte aus Gesetzen. — Die provincialen Prozesse zwischen Ungenossen unter dem Imperium der Statthalter S. 126—141
 Der Process unter Bürgern gesetzlich, zwischen Ungenossen amtsrechtlich — *Judicia legitima* in Sicilien und Cilicien — Die Personalität der griechischen und italischen Rechte — Bürger- und Fremdenrecht können inhaltlich zusammenfallen — Der hellenische und der röm. Gesetzesbegriff — Bürger- und Fremdenprocesse in Sicilien — Die Fremdengerichtsbarkeit Sache der röm. Statthalter (*iud. imperio continentia*) — Eingriffe der Statthalter in das Legalrecht der Unterthanen.
- § 28. Die Lex und das römische *Jus gentium.* — Zeugnisse über das Geltungsgebiet einzelner *Leges* . . S. 141—165
 **

Weitere Aussprüche über die Tragweite der Lex — Die röm. Exilordnung — Die Lex im Gegensatz zum röm. Jus gentium: *ius legum - ius gentium* — Die Zwölftafeln — Gai. IV. 37 — Die Civitaetsfiction in legitimen Actionen — Die Provocationsgesetze — Vormundschaftsgesetze — Leges *fenestros* — Liv. 35 c. 9 — Sumptuargesetze — Macrob. Sat. III. 17, 6 — Die Lex Furia *de sponsu* — *innumerabiles leges de civili iure latae* — Die Lex Falcidia — Die Lex Julia *de marit. ordinibus* u. L. Papia Poppaea — Die Manumissionsgesetze der Kaiserzeit — Die Lex Julia *de uicesima* — Die Lex Junia Vellaea.

- § 29. Die Tragweite des legitimen Strafrechts . . S. 165—173
Die Überlieferung unzuverlässig — Wen binden die röm. Strafgesetze? Welche Güter schützen sie? — Die Lex Fabia *de plag.* — L. Cornelia *de sicariis* und L. Numae — L. Julia *de adulteriis* — L. Julia *de vi publica*.
- § 30. Senatsgesetze der Kaiserzeit für Bürger . . S. 173—182
Gesetzgebung des Senats — Senatusconsulte aus der Zeit der Julisch-Claudischen Dynastie — S. C. Macedonianum — Senatusconsulte unter Hadrian — Das S. C. Orfitianum unter Marcus — Senatsgesetze privat- und strafrechtlichen Inhalts — Das S. C. v. 770 wider die Sterndeuter.
- § 31. Die Gesetze für das stadtrömische Bürgergericht. —
Legisactio und Judicium legitimum S. 183—192
Die Leges nicht Reichs- sondern Bürgerordnungen — Die Lex Aebutia u. Julia regeln nur den Bürgerstreit — Die älteren Volksgesetze über den Privatprocess — Den Fremden fehlt die Fähigkeit zur Legisactio — Cic. pro Caec. c. 33 — Die Sacramentsklage *ex lege Calpurnia et Iunia* — Die Legisactio der ältere, das Judicium legitimum der jüngere Legalprocess — Nachfolgerverhältniss.
- § 32. II. Der bürgerliche Richter im Judicium legitimum. —
Die Decurien der „gesetzlich Judicirenden“ . . S. 192—218
Der Geschwornendienst ein *officium civile* — Die *decuriae legitima Romae iudicantium* — Auffassung Mommsens u. Ubbe-
lohdes — Die gesetzliche Auswahl und das gesetzliche Richten — Sind Stadt- und Fremdenpraetor an die kaiserliche Geschwornenliste gebunden? — Gell. XIV. 2, 1 — Der Kreis der „gesetzlich Judicirenden“ — Das Jud. legitimum setzt einen bürgerlichen Geschwornen, keinen Listenrichter voraus — Der peregrinische Judex unter Bürgern — Fremde zum Geschwornendienst in Rom nicht verpflichtet—

Lex Aebutia und Julia enthalten keinen unbedingten Imperativ, nur Römer als Richter zu geben — Das Capitel der Lex Aebutia und Julia über die Bedingungen der gesetzlichen Processbegründung — Herkunft des Erfordernisses des römischen Judex — Der Fremdenprocess uralt.

§ 33. III. Die Beschränkung der Gaianischen *Judicia legitima* auf Rom. — Der gesetzliche Privatprocess in den römischen Landstädten S. 218—235

Der Text von Gai. IV. 104 — Das *Jud. legitimum* bei Gaius ist durch die Aebutia, nicht erst durch die L. Julia festgestellt — Das Erforderniss der *urbs Roma* uralt — Die Augusteischen *Judicia legitima* ausserhalb Rom — Die Juristen stellen hauptsächlich das gemeine Römerrecht dar, Gaius die Jurisdictionsverhältnisse der Hauptstadt — *Jud. legitimum per eminentiam* ist das alte stadtrömische — Die Kaiserzeit kennt keine Imperiumsprocesse, insbesondere keine Fremdenprocesse vor den italischen Municipalbehörden — *Judicia legitima* nach dem Gesetz der Atestiner Tafel und nach der L. Rubria — Ältere gesetzliche Processe in italischen Bürgerstädten.

§ 34. Die stadtrömische Gerichtsordnung kein Territorialgesetz. — Die Localisirung der Rechtspflege S. 235—265

Rückblick — Die Abschaffung der Praefecti *Capuan Cumas*, vermutlich 737 d. St. — Die Aebutia und Julia Ordnungen für das stadtrömische Bürgergericht, nicht Territorialgesetze — Das Legalrecht ist nicht „Land-“, das röm. *Jus gentium* nicht „Weltrecht“ — Zwei Processe auf stadtrömischem Boden — Die Bannmeile und die röm. Urmark — Die Gerichtsordnungen setzen einen an Rom gebundenen Magistrat voraus und legalisiren die Processbegründung vor diesem Beamten — Wie ist die Localisirung der Rechtspflege zu erklären? — Imperiumsprocesse in Italien — Die *provincia urbana* des Fremdenpraetors — Die Rechtspflege der Statthalter hauptsächlich Jurisdiction zwischen Römern und Fremden und zwischen Peregrinen verschiedener Gemeinden — Die Jurisdiction nach landstädtischen Ordnungen *in oppido, municipio, colonia* — Nicht das ganze Verfahren ist an die Stadt gebunden.

§ 35. Rom und die Bannmeile. — Gerichte mit gesetzlichem Rechtsgang. — Die nach der Lex Aebutia-Julia an Rom gebundenen Processacte S. 265—285

Der Raum für die stadtrömische Jurisdiction — Die ältere

Pomeriumsgrenze — Äusserungen über den Amtssitz des Bürgerpraetors — Verpflichtung, *in urbe* Recht zu sprechen — Weshalb Augustus zwei Gesetze für die Privatgerichte gab — Der landstädtische Process einheitlich geregelt — Die Bürgerprocesse in den Provinzen — In Rom muss das *iudicium iudicium dare* stattfinden und der Abschluss des Processvertrags — Urkunden über die Decurienrichter — Die legitime Urteilsfällung ausserhalb Rom.

§ 36. IV. Der Einzelrichter im *Judicium legitimum*. — **Judex und Arbitr — Arbitri im alten Recht.** S. 285—298

Der Einzelgeschworene als sachliche Voraussetzung des *Judicium legitimum* — Der Arbitr eine Abart des Judex — Processe *sub arbitro* sind legitim — Das Judexgericht das älteste und überall zulässig — Concurrenz anderer Richterarten — Die drei *arbitri* der Zwölfafeln — Die L. Mamilia — Die Arbitri als Einzelrichter.

§ 37. Die Recuperatoren als Richter unter Römern. — **Das *Judicium legitimum* mit praetorischer Formel. — Der Einzelrichter neben Recuperatoren** S. 298—328

Ursprung des Recuperatorengerichts im Internationalverkehr — Recuperatoren im Bürgerprocess — Die *Legisactio* kann in Rom nie die einzige Processform gewesen sein — Das Voraebutische Formularverfahren im Fremdengericht — Möglichkeit eines amtsrechtlichen Bürgerprocesses mit Schriftformeln vor der L. Aebutia — Gai. IV. 11 — Der Aebutische Process mit praetorischen Formeln — Geschichte des Recuperatorengerichts — Unter Bürgern entscheiden die Recuperatoren zunächst Rechtshändel mit praetorischen Formeln — Eigentümlichkeiten des Recuperatorenprocesses — *iudicium recuperatorium dabo* — Die Concurrenz der Recuperatoren u. des Einzelrichters — Cic. pro Tull. c. 17 § 41 — Das Interdictenverfahren und die Freiheitsprocesse — Judex und Recuperatoren neben einander in Legalinschriften — Fälle aus der sicilischen Praxis des Verres — Die amtsrechtlichen und die gesetzlichen Recuperatoren — Weshalb Augustus den Privatprocess mit recuperatorischer Formel nicht legalisirte.

§ 38. **Das gebotene Spruchgericht im stadtrömischen Bürgerprocess** S. 328—346

Das Verfahren mit Judexformel eine *actio generalis* — War der Praetor verpflichtet, ein Spruchgericht zu geben? — Die neuere Litteratur dieser Frage — Justinians Compilation

begünstigt die Annahme des facultativen Spruchgerichts — Cic. de re p. V c. 2 § 3 — Gai. IV. 15, 12, 20, Prob. 4 nr. 8 — Die Denegationsbefugnis des Praetors — Legaltexte mit dem Befehl der Richterernennung — Grenzen der gesetzlichen Gebundenheit des Praetors: nur Bürgern gegenüber, nur bei legitimen Actionen, nur in Rom — Der Imperativ lautet: *iudicem dato* — Die Recuperatoren richten im gemeinen Privatprocess niemals *ex lege* — Formularverfahren und Extraordinarcognition in der späteren Kaiserzeit.

Siebentes Capitel (S. 347—366).

Aufgaben und Ergebnisse.

- § 39. **Schluss. — Die Lex Aebutia und das praetorische Recht. — Die processualische Consumtion . . . S. 347—357**
 Die Lex Aebutia und Julia lediglich Gerichts- und Processordnungen — Die herrschende Auffassung der Aebutia — Vermeintliche Belege: Gell. XVI. 10, 8, Gai. IV. 30, Cic. in Verr. I c. 44 § 114 — Das Imperium keiner Steigerung fähig — Das Honorarrecht weit älter als die Aebutia — Die Veränderlichkeit der Klagformeln seit der Lex Aebutia — Die gesetzliche Novation durch Processbegründung — Verwandlung praetorischer Ansprüche in volkrechtliche Processobligationen — Keine Actionenconsumtion im amtsrechtlichen Process.
- § 40. **Die Ergebnisse S. 357—366**
 Sprachliches — Rechtsquellen — Rechtslitteratur — Gerichtsverfassung — Privatprocess — Staatsrecht — Strafrecht.
 Sachliches Register S. 367—385
 Verzeichniss der Beiträge zur Texteskritik S. 386—387

Viertes Capitel.

Process und Processmittel.

§ 17. Die römische Processlitteratur.

Wer die Vorschriften prüft, die der stadtrömischen *Lex Julia iudiciorum privatorum* angehören¹⁾, wird kein Bedenken tragen, das Gesetz des Augustus eine Civilgerichts- und Processordnung im heutigen Sinn des Wortes zu nennen. Ob die *Lex Aebutia* annähernd so reichen Inhalt hatte wie die *Julia*, muss dahingestellt bleiben; doch giebt die einzige Bestimmung, welche die Quellen ausdrücklich dem älteren Gesetze zuschreiben, diesem ohne Zweifel das Gepräge einer Processordnung. Dagegen waren wohl Normen, die nach unserer Anschauung ins Gebiet des „Privatrechts“ fallen, den genannten *Judiciargesetzen* fremd. Insbesondere sind durch keines von beiden bestehende

¹⁾ S. Bd. I S. 202 N. 1.

Klagrechte²⁾ aufgehoben oder neue eingeführt³⁾. Wenigstens wissen die Quellen davon nicht das Geringste und dürften im besten Fall eine mittelbare Einwirkung der Processreform auf das Privatrecht bezeugen. Aebutia und Julia haben also mit dem „Actionenrecht“ nur insofern Etwas zu schaffen, als sie neue Formen feststellen für die Geltendmachung der Klagrechte und, wie es scheint, auch den Erfolg der Durchsetzung abändern durch das Gebot der Geldcondemnation. Im Übrigen finden wir in beiden Gesetzen — von der Gerichtsverfassung abgesehen — lediglich Vorschriften darüber, in welcher Weise mit der neugeformten Actio zu verfahren sei, zunächst vor dem Praetor und dann vor dem Judex; mithin Vorschriften über

²⁾ Die meisten römischen Actionen stellen wir in unser Privatrechtssystem. Doch giebt es auch solche, denen processualische Normen zu Grunde liegen, ebenso Exceptionen. (So Viel könnte auch O. Bülow zugestehen.) Beispiele bei Gai. IV. 46, 174—179, 122, 124, 133. Die römischen Juristen unterscheiden aber nicht; vgl. A. S. Schultze Privatrecht I S. 337, 338. Lenel Edict S. 16 drückt sich nicht überall glücklich aus. Ueber die Abgrenzung von Process- und Privatrecht s. Wach Handbuch Bd. I S. 117—129 (auch S. 121 N. 14).

³⁾ Vgl. etwa Gai. IV. 30, 31 (Bd. I S. 58), 19, 20 einerseits, Gai. IV. 22, 23, Paul. l. un. D. de coud. ex l. (13, 2) andererseits. Wie die Aebutia und Julia, so waren auch die Lex Silia et Calpurnia reine Processgesetze. Sie führen nur einen neuen *modus agendi* ein für schon früher anerkannte Forderungsrechte auf *dari oportere*. (Dies verkennt Baron Conditionen S. 195—199; s. aber Gai. IV. 20: . . . *cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere*, Bruns Symbolae S. 51, 52). Anders steht es mit den bei Gai. IV. 22, 23 genannten Gesetzen, die (vermutlich alle) zunächst neue Klagrechte gewähren und dann zugleich als Processform die *l. a. per manus iniunctionem* vorschreiben (Bd. I S. 267, 268). Paulus endlich spricht l. c. von einer Lex, die eine *obligatio*, d. h. ein klagbares Forderungsrecht einführt, ohne Etwas zu verordnen über Formel und Process. S. noch Paul. l. 41 pr. D. de O. et A. (44, 7), § 1 J. de obl. (3, 14—Kr. 3, 13).

den *modus agendi* oder, modern ausgedrückt, über den Civil-, besser Privatprocess.

Wenn nun zur Zeit des Augustus, und vielleicht schon erheblich früher, ein umfassendes Volksgesetz zu Stande kam, das nur die formelle Seite des Actionenrechts und das Verfahren regelte, so musste wohl die heute noch übliche und in der Natur der Dinge begründete Unterscheidung des „materiellen“ und „formellen“ Rechts schon den römischen Juristen der Kaiserzeit bekannt sein. Ob es ihnen gelang, eine eigentliche Definition des Processrechts im Gegensatz zum Privatrecht⁴⁾ zu finden, darauf ist wenig Gewicht zu legen. Leicht möglich, dass eine ausdrückliche Feststellung des Begriffes niemals stattfand, der doch vorhanden war, und so auch eine gewisse Rolle in der Litteratur spielen konnte. Haben wir Spuren davon? Ist die Processtheorie als ein besonderer Zweig der klassischen Jurisprudenz anzusehen, und kann sie etwa verglichen werden mit der zu hoher Blüte entwickelten Civilistik der Römer?

Es hat einige Schwierigkeit in dieser Sache eine Entscheidung zu fällen, weil von den processrechtlichen Erörterungen der alten Juristen nur ein kümmerlicher Rest und offenbar sehr viel weniger überliefert ist als von den civilistischen. Den Grund davon kennen wir genau. Wir wissen, dass schon im Altertum das klassische Privatrecht weit mehr Lebenskraft bewährte als das Processsystem, dessen Bestand zum Teil abhing von der Fortdauer der alten Gerichtsverfassung. Was wüssten wir auch heute von dem formellen Actionenrecht der Römer ohne den

⁴⁾ Vgl. Ulp. l. 1 § 2 D. de J. et J. (1, 1).

Fund Niebuhrs in Verona? Nur einem glücklichen Zufall verdanken wir den Einblick in ein Gebiet, auf dem die Prudentes in praktischer und in theoretischer Thätigkeit, im Aufbau und in der wissenschaftlichen Analyse der Klagformeln ganz Erstaunliches zuwege brachten. Freilich haben die Juristen gerade den Actionen vom Anfang an durch viele Jahrhunderte so eindringende Pflege gewidmet wie sonst kaum einem anderen Gegenstand. Wohl die ältesten Bücher juristischen Inhalts, deren man sich in Rom bediente, waren ganz oder zum Teil Sammlungen von Klag- und Geschäftsformularen⁵⁾. Von den Zeiten des Appius Claudius Caecus und S. Aelius Catus an bis ins dritte Kaiserjahrhundert kann eine Reihe von Actionenwerken nachgewiesen werden. Als Verfasser solcher Schriften sind aus der klassischen Periode Aulus Ofilius, Aburnius Valens, Venuleius und Paulus bekannt⁶⁾. So wesentliche Ver-

⁵⁾ Auch diese letzteren heissen bekanntlich in alter Zeit *actiones*; s. Leist Röm. Rechtssysteme S. 4—7, Voigt Jus naturale Bd. III S. 19—23, Jörs Röm. Rechtswissenschaft I S. 21, 22. Die späteren Juristen gebrauchen *actio* in diesem Sinne nur selten, besonders deutlich Cels. bei Ulp. I 3 § 12 D. de don. int. v. et ux. (24, 1).

⁶⁾ Über die Actionenlitteratur der Republik vgl. Jörs a. a. O. I S. 86—89, 103, 104, 244; über Ofilius und Venuleius Sanio Rechtshist. Abhandlungen S. 94—96; über Paulus Huschke Bruchstücke aus Schriften r. Juristen S. 12 N. 2. Dem Valens werden *libri actionum*, die nur einmal, in der Überschrift von Dig. 36, 4, 15 erwähnt sind, abgesprochen von P. Krüger Quellen und Litteratur S. 172 N. 69. Statt *Valens* sei *Venuleius* zu schreiben. Sanios Ansicht, der sich auch Lenel Paling. II p. 1207 N. 3 zuneigt, dass in den „Actionen“ des Ofilius und Venuleius lediglich Geschäftsformulare erörtert waren, nicht auch Klagformeln, ist m. E. unannehmbar. Schon die Schriftsteller der Ciceronischen Zeit denken meist nur an die Mittel der Rechtsverfolgung oder doch hauptsächlich an diese, wenn sie von den *actiones* reden (Belege im I. Bd. S. 74 N. 1, S. 75). Noch weniger konnte Venuleius den Namen *actionum libri* für ein Werk wählen, das

schiedenheiten wir auch annehmen mögen zwischen den ältesten *Actiones*, die Nichts waren als Sammlungen, und den jüngsten wissenschaftlichen Bearbeitungen der Formeln, so wird doch ein gewisser Zusammenhang der unmittelbar auf einander folgenden Schriften kaum je gefehlt haben ⁷⁾. Schlüsse auf den Inhalt dieser Werke sind besser aus dem Namen abzuleiten und aus dem vierten Buche des Gaius als aus den paar kurzen Fragmenten, die in den Pandekten stehen ⁸⁾. Für uns ist nur ein Punkt von Wichtigkeit: ob die *Actiones* als Schriften von eigentlich processrechtlichem Inhalt gelten dürfen? Sicher war darin das formelle Actionenrecht behandelt, vielleicht auch Anderes, was zum Process gehört; daneben aber, und wohl

mit den Klagformeln Nichts zu schaffen hat; denn die Juristen unter Hadrian und Pius verleugnen bei der Bestimmung und Zerlegung des Actionenbegriffs durchaus die weitere Wortbedeutung, und Gaius verwertet zum Systematisiren das *ius quod pertinet ad actiones* in dem uns heute geläufigen Sinn. Überdies hat Venuleius noch eine umfangreiche Schrift *de stipulationibus* verfasst, wo gerade die wichtigsten Geschäftsformulare zu behandeln waren. Es fragt sich also, wie Sanio seine Annahme begründen will? Nur durch Hinweisung auf die Fragmente der Actionenbücher in den Pandekten. Allein er überschätzt deren Beweiskraft; denn was uns vorliegt stellt sich dar als ein kaum nennenswerter Bruchteil des ursprünglich Vorhandenen. Das Meiste ist aus Venuleius erhalten: sechs kleine Stücke. Davon beziehen sich zwei auf Geschäftsformulare. Die übrigen könnten ebenso gut aus Schriften anderer Art (*ad edictum, ad Sabinum*) genommen sein; vgl. auch Krüger a. a. O. S. 181 zur N. 60. — Karlowa R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 768 glaubt noch ein Actionenbuch in der Schrift *de iudiciis* zu erkennen, aus der die Berliner Fragmente (Collectio t. III p. 298, 299) herstammen; andere Meinungen darüber bei Krüger a. a. O. S. 249, 250.

⁷⁾ Entgegengesetzter Ansicht muss wohl Jörs sein a. a. O. I S 89 (dazu S. 244); doch ist es jedenfalls irreführend, zu behaupten: „mit dem Ausgang des 7. Jh. verschwinden die Actionenwerke aus der Litteratur“.

⁸⁾ In Lenels Palingenesia I p. 795, II p. 1201, 1207—1209.

nicht überall als Nebensache, auch das in den Formeln ausgedrückte materielle Recht. Natürlich sind in dieser Hinsicht Abweichungen der einen Arbeit von der anderen keineswegs ausgeschlossen. Wenn Ofilius in mindestens 16 Büchern von den Actionen handelte, Paulus dagegen für ein Werk mit derselben Überschrift nur einen *liber singularis* in Anspruch nahm, so wird man gerne nicht blos an ein verschiedenes Mass der Ausführlichkeit denken, sondern auch an Unterschiede in der Begrenzung der Aufgabe, welche die beiden Juristen sich gestellt hatten. Die genannte Schrift des Paulus, vielleicht identisch mit dessen *liber singularis de conceptione formularum*⁹⁾, mochte ungefähr übereinstimmen mit des Gaius *Commentarius quartus* und sonach vorwiegend die Wortfassung der Actionen erörtern, während Ofilius und Venuleius vermutlich in weit grösserem Umfang auch das materielle Recht heranzogen.

Bessere Kunde als von den Actionenwerken haben wir von den *libri ad edictum*, deren hier ebenfalls gedacht werden muss. Das in diesen Büchern commentirte Album Hadrians enthielt Privat- und Processrecht¹⁰⁾, ist aber weit davon entfernt, darnach aus dem ganzen Stoffe zwei grosse Gruppen zu bilden. Selbst die den Römern von Alters bekannte und wohl auch von den Praetoren der Republik festgehaltene¹¹⁾ Sonderung der Norm (*lex-edictum*) und der Formel (*actio-iudicium*, *stipulatio*) ist auf der von Julian bearbeiteten Gerichtstafel teilweise preisgegeben, da

⁹⁾ S. Huschke Bruchstücke S. 12 N. 2, Wlassak Edict S. 59 N. 5, Karlowa R. R. G. Bd. I S. 747.

¹⁰⁾ Vgl. Brinz Krit. Vtljschr. Bd. XI S. 481—488, 495, dazu aber Wlassak Edict § 12, Lenel Edict S. 9—12.

¹¹⁾ Näheres in meiner Edictstudie S. 25—27; vgl. auch Ferrini Storia delle fonti p. 24, 25, Jörs a. a. O. I S. 106, 107.

fast alle Klageformeln in den normativen Abschnitt gestellt sind¹²⁾. Nur ungefähr richtig ist es, wenn man sagt: das materielle Actionenrecht (mit den vom Kläger zu edirenden Formeln) stehe zwischen der Lehre von der Einleitung des Verfahrens und der Zwangsvollstreckung. Genau so weit geht denn auch die Scheidung von Privat- und Processrecht in den *libri ad edictum*; denn diese folgen ohne erhebliche Ausnahmen der im Album überlieferten Ordnung.

Weit eher als im Gebiet der Edicts litteratur hätte eine selbständige Theorie des Privatprocesses bei der Bearbeitung des legitimen Rechtes entstehen können. Sehen wir auch ab von der Aebutia, so war doch sicher die capitelreiche Julische Gerichtsordnung dafür die geeignete Grundlage, da sie nur processualischen Stoff enthielt, diesen aber, dem Anschein nach, in ziemlicher Vollständigkeit. Und in der That hat es auch der klassischen Zeit an rein processrechtlichen Schriften nicht gefehlt. A. Gellius, der unter Pius¹³⁾ zum Geschwornendienst bestimmt und von den Praetoren in die Liste der Privatrichter eingetragen wurde,

¹²⁾ Dass erst Julian die *iudicia* von den übrigen Formeln getrennt habe, um die in der Litteratur wohl längst übliche Zusammenstellung verwandter Rechtsmittel civiler und praetorischer Herkunft im normativen Teil zu ermöglichen, diese Annahme halte ich fest. Wahrscheinlich hat der Redactor nur die von der Wissenschaft seit Oflius ausgebildete Ordnung in das Album übertragen. Gebilligt ist meine Hypothese (Ed. u. Klagef. S. 25—32) von Sohm Institutionen S. 35 (1. Aufl.) und Jörs a. a. O. I. S. 173 N. 3 (der aber das auf S. 32 Gesagte nicht beachtet); s. auch Krüger Quellen S. 36 N. 26, Cogliolo Storia del diritto privato v. I p. 178, P. F. Girard Nouvelle Revue historique de droit t. XIII p. 295. Sohms Ausführung in der 4. Aufl. der Instit. S. 48 N. 2 scheint ihr Ziel zu verfehlen, wenn sie dazu dienen soll, die Stellung der Klag- und Stipulationsformeln im Julianischen Album zu erklären.

¹³⁾ Diese Zeitbestimmung hat L. Friedländer Sittengeschichte Roms III S. 470—476 (5. Aufl.) wahrscheinlich gemacht.

erzählt (XIV. 2, 1) von seinen Bemühungen, aus Büchern das *officium iudicis* kennen zu lernen und bemerkt bei dieser Gelegenheit: *in dierum . . . diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus*. Unbefangene Auslegung dieser Worte führt zu der anderwärts¹⁴⁾ genauer begründeten Annahme einer Anzahl von Erläuterungsschriften des Masurius Sabinus und Anderer zur *Lex Julia de iudiciis privatis*. Im zweiten christlichen Jahrhundert ist vermutlich der Inhalt dieser Commentare teilweise übergegangen in die Alles umfassenden *Digesta*, auch wohl in die *Actionenbücher*; später hauptsächlich in die *libri ad edictum*. Hätten noch Ulpian und seine Zeitgenossen nach dem Vorbild des Sabinus Schriften *ad legem Iuliam* oder *de iudiciis privatis* herausgegeben, so wäre uns schwerlich alle Kunde davon verloren¹⁵⁾.

Ob diese späteren Juristen bei der Darstellung des gerichtlichen Verfahrens abgingen von der exegetischen Methode, das wird sich nicht feststellen lassen. Wahrscheinlich ist ein Fortschritt in dieser Richtung nicht; und auch die Behauptung möchte ich wagen, trotz der dürftigen Überlieferung, dass die eigentliche *Processtheorie* — abgesehen von der *Formellehre* — in Rom niemals der *Privatrechtswissenschaft* ebenbürtig war. Wenn die letztere

¹⁴⁾ In der *Ztschr. für Privat- u. öffentl. Recht* Bd. XIX (1892). Der *Commentar des Sabinus zur Julischen Gerichtsordnung* ist, wie ich nachträglich sehe (vgl. Bd. I S. 202 N. 1 u. *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XXII S. 384), den neueren Gelehrten ganz unbekannt.

¹⁵⁾ Man könnte freilich die *Berl. Fragm. de iudiciis* (oben N. 6 a. E.) einer solchen Schrift zuweisen. Doch wie vielen anderen auch?

wahrhaft monumentale Begriffe geschaffen hat, wie das Sachenrecht, die Obligation, die Contracte, welche noch heute zum festen Bestand unserer Civilistik gehören, so ist gewiss in der römischen Processlehre Nichts nachzuweisen, was solchen Leistungen nur entfernt gleichkäme. Die Aufgabe, den processrechtlichen Stoff zurückzuführen auf die grundlegenden Gedanken, den inneren Zusammenhang der Normen darzulegen und ein System aufzubauen, haben die klassischen Juristen, so weit wir blicken können, nicht gelöst. Nur an den Punkten, wo Privat- und Processrecht in innigste Berührung treten¹⁶⁾, wo das Verfahren eingreift in das Dasein des streitig gewordenen Rechtes, da sehen wir schon die alten Prudentes mit Eifer und Erfolg am Werk. Im Übrigen aber dürfte die Processlehre auch in der Kaiserzeit, trotz der Commentare zur Lex Julia, grossenteils im Schlepptau der mannigfaltigen Actionenlitteratur geblieben sein.

Dies ist der Eindruck, der sich nach meinem Ermessen aus den erhaltenen Fragmenten ergibt. Gegen die Gefahr der Widerlegung durch neue Entdeckungen ist das Gesagte natürlich nicht gesichert. Auch wären vielleicht Manche geneigt, schon auf Grund des gegenwärtigen Quellenstandes eine andere Ansicht zu vertreten. Indessen dürfte doch das obige Urteil kaum allzu ungünstig befunden werden, da nach der herkömmlichen Anschauung der Ruhm der alten Juristen nur durch Arbeiten auf privatrechtlichem Gebiete gewonnen ist¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Vgl. übrigens Ihering Geist III¹ § 50 S. 18, 19 (3. A.).

¹⁷⁾ So neuestens auch Krüger Quellen S. 47: „Das Arbeitsfeld der Juristen war fast ausschliesslich das Privatrecht“. Doch sollen wir vielleicht „Privatrecht“ in weiterem Sinne verstehen, da ihm nur

§ 18. Der römische Processbegriff — Process und Processmittel (*iudicium-actio*).

Waren die Bemühungen der Prudentes in Rom weniger dem formellen als dem materiellen Rechte zugewandt, so könnte Jemand Zweifel hegen, ob er den klassischen Juristen die uns geläufige Vorstellung des „Civilprocesses“ als einer Folge von Handlungen, die zur Einheit¹⁾ verbunden sind, überhaupt zuschreiben dürfe. Wie es scheint wird diese Frage von den neueren Schriftstellern nicht besonders erwogen. Doch ist es sicher Mehr als Zufall, dass die heutigen Lehr- und Handbücher, welche blos römisches Recht darstellen²⁾, den Processbegriff nur voraussetzen, nicht erörtern, und dass sie durchaus Stillschweigen bewahren über die Auffassung der Pandektenjuristen. Der Ausdruck *processus*, den wir gewöhnlich gebrauchen, um ein geregeltes Gerichtsverfahren anzuzeigen, ist bekanntlich erst mittelalterlichen Ursprungs. Hatten etwa die Römer dafür kein Wort? Und wenn das Wort fehlte, hat nicht auch der Begriff in ihrem Bewusstsein nur eine geringe Rolle gespielt, oder gar keine, weil er überhaupt nicht vorhanden war?

Nur die erste³⁾ Frage ist meines Wissens eingehender

das „Verfassungsrecht“ gegenübergestellt ist. Vgl. noch Heffter System d. Civilprocessrechts S. 8 zur N. 16.

¹⁾ Vgl. Wach Hdb. d. deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 34—37, Planck Lehrb. d. deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 492, 500.

²⁾ Anders die Processualisten, welche modernes Recht behandeln; so Wetzell System § 1, A. Menger Öst. Civilprocess Bd. I § 3, Wach Handb. Bd. I § 3, 4, Planck Lehrb. Bd. I § 3.

³⁾ Zur zweiten finde ich eine kurze Bemerkung bei Bethmann-Hollweg Civilproc. Bd. I S. 102.

behandelt und in verneinendem Sinne beantwortet von Bethmann-Hollweg, der wohl damit eine von Vielen geteilte Ansicht ausdrücklich feststellt. Den römischen Quellen — so behauptet man — sei „merkwürdiger Weise ein zusammenfassender Name“ für den „ordentlichen Rechtsgang in Civilsachen“ unbekannt⁴⁾; erst von den Neueren sei dafür die Bezeichnung *ordo iudiciorum priuatorum*⁵⁾ gewählt. Dieser Name selbst soll nicht bekämpft werden; er lässt sich rechtfertigen durch Verweisung auf das *ius ordinarium* Ulpian's⁶⁾ und den *ordo et exitus interdicatorum* bei Gaius IV. 161. Dagegen ist es zweifellos unrichtig, wenn man meint, eine Lücke auszufüllen, welche die Terminologie der Quellen aufweise. Statt vom Mangel könnte eher vom Überfluss die Rede sein, da die Römer mehrere Worte

⁴⁾ Ich verbinde das von Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II auf S. 189 und auf S. 654 Gesagte; vgl. dazu Puchta Instit. Bd. I § 150 (S. 426), Keller Civilpr. § 1 (S. 4), Kuntze Cursus § 225 (S. 139).

⁵⁾ Nach Gradenwitz Zwangsvollstreckung und Urteilssicherung S. 1, 2 wären dieser „ordo“ und unser „Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ nicht einmal „ähnliche“, sondern „ganz verschiedene Dinge“.

⁶⁾ In l. 178 § 2 D. de V. S. (50, 16) will Ulpian feststellen, welchen Sinn das Wort *persecutio* hat, wenn es (z. B. in rechtsgeschäftlichen Urkunden) neben *actio* oder *actio petitio* vorkommt. An sich gewiss geeignet, denselben Begriff zu vertreten wie *actio*, zeige es neben diesem Ausdruck die Extraordinarpersecutionen an, diejenigen, *quae non habent iuris ordinarii executionem* („welche nicht verfolgt werden können [vgl. Gai. II. 252 in f., Frontin. de controvers. p. 44 Z. 6, 7 Lachmann, Ulp. Dig. 47, 1, 3, Paul. Dig. 45, 1, 85, pr.] im Ordinarprocess“, d. h. im civilen oder praetorischen Formelprocess). Diesen ganz klaren Ausspruch Ulpian's, der auch massgebend ist für die Auslegung der l. 10 D. eod. (Ulp.), sucht Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 478, 479 vergeblich anders auszudeuten, um meine Auffassung der beiden Fragmente in den Krit. Studien S. 71—76 als „willkürlich“ ablehnen zu können. Andere Stellen mit *ius ordinarium* sind aufgezählt in den Studien S. 81—84.

hatten, welche den ganzen Process bezeichnen von der Begründung an, die durch Vertrag geschieht, bis zum Urtheil. In älterer Zeit diente diesem Zweck, um von der *lis*⁷⁾ zu geschweigen, der Ausdruck *actio*, in neuerer neben diesem der Ausdruck *iudicium*⁸⁾. Der erstere wird hauptsächlich für das Spruchverfahren gebraucht, der letztere für den Formularprocess, mit dem wir uns hier allein zu beschäftigen haben. Den Nachweis dafür, dass *iudicium* in der That nicht bloß in engerer Bedeutung zur Bezeichnung des Verfahrens vor dem Geschworenen⁹⁾ vorkomme, sondern häufig auch das Agiren vor dem Praetor

⁷⁾ Es genügt, an das *litem contestari, litem ordinare* [Belege in meiner Litiscontestation S. 72, 74, 75 (Festschrift für Windscheid)] und an die *lis quae moritur* (bei Gai. IV. 104) zu erinnern; dazu etwa Gai. IV. 83, 84, Ulp. Dig. 5, 1, 10. *Lis* ist jedenfalls älter als *iudicium* in der Bedeutung „Gerichtsverfahren“; vgl. Liv. I c. 32, Varro l. l. V. 36 § 180, VII. 5 § 93. Vermuthlich ist die jüngere Bezeichnung zuerst aufgekomen für den honorarischen Formularprocess (insbesondere im Fremdengericht), der wohl ursprünglich nicht als *lis* erschien, weil er nicht durch Volksgesetz geregelt war. So erklärt sich vielleicht im Auct. ad Herenn. IV c. 23 § 33: *ex lite aut iudicio*; s. auch Cic. de orat. II c. 24 § 99, Suet. IV c. 40. Anders deutet Karlowa Legislationen S. 67 die beiden erstgenannten Stellen, denen er noch Cic. in Verr. III c. 13 § 32 anreihet. Allein in dem Satze: *persequi lite atque iudicio* ist das letzte Wort m. E. (arg. § 33 *ibid.*) auf das im Edict versprochene Recuperatorengericht zu beziehen und nur *lite* mit „Process“ zu übersetzen. Endlich bei Cic. in Verr. III c. 10 § 26 könnte *lis atque iudicium* das „Verfahren vor dem Praetor und vor dem Geschworenen“ anzeigen. — Über *negotium = lis* s. Wlassak Neg. gestio S. 57.

⁸⁾ Über den Grund dieser Änderung des Sprachgebrauchs vgl. meine Litiscontestation S. 19, 20, 85, 86 und unten S. 13, 35, 36, 51, 52, 56—59.

⁹⁾ Vgl. statt Aller A. S. Schultze Privatrecht I § 29 u. Gradenwitz Interpolationen S. 104, 105. Wetzell System § 1 N. 6 (3. A.), Wach Hdb. Bd. I S. 3 N. 1 u. A. kennen zwar das *iudicium* im weiteren Sinne, denken aber wohl nur an den nachklassischen Process; s. auch Bekker in der Ztschr. f. R. G. Bd. IX S. 372.

per concepta verba mitbegreife, glaube ich schon oben im § 2 erbracht zu haben. Die dort¹⁰⁾ gegebene Grundlage war unentbehrlich für das in den früheren Capiteln Gesagte und ist von nicht geringerer Wichtigkeit auch für das Folgende. Es handelt sich also um einen Lehrsatz, auf den das grösste Gewicht gelegt werden muss. Darum dürfte es wohl Entschuldigung finden, wenn eine früher bereits erledigte Frage hier nochmals aufgenommen wird, um vor Allem die obige Aufstellung zu schützen gegen die seit dem Erscheinen des I. Bandes der „Processgesetze“ (1888) in Rezensionen und sonst geäusserten Bedenken. In diesem Zusammenhang soll sofort auch das Verhältniss der Klagformel zum Process kurz erörtert werden, weil offenbar durch die in dieser Sache obwaltende Unklarheit die richtige Erkenntniss der verschiedenen Bedeutungen von *iudicium* am meisten gefährdet ist.

Meine eigene Ansicht glaube ich in wenige Worte fassen zu können, ohne mit Grund ein Missverständniss fürchten zu müssen. Die Klagformel und den Process bezeichnen die Römer in alter wie in klassischer Zeit mit demselben Ausdruck. *Actio* ist ihnen die Spruchformel, aber auch der Process mit Spruchformel; *iudicium* die Schriftformel, aber auch der Process mit Schriftformel. Die eine Bedeutung ist von der anderen so verschieden, dass die Gleichheit des Namens niemals die Sonderung in Gedanken verhindern konnte. Das Verhältniss aber, in dem die beiden Begriffe zu einander stehen, ist folgendes: die Formel kann gedacht werden ohne Process, wie die Waffe

¹⁰⁾ Vgl. dazu noch Wlassak L. C. S. 19, 20 (n. N. 3), 56, 58, 85, 86.

ohne Kampf; dagegen ist kein ordentliches Gerichtsverfahren möglich ohne Formel. Der römische Process setzt sich bekanntlich zusammen aus einer Reihe von Vorgängen, in denen allen die Klagformel eine sehr wichtige Rolle spielt. Noch ehe nach römischer Anschauung die eigentliche Lis beginnt, ist schon die vorbereitende Thätigkeit der Parteien wie des Magistrats gerichtet auf Feststellung der Formel. Sobald dies geschehen, wird nun der Process damit eröffnet, dass die Parteien mit der Formel agiren, m. a. W. die Lis contestiren *per concepta verba*. Endlich bewegt sich auch das Verfahren vor den Geschworenen durchaus auf der durch die Formel vorgezeichneten Grundlage; vor dem Judex wird also verhandelt auf Grund der Formel (*ex formula*). Mithin sind die mündlichen wie die schriftlichen *concepta uerba* zwar nicht der Process selbst, so wenig vom Kampfe die Rede sein kann so lange die Waffen noch ruhen; wohl aber ist die Formel das Instrument¹¹⁾, mit dem in Rom procedirt wurde, die Waffe sowohl des Klägers wie des Beklagten¹²⁾. In der That beherrscht sie vom Anfang

¹¹⁾ *Agere, petere, experiri actione* oder *iudicio*, auch *per actionem*, dann *uti actione* oder *iudicio* liest man in den Pandekten so häufig, dass Citate fast entbehrlich sind. Hier ein paar Stellen, die ich aufs Geratewohl herausgreife: Dig. 2, 13, 1, pr. — 4, 9, 3, 5 — 4, 9, 6, 4 — 6, 1, 36 — 6, 1, 39, 1 — 6, 1, 46 — 6, 2, 3, 1 — 6, 2, 7, 16 — 6, 2, 7, 17 — 10, 3, 4, 1 — 10, 3, 6, pr. — 10, 4, 3, 7 — 17, 1, 12, 7 — 17, 1, 12, 8 — 19, 1, 11, pr. — 44, 7, 32 — 46, 7, 13, 1 — 46, 8, 15; dazu etwa Frontinus Lachm. I p. 44 Z. 8, Gai. II. 278 u. Weiteres in meiner L. C. S. 14 N. 1 a. E. Aus pr. J. de p. iud. (4, 18) ergibt sich, dass Privatprocesse (*iudicia*) *per actiones ordinantur*. An der klassischen Herkunft dieser Worte ist kaum zu zweifeln.

¹²⁾ Vgl. Fragm. Atestinum Z. 5, 6: *iudicio certare*, S. C. de Asclepiade Z. 3 (*iudicio certare* (Bruns Font. p. 160), Ulp. Dig.

bis zum Ende das Verfahren, und so musste sich dieses den Römern, trotz der Teilung in zwei Abschnitte, nicht bloß als eine Folge von Handlungen darstellen, sondern auch als Einheit, die eben hergestellt war durch die der Formel überall zugewiesene massgebende Bedeutung.

Die vorstehende Ausführung wird vielleicht manchem Leser nur Dasjenige vor Augen führen, was er längst ebenso beurteilt. Mich selbst hat seinerzeit die Besorgnis, dem Vorwurf des *actum agere* zu begegnen, verhindert, das hier Gesagte schon in das erste Capitel dieser Schrift aufzunehmen. Es schien genügend, wiederholt¹⁸⁾ und mit allem Nachdruck die Notwendigkeit zu betonen, Formel und Verfahren, Actionen- und Processrecht gehörig auseinanderzuhalten und so die Warnung des Gaius in IV. 109 zu befolgen. Hat doch Keller seinen wertvollen „Abriss“ überschrieben: Der römische Civilprocess und die Actionen, ohne diesen Titel besonders zu erklären; und die meisten Institutionen- und Pandektenbücher wollen das römische „Actionenrecht“ darstellen, während sie die Processlehre ausschliessen und anderen Werken zuweisen. Demnach möchte man glauben, dass die saubere Abgrenzung der beiden Gebiete längst zum Gemeinbesitz unserer Wissenschaft gehöre. Leider trifft diese Annahme nicht zu, da sich noch bei Schriftstellern der allerjüngsten Zeit Äusserungen finden, die nur auf mangelhafter Erfassung der in Rede stehenden Begriffe beruhen können.

25, 3, 5, 18 (*praeiudicio certare*), auch Cic. p. Tull. c. 4 § 8, c. 18 § 42, p. Caec. c. 1 § 1, Fragm. or. A. IX. 2 (C. F. W. Müller), und über *iudicio se defendere* meine Litiscontestatio S. 39, 40.

¹⁸⁾ Bd. I S. 28, 29 (u. N. 3), 30, 31, 42, 43, 53 N. 9, S. 153, 163, 164, 254, 260, 269 N. 66.

So berichtet Lothar Seuffert in einer Anzeige¹⁴⁾ des I. Bandes der „Processgesetze“, es sei darin „im hohen Grade wahrscheinlich gemacht, dass wir unter *iudicia legitima* diejenigen Prozesse zu verstehen haben, welche der Magistrat nach den Vorschriften eines Volksgesetzes instruiert“; und fährt dann fort: „Daraus erklärt sich, warum auf der Gerichtstafel ein *iudicium dabo* nur dem Klagschema honorarischen Ursprungs voranging, während die Formulare zu den Civilklagen ohne Edict proponirt waren; Edicte über eine Actio, die zum *iudicium legitimum* führt, waren nicht bloß überflüssig, sondern unmöglich“. Diese letztere Behauptung hat mir der genannte Rezensent mit Unrecht unterschoben; jedenfalls war es meine Absicht, im ersten Capitel (S. 28—31, 42, 43, dazu S. 75—79) ungefähr das Gegentheil davon auszuführen¹⁵⁾.

Wie es scheint erblickt L. Seuffert in der „Actio“ (= „Formular“) den Keim, aus dem das „Judicium“ sich entwickelt¹⁶⁾, und möchte wohl aus der legitimen Actio legitimen Process hervorgehen lassen, ebenso aus der praetorischen Actio praetorischen Process¹⁷⁾. Allein diese An-

¹⁴⁾ In der Deutschen Litteraturzeitung von 1888 Nr. 25 S. 913. — Dass der Cicerotext, mit dem meine „Einleitung“ bekämpft wird (S. 912), falsch und in keiner neueren Ausgabe enthalten ist, hat L. Seuffert später selbst zugestanden a. a. O. S. 1030.

¹⁵⁾ Auf S. 42 ist sogar ausdrücklich dem *iudicium leg. und imp. cont.* gegenübergestellt als ein „anderes Begriffspaar“ die *actio legitima* und *praetoria*.

¹⁶⁾ Vgl. Dig. 3, 5, 37, 1 (Mo. 36, 1) angeblich aus Paulus Sent.: *tempore litis ex ea actione contestatas*; doch findet sich im Westgothischen Paulus I. 4, 3 nur: *tempore litis*.

¹⁷⁾ Von dieser Anschauung geht auch Zimmern Civilprocess S. 91 aus, in dessen Darstellung (§ 34) die Verwechslung von Process und Klagformel am deutlichsten hervortritt; und jetzt noch (1890) R. Leon-

schauung muss Jeder sofort für widerlegt halten, der die Mühe nicht scheut, Gai. IV. 109 aufmerksam zu lesen. Man erwäge nur folgendes einfache Beispiel. Zwei römische Bürger contestiren vor dem Stadtpraetor in Rom eine Lis mit der praetorischen Actio iniuriarum. Ist etwa das so begründete *iudicium* ein *imperio continens* wegen der honorarischen Herkunft der Formel? Keineswegs! Vielmehr ist das *Judicium legitim*, wenn der Praetor zur Entscheidung der Streitsache einen *Judex*¹⁸⁾ ernannt hat, der Bürger ist, weil in diesem Fall das Verfahren unter der Herrschaft der Lex Julia steht. Sind dagegen *Recuperatoren* zum Spruche berufen, so unterliegt der Process aus diesem und nur aus diesem Grunde praetorischen Rechtsnormen, ist also ein *iudicium, quod imperio continetur*.

Eisele sucht in seinen neuesten „Abhandlungen“¹⁹⁾ zum römischen Civilprocess“ (1889) wieder die alte, oben

hard Die Eideszuschiebung in Familienprocessen S. 161: „Die *Sponsio praeiudicialis* erzeugte zu Rom unter röm. Bürgern ein *Judicium legitimum*, die *Formula praeiudicialis* nur ein *Judicium imperio continens*“. Vgl. übrigens Bd. I S. 28 N. 3, und gegen Leonhard meine I. C. S. 67 Abs. 2.

¹⁸⁾ S. Bd I S. 107 N. 10.

¹⁹⁾ S. 67—109 (Abh. II). Wie der Verf. S. 100 berichtet, sind ihm meine „Processgesetze I“ erst nach Vollendung seines II. Aufsatzes zugekommen. Doch fügte er einen polemischen Nachtrag (S. 100—109) hinzu, um seine Ergebnisse aufrecht zu erhalten. Genau gelesen hat indess Eisele mein Buch gewiss nicht. Beweis dafür nebst Anderem die beiden S. 105 N. 27 an mich gerichteten Fragen. Die Antwort auf die erste ist im I. Bd. wiederholt (S. 165, 191, 193) angedeutet; die zweite Frage ist ganz ausdrücklich gelöst: Bd. I S. 272, dazu S. 34, 35, 37 und jetzt noch das Bd. II S. 24 abgedruckte fr. Ulp. XI. 3. Eine „Abwehr“ gegen Eisele wäre hier nicht am rechten Ort. Auch ist Aussprüchen gegenüber wie dem auf S. 109, wo es ohne Begründung heisst: „etwas Durchschlagendes sei in keiner Weise vorgebracht“ (gegen die Beschränkung der *Aebutia* auf ein bestimmtes

Wlassak, Röm. Processgesetze II.

im 2. Capitel verworfene Ansicht zu verteidigen, dass die Lex Aebutia nur bei einzelnen Actionen den Process verändert habe. Unberührt sei unter Anderem das Verfahren mit den später sogenannten *bonae fidei* *Judicia* geblieben. Für diese Annahme hätten wir Beweisgründe in Ciceros Schriften, wo die erwähnten Klagen als *sine lege iudicia*, als *arbitria* und einmal als *arbitria honoraria* begegnen. „Daraus“ — heisst es weiter (S. 88) — „ist mit Sicherheit zu entnehmen, dass sie in die Lex Aebutia nicht mit einbezogen waren“. Diese Äusserung ist nur zu begreifen, wenn ihr Urheber von der Meinung ausgeht, dass durch das Aebutische Gesetz alle Actionen, für die es Geltung beanspruchte, legitim wurden, mithin seit diesem Gesetze nicht mehr *arbitria honoraria* heissen konnten. Solchem Irrtum wird in der That Derjenige leicht verfallen, dem die Sonderung von Formel und Verfahren unbekannt ist²⁰⁾. Aufklärung aber hätte

Actionengebiet — vgl. aber Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 127 — 5. A. 1889), eine wissenschaftlich fruchtbare Replik gar nicht möglich. Nur zu der Ausführung (S. 106—109) wider meine Auslegung von Cic. in Verr. II c. 12 § 31 (Bd. I S. 115—121) sei die Bemerkung gestattet, dass mein Gegner gerade die Gründe, welche ich für „durchschlagend“ erklärt hatte (S. 120, 121), mit Stillschweigen übergeht. Inzwischen hat sich — ohne Kenntniss meiner Abhandlung — Jörs R. Rechtswissenschaft I S. 168, 169 N. 2 (s. Vorw. p. VII) für die von mir vertretene Auffassung der Ciceronischen Formel ausgesprochen; jüngst (1890) auch P. Krüger Münch. krit. Vierteljahrsschr. Bd. XXXII S. 326.

²⁰⁾ Verworrenheit — wenigstens im Ausdruck — zeigt auch folgender Satz in Eiseles „Abhandlungen“ S. 102, 103: „Die Lex Julia iudiciaria gab Bestimmungen über das Verfahren in (so!) dinglichen Klagen, über *iudicia bonae fidei*, auch über *actiones* (= Klagformeln) in *factum*, jedenfalls insofern, als sie auch bezüglich der über solche Ansprüche eingesetzten *iudicia* (= Gerichte, denn das Ver-

vermutlich schon die Frage gebracht, ob es die Quellen gestatten, der Lex Julia die nämliche Einwirkung auf die Actionen zuzuschreiben, welche angeblich der Aebutia zukam. Eisele (S. 102—104) sieht die beiden Gesetze anscheinend für gleichartig an; nur „umspanne“ das jüngere einen grösseren „Kreis von Judicia“ als das ältere. Durch das Julische sei der „Begriff des *Judicium legitimum* so erweitert, dass er seither kein materielles Moment (persönliche Klage, civiler Anspruch) mehr enthalte“ (S. 103). Darnach dürfte offenbar im „gesetzlichen Prozesse“ der Kaiserzeit keine honorarische Actio mehr vorkommen; denn die Lex Julia hätte schon jede Klage dieser Art legitimirt. Nun ist aber im Gegenteil der legitime Process mit Actio praetoria nach dem klaren Berichte des Gaius IV. 109 und 107 eine unbestreitbare Thatsache. Eisele steht somit vor einem noch aufzulösendem Rätsel, wenn er es nicht vorzieht, seine unhaltbare Grundanschauung preiszugeben.

Der Vorwurf, Actio und Process ungebührlich zu vermischen, trifft auch Paul Jörs, den Verfasser des tüchtigen und musterhaft schön geschriebenen Buches über die Röm. Rechtswissenschaft der Republik I (1888). Nicht zum Vorteil des Werkes sind Excurse eingefügt über die Anfänge der Klagformeln, über die Lex Aebutia und Julia (S. 156—198). Die genannten Gerichtsordnungen bezeichnet Jörs wiederholt als Gesetze, die den „Process“ betrafen; doch ist ihm der Inhalt dieser Leges so wenig klar geworden, dass er die *iudicia legitima* und *imperio continentia* in einer Note (2 auf S. 177) mit den Worten ab-

fahren wird nicht „eingesetzt“) Processverjährung festsetzte“. Die eingeklammerte Übersetzung soll auf das Fehlerhafte aufmerksam machen.

fertigt, diese „Unterscheidung beruhe auf dem hier nicht weiter zu behandelnden Gegensatz von Imperium im engeren Sinne und Jurisdiction“²¹⁾. Dafür werden wir (S. 163 N. 1) belehrt, „dass das Aebutische Gesetz sich nur mit dem landrechtlichen Process befasste, während die weltrechtlichen Actionen ohne Vermittlung dieses Gesetzes im Rechtsverkehr der Bürger unter einander Eingang fanden. Die praetorischen Klagformeln seien also gleich dem materiellen Weltrecht ganz allmählich nach und nach recipirt“ . . . und nochmals S. 179, 180: durch die Lex Aebutia ist „der landrechtliche Process umgestaltet. Allein für dies Gebiet traf das Gesetz Bestimmungen: es ist durchaus ungerechtfertigt dasselbe auf die weltrechtlichen und die speciell-praetorischen Actionen auszudehnen“. Jörs bedenkt nicht, dass im „landrechtlichen“ Process mit praetorischer Actio und umgekehrt im praetorischen Process mit „landrechtlicher“ Actio agirt werden konnte.

Die Möglichkeit dieser Combination und daneben die Doppeldeutigkeit des Ausdrucks *iudicium*, welcher bald auf den Process geht, bald auf die Klagformel (statt *actio*), ist meines Erachtens von Gaius im § 109 des IV. Buches ausdrücklich hervorgehoben. Nach dem Angriff, den jüngst Gradenwitz²²⁾ gegen diese oben (§ 2) kurz begründete Be-

²¹⁾ Diese bereits von Puchta Civ. Schriften S. 526, 527 — freilich in ungenügender Weise — bekämpfte Ansicht ist keineswegs so verbreitet, wie Jörs wohl annimmt. Von den 6 Schriftstellern, auf die er sich l. c. beruft, hat nur ein einziger die Parallelisirung von *iurisdictio-imperium* und *iudicium legit.-imp. cont.* angedeutet: Lenel Edict S. VIII, 20—22, 25, 33 nach dem Vorgang von Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. II S. 329 N. 10, Staatsrecht I S. 187, 189 N. 1 (3. A.); vgl. auch Willems Droit public p. 233 (6. Aufl. — 1888).

²²⁾ In der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 186.

hauptung gerichtet hat, muss dem früher Gesagten noch Einiges beigefügt werden. Die Stelle, von der auf S. 28 (Bd. I) nur ein Stück abgedruckt ist, lautet vollständig so:

Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. nam si uerbi gratia ex lege Aquilia uel Ollinia²³⁾ uel Furia in prouinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus, uel apud unum iudicem interueniente peregrini persona; et ex diuerso si ex ea causa ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes ciues Romanos accipiatur iudicium, legitimum est.

Der erste Satz ist folgendermassen zu übersetzen: „Übrigens kann das *iudicium*, d. h. die Klagformel aus einem Volksgesetz herkommen, und doch das *iudicium*, d. h. der Process nicht legitim sein; und umgekehrt kann das *iudicium* in der ersteren Bedeutung der volksgesetzlichen Grundlage entbehren, trotzdem aber in anderem Sinne legitim sein“.

Diese Auffassung muss sich, wie ich glaube, Jedem aufdrängen, der den § 108, welcher offenbar nur eine Zwischenbemerkung enthält, bei Seite lässt und dann den ganzen Abschnitt (§ 103—109) im Zusammenhang liest. In den § 106, 107 bezeichnet Gaius den Process und das

²³⁾ *Ollinia* steht deutlich in der Handschrift, dürfte aber fehlerhaft sein. Huschke *Jurisprudentia* p. 382 N. 2 (ed. V) will statt dessen *Pubilia* lesen und setzt dabei voraus, dass die später genannte *Furia* das bei Gai. III. 121, 121^a, 122, IV. 22 erwähnte Gesetz sei; vgl. auch Lenel *Edict* S. 171. Allein dies Letztere ist doch nicht sicher; s. Huschke selbst in der *Ztschr. f. gesch. R. W.* Bd. XIII S. 311, 312.

Mittel der Processführung mit zwei verschiedenen Worten: dieses heisst *formula*, jener *iudicium*. Dagegen ist im Anfang des § 109 das Durcheinander von Civil- und Honorarrecht, wie es im gerichtlichen Verfahren vorkommen kann, mit Verwertung der Doppelbedeutung von *iudicium* in einer absichtlich paradoxen, vielleicht in den Schulen hergebrachten Fassung hervorgehoben. So nahe es lag, dieser Erscheinung besonders zu gedenken, so enthält doch der zweigliedrige Lehrsatz des § 109 in der That Nichts, was nicht schon aus § 106 und 107 mit aller Sicherheit abzuleiten wäre. Übrigens erinnert sich auch Gaius sofort seiner Aufgabe, ein „planer“ Schriftsteller zu sein, und erläutert darum die beiden zunächst in sprichwörtlicher Kürze hingestellten Behauptungen, indem er sie einzeln in genauerer Ausdrucksweise wiederholt und durch eingefügte Beispiele gegen jedes Missverständniss zu schützen sucht. Dem *ex lege iudicium* des ersten Satzes entspricht im zweiten das *agere ex lege Aquilia* etc., ebenso dem *legitimum non esse* das *iudicium imperio continens*; und in gleicher Weise dem *iudicium non ex lege* des Eingangssatzes die *actio edicto praetoris data* im zweiten, während das *legitimum esse* dort auch hier im Schlusssatz als *iudicium legitimum* wiederkehrt. Demnach handelt es sich überall unwidersprechlich um den Gegensatz von *actio* = Formel und *iudicium* = Process.

Den Sinn der klaren Darlegung des Gaius den „Interpolationen“ (V) zu Lieb zu verkennen, dazu gehört einiger Mut. Indess ist diese Leistung dem Rezensenten Gradenwitz völlig gelungen. Freilich tritt man ihm vielleicht zu nahe, wenn man annimmt, er habe mit voller Aufmerksamkeit von der Institutionenstelle Mehr gelesen als die im I. Bd. S. 28 ab-

gedruckten Worte. Man sollte ja glauben, der Schlusssatz mit den Beispielen lasse schlechterdings keinen Zweifel bestehen und müsse Jedermann auch über den Sinn des vorher Gesagten die Augen öffnen. Wie dem auch sei, Gradenwitz unternimmt es, meine Auslegung zu ersetzen durch eine wesentlich andere, vor der ich übrigens im § 2 ausdrücklich gewarnt hatte. Seiner Meinung nach beschäftigt sich Gaius nicht mit dem Gegensatz von Process und Klagformel, denn *iudicium* bedeute l. c. „beide Male das einzelne Geschwornengericht“; vielmehr wolle er nur den Unterschied des *ex lege* und des *legitimus esse* betonen, denn diese Ausdrücke seien „durchaus nicht identisch“²⁴).

„*Ex lege*“ — fährt G. fort — „heisst: aus irgend einer Lex, *legitimus* heisst meistens aus der Lex, d. h. der einzigen, die solche Dinge regelt. Z. B. *aetas* = *legis Plaetoriae* = 25 Jahre, *hereditas* = *legis XII tab.*, *tutela* = *XII tab.* Bei der Tutela kann man den Gegensatz zwischen *legitimus* und *ex lege* ganz vollständig analog dem der *Judicia* bei Gai. IV. 109 verfolgen. *Legitimum* ist das *Judicium*, das *ex lege* *Aebutia* ist. *Ex lege* (aber nicht *legitimum*) ist das *Judicium imperio continens*, das *ex lege* (*Aquila* etc.) vom Magistrat gegeben wird. So ist Tutor *legitimus* der Tutor *ex lege XII tab.*, dagegen Tutor *ex lege* (aber nicht *legitimus*) derjenige, der *ex lege Atilia* vom Magistrat gegeben wird (pr. J. 1, 20)“.

Mit erstaunlicher Sicherheit wird hier eine Lehre vorgetragen, die ganz gewiss nicht aus den Quellen gewon-

²⁴) Zu Gai. IV. 109 bemerkt übrigens im Jahre 1888 Fioretti *Legis actio sacramento* p. 78, die Unterscheidung, *che il pretto linguaggio dei giuristi romani fa tra ex lege e legitimus, sei notissima*; s. auch Cogliolo *Eccezione di cosa giudicata* I p. 21.

nen ist. Denn diese sagen gerade in Betreff des Tutor *legitimus* genau das Gegenteil von dem, was Gradenwitz sich erdacht hat.

Ulp. XI. 3:

Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt²⁵: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.

Im selben eigentlichen (= *ex lege aliqua*²⁶), nicht im engeren Sinn (= *ex l. XII tab.*) ist augenscheinlich von *tutores legitimi* auch bei Ulp. XI. 2 die Rede.

Die Deutung, die mein Gegner der Ausführung des Gaius angedeihen lässt, wird einer besonderen kritischen Beleuchtung nicht bedürfen. Es genügt, sich einen Augenblick den Anweisungen von Gradenwitz zu fügen und so eine Übersetzung und Erläuterung der Stelle zu versuchen. Das Ergebniss, zu dem man auf diesem Wege gelangt, ist, wie sich sofort zeigen wird, geradezu unsinnig. Fragen wir also, was die Institutionen a. a. O. lehren, wenn wirklich *iudicium legitimum* „beide Male“ das auf der Lex Aebutia beruhende einzelne Geschwornengericht bedeutet.

Gaius würde sagen: „Übrigens kann das einzelne Geschwornengericht aus irgend einer Lex herkommen und doch nicht legitim sein“ (weil nur das Aebutische diesen Namen verdient); „und es kann umgekehrt nicht auf

²⁵) Vgl. auch Paul. I. 6 D. de pact. (2, 14): *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur . . .* Die von Pernice in d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 198 N. 4 gegen die Echtheit der Stelle erhobenen Bedenken treffen die hier mitgeteilten Worte nicht.

²⁶) S. Ulp. XI. 18—20; dazu Wlassak Krit. Studien S. 32.

irgend einer Lex beruhen und trotzdem legitim sein“ (! — weil es doch die L. Aebutia zur Grundlage hat).

Wie bedenklich es wäre, dem Gaius einen solchen Ausspruch zuzumuten, der zum Teil unerlaubt trivial zum anderen Teil widersinnig ist, und der überdies an schülerhafter Unbeholfenheit im Ausdruck leidet, das werden wohl auch Diejenigen zugestehen, welche den fälschlich sogenannten „Provincialjuristen“ für den geringsten unter den römischen Klassikern ansehen. Und hätte Gaius, was so gut wie undenkbar ist, wirklich im Sinne von Gradenwitz geschrieben, so müsste notwendig die oben in Klammern eingeschlossene Erklärung sofort im folgenden Satze beigefügt sein, da sonst eine ganz rätselhafte Äusserung vorläge, deren richtige Auslegung der Institutionenverfasser von seinen Lesern unmöglich erwarten konnte. Woher sollten diese auch wissen, dass ein *Judicium ex lege aliqua* niemals *legitimum* sei, wohl aber das *Judicium ex lege Aebutia*?

Endlich erscheint in der Ausführung meines Rezensenten ein merkwürdiges *Judicium*²⁷⁾ (= einzelnes Geschworenengericht!), das vom Magistrat nach der Vorschrift einer Lex, z. B. der *Aquilia*, gegeben wird, und trotzdem *imperio continetur*. Die Lebensfähigkeit dieses Zwitterwesens darf man billig bezweifeln. Ein *Judicium imperio continens* ist nämlich nach der im I. Band S. 53 N. 9 aufgestellten Ansicht, der Gradenwitz²⁸⁾ an-

²⁷⁾ Kappeyne-Conrat Abhandlungen II S. 328 dürfte Gai. IV. 109 richtig auffassen, übersetzt aber fälschlich *iudicium* „beide Male“ mit *Process*.

²⁸⁾ A. a. O. Bd. XXII S. 184, 186; ausdrücklich hat sich Cogliolo *Eccezione* I p. 20, 21 als Gegner bekannt.

scheinend zustimmt, nichts Anderes als ein (Verfahren und) Gericht des praetorischen Rechtes. Wie soll aber ein amtsrechtliches Geschwornengericht noch obendrein *ex lege* sein? Was wirklich²⁹⁾ auf einer *Lex* beruht gehört ohne Zweifel zum *Jus civile*, und ein Institut kann seine Geltung nicht zur selben Zeit auf die Autoritaet des Volkes und des Praetors stützen: Volks- und Amtsrecht schliessen sich bekanntlich aus³⁰⁾. Diese und noch andere Schwierigkeiten (wie das unter Bürgern *ex lege Aquilia* gegebene *Recuperatorencolleg*), welche dem Rezensenten aus seiner Trutztheorie erwachsen, sind von ihm nicht oder nicht genügend erwogen. Ich aber fürchte, zur Abwehr eines un gefährlichen Angriffs mehr Worte verbraucht zu haben als nötig war. Indessen mögen Andere immerhin anders denken. Drum schien es vorsichtig, Antwort zu geben.

§ 19. *Iudicium* „der ganze Process“, insbesondere „die Streitbefestigung“.

Neben dem auf S. 13—22 geschilderten Verhältniss von *actio* und *iudicium* ist es besonders der durch den letzteren Ausdruck vertretene Begriff des Processes vom Beginn bis zum Ende, der möglichst gesichert werden muss wider gelehrte Anfechtung. Gradenwitz¹⁾ hat

²⁹⁾ Gai. IV. 37, 109 lässt die Parteien auch da *ex lege* agiren, wo die (fictische) Formel praetorisch und bloß die *Intentio legitima* ist; s. unten § 28.

³⁰⁾ Vgl. Wlassak Kritische Studien S. 39—42.

¹⁾ A. a. O. Bd. XXII S. 189. Wenn sich Gradenwitz einmal so ausdrückt: „*iudicium* könne nicht das sein, was im Process der Formelerteilung vorangeht“, so muss ich erwidern, dass dies auch meine Ansicht nicht sei. Vor der Zulassung der Formel keine *Litiscontestatio*, und erst mit diesem Acte beginnt der Process; vgl. Wlassak L. C. S. 56.

mir auch in dieser Richtung Widerspruch entgegengesetzt und sehr bald bei Eisele²⁾ volle Unterstützung gefunden. Ersterer will zugeben, dass *actio* („eine Benennung vom Verfahren in Jure her“) sich als Bezeichnung auf den ganzen Process erstreckt habe; allein „für *iudicium* sei dies nicht der Fall gewesen“, das Wort werde nur gesetzt für das Verfahren vor dem Geschworenen³⁾. Ebenso erklärt Eisele sehr entschieden: „gerade in der Bestimmung des Begriffs *iudicium legitimum* bei Gai. IV. 104 ist der Ausdruck *iudicium* zweifellos nur in dem engeren technischen Sinn, von dem Verfahren vor den Geschworenen gebraucht“.

Die beste Art, diese Behauptungen zu bekämpfen, ist nicht leicht zu finden, weil sie von Schriftstellern vertreten sind, die gewiss schon mehrere Male Anlass hatten, die Ausführung des Gaius IV. 104—109 genau durchzulesen. Und doch genügt in der That die Hinweisung auf dieses éine Institutionencapitel, um die weitere Bedeutung von *iudicium*, von der im § 2 die Rede war, unumstösslich festzustellen. Wollten aber die Gegner trotzdem verharren in ihrem Widerstande, dann wäre es ihre Aufgabe, unsere

²⁾ Abhandlungen z. r. Civilprocess S. 102, und jüngst auch bei Lotmar in der Münch. Krit. Vtljschr. Bd. XXXII S. 485.

³⁾ Welche Mittel G. anwendet, um die Bd. I S. 29, 30 angeführten Stellen unschädlich zu machen, das möge man in der cit. Rezension (S. 189) selbst nachlesen. Fragen möchte ich nur, wie das „agiren (der Parteien) mit gesetzlichem Gericht“ eigentlich zu denken sei? Der Richter ein Ding, mit dem die Partei verfährt, wie mit der *festuca* oder mit Urkunden! Und der nach Beendigung des Processes „rückschauende“ Gaius, könnte keineswegs „die Obligatio durch *Litiscontestatio* getilgt“ finden, da er (III. 180) zweifellos der Vorstellung huldigt, mit dem Urtheil sei die *litis contestatio sublata*. Vgl. auch meine L.C. S. 19 N. 3.

Theorie des römischen Privatprocesses demnächst auf ganz neuen Grundlagen aufzubauen und vorher Anschauungen aus dem Weg zu räumen, die seit der Auffindung der echten Institutionen kein ernsthafter Forscher mehr anzuzweifeln wagte.

Gaius nämlich sagt IV. 104 von den *legitima iudicia* (*quae . . . sub uno iudice accipiuntur*, — nicht: *accepta sunt* — d. h. welche begründet werden⁴⁾ mit einer Schriftformel⁵⁾, die einen Einzelrichter zur Entscheidung beruft): *eaque <e> lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant.*

Nach Eisele würde die Julische Verjährung, die sich auf *iudicia legitima* bezieht, Prozesse nicht treffen, welche nach der Litiscontestatio und vor dem ersten Schwurgerichtstermin kürzere oder längere Zeit liegen bleiben. *Iudicium* soll ja nur das Verfahren vor dem *Judex* bezeichnen; dieses aber hat in dem angegebenen Fall noch nicht begonnen; mithin ist auch keine Verjährung möglich. Darnach könnte auch der Anfangspunkt der Achtzehnmonatsfrist nicht, wie Keller⁶⁾ und wohl Alle meinen, durch die Streitbefestigung bestimmt sein; er müsste vielmehr zusammenfallen mit dem Beginn der ersten Verhandlung vor dem *Judex*. Zweifelhaft bleibt es, ob Eisele wirklich die Absicht hat, eine so gestaltete Processverjährung anzunehmen. Einstweilen berechnet er noch in seiner „Abhand-

⁴⁾ Vgl. weiter unten § 22.

⁵⁾ So sind die Worte *sub uno iudice* zu übersetzen, nicht etwa: „vor einem Richter“; Näheres unten im § 22.

⁶⁾ Litiscontestatio S. 141, Civilprocess § 45 (S. 226, 227); ebenso Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 380.

lung“ I⁷⁾ die Julische Frist genau so wie Keller. Hiezu ist er nach dem in der „Abhandlung“ II (S. 102) Gesagten nicht mehr befugt.

Weiter lese man Gai. IV. 107 und III. 180!

*Si . . legitimo iudicio*⁸⁾ *in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, . . .*

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum.

Dem letzteren Ausspruch zufolge ist schon *legitimo iudicio actum*, wenn nur die Streitbefestigung stattgefunden hat. Demnach müssen meine Gegner, um ihren Standpunkt zu wahren, zu der vor 1827 ziemlich verbreiteten Lehre zurückkehren, welche die Litiscontestatio dem Verfahren vor dem Geschwornen zuwies.

Sollte aber diese Zumutung zu stark befunden werden, so wäre Gai. IV. 107 zu empfehlen als Grundlage einer noch erbaulicheren These, die da lauten müsste: „Im gesetzlichen Prozesse war die Consumtion der Actio nicht an die Litiscontestatio geknüpft, sondern an das Verfahren vor dem Judex“ (Anfang oder Ende?). Zu dieser Annahme zwingt die angezogene Stelle, da sie aufs Deutlichste besagt, dass man nach Civilrecht keine Actio mehr habe, wenn *de eadem re legitimo iudicio* (im „engeren, technischen

⁷⁾ S. 40, 63. Der Verf. fragt sogar: „von wann ab sollten die anderthalb Jahre gerechnet werden, wenn es eine *constitutio iudicii* nicht mehr gab“? Mit den unterstrichenen Worten zielt er auf die Litiscontestatio; vgl. insbesondere Eisele Die Actio utilis des Cessionars S. 46: . . . „die *litis contestatio* (Formelerteilung oder *constitutio iudicii*)“ . . ., Abhandlungen S. 12.

⁸⁾ Das *legitimum iudicium* hier und in III. 180 ist kein anderes als in IV. 104. Eisele wird das nicht in Abrede stellen.

Sinne“ zu verstehen!) agirt sei. Wahrscheinlich wird sich Eisele auch den letzteren Satz nicht ohne Weiteres aneignen wollen. Fasst er doch in seinen „Abhandlungen“ noch auf S. 25 den Thatbestand, mit dem Gai. IV. 107 die „ipso-iure-Consumption“ verbindet, in folgender Weise auf: „Gaius wolle schwerlich sagen, dass der Process mittels (?) *Judicium legitimum* zu Ende geführt sein müsse, sondern nur, dass ein *agere in personam* durch (?) *Judicium legitimum*, d. h. durch Constituirung eines solchen stattgefunden haben müsse“. Unter „Constituirung des *Judiciums*“ versteht Eisele⁹⁾ — allerdings mit Unrecht¹⁰⁾ — die Streitbefestigung. Er ist also auf S. 25¹¹⁾ als unbefangener Forscher noch ein Anhänger der herrschenden Consumtionslehre¹²⁾, während er auf S. 102 desselben Buches im blinden kritischen Eifer und besorgt um die Ergebnisse seiner Abhandlungen I, II zu einer Behauptung gelangt, die mit den klarsten Quellenzeugnissen ebenso unvereinbar ist wie mit seiner eigenen kurz vorher dargelegten und bald nachher (S. 103—105) wieder aufgenommenen Anschauung.

Schliesslich dürfen meine Gegner noch an Folgendes erinnert werden. Gradenwitz¹³⁾ hält es für richtig, die Legitimität der *Judicia* aus der Regelung zu erklären, die ihnen zuteil ward durch die *Lex Aebutia*. Derselben Auf-

⁹⁾ S. oben S. 29 N. 7

¹⁰⁾ Vgl. Wlassak *Litiscontestatio* S. 12, 13, 29—32, 60, 61, 71, 77.

¹¹⁾ Und sonst vielfach: S. 12—15, 24, 26, 37, 40, 47, 51, 52, 58, 62, 64, 103—105.

¹²⁾ Diese ist nur in einem Punkte bekämpft: im *Judicium imperio continens* der Vorjulischen Zeit soll erst das Urtheil die Consumption bewirkt haben.

¹³⁾ A. a. O. Bd. XXII S. 185—187.

fassung hat sich Eisele im Nachtrag zur zweiten¹⁴⁾ „Abhandlung“ (S. 102—104) wenn nicht angeschlossen, doch sehr angenähert. Mithin dreht sich der Streit nur mehr um die Bedeutung von *iudicium*. Legitim, d. h. ex lege Aebutia ist nach der hier vertretenen Ansicht vor Allem die Streitbefestigung, nach der gegnerischen Meinung nur das Schwurgericht und das Verfahren vor dem Judex. Offenbar stellen die beiden Gelehrten, indem sie Letzteres behaupten, über den Inhalt des älteren Reformgesetzes Vermutungen auf, die man hinnehmen mag, die jedoch völlig unerweislich sind. Dagegen lassen sie seltsamer Weise die einzige Aebutische Norm ausser Acht, die als solche von Gaius und Gellius glaubwürdig überliefert ist. Diese aber hat, wie bekannt, unzweifelhaft das *litigare*¹⁵⁾ der Parteien vor dem Praetor zum Gegenstand. Wenn daher irgend ein Stück des Processes das Praedikat der Legimitaet verdient, und zwar um deswillen verdient, weil es geordnet ist von der Aebutia, so muss das jedenfalls die Litiscon-

14) Übrigens heisst es schon in der ersten Abh. S. 14: „... es ist wohl möglich, dass der Unterschied zwischen *Judicia legitima* und solchen *quae imperio continentur* mit Bestimmungen der *Lex Aebutia* zusammenhing“.

15) So Gai. IV. 30. Meines Wissens hat in neuerer Zeit Niemand Gai. l. c. und Gell. XVI. 10, 8 auf einen anderen Processabschnitt bezogen. Die Erwähnung der *legis actiones*, die durch das Gesetz dem Untergang zugeführt seien, dazu bei Gai. IV. 31 die Worte *apud praetorem* verhindern jede Missdeutung. Doch mag auch hier bemerkt werden, dass das Gaianische *litigare* schon bei Cic. p. Rosc. com. c. 18 § 53 für *litem contestari* steht: *Quid interest inter eum, qui per se litigat, et eum, qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus*; vgl. Eisele selbst in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 196, M. Rümelin Stellvertretung S. 86. Ebenso wie *agere* kommt übrigens *litigare* auch in weiterer Bedeutung vor; vgl. z. B. Julian D. 42, 1, 60, Ulp. D. 2, 12, 1, 2: . . . *post litem contestationem litigare*.

testatio sein, daneben vielleicht noch Anderes, vielleicht nur sie allein.

Nach allem dem bleibt noch ein Bedenken übrig, das man nicht sofort als unberechtigt verwerfen kann. Das Wort *iudicium* weist unverkennbar auf den Spruchrichter hin und soll trotzdem das Verfahren vor dem Magistrat mit umfassen. Dafür scheint eine Erklärung notwendig. Freilich dürfte uns die Unmöglichkeit, eine solche zu finden, nicht abhalten, der feststehenden Ausdrucksweise des Gaius Rechnung zu tragen. Doch öffnet sich vielleicht ein Ausweg, wenn gezeigt wird, dass der genannte Jurist der allein Schuldige sei, während die übrigen Klassiker die angeblich fehlerhafte Verwendung von *iudicium* zu vermeiden wissen. Wie mich dünkt, ist dieser Einwand ziemlich haltlos, weil die in Betracht kommenden Abschnitte der Institutionen (III. 180, 181, IV. 103—109) so aussehen, als ob sie nur längst anerkannte Sätze in hergebrachter Fassung wiedergäben. Indess kann ja zum Überfluss genügender Beweis erbracht werden für die weite Verbreitung eines Sprachgebrauchs, der in der That dem Gaius so wenig eigentümlich ist, wie die darin ausgeprägte Vorstellung des trotz der Teilung einheitlichen Processes.

Von den Zeugnissen, welche hergehören, ist im I. Bd. S. 30 nur Ulpian XI. 24 u. 27 (dazu Gai. I. 184) erwähnt, wo in zwei Fällen das *legitimo iudicio agere* dem *lege agere* gleich gesetzt und damit der Beginn des Judiciums vor den Magistrat verlegt wird. Dass diese Folgerung wirklich zutrifft, das bestätigen sehr deutlich jene Pandektenfragmente, die statt von der *lis contestata*, vom *iudicium inchoatum* oder *coeptum* reden:

Venuleius l. 25 § 4 D. quae in fr. (42, 8), Paulus¹⁶⁾ l. 15 D. rat. rem (46, 8), Ulpian l. 1 § 21 D. de iud. (43, 16).

Bemerkenswert ist auch eine Constitution aus klassischer Zeit (a. 205) von Severus und Antoninus, l. 1 C. de iud. (3, 1):

Iudicio coepto usurarum stipulatio non est perempta. superest, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum¹⁷⁾, conuenire possis.

Was sich aus diesen Stellen ergibt, die Identität des *iudicium inchoatum (coeptum)* und der *lis inchoata* hat Keller¹⁸⁾ vorlängst bemerkt und es nur unterlassen, das im

¹⁶⁾ Paulus fragt, wann die Verpflichtung aus der *Cautio amplius non peti* wirksam werde? Die Antwort lautet: so lange *iudicium coeptum non fuerit* könne von Niemandem gesagt werden: *petit* (sondern nur: *petere uult*), mag auch der Gegner schon ins Jus vocirt und Vadimonium geleistet sein. Was also verlangt der Jurist? Nach Eisele Cognitur S. 30, dass „der Process bis zum Judicium (im engeren Sinn!) gediehen sei“. Demnach würde Paulus nur die Ladung, das Vadimonium und den Beginn der Verhandlung vor dem Judex ins Auge fassen. Dass ein Römer in der Streitbefestigung das *petere* erblicken könnte, das wäre dem Paulus ganz undenkbar erschienen! Und doch ist das verderbliche *plus petere* wohl auch nach Eisele eine Parteihandlung, die ins Jus fällt, nicht ins Judicium e. S. Es sei nur kurz an Gai. IV. 53, 56 erinnert, wo das *plus petere* einmal mit den Worten *intentione plus complecti*, das andere Mal mit *plus intendere* umschrieben wird. Und Paulus selbst sagt Dig. 22, 1, 10: *Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet: quem non debet restituere, si cum mater peteretur, iam natus fuisset*. Dieselbe Bedeutung von *petere* ergeben z. B. Sabinus-Julian D. 12, 1, 22 (dazu Savigny System Bd. VI S. 204–208), Jul. D. 46, 8, 23, Pap. D. 3, 3, 66; nicht entgegen steht Ulp. D. 38, 2, 16, 3. — Durch das hier und in der L.C. S. 40–42 Gesagte ist auch meine Auffassung der verschiedenen Formeln, die bei der Cognitorbestellung üblich waren (Gai. IV. 83), festgestellt.

¹⁷⁾ Vgl. dazu meine Litiscontestatio S. 20–23.

¹⁸⁾ Über Litiscontestatio S. 69; s. auch S. 65 N. 10.

Vorbeigehen Wahrgenommene gebührend auszunutzen. Den weiteren Beweis zu führen, dass die *lis inchoata* nichts Anderes sei als die *lis contestata*, dazu liegt ein Anlass nicht vor, da sich meines Wissens gegen diese Feststellung kein Widerspruch erhoben hat. Man braucht übrigens nur Papinians Äusserung in den Vat. Fragmenten § 263 anzusehen, um über diesen Punkt ins Klare zu kommen.

Wenn dem Gesagten nach das *iudicium* nicht erst vor dem Judex beginnt, so ist offenbar in den vor dem Urteil liegenden Zeitraum, welchen die Juristen zuweilen durch die Worte *manente* oder *pendente iudicio* anzeigen, auch die Pause zwischen der Litiscontestatio und dem ersten Schwurgerichtstermin einzurechnen. Entscheidungen wie die des Javolen in l. 14 pr. D. de interr. (11, 1), des Celsus in l. 71 § 3 D. de sol. (46, 3), des Julian in l. 60 pr. D. de cond. ind. (12, 6), des African in l. 61 (Mo. 62) § 9 D. de furt. (47, 2), des Papinian in l. 18 § 1 D. de ui (43, 16), des Paulus l. 45 § 1 D. mand. (17, 1), wo die erwähnte Ausdrucksweise begegnet, dürfen sicher nicht beschränkt werden auf die Zeit nach der Eröffnung des Geschwornenverfahrens. So wäre es beispielsweise unerlaubte Willkür, den Ausspruch des Celsus l. c.:

. . *si ignorans solutum litem contestatus est, si pendente iudicio ratum habuit, absolui oportet illum, cum quo actum est, . .*

nur gelten zu lassen, wenn der Geschäftsherr die Genehmigung nach der Formeledition vor dem Judex¹⁹⁾ erteilt

¹⁹⁾ Vgl. Wlassak Litiscontestatio S. 53—55. Das beiderseitige Formelediren, genau entsprechend der mündlichen *causas coniectio* (Gai. IV. 15 in f.; vgl. auch Gell. V. 10, 9) des alten Processes bildete

hat, nicht wenn das vorher, in der gedachten Pause geschehen war.

Sehr nahe liegt es, sofort auch den bekannten Grundsatz des Sabinus und Cassius heranzuziehen (Gai. IV. 114): *omnia iudicia absolutoria esse*. Soll etwa diese Regel nicht berechnet sein auf den gewiss häufigen Fall, dass die Processobligation getilgt wurde, ehe die Parteien vor dem Geschwornen erschienen? M. E. wäre solche Annahme durchaus unwahrscheinlich. Andererseits ist freilich das *iudicium* des Sprichworts nicht eigentlich ein „Process“, sondern Das, was aus dem Acte des *iudicium accipere* hervorgeht²⁰⁾: das Processrechtsverhältniss. Allein auch dieses konnte doch nur *iudicium* heissen, wenn der es erzeugende Thatbestand schon ein Stück des *iudicium*s, d. h. des Processes war.

Der hier versuchten Erklärung wird man vielleicht entgegneten mit der Frage, weshalb denn für die Processbegründung regelmässig *litis contestatio* gebraucht wird, wenn *lis* und *iudicium* wirklich genau Dasselbe²¹⁾

die „Regel“. Natürlich war es nicht unerlässlich, da sonst der Beklagte durch Weigerung oder Ausbleiben den Urteilspruch hätte verhindern können.

²⁰⁾ Zweideutigkeit dieser Art ist bekanntlich nichts Seltenes. Ich erinnere nur an *obligatio* (Windscheid Pand. Bd. II § 251 N. 3) und *possessio* (Bekker Recht des Besitzes S. 150). Auch *litis contestatio* wird sowohl für die Parteienhandlung wie für die daraus entspringende Obligation verwendet; vgl. Gai. III. 181: *sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri*. *Iudicium* = Processverhältniss findet sich z. B. bei Jul. Dig. 5, 1, 74, 2, Marcellus-Ulp. D. 5, 1, 11, Pap. 25, 2, 30, Ulp. 24, 3, 19 u. 24, 3, 24, 7, auch bei Gai. IV. 104, 105, 109.

²¹⁾ Vgl. auch Ulp. l. 15 § 1 D. de proc. (3, 3), wo der Cognitor (Dig. 3, 3, 8, 3: *procurator*; s. aber Keller Litiscontestatio S. 325, 326 N. 4, Lenel Paling. II p. 449) *ad litem suscipiendam datus* des Edictes *ad communi dividundo iudicium datus* genannt wird.

bedeuten? Die Antwort hierauf müsste auf Verschiedenes aufmerksam machen. Einmal auf das hohe Alter der *Litiscontestatio*, die vorhanden war, ehe es einen Formularprocess gab, für den erst der Name *iudicium* aufkam²²⁾. Blieb dann in der neueren Processform das Wesen der Streitbefestigung unberührt²³⁾, so ist die Beibehaltung des alten Ausdrucks nur natürlich, durchaus nicht auffallend²⁴⁾. Ferner begegnet in den Erörterungen der Klassiker, die sich auf das Formelverfahren beziehen, *litem contestari* zwar recht häufig, doch steht es keineswegs allein. Der vom praetorischen und Aebutischen Recht eingeführte Formalact des Beklagten, das *iudicium* (= *formulam*) *accipere*, schien geeignet, der ganzen Streitbefestigung den Namen zu leihen²⁵⁾; und so kommt denn diese zweite und jüngere Bezeichnung in den Digesten kaum minder oft vor als die ältere. Endlich ist die *lis* selbst aus der Verbindung mit *contestari* zuweilen verdrängt und ersetzt worden durch *iudicium*. Schon Brissonius weist zwei Fragmente nach, l. 7 § 1 D. de h. p. (5, 3) und l. 19 D. sol. matr. (24, 3), wo Ulpian *iudicium contestatum* schreibt. Zum Glück ist diese Phrase bisher des Tribonianismus nicht angeklagt²⁶⁾; die Erwähnung hierorts möchte die modernen

²²⁾ Vgl. oben S. 12 N. 7 und Bd. I S. 75—80, dazu meine L. C. S. 19, 20.

²³⁾ S. Wlassak *Litiscontestation* S. 80, 81, 84, 85.

²⁴⁾ Dies gegen Gradenwitz a. a. O. Bd. XXII S. 191 Abs. 4.

²⁵⁾ Vgl. meine *Litiscont.* S. 24—39, besonders S. 24, 25, 28, 29, 30 N. 1.

²⁶⁾ Lenel *Palingenesia* II p. 493, 1154. In l. 7 § 1 D. cit. will Mommsen das *agere de inofficioso t. iudicium* verwandeln in *adigere*. Allein Ulpian sagt auch sonst (l. 20 § 4, l. 55 D. fam. erc. 10, 2) vom *iudicium: agitur*, ebenso Gaius l. 40 D. eod., und vom *iudicium* im engeren Sinn in l. 1 § 1 D. eod.

Pandektenkritiker fürs Erste von einer Anfechtung der Echtheit zurückhalten.

Durch die Betrachtung einer Anzahl von Pandektenstellen ist nunmehr eine Behauptung genügend vorbereitet, der man sonst leicht Misstrauen entgegenbringen könnte. Die klassischen Schriftsteller verwenden, wie ich glaube, das Wort *iudicium* manchmal auch da, wo sie bloß die Streitbefestigung oder diese doch in erster Linie im Auge haben, und übertragen somit auf das wichtigste Stück des Processes den Namen, der eigentlich nur dem Ganzen gebührt. So insbesondere Papinian in l. 52 D. de fideiuss. (46, 1), wo zuerst von der Fideiussio gehandelt und dann im § 3 Folgendes bemerkt ist:

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolute quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

Augenscheinlich verwirft der Jurist hier die Ausdehnung eines Grundsatzes, der für mehrere Fideiussoren *eiusdem pecuniae* in Geltung stand und den wir am deutlichsten aus einem Reformgesetze Justinians kennen lernen. Der Kaiser verordnet nämlich in l. 28 pr. § 1 C. de fideiuss. (8, 41—Kr. 8, 40):

. . . quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari . . . sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus uel ipsius rei alterum liberari, uel ipsum reum fideiussoribus uel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori . . .

Wir wissen also, dass im klassischen Rechte die „*electio*“ eines der Fideiussoren, d. i. die „*contestatio*“ mit

éinem, auch die übrigen befreite; wir wissen ferner, dass Justinian seine Sprachweise den Juristen entlehnt, die gern die *electio* durch *litis contestatio* der *perceptio* oder *solutio* entgegenstellen²⁷⁾; wir ersehen endlich aus Papinians eigenen Worten, die dem zu erklärenden Ausdruck folgen (*absolutione quoque secuta*), dass die Phrase *iudicio eligere* keinenfalls die Durchführung des Processes bis zum Urteil mitbegreift. Nach allem dem kann über den Sinn der fraglichen Worte²⁸⁾ kaum noch ein Zweifel bestehen, und die Verwendung von *iudicium* für *litis contestatio* bei Papinian²⁹⁾ muss für erwiesen gelten.

Das nämliche Ergebniss ist in Betreff des Sprachgebrauchs anderer Juristen und der römischen Leges auf Grund folgender Stellen zu gewinnen.

Ulpian l. 25 § 8 D. de aedit. ed. (21, 1):

. . . *iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio uersantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non ualde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.*

Wenn hier die Rede ist von dem, was *ante iudicium* geschieht, so kann nur an die Zeit vor der Streitbefestigung gedacht sein, nicht etwa an die darauf

²⁷⁾ Vgl. Ulp. Dig. 27, 6, 7, 4 . . . *perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione*, Dig. 16, 3, 1, 43: *nec liberabitur alter, si cum altero agatur (agatur = lis contestatur; s. meine L.C. S. 40): non enim electione, sed solutione liberantur* mit Ulp.-Paul. Dig. 9, 3, 3 u. 4: *sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur perceptione, non litis contestatione*; auch Pomp. Dig. 45, 1, 112, pr., Paul. Sent. II. 17, 16, Diocl. Cod. Just. 8, 41 (Kr. 40), 23.

²⁸⁾ Vgl. Papinian l. 95 § 10 D. de sol. (46, 3): . . . *neque iudicio cum altero accepto liberatur alter.*

²⁹⁾ Vgl. noch l. 39 § 15 D. de admin (26, 7) von demselben Juristen.

folgende vor dem ersten Schwurgerichtstermin; denn der Jurist sagt ja ausdrücklich, dass alle Ereignisse, die auf die Gestaltung der Processobligation von Einfluss sind (*quaecumque in iudicio uersantur*), bereits vom Augenblick der Einsetzung des Judex an⁸⁰⁾, dessen arbiträrer Beurteilung ohne Weiteres (d. h. ohne besondere Erwähnung in der Formel⁸¹⁾ unterliegen.

Statt des kurzen *ante iudicium* setzt die L. Rubria zweimal im 20. Capitel (I Z. 22, 23, 32, 33):

antequam id iudicium q. d. r. a. factum est.

Derselben Wendung⁸²⁾: *iudicium fit* bedient sich das Jurisdictionsgesetz von Este (Z. 8, 9), um die Processbegründung anzuzeigen; von den Schriftstellern besonders Cicero (pro Quinctio c. 2 § 9, c. 8 § 30, c. 13 § 44, in Verr. II c. 13 § 32), und, wenn Mommsens Ergänzung richtig ist, auch das Kalendarium Praenestinum (C. J. L. I p. 315, 367), wo die zum 24. März eingetragenen Buchstaben *q. r. c. f.* (*quando rex comitiauit, fas*) von Verrius Flaccus⁸³⁾ folgendermassen erklärt sind:

⁸⁰⁾ Dass der Judex des Formularprocesses nicht erst nach vollzogener Litiscontestatio bestellt wird, das zeigt u. A. Gai. IV. 104, 105, 109: *iudicium accipere sub uno iudice*; dazu unten § 22, vgl. auch meine L. C. S. 71.

⁸¹⁾ Ulp. I. c.: . . . *si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur*; dazu Lenel Edict S. 437, 438.

⁸²⁾ Vgl. auch L. Urson. c. 95, Paul. Diac. v. *forum* p. 84. Häufig steht *iudicium fit, iud. fuere*, wo es sich um Strafprocessse handelt: so in der L. Acilia v. 43, 70, L. Julia repet. bei Macer Dig. 48, 11, 7, pr., Cic. in Verr. II c. 39 § 95, III c. 59, 60 § 135, 139, Gai. Dig. 29, 5, 25, 1; doch heisst *iudicium factum* meist der durchgeführte Process (oft bei Cic. pro Cluentio).

⁸³⁾ S. Sueton De gramm. c. 17 in f., Macrob. Sat. I c. 10 § 7, c. 12 § 15, Mommsen im C. J. L. I p. 311, Vahlen im Berl. Ind.

. . . *qu[are comitiis peractis iudici]a fieri indica[ri iis magis putamus].*

Vergleicht man damit, nach Mommsens³⁴⁾ Vorgang, Varros (l. l. VI. 4 § 31) Deutung des *q. r. c. f.*:

is (dies) dictus ab eo, quod eo die rex sacrificiolus it³⁵⁾ ad comitium, ad quod tempus est nefas, ab eo fas; itaque post id tempus lege actum saepe,

so ist wohl nur eine Auslegung des *iudicia fieri* im Kalendarium möglich.

Mit einer Klarheit, die geeignet scheint, jeden Widerspruch zu überwinden, tritt die Identität von *iudicium* und *litis contestatio* zu Tage bei Paulus im Commentar zur Actio finium regundorum (Dig. 10, 1, 4, 2 = Gromatici veteres ed. Lachmann p. 277):

Post litem autem contestatam etiam fructus uenient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur: sed ante iudicium percepti non omni modo in hoc iudicium ueniunt³⁶⁾ . . .

lect. Winter 1877—78 p. 3—6 gegen O. Hirschfeld Hermes Bd. IX S. 103, 105. Das Praenest. Kal. setzt Mommsen zwischen 752 u. 763.

³⁴⁾ Röm. Chronologie S. 241, 242 N. 30 (2. Aufl.), im C. J. L. I p. 367.

³⁵⁾ So verbessert Mommsen das handschriftliche *sacrificio ius dicat*, wofür jetzt A. Spengel mit Unrecht eintritt. O. Hirschfeld schlägt *litas* vor, L. Spengel *sacrificiolus sacrificat*.

³⁶⁾ Diese L.A. in den Feldmessern ist wohl der Florentiner: *hoc in iudicium uenient* vorzuziehen. — Vielleicht will doch Jemand dem oben Gesagten entgegenreten, mit der Behauptung: hinter *iudicium* sei *acceptum* ausgefallen. Das wäre Ablehnung um jeden Preis, mit gewaltsamen Mitteln. Dagegen halte ich es nicht für unwahrscheinlich, dass zunächst der Kürze halber *acceptum* fortgelassen und so die Gleichsetzung von *iudicium* und *litis contestatio* vorbereitet wurde; vgl. Ulp. Dig. 3, 6, 1, 2: *qui accepit pecuniam siue ante iudicium siue post iudicium acceptum, tenetur*. (Mommsens Vorschlag, statt *acceptum accepit* zu schreiben, ist mit Huschke zu verwerfen.)

Mit gleicher Sicherheit ist in zwei anderen Paulinischen Fragmenten *iudicium* auf die Streitbefestigung zu deuten, in l. 17 D. pec. const. (13, 5):

*Sed et si alia die offerat nec actor accipere uoluit nec ulla iusta causa fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat*⁸⁷⁾. . .

und in l. 65 pr. D. p. soc. (17, 2):

Actione (vielmehr: *novatione*⁸⁸⁾ *distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem, . . .*

Das hier erwähnte Formeldictat kann nicht die erste Klaganzeige sein, weil diese bekanntlich dem Processbeginn vorausgeht, während doch der Jurist an ein schon vorhandenes *Judicium* denkt. Daher muss die *mutatio iudicio* von der *Novation* verstanden werden, die sich durch Streitbegründung mit derselben Wirkung wie durch *Stipulation* vollzieht.

Das *distrahere iudicio* der l. 65 pr. D. cit. erweckt sofort die Erinnerung an die vielberufene l. 3 § 11 D. de pec. (15, 1) mit den Worten von Marcellus-Papinian:

sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.

Wie dort die zerstörende, so ist in l. 3 § 11 D. cit.

⁸⁷⁾ Man achte auf die im Druck hervorgehobenen Zeitformen.

⁸⁸⁾ Die L.A. *novatione* st. *actione* ist gerechtfertigt in meiner L.C. S. 50 N. 2; vgl. übrigens Pernice in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 235 N. 2.

die erzeugende Kraft des „Judiciums“, d. h. der Streitbefestigung betont.

Aus dem § 1 der l. 35 D. de iure iur. (12, 2) ist zu ersehen, dass der in Jure zugeschobene Zwangseid auch mit dem „Judicium“ verglichen wurde: *pro iudicio cedit*. Was Paulus im Sinne hat, das zeigt der sofort im § 2 folgende Satz: *qui non compelluntur Romae iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt*, und noch deutlicher ein Ausspruch desselben Juristen in l. 28 § 2 D. de iud. (5, 1):

Ex quibus . . . causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit³⁹⁾.

Der Vergleich mit der Streitbegründung kehrt wieder beim freiwilligen Schiedseid. Ulpian überträgt in l. 9 § 3 D. de iure iur. (12, 2) die Wirkungen der *lis contestata* auf das *iusiurandum*, und Paulus sagt von demselben⁴⁰⁾ Eid in l. 26 § 2 D. eod.: *habet et instar iudicii*.

In ähnlicher Weise kann die Bedeutung der vielfach missverstandenen⁴¹⁾ Redensart: *ad iudicium prouocare*

³⁹⁾ Zu den oben cit. Stellen vgl. Demelius Schiedseid und Beweiseid S. 23, 26, 29 N. 8, S. 56. Das *cedit pro* der l. 35 § 1 cit. glaube ich so aufzufassen wie Demelius S. 29 N. 8, S. 79 N. 13, dazu S. 25, 26 (über Dig. 12, 2, 27). Verkehrt ist es, mit Keller Civilpr. § 64 S. 322, Rudorff R. G. Bd. II S. 219 zu sagen: die Zuschreibung des Eides vertrete die Litiscontestation, die Abschwörung das „Judicium“, d. h. das Geschwornenverfahren (besser Rudorff: die Sentenz). Vielmehr entspricht die Eideszuschreibung in Jure dem *iudicium edere*, die Eidesleistung dem *iudicium accipere* (s. Wlassak L. C. S. 59). Nur die Wirkung des Eides kann auch mit der Wirkung des Urteils verglichen werden; so Ulp. Dig. 42, 1, 56 u. 44, 5, 1, pr.

⁴⁰⁾ Vgl. Demelius a. a. O. S. 23.

⁴¹⁾ Verschiedene Auffassungen bei Planck Mehrheit der Rechts-

zuverlässig bestimmt werden. Gebraucht ist diese und die sicher gleichgeltende Phrase *ad iudicium uocare*, in der Lenel⁴²⁾ mit Unrecht Compilatorenlatein wittert, bald vom künftigen Beklagten, bald vom angehenden Kläger: bei Julian (l. 63 D. de R. I), Gaius (l. 13 D. de iud. 5, 1 = l. 2 § 1 D. com. 10, 3), Venuleius (l. 51 D. de adm. tut. 26, 7), Paulus (l. 24 pr. D. de us. 22, 1), Ulpian (l. 14 D. de iud. 5, 1), Modestin (l. 102 D.

streitigkeiten S. 131, 132; gegen Plancks eigene Ansicht mit Recht Eck Die sog. doppelseitigen Klagen S. 142 N. 534. Dem m. E. Richtigen kommt O. E. Hartmann Contumacialverfahren S. 242 am nächsten (*iudicium* = „die ganze gerichtliche Verhandlung“).

⁴²⁾ Palingenesia I p. 745 N. 3 und (ohne Fragezeichen) II p. 1220 N. 8: „*in ius*“. Hätten Venuleius und Modestin die von L. eingesetzten Worte gebraucht, so wäre wohl von den Compilatoren nur das eine, nämlich *ius* beseitigt worden. [*Ad iudicium uocare* hatte vielleicht auch der Verf. des fr. de form. Fabiana I, 3 in f. geschrieben, so dass zu lesen wäre: *antequam patr(onus) Fabianū formulū (ad iudicium) uocet.*] In Justinians Pandekten wird man *ad iudicium* und *in iudicium* verschieden beurteilen müssen. Doch bedarf selbst die Frage der Ersetzung von *in ius* durch *in iudicium* einer besonderen Untersuchung, was gegen Gradenwitz zu bemerken ist, der (Interpolationen S. 100) *in iudicium uocare* „natürlich unecht“ und (S. 104) „unsinnig“ findet. Wie mich dünkt ist die Interpolation weder allzu natürlich — denn in sehr zahlreichen Stellen der Compilation, ja selbst in den Digesten- und Codexrubriken (2, 4—7 und 2, 2) begegnet *in ius uocare* — noch ist das *uocare in iudicium* „unsinnig“, da es ungefähr die Bedeutung von *ad iudicium* (zum Process) *uocare* annehmen konnte. Lehrreich sind in dieser Beziehung Ciceros Reden, z. B. p. Tull. c. 18 § 43, wo von den Praetoren gesagt ist, sie hätten in das *iudicium* (= Formel) *de ui et armis* das Wort *iniuria* nicht eingefügt, *ne quod . . . scutum dare in iudicio uiderentur iis, quos propter haec arma in iudicium uocauissent.* Lenel in der Palingenesia geht nicht so weit wie Gradenwitz; doch kenne ich die Gründe nicht, welche ihn veranlassten, bald für Echtheit (so II p. 654: Ulp. nr. 992 § 3, 4), bald für Unechtheit (so I p. 606: Marcellus nr. 107, pr. u. II p. 972: Ulp. nr. 2175, pr.) zu stimmen. Erklärt ist nur die Interpolation bei Ulp. Dig. 2, 8, 2, 2, im Edict S. 55 N. 9.

de V. O. 45, 1⁴³). Nun fragen wir, worauf wohl das Augenmerk der Partei gerichtet war, die vor der Streitbefestigung „*ad iudicium*“ provocerirte? Niemand wird es glaublich finden, dass der Provocant dabei lediglich an den entfernteren Processact dachte, nicht an den nächsten und zugleich wichtigsten. Es bleiben daher nur zwei Erklärungen zulässig. Entweder begreift *iudicium* den Process vom Anfang bis zum Ende oder es steht für *litis contestatio*. Entscheiden werden wir uns eher für die letztere Auffassung, weil in der angeführten Paulinschen Stelle (Dig. 22, 1, 24, pr.) offenbar die Person, welche *ad iudicium prouocauit*, identisch ist mit Demjenigen, *qui iudicium accipere paratus fuit*.

Aus dem Gesagten ergeben sich auch gewichtige Bedenken gegen das in Lenels Palingenesie beliebte Ausmerzen der Wendung *ad iudicium uenire* zu Gunsten des von den Juristen vermeintlich geschriebenen *in ius uenire*. Anscheinend ist dieses Verfahren durch ein Missverständniß der beseitigten Phrase hervorgerufen. Sonst wird man triftige Gründe schwerlich finden, weshalb Julian und Andere von einer Partei nicht hätten sagen sollen, sie „komme zum Zwecke (*ad*) der Streitbegründung“, oder kürzer, „sie stelle sich zum Process“⁴⁴). Allerdings ist das Kommen zur Gerichtsstätte notwendig enthalten in dem *uenire ad iudicium*; allein das letztere zeigt noch Mehr an, indem es hindeutet auf die Bereitwilligkeit, den Process aufzu-

⁴³) Vgl. noch Ulp. Dig. 10, 3, 7, 13 — 13, 1, 12, 1, Diocl. Cod. J. 5, 56, 4, 1 — 7, 72, 2.

⁴⁴) Nur beiläufig sei hier des *status dies cum hoste* bei Fest. p. 314 (vgl. Macrob. Sat. I. 16 § 14) gedacht, der so erläutert wird: *qui iudicii causa est constitutus cum peregrino*; s. Karlowa Legisactionen S. 227.

nehmen. Und hätten die Byzantiner wirklich *in ius uenire* vorgefunden, wäre dann nicht die Textänderung unterblieben, da ja der Gerichtsort in der Compilation oft genug denselben Namen führt, wie in den klassischen Schriften? Ist doch sogar in einem der ersten Fragmente von Justinians Pandekten (1, 1, 11) die Definition des Paulus zu lesen: *alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur*. Endlich hätte sich Tribonians Rotstift wohl nur mit dem éinen Worte *ius* beschäftigt, nicht aber ohne Not aus dem *in* ein *ad* gemacht.

Wenn also die Art wie Lenel in den meisten Fällen⁴⁵⁾ unsere Phrase „entjustinianisirt“, und zwar ohne Fragezeichen, sicher auf Irrtum beruht⁴⁶⁾, so ist andererseits deren Echtheit nur sehr wahrscheinlich gemacht, nicht völlig erwiesen, weil an ihrer Statt in mehreren Fragmenten das Ciceronische *ad uadimonium uenire* immerhin möglich wäre⁴⁷⁾. Diese Wendung, die in der

⁴⁵⁾ So Paling I p. 321 N. 6, p. 1002 N. 3, p. 1084 N. 5, p. 1148 N. 9, II p. 446 N. 7, p. 447 N. 1. Die schwierige I. 18 § 1 D. quod ui (43, 24) von Celsus (Paling. I p. 160) kann an diesem Orte nur erwähnt werden.

⁴⁶⁾ Gegen die Annahme einer Interpolation in den Pandekten hat sich schon O. E. Hartmann Contumacialverfahren S. 242 ausgesprochen, ebenso M. Voigt Über das Vadimonium (S. A.) S. 62 N. 169. *Ad iudicium uenire* kommt übrigens auch bei Cicero häufig vor, so p. Rosc. com. c. 4 § 10, in Verr. II c. 29 § 71, V c. 59 § 154, doch nicht in der oben erwogenen Bedeutung; ebenso *ad iudicium adesse* in der L. Acil. rep. v. 71, L. Urson. c. 95. Vom Verfahren vor dem Privatgeschwornen ist *iudicium* zu verstehen bei Servius Dig. 17, 2, 52, 18: . . . *cum ad iudicium non adesset*, Pseudo-Asconius (der wahrscheinlich Gaius benutzt) in act. II in Verr. I (Orelli p. 164): . . . *ut ad iudicium uenirent, denuntiabant*.

⁴⁷⁾ In dieser Weise will J. C. Naber in der Mnemosyne N. F. XVII p. 123, 125 — vermutlich durchgehends — den Urtext herstellen. Ausnahmsweise auch Lenel Paling. II p. 856 N. 3, p. 995

Quinctiana⁴⁸⁾ nahezu den gleichen Wert hat wie das *uenire ad iudicium*⁴⁹⁾, musste von den Byzantinern allerdings gestrichen werden. Trotzdem bleibt es ganz unsicher, ob die Klassiker der Hadrianischen und späteren Zeit irgendwo so schrieben wie Cicero, zumal da es meines Wissens überhaupt keinen Beleg gibt für die Verwendung der gedachten Phrase in der Sprache der Juristen. Zu den Stellen, wo *iudicium* gewiss nicht⁵⁰⁾ das Ersatzwort für *uadimonium* ist, gehört Paulus l. 5 § 1 D. si quis caut. (2, 11):

Item si duo rei promittendi sint et unus ad iudicium non uenerit (contempta sua promissione iudicio sistendi causa facta) . . .

Wenn der hier in Klammern eingeschlossene Satzteil, wie O. E. Hartmann⁵¹⁾ nach Voorda und jetzt auch Lenel⁵²⁾ behauptet, ein ursprüngliches *contempto uadimonio* vertritt, so kann augenscheinlich vorher nicht gestanden haben: *ad uadimonium non uenerit*. Dagegen wäre diese Redensart

N. 1, dazu II p. 855 N. 3 (statt *ad iudicium occurrere*); weshalb gerade hier, nicht auch anderswo, das erhellt nicht. Denkbar ist das *ad uadimonium uenire, occurrere* (vgl. Suet. IV c. 39) in den Stellen bei Lenel II p. 856, 855; nur wären l. c. (N. 3) eher zwei als ein Fragezeichen beizufügen. Unzulässig ist m. E. die Textänderung bei Ulp. Dig. 2, 12, 1, pr. (Pal. II p. 995); vgl. Kipp Litisdenuntiation S. 145, 146, 136 N. 3, S. 140 N. 13.

⁴⁸⁾ In den anderen Reden ist, wie Merguet zeigt, *ad uadimonium uenire* nicht gebraucht, in der o. p. Quinctio: c. 5 § 22, c. 15 § 48, c. 16 § 52, 53, c. 21 § 67.

⁴⁹⁾ Ohne auf den Ausspruch des Scholiasten Gewicht zu legen, führe ich hier an: Pseudo-Acron ad Horat. Sat. I, 9 (ed. Hauthal II p. 156); . . . *uador te et uador ad te, id est, uoco te ad iudicium*.

⁵⁰⁾ A. A. J. C. Naber l. c. p. 125.

⁵¹⁾ Contumacialverfahren S. 246 N. 90.

⁵²⁾ Paling. I p. 1084 N. 6.

im Originaltext der l. 10 § 2 D. eod. (2, 11) doch noch annehmbarer als Lenels⁵³⁾ Ersatzphrase *in ius uenire*, die dort auch sachlich Anstoss erregt. Pomponius (?) und Paulus hätten sich sehr ungenau ausgedrückt, wenn das der ursprüngliche Wortlaut wäre:

si in ius uenisset, litem cum eo contestari actor potuisset.

Das blosse Erscheinen des Gegners in Jure bietet nämlich dem Actor noch keine Gewähr für das Zustandekommen der Litiscontestatio, da jener die Einlassung auch vor dem Magistrat verweigern kann⁵⁴⁾. Nur wenn der Gegner bereit ist zur Processführung (*ad iudicium uenit*), trifft die Bemerkung der beiden Juristen in l. 10 § 2 D. cit. wirklich zu.

Um die Beweisführung abzuschliessen mit Zeugnissen von unbezweifelter Echtheit, folgt hier noch eine Anzahl von Stellen, wo der Ausdruck *iudicium* unverkennbar den ganzen Process mit Einschluss der Streitbefestigung anzeigt. Vor allen ein sehr bekanntes Fragment von Julian, die l. 13 D. de except. (44, 1):

Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem „quod praeiudicium hereditati non fiat“: futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt.

Die Exceptio, sagt Julian, will ein Praejudicium nur abwehren von einem Prozesse, der erst in der Zukunft erwartet wird. Daher sei die Einrede nicht mehr statthaft,

⁵³⁾ Paling. I p. 1148 N. 9.

⁵⁴⁾ Vgl. Ulp. D. 50, 17, 52: *Non defendere uidetur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non uult suscipere actionem*; dazu meine Litiscontestatio S. 40 N. 2.

wenn die Parteien den Streit über die Erbschaft bereits befestigt haben. Daraus aber ist die römische Anschauung deutlich abzunehmen, derzufolge das *Judicium* schon begründet (*iudicium factum*⁵⁵) — S. 39), schon gegenwärtig ist im Augenblick der *Litiscontestatio*. Wer etwa erwidern wollte, dass uns Julian nur zwingt, das *Judicium* sofort nach der Streitbefestigung beginnen zu lassen, nicht schon während des *Actes*, den müsste doch l. 3 § 11 D. de Carb. ed. (37, 10) eines Besseren belehren, wo derselbe Jurist im Hinblick auf die Carbonianische Norm sich dahin äussert:

*utraque iudicia et hereditatis et libertatis in tempus pubertatis differenda*⁵⁶).

Wenn hier Julian — was keinem Zweifel unterliegt — auch die *Litiscontestatio de hereditate et libertate* verschoben wissen will, so hat er offenbar diese selbst zum *Judicium* gerechnet⁵⁷), vermutlich nach dem Vorgang des *Edictes*, dessen Ankündigung wohl so lautete: *causa cognita iudicium in tempus pubertatis differam*⁵⁸).

Ein genau entsprechendes Seitenstück zu Gai. IV. 104, 105: *iudicia quae accipiuntur* bietet Marcellus in l. 30 D. de iud. (5, 1):

⁵⁵) O. Bülow *Processeinreden* S. 128 (dazu S. 126, 127, 167, 168) übersetzt richtig: „nicht im Interesse bereits eingeleiteter Prozesse“. Weitere Litteratur über l. 13 D. cit. bei Wetzell *System* § 64 N. 64, 65 (S. 870, 871 — 3. Aufl.); s. auch A. Pernice *Observationes* p. 12, 13.

⁵⁶) Dazu noch Julian l. 7 § 3 D. eod. und Ulp. l. 3 § 7 D. eod.: *non erit iudicium in tempus pubertatis differendum*.

⁵⁷) Man bedenke nur, dass die contestirte *Lis* häufig vor dem *tempus pubertatis* durch Zeitablauf (Gai. IV. 104, 105) hätte erlöschen müssen.

⁵⁸) Vgl. Ulp. l. 1 pr. D. h. t. (37, 10) und Lenel *Paling.* II p. 705 N. 2.

Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.

Beide Juristen handeln von der Processbegründung; nur denkt der eine an den gerichtlichen Vorgang, der sich eben abspielt, der andere an den vollzogenen Act. O. Bülow⁵⁹⁾ hat die l. 30 zutreffend übersetzt: „Wo der Process einmal eingeleitet ist, muss er auch zu Ende geführt werden“, und den Sinn der unterstrichenen Worte aufgeklärt durch den auf Marcellus' Ausspruch gebauten Satz: „Nach der Litiscontestatio ist jede Competenzprüfung verboten“.

Im klassischen Process treten, wie allgemein gelehrt wird⁶⁰⁾, der Cognitor und Procurator schon in Jure für den Principal auf, indem sie (regelmässig⁶¹⁾ an seiner Statt den Streit befestigen. Und so erzählt denn auch Gai. IV. 82, es sei zur Zeit der Legisactionen das *alieno nomine agere* unzulässig gewesen, jetzt aber stehe dem *agere* Nichts im Wege *aut nostro nomine aut alieno, ueluti cognitorio, procuratorio*. Allein schon im § 87 desselben Buches der Institutionen kehrt der letzterwähnte Satz in geänderter Fassung wieder, und zwar so:

siue suo nomine siue alieno aliquis iudicio interueniat;

desgleichen im § 182, wo es heisst:

[pro]curatorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire.

Demnach wird die Thätigkeit des Vertreters, zu der vor Allem der Abschluss des Processvertrags in Jure ge-

⁵⁹⁾ Prozesseinreden S. 93, 94.

⁶⁰⁾ Vgl. etwa Eisele Cognitur S. 64, 75.

⁶¹⁾ M. E. nicht immer; s. oben S. 33 N. 16 am Ende.

hört, von Gaius als *iudicio interuenire* bezeichnet, und nicht von diesem Schriftsteller allein, wie ein Fragment von Aemilius Macer zeigt, l. 4 § 5 D. de appell. (49, 1):

Si procurator, qui iudicio interfuit, uictus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, uideamus, . . . sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest.

Paulus bedient sich in l. 15 D. rat. (46, 8), wo von einer Zahlung die Rede ist, die ohne Process geleistet wird, des Ausdrucks: *soluere sine iudicio*⁶²); und in l. 24 D. de iure iur. (12, 2) gedenkt er der Fähigkeit des Haussohnes beklagt zu werden, d. h. als Processpartei zunächst in Jure aufzutreten mit den Worten: *cum (filio) etiam iudicium consistere potest*⁶³). Bedürfte diese Auffassung der l. 24 cit. noch einer Bestätigung, so wäre sie zu finden in Ulpian's l. 11 D. de iud. (5, 1):

*Si a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus uel cum quo ego: solui iudicium Marcellus libro tertio digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere*⁶⁴).

Endlich sind noch ein paar Digestenfragmente hervorzuheben aus dem Titel 40, 12, welche von der gericht-

⁶²) Ebenso Ulp. l. 71 § 1 D. de leg. I. Auch *extra iudicium admonere* (l. 6 § 9 Mo. 5 § 11 D. n. g. 3, 5) konnte schon bei Pedius stehen von einer Mahnung, die nicht im Processweg erfolgt (= *sine iudicio*); vgl. übrigens Gai. IV. 29: *extra ius*. Keinesfalls hatte der Jurist als Gegensatz des *extra iudicium* das *in iudicio* im Auge, wie es Cic. p. Rose. com. c. 4 § 12 anwendet.

⁶³) Demelius Schiedseid S. 24 übersetzt: „ein Sohn kann . . . sogar Process übernehmen“.

⁶⁴) S. noch Diocletian l. 7 C. de iudic. (3, 1).

lichen Vorbereitung der *liberalis causa* handeln und für das Ergebniss dieses Verfahrens bald *lis* oder *causa ordinata* gebrauchen, bald *iudicium ordinatum*⁶⁵⁾. Da die Formelfassung und nach l. 7 § 5 h. t. die Verteilung der Parteirollen im Freiheitsprocess von jener Vorentscheidung abhängt, so kann begreiflich wie die *lis* so auch das *iudicium liberale* nur von der ganzen *causa* verstanden werden, welche die Streitbefestigung mitbefasst.

Den angeführten Beweisstellen könnten leicht noch manche andere⁶⁶⁾ hinzugefügt werden. Indess dürfte längst die Überzeugung feststehen, dass die zuerst bei Gaius beobachtete Sprachweise überhaupt allen Juristen gemeinsam sei. Mithin ist der als Ganzes gedachte Process, der vor dem Praetor beginnt, um vom Geschwornen durch Urteil erledigt zu werden, ein den Klassikern wohlbekannter Begriff und das Kunstwort dafür kein anderes als *iudicium*.

§ 20. Das geschichtliche Verhältniss der verschiedenen Bedeutungen von *iudicium*.

Ein Punkt bleibt noch übrig, der berührt werden muss: die Entstehungsgeschichte der im § 19 behandelten Bedeutung von *iudicium*. Schon die alte Juristensprache

⁶⁵⁾ Vgl. einerseits Gai. l. 25 § 2 in f. (*post litem ordinatam*) D. h. t. [dazu Jul. l. 20 D. de prob. (22, 3), Dioel. l. 14 C. de l. c. (7, 16)] Ulp. l. 24 pr. D. h. t. (*ord. lib. causa*), andererseits Gai. l. 25 § 2 D. eod. (*post ord. lib. iudicium*), Ulp. l. 24 § 3 D. eod. Wegen der *ordinatio* des Freiheitsprocesses s. meine L.C. S. 72—76 (zu den angeführten Belegen noch L. Malac. c. 68), wegen l. 7 § 5 D. eod. unten S. 64 N. 11.

⁶⁶⁾ Z. B. Marcellus D. 44, 2, 19: . . . *eandem enim quaestionem reuocat in iudicium*, Paulus D. 44, 2, 22: . . . *etsi eadem questio in omnibus iudiciis uertitur* u. a. m.

hatte ein Wort, das den Process anzeigt, die *actio*. Wie ist daneben das Aufkommen eines zweiten, jüngeren Ausdrucks zu erklären, und wie ist die Entwicklungsreihe zu denken, an deren Ende *iudicium* steht im Sinne von „Privatprocess“?

Die Zweiheit der Benennung hängt nach meinem Dafürhalten zusammen mit der Zweiheit der Rechte, die in Rom das Verfahren, insonderheit die Streitbefestigung regelten. Eine *actio* ist in älterer Zeit bloß der durch *Leges* festgestellte Process des römischen Bürgerrechts (*Jus civile*); dagegen heisst *iudicium* vor dem Aebutischen Gesetz nur der Process des römischen Fremdenrechts (*Jus gentium*), der geordnet war durch praetorische Edicte. Diese Behauptung bedarf in ihrem ersten Teil keiner besonderen Begründung mehr¹⁾; den zweiten Satz werden zum mindesten Diejenigen gelten lassen, welche der Lehre vom Ursprung des Formularprocesses im Peregrinengericht anhängen²⁾. Der Umstand aber, dass das amtsrechtliche Gerichtsverfahren einen anderen Namen führt als die entsprechende Einrichtung des *Jus civile*, kann nicht auffallen, da sich die gleiche Erscheinung bekanntlich in anderen Fällen wiederholt.

Weit mehr möchte der Vorgang einer Aufhellung bedürfen, durch den das Wort *iudicium*, das auf den *Judex*

¹⁾ Über *actio* = civiler Process, dann = Spruchformel und = civile Schriftformel vgl. Bd. I S. 30, 31, 42 N. 6, S. 72—77, 82, 85, dazu meine L.C. S. 16 N. 1, S. 19 und unten S. 56—58.

²⁾ Vgl. Bd. I S. 165 und jetzt besonders A. Schmidt Zeitschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 137—143, wo auch (S. 138 N. 1) weitere Litteratur angeführt ist; dazu noch aus jüngster Zeit Jörs a. a. O. I S. 162—164, 171, 179, 180 (unbefriedigend, weil die Unterscheidung von Process und Formel fehlt), Eisele Abhandlungen S. 27, 68, 69, 74, 75.

deutet, die Fähigkeit gewann, auch das Verfahren vor dem Magistrat zu bezeichnen. Vielleicht liegt es am nächsten, daran zu erinnern, dass der *ius dicens* ehemals *iudex* genannt wurde³⁾, dass *ius dicere* und *iudicare* ursprünglich nicht verschieden⁴⁾ und auch später nur im Gebiet des eigentlichen Privatprocesses genau gesondert sind. Erwägt man aber das hohe Alter des Privatgeschwornen, der dem Magistrat die Judication abnimmt, und das frühzeitige Verschwinden des Judextitels für den Consul⁵⁾, so dürfte es kaum ratsam sein, eine entscheidende Einwirkung jenes alten Sprachgebrauchs auf den uns beschäftigenden Wortwert anzunehmen. Wie es scheint ist *iudicium* erst auf einem Umweg zur Vertretung des Processbegriffes, zunächst des honorarischen, gelangt, und zwar folgender Massen.

Die Magistrate versprachen in ihren Edicten „*iudicia*“⁶⁾ zu „geben“, d. h. nach dem ursprünglichen Wort-

³⁾ S. Bd. I S. 139, 140, 149, 150, Mommsen Staatsrecht II¹ S. 5, 76, 77.

⁴⁾ Vgl. Varro de l. l. VI c. 7 § 61, dazu Pernice Zeitschr. für R.G.R.A. Bd. XVIII S. 39; ferner Sallust. Catil. c. 29 (*imperium atque iudicium summum*), Histor. in der or. Lepidi § 13 (Jordan), Cic. de leg. III c. 3 § 8, Ulp. Dig. 50, 16, 131, 1 und die Stellen bei Karlowa Legisactionen S. 52 N. 1; über die Criminaljudication: Lex Acil. v. 4, 6, 72, Cic. l. c. III c. 3 § 6, Mommsen St.R. I S. 136, 137, 162.

⁵⁾ S. Mommsen St.R. II¹ S. 77 N. 2.

⁶⁾ Ist das *iudicium dabo* der Pandekten der ungekürzte Wortlaut des Julianischen Albums und zugleich der ursprüngliche aus der Zeit der Republik? Oder edicirten die alten Praetoren: *iudicium iudicem (recuperatoresque; zuweilen blos: iudicium recuperatorium) dabo addicam* und dazu etwa *iudicarius iubebo*? Diese und ähnliche Wendungen begegnen in den *Leges*. Doch sind sie wohl nur dem Legalstyl eigen, während die Gerichtsmagistrate solche Wortverschwendung in ihren sonst so knappen Edicten kaum je getrieben haben. Bei der Fassung der praetorischen Kundgebungen mochte jene peinliche Ausführlichkeit auch darum unnötig erscheinen, weil fast immer der Edicent als der Einzige mit der Handhabung der aufgestellten Norm zu

sinn „Gerichte⁷⁾ zu gewähren“. Die Richterernennung aber vollzog der Praetor schriftlich, im Eingang einer Urkunde, die dem Judex zugleich die erforderliche Weisung erteilte, und die den Parteien überreicht wurde zur weiteren Verwendung, vor Allem zum Zweck der Streitbefestigung. In Folge dessen stellte sich das *iudicium dabo* auch dar als Versprechen, eine Urkunde bestimmter Art zu übergeben, und *iudicium* konnte so zum Kunstwort werden, das der Bezeichnung der Schriftformel dient. Diesen neueren Sprachgebrauch haben die Praetoren selbst frühzeitig weiter ausgenützt. Wenigstens besitzen wir eine

thum hatte. Daher dürfte bei der Mehrzahl der uns überlieferten Clauseln die Schlusswendung im Hadrianischen und schon im Album der späteren Republik ebenso gelaute haben wie im Rechtsbuch Justinians. Bestätigt finde ich diese Regel — das einfache *iudicium dabo* — vor Allem durch die Probusnote 5 nr. 6 (*I. D.*) und durch einige Äusserungen Ciceros, die freilich zumeist Sicilische Edicte betreffen: in Verr. III c. 10 § 26, c. 11 § 28, c. 13 § 33 (abgedruckt in der folgenden Note), c. 13 § 34, c. 15 § 39, c. 65 § 152; vgl. auch II c. 12 § 30, c. 27 § 66. Vorbehalten bleibt hier die unabweisliche Frage, wie die Edicte gefasst waren, welche recuperatorische Judicia in Aussicht stellten. Davon weiter unten (§ 37).

⁷⁾ Diese Übersetzung scheint allgemein gebilligt zu sein. Wenig geeignet, hiefür Beweis zu machen, ist Labeos Bericht bei Gell. XX. 1, 13 über den Inhalt eines Injurienedictes: *praetores . . . iniuriis aestu- mandis recuperatores se daturos edixerunt*, weil vielleicht das unterstrichene Wort der verlorenen Clausel wirklich angehörte. Dagegen tritt bei Cicero gelegentlich der ältere Wert von *iudicium dabo* unverkennbar hervor. So in Verr. III c. 13 § 33: *Cum vero uerbo iudicium sit in edicto, re quidem uera tuorum comitum, hominum nequissimorum, collusio cum decumanis . . . tamen audes ullius mentionem iudicii facere?* Vgl. ferner *ibid.* c. 13 § 34: *in decumanos octupli iudicium se daturum edixit* und § 33 *cit. (uerbo iudicium)* mit § 32: *. . . habuisse te edictum recuperatores in octuplum daturum*; endlich *ibid.* c. 15 § 39: *. . . causa erat iudicii postulandi, quod ex edicto professus non esset. Iudicium autem quod fuerit isto praetore, si quae cohors et qui comitatus fuerit, meministis, scire debetis.*

ganze Reihe von Edicten⁸⁾, die im Sinne ihrer Urheber unzweifelhaft nicht so sehr die Bestellung eines *Judex* verheissen als die Ausfertigung einer Urkunde, in der die Anordnung des Spruchgerichts nur ein Teil des Inhalts sein sollte. Endlich wird *iudicium* selbst da verwandt, wo gerade an die Richterernennung nicht gedacht ist; so vielmals bei Cicero, der — um nur ein Beispiel anzuführen — in der Rede pro Tullio den Geschworenen zuruft (c. 3 § 7):

Iudicium uestrum est, recuperatores: „Quantae pecuniae paret . . .

Ubrigens muss der hier und anderer Orten⁹⁾ geschilderte Bedeutungswechsel geraume Zeit vor Ciceros Auftreten erfolgt sein, da der römische Legalstyl, der ängstlich mit dem Aufwand vieler Worte Alles zu erschöpfen sucht, was gemeint ist, schon im Jahr 643 die im *iudicium* vereinigten Bestandteile sondert und statt des éinen Ausdrucks zwei setzt. Es ist also keineswegs tautologisch gesagt, wenn das alte Agrargesetz Z. 30, 33, 34, 35, (36) wiederholt *iudicium iudicem recuperatoresue dare* gebraucht oder noch genauer: *iurisdictio*¹⁰⁾, *iudici iudicis recu-*

⁸⁾ Aufgezählt in meiner Litiscontestation S. 15, 16.

⁹⁾ R.P.G. Bd. I S. 75—80, Litiscontestation S. 14—19.

¹⁰⁾ *Ius dicitio* (*iuris dicitio esto*) steht in den Gesetzinschriften regelmässig neben und vor *iudicia dato* (auch vor *iudicis arbitri recuperatorum datio addictioe*): L. Anton. de Termess. II Z. 4, 5, Fragm. Atest. Z. 14, 15, 18, (21), L. Rubr. c. 20 I Z. 17, 18, c. 23 II Z. 57, L. Urson. c. 105, L. Malac. c. 65; dazu c. [5]5 der sog. L. Mamilia (Jul. agrar. — Die Überlieferung dieses Gesetzabschnittes in der Feldmessersammlung ist schwerlich ganz wortgetreu), Fragm. de iudiciis (Krüger Collectio III p. 299). Der weitere Begriff ist der der *iurisdictio*; er umfasst namentlich auch die Verweigerung des *Judicium*s. Wo die beiden Ausdrücke verbunden sind, da ist gemeint: *iurisdictio*, insbesondere *iudicii datio*; vgl. Lab.-Paul. D. 2, 4, 11, Ulp. D. 2, 1, 3 — 2, 1, 4 —

peratorum datio, und später in umgekehrter Reihenfolge das Gesetz der Heracleer Tafel Z. 44, 45: *iudicem iudiciumue dare*. Vielmehr geht der eine Ausdruck auf die Anordnung des Gerichts, der andere auf die Erteilung des Weistums.

Vom *iudicium* im zuletzt entwickelten Sinn stammt nun, wie ich glaube, die Wortbedeutung ab, mit der wir uns früher beschäftigt haben. Nach dem Mittel, das der Magistrat den Parteien zur Einleitung und Fortführung des gerichtlichen Streits übergibt, nach der Urkunde, der das Amtsrecht dieselbe Aufgabe zugeteilt hatte wie das alte Civilrecht der solennen Rede (*actio*), erhielt das neuere Verfahren selbst den Namen *iudicium*. Die Schriftformel aber ist Processinstrument nicht minder vor dem Praetor wie vor dem Geschwornen. Demnach weist *iudicium* in der Zeit, von der wir sprechen, weder ausschliesslich noch

50, 17, 102, 1; auch Huschke Bruchstücke S. 19, 21. Abweichend vom gewöhnlichen Legalstyl heisst es im Fragm. Atest. Z. 7, 8: *quo minus . . . iudex arbiterus addicatur detur, quous minus iudicium ita feiat* (= „der Process begründet werde“, durch Litiscontestatio — vgl. L. Rubr. c. 20 I Z. 22, 23, 32, 33) und dem entsprechend, doch mit einigen Änderungen, in Z. 8, 9: *iudicia data erunt, iudicium fieri exerceri* („betrieben werden“, vgl. Paul. D. 4, 8, 32, 9 — an magistratische Geschwornenleitung ist hier natürlich nicht zu denken) *oportebit . . .* In der L. Rubria (c. 20 I Z. 18, c. 23 II Z. 57, 58, dazu c. 20 I Z. 20, c. 21 II Z. 13, 14; vgl. auch Cic. de leg. III c. 3 § 8) folgt dem *iudicia dato* noch *iudicareque iubeto (cogito)*. Ist dies blosser Wortschwall? Dagegen spricht entschieden das von Macer Dig. 48, 11, 7, pr. mitgeteilte Capitel der L. Julia repetundarum. Wie es scheint bestätigt der Zusatz *iudicare iubeto* die in meiner L.C. S. 55 ausgesprochene Vermutung, dass der Geschworne einen besonderen Bescheid unmittelbar vom Magistrat oder von dessen Dienern empfing. Der Regel nach wurde wohl durch denselben Bescheid auch der Verhandlungstermin oder eine Frist festgesetzt; vgl. L. Urson. c. 95, Ulp. Dig. 2, 1, 13, 1 — 5, 1, 2, 2; dazu Ulp. D. 5, 1, 59 — 1, 12, 3, Paul. D. 5, 1, 58.

vorwiegend auf den Spruchrichter hin und auf Dasjenige, was vor ihm geschieht. *Iudicium* war also in der That geeignet, auch das Verfahren vor dem Magistrat, d. h. die Streitbefestigung zu bezeichnen.

Sollte die vorgetragene Hypothese das Richtige nicht ganz verfehlen, so wäre das Abstammungsverhältniss der einzelnen Bedeutungen von *iudicium* ein wesentlich anderes als bei der *actio*. Doppelsinnig ist der letztere, anfänglich nur dem Civilrecht eigentümliche Ausdruck ebenso wie *iudicium*. Er wird gebraucht wie für den gesetzlich geordneten Process, so auch für das legale Processmittel; für die Handlung also und für das Werkzeug (den Spruch), mit dem die Parteien den Streit durchführen¹¹⁾. Allein das Wort *actio* zeigt in erster Linie und ursprünglich eine Thätigkeit an, besonders das feierliche Handeln: daher das „Agiren“ des Schauspielers auf der Bühne, des Magistrats *cum populo* bei der Fragestellung¹²⁾, des „Klägers“ *cum reo* bei der Streitbefestigung¹³⁾. Weil aber das „Handeln“ der Processgegner nach Volksrecht in förmlicher Rede besteht, bezeichnete man die Formeln, deren sich die Litiganten bedienten, ebenfalls als *actiones*. Während also das honorarische Verfahren benannt wurde nach dem Instrument, mit dem die Parteien procedirten, ist auf dem Boden des Legalrechts gerade umgekehrt zuerst der Name für den Process entstanden, und dieser erst übertragen auf das Processmittel, auf die solennen Parteiprüche.

¹¹⁾ S. Bd. I S. 30, 31, 75.

¹²⁾ Vgl. Messala bei Gell. XIII. 16 § 2, 3 (Hertz), Mommsen St.R. I S. 192 N. 1.

¹³⁾ Vgl. meine Litiscontestatio S. 80, 40.

Wie dann auf Grund des Aebutischen Gesetzes die bis dahin nur dem amtsrechtlichen Process (*quod imperio continetur*) angehörige Schriftformel (*iudicium*) in das legitime Verfahren unter römischen Bürgern eindrang, das ist im zweiten Capitel dieser Schrift ausführlich dargelegt. Auf die Einreihung unter die *legis actiones* im Sinne des Gai. IV. 12 konnte der neue *modus agendi* ebenso Anspruch erheben wie die älteren Processarten der *Lex Silia* und *Calpurnia*, da er ebenfalls auf einer Legalnorm beruhte. Indess hatte die *Aebutia* im Wesentlichen doch nur die amtsrechtliche Einrichtung in das *Jus civile* aufgenommen, und so lag denn Nichts näher, als dass mit der Sache auch der dafür hergebrachte Name auf den Legalprocess übertragen ward¹⁴⁾. Das Verfahren unter Bürgern hatte seither, wenn die Parteien es wollten, die Gestalt des honorarischen „Judiciums“, nur war es jetzt, der Regel nach, auf die *Lex Aebutia* gegründet und dem entsprechend mit den Wirkungen des Volksrechtes ausgestattet, daher *iudicium legitimum*.

Das Aufkommen dieser Bezeichnung kann übrigens auch in anderer Weise gedacht und muss anders erklärt werden, wenn — was ja möglich ist — zur Zeit des Reformgesetzes die Verwendung von *iudicium* im Sinne von „Process“ noch nicht feststand. Unter dieser Voraussetzung wäre unsere Frage folgender Massen zu erledigen. Wenn die Juristen der Republik das Legalverfahren älteren und jüngeren Styls verglichen, so fiel naturgemäss vor Allem die Beschaffenheit des Processmittels in die Augen, das im einen und anderen System verschieden war. Dort

¹⁴⁾ Vgl. auch Bd. I S. 164.

die gesprochene Formel, die *actio*; hier die geschriebene, das *iudicium*. Sollte dieser Gegensatz auch in den Namen der beiden Processarten hervortreten, so musste man verzichten auf den Gebrauch von *actio* für das Aebutische Verfahren. Dagegen empfahl sich als durchaus passend das Wort *iudicium*, welches einerseits auf die Schriftformel hinwies, andererseits geeignet schien, jeden geordneten Vorgang vor richterlichen Personen, Beamten oder Geschworenen, anzuzeigen. Damit war auch eine gewisse Übereinstimmung in der Benennungsweise des älteren und neueren Verfahrens erzielt. In beiden Systemen bezeichnete der nämliche Ausdruck Beides zugleich, den Process wie das Processmittel, dort *actio* hier *iudicium*.

§ 21. *Iudicium* im nachklassischen Recht.

Zum Schlusse sei noch eine Bemerkung gestattet, die den Sprachgebrauch der nachklassischen Zeit betrifft. Gewöhnlich nimmt man¹⁾ an, die *cognitio* der Magistrate, welche unter der Kaiserherrschaft immer weiter um sich griff, sei nach Beseitigung der Schwurgerichte „zum Typus des ordentlichen Processes erhoben“. Wenn das richtig ist, so hat die Frage Berechtigung, ob sich die Umwandlung auch sprachlich ausdrückt in den Constitutionen seit Diocletian?

Die angeführte Behauptung ist ohne Zweifel folgerichtig entwickelt aus der Kellerschen Lehre von der Formlosigkeit der Verhandlung in Jure seit dem Wegfall der *Legisactio*. Wer die Streitbefestigung des Aebutisch-Julischen Rechts mit Keller als „Zeitpunkt“ auffasst und so

¹⁾ Vgl. statt Aller Keller *Civilprocess* § 1 S. 5, § 81 S. 417, 418.

in Wahrheit aus der Welt schafft, der wird der Schriftformel nur die éine Aufgabe zuerkennen, als Richtschnur für den Geschwornen zu dienen. Hatte dann der Judex seine Rolle ausgespielt, so wäre notwendig auch die Herrschaft der *concepta uerba* zu Ende gewesen. Anders aber wird man urteilen müssen, wenn die in meiner „Litiscontestatio“ ausgeführte Theorie Anklang finden sollte²⁾. Dieser zufolge enthielt die Schriftformel das von den Parteien vereinbarte Processprogramm, und die Urkunde als solche ist für den Vollzug der Streitbefestigung das unentbehrliche Instrument. Wurde kein Geschwornen mehr bestellt, so war in der Formel nur der Eingangssatz, das *iudex esto*, wegzustreichen, und in Gedanken der Beamtenrichter der neuen Ordnung als Adressat einzuschalten³⁾, um dem alt-

²⁾ Zugestimmt haben bisher Loth. Seuffert, Sohm, Friedr. Stein, Thon in der 7. Aufl. von Heumanns Handlexicon S. 160 (vgl. aber S. 102, 103), Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 421 N. 26 (1890 — anders noch S. 114 N. 46^b) und im Wesentlichen auch Joh. Merkel. Zur Anzeige des Letzteren (Gött. gel. Anz. v. 1889 Nr. 26) muss ich mir erlauben, Einiges zu bemerken. M. verschweigt (S. 1007, dazu freilich S. 1009) gerade die Hauptform der Aebutischen Litiscontestatio: das Geben und Nehmen der Urkunde. Er behauptet (S. 1008) meine Belege seien „durchaus sprachlicher Natur“. Doch nicht! Denn meine Übersetzung von *iudicium edere* und *accipere* führt auf eine Vertragsform, und der Processvertrag ist uns (was ich L. C. S. 56—69 auszuführen suche) ausdrücklich bezeugt. Die „Trennung von Begriffsbestimmung und Etymologie“ (S. 1009) bei der Erklärung der Festusstelle will der Rez. nicht recht gelten lassen. Dagegen möchte ich jetzt, einer freundlichen Anregung des Herrn Geheimrats Fitting folgend, auf das *testamentum* der Römer aufmerksam machen. Ist etwa beim Testiract der Zeugenaufruf der Kern der Handlung? Und doch weist der Name nur darauf hin (vgl. übrigens L. C. S. 82, 83 u. S. 83 N. 1). Endlich zur S. 1008: Ist das wirklich die „Hauptfrage“ in meiner Schrift, ob der Zeugenaufruf im Aebutischen Process üblich blieb?

³⁾ Dass der Beamte eine Anweisung für sich selbst zulässt, ist

bewährten Processmittel die Anwendbarkeit auch im reformirten Verfahren zu sichern.

Von diesem Standpunkt aus⁴⁾ wird man am ehesten den im Cod. Just. 2, 58 (Kr. 57), 1 erhaltenen Erlass des Constantius von 342 unbefangenen würdigen, der fast fünfzig Jahre nach dem vermeintlichen⁵⁾ Reformgesetz Diocletians (a. 294) die Verwendung der *iuris formulae* verbietet⁶⁾.

keineswegs unglaublich. Diese Bedeutung der Formel trat zurück gegenüber der anderen, die Parteien zu binden.

⁴⁾ Von ähnlichen Erwägungen ausgehend hat schon Wieding Libellprocess S. 126—129 und besonders Bekker Actionen Bd. II S. 225—236, 358—362 dem nachklassischen Process Formeln zugeschrieben; vgl. auch Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 524, 530 N. 44, S. 537, 538 N. 66, Cogliolo Storia del diritto privato romano I p. 185 N. 273. Beachtenswert ist Diocletians l. 3 C. com. rer. 4, 52 (a. 293 — Krüger), welche der Streitbefestigung durch *iudicium* (= Formel) *dictare* gedenkt, und eine Constitution desselben Kaisers (a. 295) in der Cons. V. 7, deren Anfangsworte ich hersetze: *quotiescunque ordinatis actionibus aliquid petitur . . . L. 47 (Mo. 46) § 1 D. n. g. 3, 5 (Paul.)*, die den Meisten und mit vollem Recht für interpolirt gilt (s. Wlassak Neg. gestio S. 33 N. 21, aus jüngster Zeit die gründliche Erörterung Lotmars Münch. krit. Vtljchr. Bd. XXVIII S. 337—340), könnte natürlich, auch wenn sie echt wäre (was neuerdings Ubbelohde im Ordo I S. 531 N. 45^a, minder entschieden bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 539, 540 annimmt), das *non observare* der *conceptio formularum* nur auf beschränktem Gebiete darthun.

⁵⁾ S. Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX¹ S. 103—112.

⁶⁾ Vorhergegangen war (a. 339) die Abschaffung der *uerborum obscurantia* bei der Erbeinsetzung und beim Vermächtniss: Cod. J. 6, 23, 15 — 6, 37, 21 (*ad populum* — ebenfalls von Constantius und Constans: so nach Gothofredus Krüger; a. A. aber Seeck Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXIII S. 225, 250, vgl. auch S. 187, 188: Constantin a. 320). Daraus erklärt sich vielleicht die eigentümliche Fassung der c. 1 cit., die Eisele Z. Geschichte der process. Behandlung der Exceptionen S. 20 N. 28 beanstandet. Die Kaiser wollen mit der neuen Verordnung dem gefährlichen Formelwesen (*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus*) vollends den Rest geben (*radicitus amputentur*), auch in den Processen. Letzteres hat die Constitution wohl ausdrücklich gesagt. Der im Codex uns vorliegende Satz

Nicht die Einschärfung Dessen, was ein Vorgänger im Reich angeordnet hatte, sondern ein erstmaliges Verbot dürfte uns vorliegen, und keinesfalls kehrt sich dieses gegen eine längst abgestorbene Einrichtung. Weiter aber versteht es sich so von selbst, dass noch Diocletian und die folgenden Kaiser den Privatprocess ihrer Zeit *iudicium* (oder *lis*) nannten.

Übrigens sind wir gar nicht gezwungen, auf die Beibehaltung der Formeln Gewicht zu legen, wenn die Frage erwogen wird, weshalb man *iudicium* weiter gebrauchte, statt es mit *cognitio* zu vertauschen. Änderungen des sprachlichen Besitzstandes sind gewöhnlich nur durchzusetzen, wenn sich das alte Wort schlechthin unfähig erweist, auch den modificirten Begriff zu vertreten, und wenn zugleich das vorgeschlagene Ersatzwort genau hineinpasst in die eben entstandene Lücke. In unserem Fall trifft das Erste so wenig zu wie das Zweite.

Unter *iudicium* begreifen, wie wir gesehen haben, die Juristen der klassischen Periode keineswegs nur den Process vor dem Geschwornen, sondern ebenso die Streitbefestigung vor dem Praetor. Wenn nun den Beamten im dritten Jahrhundert regelmässig auch die Spruchthätigkeit der Geschwornen zufiel, so ist es gewiss nichts Erstaun-

ist ja gewiss nicht die ganze Verordnung. Die Compileren aber konnten sich mit der Aufnahme des allgemein klingenden, volltönenden Satzes begnügen, weil sie die besondere Beziehung auf die Klageformeln durch die Titelüberschrift ausser Zweifel gestellt hatten. Jedenfalls ist es höchst unwahrscheinlich, dass die Absicht der Urheber des Erlasses gerade auf den Process nicht gerichtet war. Aus der Adresse endlich, die bei c. 1 cit. so lautet: *Marcellino praesidi Phoenice*, während das Edict von 339 sich an den *populus* wendet, darf man schwerlich irgend Etwas ableiten; vgl. Krüger Quellen S. 264, 265.

liches, dass solchen Processen, welche bisher *iudicia* hiessen, dieser Name nach wie vor gewahrt blieb. Unpassend konnte er gewiss nicht erscheinen für das Verfahren vor einer Obrigkeit, der neben der *iurisdiction* jetzt auch die *iudicatio* zustand. War es doch nur die Erneuerung eines alten, nie ganz erloschenen Gebrauchs, den Beamtenrichter „*iudex*“ zu nennen und darnach das Beamtengericht nebst dem zugehörigen Prozesse „*iudicium*“⁷⁾. Vorbereitet ist diese Wandlung schon in der Zeit, wo in Rom, trotz der Vermehrung der selbst urteilenden Beamten, der Gegensatz des regelmässigen und des Extraordinarverfahrens noch volle Geltung hatte. Auch die Juristen jener Zeit halten die strenge Terminologie nicht mehr fest und verwenden *iudex*, *iudicium* zuweilen für die richterliche Obrigkeit und die Cognition der Magistrate. So will z. B. Marcian in l. 11 D. de off. pr. (1, 18) sehr wahrscheinlich nur Dasselbe sagen, was Proculus im Anfang der unmittelbar folgenden l. 12 ausspricht⁸⁾.

Omnia enim prouincialia desideria, quae Romae uarios iudices habent, ad officium praesidium pertinent.

Dies schreibt der jüngere Jurist; dagegen der ältere:

Sed licet is, qui prouinciae praestet, omnium Romae magistratum uice et officio fungi debeat, . . .

Sollten diese Texte nicht genügen, so erbringt jedenfalls Ulpian's Erläuterung eines der Restitutionsedictes ausreichenden Beweis: *magistratus* und *iudex* stehen in l. 26

⁷⁾ Vgl. oben S. 53 N. 4; dazu aus der Kaiserzeit: Ulp. Dig. 5, 1, 2, 8, Macer Dig. 48, 11, 3.

⁸⁾ Damit ist vermutlich auch Pernice (Festgabe f. Beseler S. 57 zur N. 1) einverstanden, der andernfalls wohl die l. 11 D. cit. weiter ausgenützt hätte.

§ 4 D. ex quib. c. (4, 6) ohne Zweifel abwechselnd zur Vertretung desselben Begriffs⁹⁾.

Nicht minder gewiss ist in anderen Ulpianischen Stellen die Verwendung von *iudicium* zur Bezeichnung solcher Prozesse, die ohne Geschworne und selbst ohne Formel erledigt wurden. So in l. 6 § 1 D. de his (3, 2):

Sed si furti uel aliis famosis actionibus quis condemnatus prouocauit, pendente iudicio¹⁰⁾ nondum inter famosos habetur,

l. 1 § 5 D. de uar. et extraord. cogn. (50, 13):

Proinde ne iuris quidem ciuilibus professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima ciuilibus sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit¹¹⁾.

Bedenkt man noch die nach späterem Kaiserrecht nicht seltene Berufung von „Unterrichtern“, welche *iudices* hiessen wie die alten Geschwornen, so haben sich Gründe genug gefunden, welche den Übergang von *iudicium* = Process in die Sprache der Constitutionen von Diocletian bis Justinian vollauf rechtfertigen.

⁹⁾ Vgl. auch Joh. Merkel Abhandlungen II S. 98 N. 8.

¹⁰⁾ Über das Verfahren in der Appellationsinstanz Puchta Institutionen Bd. I § 181 vor N. 1 (S. 565), J. Merkel a. a. O. II S. 139.

¹¹⁾ Hieher gehört auch Ulp. Dig. 40, 12, 7, 5. Der Satz: *cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in seruitutem aut contra agatur* ist weder interpolirt (s. Bd. I S. 179 N. 12), noch ist Lenels neuere Auslegung (Paling. II p. 757 N. 7) und der Widerspruch gegen meinen Vorschlag (L.C. S. 73 N. 5) begründet. Näheres in der Ztschr. f. Privat- und öffentl. Recht Bd. XIX (1892). Anscheinend verkennt selbst Lenel die weitere Bedeutung von *iudicium* (P.G. § 2, 19) oder wenigstens die oben dargelegte Sprachweise Ulpian's.

Andererseits war auch der Ausdruck *cognitio*, der einzige, den man in Betracht ziehen konnte, durch seine Geschichte nicht empfohlen zur Übernahme der dem klassischen Kunstwort bisher zugewiesenen Aufgabe. Einmal zeigen *cognoscere* und *cognitio* Nichts an, was gerade der magistratischen Thätigkeit bei der Rechtspflege eigen wäre. Auf den *Judex* können beide Worte ebensogut bezogen werden, und die Juristen haben sich ihrer in dieser Verbindung in der That recht häufig bedient¹²⁾. Sodann ist das „Cognosciren“ des Beamten an sich durchaus nicht unverträglich mit dem ordentlichen Verfahren des klassischen Rechts; vielmehr ist es als Vorbereitung des letzteren hie und da ausdrücklich anerkannt¹³⁾. Hiernach kann in genauer Rede weder die *cognitio* schlechtweg den Gegensatz machen zur Geschwornenthätigkeit, weil auch der *Judex cognoscirt*; noch selbst die *cognitio praetoris* oder *proconsulis* zum ordentlichen Process, weil sie diesem auch als magistratischer Act nicht fremd ist. In den Rahmen des regelmässigen Verfahrens fügen sich also nur solche Cognitionen der Beamten nicht ein, die weder näher noch entfernter zu Judicien hinführen, die ein *Judicium* nicht einleiten, sondern ersetzen wollen, indem sie abschliessen mit einem der Sentenz des Geschwornen äh-

¹²⁾ Einige Belege im I. Bd. S. 217; dazu *Jul. D.* 5, 1, 74, pr., *Jul.-Ulp. D.* 5, 3, 33, 1, *Pomp.-Paul. D.* 42, 1, 36, *Gai. D.* 10, 2, 1, 1, *Scaev. D.* 45, 1, 135, 2, *Ulp. D.* 2, 4, 2 — 10, 4, 3, 9 — 27, 2, 2, pr. — 27, 4, 3, pr. — 28, 5, 35, pr. — 50, 5, 13, 3; auch *Tacit. de orat. c.* 5, *Gell. N. A.* XIV. 2 § 16, 17, 21, 25.

¹³⁾ So in den praetorischen Edicten mit *causa cognita iudicium (actionem) dabo*: *Dig.* 14, 5, 2, pr. — 47, 10, 15, 34 — 47, 10, 17, 10; dazu *Prob.* 5, 12, *Gai. IV.* 118. Irrig Rudorff *Rechtsgeschichte* Bd. II § 58 N. 2; s. auch Eisele *Proc. Behandlung der Exceptionen* S. 17 N. 23.

lichen Spruche. Lediglich diese besonders gearteten Cognitionen stellen die Römer dem ordentlichen Rechtsstreit gegenüber und bezeichnen sie demgemäss als *extra ordinem* oder *extraordinariae*¹⁴⁾.

Das Vorstehende kann belegt werden aus den Schriften der spätesten Klassiker¹⁵⁾. Doch ist allerdings eine daneben vorhandene Strömung zu beachten, welche dahin

¹⁴⁾ Gegen die Auffassung des *extra ordinem* in meinen Krit. Studien S. 70—91 sind von Ubbelohde bei O. E. Hartmann Ordo I § 39 manche Einwendungen erhoben, die sich nicht kurz beantworten lassen. Der Herausgeber des verdienstlichen Werkes hat vom Verf. die wunderliche Vorliebe für späte und trübe Quellen übernommen. Auf diesem Wege kann ich ihm nicht folgen. Ubbelohdes eigene Deutungen des *extra ordinem* sind m. E. zum Mindesten ebenso unsicher wie die von mir vertretenen. Trotzdem verwirft er gern fremde Ansichten als „willkürlich“. Besonders möchte ich hier nur die Unterstellung zurückweisen (Ordo I S. 477 ist kaum anders zu verstehen), als seien nach meiner Ansicht „alle *cognitiones* ohne Weiteres *extraordinariae*“. Dieses Missverständniss ist im Voraus entschieden abgewehrt in den „Krit. Studien“ S. 87. Deutlicher als früher würde ich mich jetzt über das *ius ordinarium* der Quellen äussern. Dieser Ausdruck ist meist auf das Aebutisch-Julische und praetorische Processrecht zu beziehen, d. h. auf das Recht des *iudicium legitimum* und *imperio continens*.

¹⁵⁾ Wegen des cognoscirenden Judex vgl. die oben in N. 12 angezogenen Ulpianischen Fragmente. Dass ferner solche Cognitionen, welche die Juristen zum regelmässigen Verfahren in Gegensatz bringen, als magistratische besonders bezeichnet werden, das zeigen u. a. folgende Stellen, die alle Ulpian zugehören: Lib. sing. reg. XXV. 12: . . . *non per formulam . . . sed cognitio est . . . consulum aut praetoris* [dazu Gai. II. 278: . . . *legata per formulam . . . fidei commissa uero . . . apud consulem uel apud eum praetorem . . .*], Dig. 6, 1, 1, 2: . . . *aut praesudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria* [dazu Pernice Festgabe f. Beseler S. 65], Dig. 4, 4, 13, 1: . . . *uel cognitione praetoria uel rescissa alienatione dato in rem iudicio*, D. 43, 30, 3, 3: *cessat interdictum et succedere poterit notio praetoris* (dagegen Jul. D. 43, 30, 3, 4: *interdictum-cognitio*). Überall handelt es sich in diesen Texten um eine *Cognitio* anstatt des *Judicium*; und in ganz gleichartigen Fällen steht, wieder bei Ulpian, der *actio* und dem *interdictum* das *extra ordinem* gegenüber: D. 11, 7, 12, pr. — 11, 7,

ging, *cognitio* ohne Zusatz hauptsächlich von der magistratischen und insbesondere von den extraordinären Rechtspflegeacten zu gebrauchen. Hierauf deuten z. B. die Überschriften der Werke des Callistratus und Paulus *de cognitionibus*, verglichen mit den aus diesen Abhandlungen erhaltenen Fragmenten. Jedenfalls aber war die letzterwähnte Sprachweise nicht in dem Masse durchgedrungen, dass sich *cognitio* ohne Beiwort als der gerade passende Ausdruck für den nachklassischen Process dargeboten hätte.

Wer übrigens, allgemein oder in besonderen Fällen, dem Vordiocletianschen Verfahren ohne Formel und Judex auch andere gewichtige Abweichungen vom ordentlichen Rechtsgang zuschreibt¹⁶⁾, der muss daraus noch weitere Bedenken ableiten gegen die Vertauschung von *iudicium* und *cognitio*¹⁷⁾ nach der Beseitigung der Geschwornen. So weit nämlich diese Änderung der Gerichtsverfassung nicht notwendig gewisse Umbildungen im Gefolge hatte, sollten sicher für diejenigen Streitsachen, wo früher Privatrichter geurteilt hatten, die bisherigen Processregeln auch in Zu-

14, 2 — 25, 4, 1, 1 — 43, 4, 3, pr. — 43, 32, 1, 2 [dazu Ad. Schmidt im Freib. Prorektoratsprogramm von 1856 S. 34—46]. Um anderer Zwecke willen sind diese Stellen in Bekkers Actionen Bd. II S. 197 N. 32, S. 208 N. 70, 71 gesammelt.

¹⁶⁾ Vgl. namentlich Bekker Actionen Bd. II S. 199—211, andererseits Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 498—518, auch Rudorff R.G Bd. II S. 203 und neuestens Salkowski in Glücks Commentar T. 49 S. 613—617.

¹⁷⁾ Für eine Erklärung des Daseins zweier Codextitel: *de ordine iudiciorum* (III. 8), *de ordine cognitionum* (VII. 19) fehlt hier der Raum. [Der zweite hängt zusammen mit einer Rubrik des praetor. Albums: *de ordinanda liberali causa*; vgl. meine L.C. S. 73—76, S. 74 N. 1.] Was Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 537 anführt, scheint mir nicht genügend. Mit Recht aber beanstandet U. die „Cognitiones“ auf dem Titelblatt von Bethmann-Hollwegs Civilpr. Bd. III.

kunft in Geltung bleiben. Die Abschaffung des hergebrachten Processnamens hätte aber den Anschein erzeugt, als sei fortan überall kein Unterschied mehr zwischen den alten Ordinar- und Extraordinarsachen, und das Recht der letzteren jetzt durchaus massgebend auch für die ersteren.

Indessen mag man die hier namhaft gemachten Gründe immerhin verwerfen, keinesfalls ist die Thatsache selbst, die wir zu erklären versuchten, irgend einem Zweifel unterworfen. Wie die Aufhebung der alten Gerichtsverfassung so hat nachweislich auch das später folgende Verbot der Formeln keinen Einfluss geübt auf den hier behandelten Sprachgebrauch. Nach wie vor Diocletian begegnet in den Kaisergesetzen neben *lis* und *negotium* zur Bezeichnung desselben Begriffes auch *iudicium*. Die in der Note¹⁸⁾ zum Zeugniß aufgerufenen Stellen stammen aus der Zeit von 294 bis 533, die ältesten aus dem zweiten Decennium von Diocletians Regierung, die jüngsten aus den Jahren der Compilation. Wenn also Justinian *iudicium* = Process in den klassischen Excerpten stehen liess, in die Codexrubriken und in neugeschriebene Abschnitte seiner Institutionen setzte, so ist das nicht etwa die Wiederaufnahme einer in

¹⁸⁾ Vgl. Diocl. l. 7 C. de iudic. (3, 1), l. 4 § 1 C. de usur. p. (5, 56), l. 4 C. si adv. lib. (2, 31 — Kr. 2, 30), l. 6 § 1 C. de appell. (7, 62), Constantin [a. 322] l. 5 C. de dil. (3, 11), [a. 325] c. 2 C. Th. de iud. (3, 18) = l. 10 C. de iud. (3, 1), Gratian [a. 382] c. 3 C. Th. de cogn. (2, 12) = l. 24 C. de proc. (2, 13 — Kr. 2, 12), Theodos. [a. 424] c. 1 § 1 in f. C. Th. de action. (4, 14), [a. 428] c. 1 C. Th. de omiss. (2, 3) = l. 2 C. de form. (2, 58 — Kr. 2, 57), [a. 440] l. 1 (§ 2) C. qui pro sua (3, 4), Zeno [a. 486] l. 14 C. de test. (4, 20), Justinian [a. 530] l. 5 § 1, 2 (Kr. § 3, 4) C. de rec. (2, 56 — Kr. 2, 55), [a. 531] l. 2 (§ 2) C. de adsert. (7, 17), § 11 I. de except. (4, 13), § 8 I. de interd. (4, 15). Dass auch die Justinianischen Gerichte *iudicia* heissen, ist allbekannt; s. Hartmann-Ubbelohde a. a. O. I 8. 537.

der Zwischenzeit gemiedenen Ausdrucksweise. Vielmehr war unser Wort in dem gedachten Sinn nie ausser Anwendung gekommen; schon unter der Republik¹⁹⁾ bezeichnet es den ganzen Process mit Einschluss der Streitbefestigung, zuerst das Formelverfahren des praetorischen, dann des legitimen Rechts, schliesslich in gleichem Umfang den spätkaiserlichen und Justinianischen Process.

¹⁹⁾ Vgl. Cic. orat. part. c. 28 § 100 (dazu meine L.C. S. 94 N. 1), p. Quinct. c. 2 § 9, p. Flacco c. 21 § 50, Fragm. Atest. Z. 8, 9, L. Rubr. c. 20 I Z. 22, 23, 32, 33 (oben § 20 N. 10), Alfén-Paul. I. 58 D. de r. v. (6, 1). [Der überlieferte Text der l. 58 in f. erregt Bedenken.]

Fünftes Capitel.

Gaius' Bericht IV. 104.

§ 22. Litteratur zu Gai. IV. 104. — Die richtige Auffassung.

Im ersten Capitel dieser Schrift (§ 3) ist der Versuch gemacht, das Wesen des *iudicium legitimum* zunächst aus dem Namen der so und vermutlich nie anders benannten Einrichtung abzuleiten. Gaius selbst, unser wichtigster Gewährsmann, hat der Forschung diesen Weg gezeigt, da er (IV. 103) die durch moderne Deutelei mehr und mehr verdunkelte ¹⁾ „Legitimität“ der *Judicia* ebenso einfach wie ausreichend mit den Worten erklärt: *legitimo iure consistunt*. Demnach ist es nichts Anderes als die sattsam bekannte Unterscheidung der Rechtsquellen, worauf die

¹⁾ Vgl. neuerlichst (1889) Lotmar Krit. Vierteljschr. Bd. XXXI S. 486—488, der — zweifelnd — an eine oben Bd. I S. 49, 50 verworfene Ansicht anknüpft. Auf Gai. IV. 103 weise ich nochmals hin, da L. S. 486 trotz Bd. I S. 32, 34, 35 behauptet: „Gaius definiert zwar die *iudicia legitima*, aber nur die Sache, während er den Namen unerklärt lässt“.

Einteilung der mit Schriftformel instruirten Prozesse beruht. Wie die Actionen in zwei Gruppen zerfallen, in eine civile und eine praetorische, von denen die erste im Volksrecht, die andere im Amtsrecht ihren Ursprung hat, so stehen gesondert auch zwei Massen von Processregeln neben einander. Bald unterliegt das in Rom begründete Verfahren volkrechtlichen Normen: dann heisst das *Judicium* „legitim“, nach der *Lex Aebutia* in älterer, nach der stadtrömischen *Julia* in der Kaiserzeit; bald ist es geordnet durch obrigkeitliche Satzung und wird dann bezeichnet als *iudicium imperio continens*, weil es seine Geltung lediglich der Befehlsgewalt des Magistrats verdankt, die überall da, wo sie nicht Legalrecht ausführt, nur Vergängliches schaffen kann.

Halten wir fest an dieser Anschauung, so muss sich sofort eine Untersuchung anschliessen, die das Verhältniss des Gaianischen Berichtes in IV. 104 zu dem aus § 103 gewonnenen Ergebniss aufklärt. „Legitim“ — sagt der Jurist — sind die *iudicia quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur*. Was soll diese zweite Äusserung über die „gesetzlichen Prozesse“, die von den Auslegern des Gaius meist so behandelt wurde, als wäre sie überhaupt die einzige? Gewiss wird es Niemand statthaft finden, einen Widerspruch der unmittelbar vorhergehenden Worte des § 103 mit den zuletzt mitgetheilten anzunehmen. Daher sehen wir uns genötigt, eine Beziehung anzuerkennen zwischen dem dort genannten *ius legitimum* und allem dem, was hier im § 104 von dem gesetzlichen Verfahren berichtet wird. Demnächst ist nun darzulegen, wie beschaffen der in Rede stehende Zusammenhang sein könnte.

Mommsen²⁾ denkt, wie es scheint, an ein Gebot der Lex, des Inhalts: „der Praetor habe durch sein Imperium dieses Gericht“ (d. h. wohl: das Gericht *in urbe Roma* etc.) „herbeizuführen“. A. Pernice³⁾ will wenigstens das mit den Worten *sub uno iudice* ausgedrückte Kennzeichen aus einem Befehl der Lex herleiten: „das Gesetz habe den Stadtpraetor verpflichtet unter lauter römischen Bürgern einen Einzelrichter zu bestellen“. Nach Mommsen wären also die Gerichte und Prozesse unter praetorischer Leitung, die auf Amtsrecht beruhen (*quae imperio continentur*), nicht nur ohne gesetzliche Grundlage, sondern geradezu in Missachtung eines Gebotsgesetzes entstanden; nach Pernice träfe der Vorwurf der Gesetzwidrigkeit bloß die in Rom mit recuperatorischer Formel begründeten Bürgerprozesse. Sollte sich Mommsens Behauptung nicht auf die Zeit beziehen, wo es einen einzigen Praetor gab, sondern auf die spätere, und dann wieder nur der Praetor gemeint sein, *qui inter ciues ius dicit*, so wäre sie kaum noch verschieden von Pernices Aufstellung.

Vor Allem glaube ich über éinen Punkt ohne Mühe Einverständnis erzielen zu können, darüber nämlich, dass zum Mindesten in den Worten: *inter omnes ciues Romanos*, so weit sie auf die Parteien gehen, kein Befehl der Lex nachklingt. Welchen Sinn sollte denn ein Gesetz haben, das den einzigen Praetor oder, nach der Einrichtung der zweiten *prouincia urbana*, den Stadtpraetor anwies, ein Gericht „unter lauter römischen Bürgern“ herbeizuführen? Hatte das „Gesetz“ etwa die Absicht, die

²⁾ St.R. I S. 189 N. 1, dazu R.P.G. Bd. I S. 23, 24.

³⁾ In d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 122, 123; vgl. R.P.G. Bd. I S. 34.

Peregrinenrechtspflege zu verbieten? Damit wäre die Zulässigkeit eines Fremdengerichts bis ungefähr 512 d. St. in Abrede gestellt. Als die zweite Praetur ins Leben trat, konnte das Verbot keinesfalls noch fortbestehen. Oder soll es jetzt erst für den Praetor urbanus erlassen sein? So hätte man diesem eine Jurisdiction untersagt, die ihm gar nicht zustand, wenn nicht zufällig beide *provinciae urbanae* in seiner Hand vereinigt waren. Oder soll „das Gesetz“ vielleicht das Bürgergericht angeordnet, das Fremdengericht nur erlaubt haben? War es also der Sinn der Lex, dass der Praetor römischen Bürgern Process und Schwurgericht nie denegiren dürfe? Es ist kaum der Mühe wert, diese Hypothesen zu widerlegen, für die sich schwerlich eine Stimme erheben wird, noch bisher erhoben hat. Hier sind sie nur aufgeführt, um die Überzeugung zu erwecken, dass das éine Merkmal des legitimen Formelverfahrens gewiss aus keinem Befehl „des Gesetzes“ an die Beamten entstanden ist.

Betreffs der übrigen Punkte, der *urbs Roma* und des bürgerlichen *unus iudex*, müssen wir uns damit begnügen, dem „gesetzlichen Recht“ bei Gai. IV. 103, d. h. also der Aebutischen und Julischen Gerichtsordnung unbedingte Gebote solcher Art abzusprechen, worauf jene weiteren Erfordernisse des *Judicium legitimum* etwa beruhen könnten. Anderer Ansicht ist hier wahrscheinlich A. Pernice, der freilich „das Gesetz“ nicht näher bezeichnet, aus dem er die Verpflichtung des Stadtpraetors herleitet, streitenden Römern einen Einzelrichter zu „bestellen“. Sollte aber neben „altem Staatsrecht“ auch die Lex Aebutia gemeint sein, so dürfte an die Recuperatoren im Bürgerprocess zu Rom erinnert werden, deren Vorkom-

men für die Ciceronische Zeit ⁴⁾ — und keineswegs als etwas Neues, Unerhörtes — von Cicero selbst bezeugt ist (pro Tullio, pro Caecina). Den gleichen Beweis liefert für die Kaiserzeit Gaius IV. 105, 109 und verhindert so die Versetzung des fraglichen Gebotes in die Augusteische Gerichtsordnung. Wer dessen ungeachtet die verworfene Ansicht festhalten will, der hätte zuvor ein zweites Beispiel beizubringen, wo der Praetor neueren Volksgesetzen auch so geradezu ins Gesicht schlug, wie durch die Ernennung von Recuperatoren dem vermeintlichen Befehl der Lex Aebutia und Julia. Bisher kennen wir meines Wissens bloß Fälle von Ungehorsam gegenüber veralteten Gesetzen, die schon der Vergessenheit mehr oder minder anheimgefallen waren.

Pernice hat übrigens die erörterten Schwierigkeiten gewiss nicht übersehen; denn er sucht einen Ausweg zu gewinnen durch die Bemerkung: „der Absicht des Gesetzes sei auch durch Recuperatoren genügt“. Darnach wäre der Stadtpraetor einerseits verpflichtet worden zur „Bestellung“ des *unus iudex*, andererseits hätte die Lex eine abweichende Übung nicht missbilligt. Das scheint mir weder glaublich noch auch geeignet, den Anstoß wirklich aus dem Wege zu räumen. Konnte nämlich der „*iudex*“ des Gesetzes auch ein Richtercolleg sein, so müsste der stadtrömische Bürgerprocess mit recuperatorischer Formel ebenfalls zu den *Judicia legitima* gehören, während doch Pernice selbst, den Institutionen (IV. 105) folgend, das Gegenteil lehrt.

⁴⁾ Vgl. besonders Huschke in Richters Jahrb. Jg. I S. 907, auch R.P.G. Bd. I S. 108.

Wie sich gezeigt hat, führt die Ableitung der bei Gaius IV. 104 aufgezählten Kennzeichen des Legalprocesses aus unbedingten Befehlen der Gerichtsgesetze an die Beamten unvermeidlich zum Widerspruch mit den Quellen. Es fragt sich also, welche andere Auffassung wir an die Stelle setzen sollen. Um es kurz zu sagen: Gaius giebt a. a. O. die Grenzen des Gebietes an, in dem allein *ius legitimum* zur Geltung kommt; oder anders ausgedrückt: die Voraussetzungen an deren Dasein die Wirksamkeit der processualischen Lex gebunden ist. Mithin wollen die beiden vom Volk beschlossenen Gerichtsordnungen nur dann Anwendung finden, wenn der Process in Rom begründet wird unter bürgerlichen Parteien und mit einer Formel, die den Einzelrichter aus der Bürgerschaft beruft. Fehlt von diesen Voraussetzungen auch nur eine, so tritt das Verfahren unter die Herrschaft des Amtsrechtes.

Wahrscheinlich ist die eben vorgeschlagene Deutung schon Puchta⁵⁾ bekannt gewesen, der sich allerdings nicht ganz befriedigend ausdrückt, wenn er sagt: die Aebutia habe die *Judicia legitima* „in Rom unter Cives mit einem Judex angeordnet“. Anklang hat diese gelegentliche Bemerkung, die der Altmeister in seinen „Cursus“ (§ 163) nicht aufnahm, nur bei Wenigen⁶⁾ gefunden. Auch diese halten übrigens die Lehre des Gaius nicht streng fest, noch versuchen sie es, eine Begründung zu geben.

Am bedenklichsten erschien offenbar das Erforderniss des *unus iudex*. Die Lex Aebutia habe es „mit in ihre

⁵⁾ In der Ztschr. f. gesch. R.W. Bd. X S. 207 N. 10 (1842).

⁶⁾ Vgl. R.P.G. Bd. I S. 21.

Bestimmungen aufgenommen“. So unsicher äussert sich neuestens (1889) noch Eisele in seinen „Abhandlungen“ (S. 27⁷⁾. Wie jene „Bestimmung“ beschaffen, ob der Einzelrichter schlechthin „vorgeschrieben“ war neben der Formula, das bleibt unentschieden⁸⁾. Ein anderer Gelehrter, Th. Muther⁹⁾, ist anscheinend durch den *unus iudex* verleitet worden, die Aebutische Reform zu beschränken auf den Process mit gewissen Klagen: mit der Actio certae (credita) pecuniae und certae rei, denen Kappeyne van de Coppello¹⁰⁾ nur die übrigen civilen Schuldklagen hinzufügt. Letzterer verlangt ganz ausdrücklich für das Aebutische Verfahren „ein nach Landrecht (d. h. Jus civile) zu entscheidenden Streit“. Der Ursprung dieser Annahme, von der Gaius Nichts weiss, ist vermutlich in einer Verwechslung des Actionen- und Processrechts zu suchen¹¹⁾.

Zutreffend, nur in einem Punkte sehr zweideutig,

⁷⁾ Vgl. auch Eisele Grundlage der Exceptio S. 162 N. 22.

⁸⁾ Nach Puntchart Civilrecht S. 121, Rektoratsrede S. 61 u. in d. Krit. Vtjschr. Bd. XXVIII S. 528 ist der *unus iudex* ein „neues Requisit (Erforderniss) der neuen *Judicia legitima*“ des Julischen Gesetzes, und „gewiss“ soll es sein, dass er es in der Zeit der Republik noch nicht war (Rede S. 59). Genauer spricht sich m. W. Puntchart über das „Requisit“ nicht aus.

⁹⁾ Zur Lehre von der Actio S. 74, 75; vgl. ferner die P.G. Bd. I S. 129 N. 36 angeführten Schriften. Jüngst ist auch Eisele Abhandlungen S. 78—88 der Ansicht von Muther beigetreten.

¹⁰⁾ Abhandlungen H. II S. 302, 303. Richtig ist auf S. 323 das Anwendungsgebiet der L. Julia umschrieben.

¹¹⁾ Unverkennbar ist diese Confusion in der Behauptung von Voigt *Jus naturale* Bd. II S. 657: „Die Prozesse mit, wie zwischen Peregrinen sind stets *imperio continentia*, und diese Thatsache allein genügt, um zu erkennen, dass der durch die Lex Aebutia begründete Formularprocess durch diese Lex selbst nicht auf die Klagen des *ius gentium* mit erstreckt war, weil entgegengesetzten Falles auch die diese Klagen betreffenden Prozesse *legitima* gewesen sein würden“.

ist die Aufstellung von Dernburg¹²⁾, der das ältere Reformgesetz bezieht auf „alle Prozesse unter Römern, welche innerhalb der Stadt und des ersten Meilensteins vor einem Richter durch eine Formel eingeleitet wurden“. Die unterstrichenen Worte wollen gewiss eine Übersetzung von *sub uno iudice* sein, gehen also nicht auf den Magistrat. Demnach liegt entweder eine irreführende Ausdrucksweise vor, oder Dernburg lässt nur die engere Bedeutung von *iudicium* (= Geschwornenverfahren) gelten¹³⁾. Dass aber Gaius in der That an den Processanfang in Jure denkt, dafür haben wir zum Glück in unserer Stelle selbst, und zwar in beiden Sätzen des § 104, ganz untrügliche Anzeichen. Das *iudicium*, dem die Julische Verjährung ein Ende machen kann, ist ohne Zweifel das bereits vor dem Praetor begründete Processverhältniss¹⁴⁾. Und klaren Sinn ergeben auch die Worte des vorhergehenden Satzes:

Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma . . . sub uno iudice accipiuntur.

Dazu desselben Verf. *Conditiones ob causam* S. 780: . . . „ihrem Wesen nach sind beide Klagen gleich; beide sind honorarisch und *imperio continentia iudicia*; beide sind *utiles* und *fictitiae* insbesondere“. Auch Punschart weiss *Actio* und *Process* nicht zu unterscheiden. Seine Theorie von der *Lex Aebutia*, die „keine *Judicia legitima* einführt“, während ein gleichzeitiges, ergänzendes Gesetz (*L. Silia*) „dem Praetor die *Sponsio* als gesetzliches Processorgan an die Hand gab, um die *Judicia legitima* in Rom aufrecht zu erhalten“, (vgl. *Civilrecht* S. 121, 194, 195) ist lediglich aus jener Begriffsverwirrung hervorgegangen.

¹²⁾ In der *Heidelb. Krit. Ztschr.* Bd. I S. 470.

¹³⁾ So Baron *Gesch. d. Röm. Rechts* I § 186 S. 362, 363, vermutlich auch Pernice in *Holtzendorffs Encyclopädie* S. 127 (5. Aufl.): . . . „vor dem *unus iudex* verhandelte Sachen (*iudicia legitima*)“.

¹⁴⁾ Vgl. oben § 19 S. 28, 29 u. 35 N. 20.

Der Act des *accipere* ist unverkennbar die Streitbefestigung, die bekanntlich dem Verfahren in Jure angehört. Folglich versteht der Jurist unter *iudicium* sicher den ganzen Process, und gerade darauf ist seine Absicht besonders gerichtet, der *Litiscontestatio* das Praedicat der Gesetzlichkeit zuzusprechen.

Beachtung verdient ferner das Praesens *accipiuntur*, das hier steht und das im folgenden Paragraphen bei der Bestimmung der Prozesse, die dem Amtsrecht zufallen, noch zweimal wiederkehrt. Wäre *iudicium* blos das Verhältniss, welches die Parteien durch das *litem contrahere* erzeugen, so hätte der Jurist, ohne ungenau zu sein, *iudicia . . . accepta* setzen können. Da jedoch die Thatsache, aus der die Processobligation entsteht, ebenfalls *iudicium* genannt wird, so ist das Praesens nicht blos gerechtfertigt, sondern es ist absichtlich wiederholt verwendet, um anzudeuten, dass der Act des *accipere* selbst schon ein Stück des *Judiciums* sei.

Die modernen Schriftsteller¹⁵⁾ finden sich mit dem Wörtchen *accipiuntur* in eigentümlicher Weise ab. Offenbar ist es ihnen unbequem, und sie beseitigen es daher einmütig durch falsche Übertragung ins Deutsche. Keller eröffnet den Reigen, indem er für *accipitur* einmal: „constituirt sei“ gebraucht, das anderemal „angeordnet ist“. Puchta übersetzt: „bestellt hat“, Bethmann-Hollweg: „angeordnet hat“, Rudorff und Andere: „angeordnet ist“ oder „war“.

Allen hier Genannten schwebt, wie die mitgetheilten

¹⁵⁾ Keller *Litiscontestatio* S. 113, *Civilpr.* § 45 S. 226, Puchta *Institut.* Bd. I § 159 S. 464 (dazu S. 465: „übernommen“), Rudorff *R.G.* Bd. II S. 11, Bethmann-Hollweg *Civilpr.* S. 489, 490, Kuntze *Cursus* § 236 S. 144, Czychlarz *Institutionen* § 163 S. 371.

Ausdrücke zeigen, zunächst wohl die Bedeutung „Spruchgericht“ vor, wenn sie vom „Judicium“ reden; Rudorff bekennt das auch geradezu. Allein diese Auffassung ist augenscheinlich verfehlt. Denn Gaius konnte nicht sagen: Legitim sind die Gerichte, welche *sub uno iudice accipiuntur*; noch weniger: die legitimen Gerichte erlöschen, wenn sie nicht in 18 Monaten durch Urteil entschieden sind (*iudicata fuerint*); endlich wiederholt er (*et hoc est . . .*) den eben angeführten Rechtssatz der Lex Julia sofort in sprichwörtlicher Fassung, wo statt *iudicium* das Wort *lis* erscheint. *Lis* aber heisst, was keines Beweises bedarf, „Process“, niemals „Gericht“.

Nun gilt es noch einen nahe liegenden Einwand zu entkräften. Die Phrase *sub uno iudice* ist nach Dirksen¹⁶⁾ einem *coram iudice* gleichzuachten, und auch Andere (Dernburg, Mommsen¹⁷⁾) ersetzen sie im Deutschen durch die Worte: „vor einem Richter“. Müssten wir Dem zustimmen, so hätte das oben Dargelegte kaum den Erfolg, Jemanden zu überzeugen. Unser Gewährsmann würde ja deutlich erklären, dass er nur das legitime Geschwornenverfahren im Auge habe. Und man könnte dies noch bestätigt finden durch IV. 105, wo Gaius unter den correlaten *iudicia imperio continentia* an erster Stelle „die recuperatorischen“ erwähnt. Hiebei scheint die Frage berechtigt, ob es denn angeht, den Namen *iudicium recuperatorium* auf den Processabschnitt in Jure auszudehnen?

Wäre die vorstehende Gegenausführung zwingend, so läge ein rätselhafter und unauflöslicher Widerspruch vor,

¹⁶⁾ Manuale lat. über „sub“ § 3 p. 915.

¹⁷⁾ Staatsrecht Bd. I S. 186.

da der Versuch, *iudicium* bei Gaius IV. 104 im engeren Sinn zu fassen, notwendig zu den schon oben S. 28—30 als unhaltbar erwiesenen Folgerungen hinführt. Einen Act des *iudicium accipere* vor dem Geschwornen kennen wir nicht. Dagegen steht es fest, dass eine so benannte Parteienhandlung ins Verfahren vor dem Praetor fällt. Will man also *sub* = *coram* deuten, so rückt man offenbar die Litiscontestatio aus der richtigen Stelle. Weiter wäre als Anfangspunkt der Julischen Verjährung statt der Streitbefestigung der Beginn der Schwurgerichtsverhandlung anzunehmen. Auch hieraus erwachsen erhebliche Schwierigkeiten, die wir bereits gewürdigt haben. So dürfte es wohl geboten sein, der Auffassung Dirksens, die anscheinend die herrschende ist, eine andere entgegenzustellen. Es hält auch nicht schwer, eine solche zu finden.

Gaius verbindet die Worte *sub uno iudice* dreimal nach einander (IV. 104, 105, 109) mit *iudicium accipere*¹⁸⁾. Wahrscheinlich ist es eine wohlüberlegte, vielleicht eine althergebrachte Wendung¹⁹⁾, die er gebraucht. Das Verständniss der Phrase hängt ab von der Auffassung der Praeposition *sub*. Diese aber ist hier keineswegs einem

¹⁸⁾ Auch im Schlusssatz von IV. 109; dagegen verbindet der Jurist vorher mit *agere*, das im weiteren Sinn das Geschwornenverfahren mit umfasst (vgl. meine L.C. S. 40), *apud reouperatores* und *apud unum iudicem*; wohl nur deshalb, um allzuhäufige Wiederholung derselben Redewendung zu vermeiden. Man mag übrigens das *apud iudicem agere* als minder genauen Ausdruck ansehen und dem *sub iudice iudicium accipere* gleichachten, oder es anders verstehen, so sagt doch Gaius auch im letzteren Fall nichts Unrichtiges, da sich die Unterscheidung von Legitimität und Nichtlegitimität auf das Geschwornenverfahren ebenso bezieht wie auf die Litiscontestatio.

¹⁹⁾ Vgl. auch African(-Julian) Dig. 44, 1, 18: *Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et uolo simul iudicio* (= Formel) *quoque communi diuidendo agere sub eodem iudice . . .*

coram gleich zu setzen, sondern in derselben Weise zu erklären, wie etwa in der Redensart: *sub usuris pecuniam credere* (Q. Mucius l. 48 pr. D. mand. 17, 1) oder *sub conditione, sub certa demonstratione legare* (Gai. II., 200, 238, 244, Ulp. XXIV. 18) oder *sub usuris stipulatione obligare* (Scaev. l. 89 § 2 D. de sol. 46, 3). Mithin soll das *sub* nicht auf die Person hinweisen, vor der die Parteien handeln, sondern auf eine Bestimmung, auf eine Clausel des Processvertrags (des *iudicium accipere*), u. z. auf den Umstand, dass ein Einzelrichter zur Leitung des weiteren Verfahrens und zum Urteilen berufen sei. Wer dann noch erwägt, dass die Processobligation zwischen den Litiganten zu Stande kommt durch das Geben und Nehmen einer Urkunde, in der das Spruchgericht namhaft gemacht ist, der wird wohl unsere Auslegung des Wörtchens *sub* als befriedigend und durchaus zutreffend anerkennen.

Damit dürfte zugleich die erwünschte Erläuterung des *iudicium recuperatorium* im § 105 (IV) gegeben sein. Weil im Eingang der Formel, mit der die Lis demnächst befestigt wird, die Worte: *recuperatores sunt* erscheinen, konnte man auch das Verfahren mit der so beschaffenen Urkunde und sonach den ganzen Process sammt der Litiscontestatio als *iudicium recuperatorium* bezeichnen. Es ist wohl nicht nötig, diese Ausdrucksweise nochmal besonders zu erörtern. Schon im vorigen Capitel (§ 18, 19) ist ja gezeigt, wie der für das Werkzeug der litigirenden Parteien gebrauchte Name auf das hiedurch geschaffene Verhältniss und selbst auf den Begründungsact übertragen wurde. Nur einen neuen Beleg hiefür haben wir in der erwähnten Gaiusstelle zu erblicken. Will man aber darthun, dass *iudicium* auch mit dem Beiwort *recuperatorium*

zunächst das Processmittel anzeigt, so genügt eine Hinweisung auf Probus 5 nr. 8:

Q. E. R. E. T. P. I. R. D. . . . quanti ea res erit, tantae pecuniae²⁰⁾ iudicium recuperatorium dabo . . .

und das Venafraner Edict Z. 65—67:

. . . qui inter ciuis et peregrinos ius dicit iudicium recipatorium in singulas res HS \bar{x} ²¹⁾ reddere, testibusque . . . [qu]aeri placet.

Bei Cic. in Verr. III c. 11 § 27:

. . . uenient (nämlich: aratores) Syracusas, ut te praetore uidelicet aequo iure²²⁾ Apronium . . . iudicio recuperatorio²³⁾ persequantur?

haben wir die Wahl, unter *iudicium* entweder die recuperatorische Formel oder den ganzen Process zu verstehen. Vermutlich denkt Cicero an Beides; jedenfalls aber an das Processmittel mit den Richternamen, wie das unmittelbar Folgende (c. 11 § 28) zeigt:

. . . Quid tandem postulat arator? Nihil nisi ex edicto iudicium in octuplum.

²⁰⁾ Dazu meine Litiscontestatio S. 16.

²¹⁾ Vgl. die in der vorigen N. angeführte Schrift S. 16.

²²⁾ Vgl. Asconius Orelli p. 84 mit Cic. ibid.: *negavit se iudicio aequo certare posse.*

²³⁾ Meine Auffassung des Schlusssatzes der c. 125, 126, 128—131 der L. Urson.: *reciperatorio iudicio apud Iiurum . . . actio petitio persecutioque ex hac lege ius potestasque esto* kann ich nicht rechtfertigen, ohne weiter anzuholen. — Zu Bd. I S. 81 N. 10 ist jetzt (1890) noch Heinrich Nissen Rhein. Museum N. F. Bd. 45 S. 107—110 zu vergleichen. Nach Nissen wären die Capitel der 4. (Brunns) Tafel erst unter Augustus (11 p. C.) dem Caesarischen Stadtrecht beigelegt. Die P.G. Bd. I S. 82 (zur N. 11) erwähnte Vermutung von Huschke-Brunns scheint mir jetzt unhaltbar.

Dem Gesagten nach hindert die Phrase *sub uno iudice* keineswegs die Annahme, dass bei Gai. IV. 104 das Geltungsgebiet einer Lex abgesteckt ist, die den ganzen Process und gerade in erster Linie den in Jure abzuschliessenden Begründungsvertrag regeln wollte. Grenzen aber sind nach Gaius der vom Volke beschlossenen Processordnung in dreifacher Richtung gezogen. Einmal waren ihre Bestimmungen örtlich beschränkt: auf die Streitbefestigung in Rom und im Umkreis bis zum ersten Meilenstein; sodann persönlich: auf römische Bürger; endlich sachlich: insofern das Gesetz nur solche Prozesse seinen Vorschriften unterwarf, die *sub uno iudice*, d. h. dermassen contrahirt wurden, dass ein Einzelrichter die Entscheidung zu fällen hatte. Die örtliche Begrenzung ist eine Eigentümlichkeit der Gerichtsordnungen und ähnlicher Leges im Gegensatz zu den rein privatrechtlichen Normen. Die persönliche gilt grundsätzlich und insgemein für die römischen Volksgesetze. Die sachliche ist leicht zu begreifen, wenn es zur Zeit der Lex Aebutia möglich war, alle Privatprocesse oder doch die meisten der Urteilsfällung eines in der Einzahl bestellten Geschwornen zuzuweisen.

Die drei hier angereiheten Behauptungen, von denen die beiden ersten in die Lehre von den Rechtsquellen einschlagen, sind in den folgenden Paragraphen genauer auseinanderzusetzen und zu erweisen, so weit dies passend im Rahmen einer processrechtlichen Studie geschehen kann. Wir betreten damit eine durch Vorarbeiten noch in keiner Weise geebnete Bahn. Die Lehr- und Handbücher des römischen Privatprocesses und Staatsrechts, desgleichen die modernen Institutionenwerke wissen Nichts von der dreifach beschränkten Wirksamkeit der Processgesetze in Rom.

Wer die in Betracht kommenden Schriften²⁴⁾ von Zimmern, Keller, Rudorff, Bethmann-Hollweg, von L. Lange, Willems, Mommsen und Anderen durchsieht, wird nicht einmal Beziehungen zwischen dem Aebutisch-Julischen Rechte und dem *Judicium legitimum* angedeutet finden, geschweige denn die oben vertretene Auffassung des Gaianischen Berichtes im § 104. Vielmehr ist es ohne Zweifel dermalen herrschende Ansicht²⁵⁾, dass der Process mit Schriftformeln, wo immer er vorkam, auf den Bestimmungen des Aebutischen und der Julischen Gesetze beruhte. Noch vor Kurzem hat dies A. Pernice in der Überschrift seiner lehrreichen Festgabe für Beseler deutlich anerkannt. „Volks- und amtsrechtliches Verfahren“ nennt er seine Abhandlung und will damit allgemein den Formelprocess als civilrechtlich der rein magistratischen *Cognition* gegenüberstellen, die nur durch obrigkeitliche Satzung geordnet sei²⁶⁾. Dabei ist aber das *Judicium imperio continens* entweder ausser Acht gelassen oder ebenfalls auf volksrechtliche Normen zurückgeführt, was ebenso sehr mit dem Namen wie mit dem besonderen, vom *legitimum ius* verschiedenen Rechte dieses Verfahrens im Widerspruch steht. Raum für das nicht legitime Ju-

²⁴⁾ S. P.G. Bd. I S. 19 N. 1.

²⁵⁾ Moritz Voigt (Berl. phil. Wochenschrift Jahrg. 1888 Sp. 1412) versichert philologischen Lesern, dass oben im 1. Capitel der Begriff des *Judicium legitimum* „entsprechend der herrschenden Meinung bestimmt sei“. Das ist ein seltsamer Irrtum. Voigt selbst dürfte von der angeblich „herrschenden Meinung“ noch ziemlich weit entfernt sein, da der römische Processbegriff für ihn nicht vorhanden ist; s. oben S. 76, 77 N. 11.

²⁶⁾ Vgl. Parerga II Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 30: . . . „das ordentliche Verfahren ist Verfahren nach Volksrecht, die *Cognitio* Verfahren nach Amtsrecht“; dazu aber jetzt (1889) den neuen Zusatz von Pernice in der 5. Auflage von Holtzendorffs Encyclopädie S. 127.

dicium ist überhaupt nur dann zu gewinnen, wenn die vom Volk beschlossene gemeine Processordnung (zuerst die Aebutia, dann die Julia) lediglich in den von Gaius IV. 104 angemerkten Grenzen gelten wollte. Es wird sich empfehlen, diese den Judiciargesetzen gezogenen Schranken in einer von unserer Quelle abweichenden Reihenfolge zu erörtern. Und zwar soll zuvörderst von der Civitaet der Processpersonen die Rede sein; weiterhin vom Gerichtsort, den unser Gewährsmann an erster Stelle nennt; zuletzt von dem in der Finzahl vorausgesetzten Spruchrichter.

Sechstes Capitel.

Das *Judicium legitimum*. — II. Das Gebiet des gesetzlichen Processes.

§ 23. I. Das *Judicium legitimum* ein Process zwischen römischen Bürgern.

Ein legitimes *Judicium* kann nur zu Stande kommen unter römischen Bürgern. Gaius äussert sich über diesen Punkt zweimal (IV. 104 und 109) fast mit denselben Worten.

Legitima sunt iudicia quae . . . inter omnes ciues Romanos (sub uno iudice) accipiuntur; si . . . (sub uno iudice) inter omnes ciues Romanos accipiatur iudicium, legitimum est.

Zur Erläuterung dient noch IV. 105:

Imperio uero continentur . . . quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris.

Das Erforderniss der Civitaet ist also aufgestellt für Alle, die am *Judicium* beteiligt sind, nicht nur für die

Parteien, die das Streitverhältniss mit Genehmigung des Praetors contrahiren, sondern ebenso für den Dritten (*iudex*), der die Auflösung der Processobligation durch Freispruch oder Verurteilung bewirken soll. Daraus erklärt sich m. E. die Wendung *inter omnes ciues Romanos*, die der Jurist nicht wohl gebrauchen konnte, wenn er blos an die beiden Gegner dachte. Dass den fraglichen Worten als weitere Voraussetzung des Legalverfahrens der *unus iudex* einmal nachfolgt, das anderemal voraufgeht, das zwingt uns keineswegs unter den *omnes* nur die Parteien zu verstehen. Ja wir müssen diese Auffassung sicher verwerfen, weil sonst — wie IV. 105 zeigt — die Begrenzung der *Judicia legitima* in IV. 104 unvollständig wäre. Demnach ist die Fassung der oben mitgetheilten Sätze wohl durch das Bestreben veranlasst, die Wiederholung des Civitaetserfordernisses beim *Judex* zu ersparen. Gaius will sich möglichst kurz und doch sachlich genau ausdrücken; er erreicht diesen Zweck durch Einschaltung des Wörtchens *omnes*¹⁾ in die Phrase *inter ciues Romanos*.

Wenn wir sagen, das *Judicium legitimum* setze als Parteien und als Richter römische Bürger voraus, so heisst das nichts Anderes als: die Aebutische und die Julische Gerichtsordnung wollten nur solche Prozesse treffen, die *inter omnes ciues Romanos* begründet werden. Gilt aber diese persönliche Schranke selbst noch für ein Augusteisches Gesetz, so ist die gleiche Beschränkung um so mehr für die vom Volke in republicanischer Zeit beschlossenen Gerichtsordnungen anzunehmen, besonders auch für die Voraebutischen *Leges*,

¹⁾ Eine andere, wie das hier Folgende zeigt, verfehlte Erklärung giebt Gradenwitz *Ztschr. f. R.G.R.A.* Bd. XXII S. 187.

auf denen die verschiedenen Procedures mit Spruchformeln beruhten. Man braucht also nicht erst zu fragen, ob die mit altcivilen Actionen verfolgbaren Privatrechte den Peregrinen zugänglich waren²⁾, um zur Überzeugung zu gelangen, dass das römische Legisactionenverfahren dem National- oder Bürgerrecht der Römer (*ius civile* in diesem Sinn) angehört. Indess ist die eben berührte Erscheinung keineswegs etwas den processualischen Gesetzen Eigentümliches. Nicht anders steht es auch mit den staats-, privat- und strafrechtlichen Leges der Republik und der Kaiserzeit. Auch sie enthalten grundsätzlich nur Vorschriften zu Gunsten und zu Lasten der römischen Bürger.

Wie ungenügend bekannt diese wichtige Thatsache ist, und wie wenig Gewicht man ihr beilegt, das zeigt am deutlichsten der Streit über die Legisactionenfähigkeit der Peregrinen³⁾ und nicht minder die bisherige Behandlung des *Judicium legitimum*. Weil das letztere nur möglich war (in Rom und) *inter ciues* soll es eine besonders altertümliche Einrichtung sein⁴⁾. Allein man braucht blos an die Augusteische *Lex vicesima hereditatum*⁵⁾ zu denken, um diese Anschauung als grundlos zu erkennen. Das Steuergesetz vom Jahr 6 n. Chr. enthält Nichts we-

²⁾ Darauf beruft sich, mit Recht, Ad. Schmidt *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XXII S. 138.

³⁾ Ad. Schmidt a. a. O. S. 137 N. 1 nennt die Hauptvertreter der im Text verworfenen Ansicht. Zu ihnen gehört auch P. Cogliolo (in *Padelletti Storia* p. 315, 316 n. d und in seiner *Storia del dir. priv. I* p. 83, 116), der doch früher, *Padelletti* (l. c. p. 90, 91) folgend (in dessen *Storia* p. 102 n. d; etwas anders in seiner *Storia I* p. 150), die beschränkte Tragweite der *Lex* richtig bemerkt hatte.

⁴⁾ S. Keller *Litiscontestatio* S. 112, *Mommsen St. R. I* S. 186.

⁵⁾ Quellen und Litteratur bei Marquardt *Röm. Staatsverwaltung* Bd. II S. 266 N. 2, dazu S. 267 N. 6, 7 (2. A.).

niger als eine Begünstigung der davon Betroffenen, und doch sollte es nur die herrschende Bürgerschaft angehen. Die Verschiedenheit der für die Provincialen geltenden Erbrechte hätte wohl die Ausdehnung der neuen Abgabe auf die unterthänigen Peregrinen nicht verhindert, wenn es überhaupt römischer Staatsgebrauch gewesen wäre, Reichsordnungen durch Comitialbeschluss festzustellen. Wir werden daher ganz allgemein die Frage aufwerfen müssen, wie es kommt, dass die Leges und Plebiscite bloß die Gemeindegewissen binden, und ob wirklich diese Beschränkung die Regel bildet, der man sich nur unter besonderen Umständen entziehen mochte.

Die gelegentlichen Nachrichten über den Wirkungskreis einzelner Leges sind zahlreich genug und auch in der modernen Litteratur nicht unbeachtet geblieben. Aus ihnen ist anscheinend die Lehre Puchtas⁶⁾ und Anderer geschöpft, welche die Comitialgesetze unter den Quellen des *ius proprium Romanorum* aufführen. Trotzdem wird man in den Erörterungen der Neueren über das römische Volksgesetz vergeblich eine Bemerkung suchen, die unserer obigen These entspräche⁷⁾. Ebenso auffallend ist es, dass die Lex nicht mit Bestimmtheit aus dem Quellenkreis ausgeschieden wird, der für das römische Jus gentium von Bedeutung war⁸⁾. Geradezu im entgegengesetzten Sinn

⁶⁾ Institutionen Bd. I § 73 u. 74 (S. 163—169).

⁷⁾ Vgl. etwa Puchta a. a. O. Bd. I § 74, Rudorff R.R.G. Bd. I § 7, Kuntze Cursus S. 63—67, 111—112, 185—188 (2. Aufl.), Ferrini Storia delle fonti p. 9—15, 45—48, Landucci Storia del dir. rom. p. 37—39, Mommsen St.R. III¹ S. 308—327, Krüger Quellen § 2, 12, 16, Bruns-Pernice in Holtzendorffs Encycl. S. 126—128 (5. A.).

⁸⁾ Vgl. Puchta a. a. O. Bd. I § 85 S. 209, 210: „das Jus gentium sei hauptsächlich durch die magistratischen Edicte in Wirksam-

äussert sich neuestens Schulin⁹⁾: wie durch die XII Tafeln, so seien auch durch die späteren Gesetze der Republik „manche fremdländische Rechtsgedanken, Jus gentium, in Rom eingeführt“. Diese Behauptung werden vielleicht nicht Viele unterschreiben wollen; andererseits ist doch von namhaften deutschen Gelehrten meines Wissens Karlowa¹⁰⁾ der Einzige, der ausdrücklich, wenn auch ohne genaue Begründung erklärt: die Leges galten nur für Cives. P. Krüger¹¹⁾ dürfte anderer Meinung sein, da er in einer Note über die Lex Sempronia von 561 verwundert fragt, „was die Römer bewogen haben mochte, die Wuchergesetze innerhalb des eigenen Gebiets ursprünglich auf die römischen Bürger zu beschränken.“

Darnach scheint es angemessen, wenigstens die Haupt-

keit gesetzt“. Gleicher Ansicht dürfte Ferrini a. a. O. p. 16—18 sein. Nach der Überlieferung ist mit Jörs Rechtswissenschaft I S. 132—147 (eine bedenkliche Äusserung: S. 138 N. 2), Bruns-Pernice a. a. O. S. 121, 122, neben dem Edict nur die Verkehrsgewohnheit als Quelle hervorzuheben. Die letztere nennt auch Sohm Institutionen S. 44 (4. A.), daneben aber noch „andere Rechtsquellen, insbesondere das praetorische Edict“. Krüger Quellen S. 44 betont (arg. Cic. de off. III. 15 § 61), dass die bonae fidei Judicia „nicht durch Gesetz, sondern durch das Edict aufgestellt wurden“. S. unten § 28 zur N. 8 u. 20, § 37 N. 10.

⁹⁾ Geschichte des röm. Rechts § 29 S. 95; vgl. Landucci a. a. O. p. 27. Die Herkunft des „Gedankens“, der in Rom zum Rechte erhoben ward, entscheidet nicht darüber, ob er zum römischen Jus civile oder Jus gentium gehört. Wegen der Zwölftafeln s. unten § 28. Anfechtbar ist auch Mommsens Behauptung im St.R. III¹ S. 605: „die röm. Gesetzgebung habe, wo sie sich nicht auf die Bürger beschränkte, vielfach (ins Jus gentium) eingegriffen“. Leist Graeco-ital. R.G. S. 611, 612 scheint ebenfalls von irrigen Voraussetzungen auszugehen.

¹⁰⁾ Legislationen S. 345 N. 1, Röm. Rechtsgeschichte Bd. I S. 306, 425, 426, 452, 456; vgl. auch Seitz Geschichte der röm. possessio S. 119—123.

¹¹⁾ Geschichte der Quellen S. 115 N. 5.

belege für die richtige Ansicht an diesem Ort zusammenzustellen. Doch muss natürlich darauf verzichtet werden, die ganze Geschichte der römischen Comitialgesetzgebung hier darzulegen. Wer sich einmal dieser dankbaren Aufgabe widmet, der wird wahrscheinlich bei den politisch bedeutsamen Übergriffen und sonstigen Ausnahmen länger und lieber verweilen, als bei den Erscheinungen, die bloß die Regel bestätigen.

Gleich am Anfang, in den Zwölftafeln würden ihm die rätselhaften Forcten und Sanaten begegnen¹²⁾; im selben Gesetz auch die Normen über den *status dies cum hoste* und die *auctoritas aduersus hostem*; indess würden sich die letzteren bei näherem Zusehen lediglich als Bürgerrecht erweisen. Sodann wäre zu untersuchen, ob und inwiefern die erste Gestaltung und die Änderung des römischen Fremdenrechts durch Verträge mit den latinischen Städten und anderen Foederirten gebunden war, und ob zuweilen Beschlüsse der Volksversammlung in die Gerichtsbarkeit über Nichtbürger eingriffen¹³⁾. Weiter dürfte man finden, dass die „formellen“ Gesetze der Römer¹⁴⁾ viel häufiger als die „materiellen“ Geltung für Personen beanspruchten, die der Civitaet entbehrten. Mochten auch die *Leges* gemeinbin keine Vorschriften aufstellen für die Peregrinen des Reiches, so waren diese doch der Regie-

¹²⁾ Dass die von den Comitien bestätigten Zwölftafeln zunächst *leges datae* waren, also Ausfluss des mit ausserordentlicher Kraft begabten Imperiums (s. Mommsen St.R. II¹ S. 725, 726), darauf möchte ich bei Beurteilung der im Text erwähnten Bestimmung kein besonderes Gewicht legen. Übrigens hält Mommsen Röm. Geschichte Bd. I S. 100 Note (6. A.) die *sanates* für *Latini prioci ciuus Romani*.

¹³⁾ Vgl. L. Ant. de Termessibus II Z. 1—5.

¹⁴⁾ S. A. Pernice in der Berliner Festgabe f. R. von Gneist 1888. Mir liegt der Sonderabdruck vor.

rungsgewalt der römischen Beamten, mithin dem römischen Imperium unterworfen. Sind aber die formellen Gesetze, wie es Pernice¹⁵⁾ ausdrückt, „ein Einbruch des Souveräns ins Gebiet der Verwaltung“, so begreift man leicht, wie aus ihnen nicht selten Rechte und Pflichten auch für die Unterthanen erwachsen mussten. In der Revolutionszeit hat sich die Zahl der hergehörigen Fälle ohne Zweifel erheblich vermehrt. Bekanntlich war es ja Gracchanische Politik, den Senat und die verfassungsmässigen Beamtengewalten lahmzulegen durch die vom Tribun beherrschte Volksversammlung, m. a. W. das legitime Imperium zu verdrängen durch die Lex.

Endlich wären die Repetunden- und überhaupt die Strafgesetze des 7. und 8. Jahrhunderts besonders in Betracht zu nehmen. Die ausschliessliche Beziehung auf die herrschende Gemeinde konnte man natürlich nicht festhalten, wo es galt, Verbrechen zu verfolgen, unter denen die Provinzen am meisten zu leiden hatten. Daher waren in den Leges repetundarum hauptsächlich den Provinzialen Befugnisse verliehen¹⁶⁾, während in anderen Criminalgesetzen derselben Epoche ausdrücklich nur der Civis Romanus geschützt ist, und die Strafen meist so bestimmt sind, dass sich aus ihrer Natur schon die Unfähigkeit des Nichtbürgers ergibt, nach Legalrecht Verbrechen-subjekt zu werden¹⁷⁾.

¹⁵⁾ In der Berliner Festgabe für Gneist S. 3, 4.

¹⁶⁾ Vgl. P.G. Bd. I S. 204, 205 N. 4.

¹⁷⁾ Nach Proculus (Dig. 49, 15, 7, 2 — vgl. Liv. III c. 17) unterliegen auch die Foederirten der römischen Strafjustiz, was unter gewissen Umständen nicht anders als natürlich ist; s. Mommsen St.R. III¹ S. 703. Dass aber die röm. Leges dabei zur Anwendung kommen, sagt der Jurist keineswegs. Vielmehr beruht die strafrechtliche

Bei diesen kurzen Andeutungen, die nur einige Hauptpunkte berühren, muss es einstweilen bewenden. Unser Ziel ist ein anderes. Nicht die Ausnahmen sind hier zu erörtern, sondern die Regel ist festzustellen, der zufolge die Lex im Zweifel bloß die Gemeindegengenossen angeht. Dieser Satz aber ist durch Beweise möglichst zu erhärten, um einen zuverlässigen Schluss aus der Beschaffenheit der Quelle auf den Geltungskreis der Norm zu ermöglichen. Was also herrührt aus einer Lex, das darf meines Erachtens ohne Weiteres für Bürgerrecht erklärt werden, wofür nicht ausdrückliche Zeugnisse oder sonst durchschlagende Erwägungen zur Annahme des Gegenteils nötigen. Unter anderen Gesetzen würden damit insbesondere die Aebutia, die Julia und alle früheren Leges über das Spruchverfahren als Ordnungen erkannt, die ausschliesslich den Bürgerprocess betrafen, und die nun als solche gelten müssten, selbst wenn uns Gaius' Institutionen (IV. 30, 104) nicht vorlägen.

§ 24. Die Lex eine Bürgerordnung. — Beweis aus dem Wesen der Lex.

Überzeugender als die Aufzählung von Belegen für die beschränkte Wirksamkeit einiger Volksgesetze wäre offenbar die unmittelbare Ableitung der zu erweisenden Behauptung aus dem Wesen der Lex, wie es die Römer auffassten. In der That dürfte es ratsam sein, zunächst

Cognition wider Fremde auf dem Imperium, das nur durch Staatsverträge gebunden sein kann. Vgl. überhaupt Rein Criminalrecht S. 172—178, Mommsen a. a. O. I S. 139 N. 1, 2, III¹ S. 702, 703, III² S. 1066, 1067, 1208, 1209 und unten § 25 N. 14, § 26 N. 1 a. E. Ganz abwegig Bethmann-Hollweg Civilp. Bd. II S. 134 zur N. 17, der sich sonderbarer Weise auf Gai. IV. 37 beruft.

diesen Weg einzuschlagen, wobei eine eigene Untersuchung zur Sicherung der Ausgangspunkte leicht entbehr werden kann, weil durch Rubinus' Forschung helles Licht verbreitet ist über die Entstehung und die wichtigsten Merkmale der römischen Lex. Was der genannte Gelehrte¹⁾ gefunden hat, das lässt sich kurz in folgender Weise zusammenfassen.

Das römische Altertum war weit entfernt von der Vorstellung, die uns heute der Ausdruck „Volksgesetz“ erweckt. *Lex* bedeutet ursprünglich den Comitien gegenüber genau Dasselbe wie im Privatverkehr und im Verkehr der Gemeinde mit Bürgern und auswärtigen Nationen²⁾. *Lex* also ist eine Formel, mit der ein Teil dem anderen, dessen Zustimmung erwartet wird, eine Verpflichtung auflegt³⁾. Wie der stipulirende Private, wenn bejahende Antwort nachfolgt, durch seine Rede den Gegner verpflichtet, so

¹⁾ Untersuchungen über römische Verfassung I S. 254—257, 351 bis 360. Beigetreten ist neuerdings Mommsen St.R. III¹ S. 308—314 (s. S. 308 N. 3), der jedoch, wie mir scheint, Rubinus' Lehre bedeutend abschwächt. Nicht beachtet ist sie von Bernhöft *Staat und Recht der Königszeit* S. 153, Leist *Graeco-italische R.G.* § 79.

²⁾ Ein Missverständnis ist es, wenn Eisele *Abhandlungen* S. 100, 101 in den Worten *lex quae convenit*, die Aelius Gallus bei Festus p. 274 (vgl. L. Anton. de Term. II Z. 18, 20 — Bruns p. 93) zur Begriffsbestimmung der *reciperatio* verwendet, „kurz und prägnant ausgesprochen“ findet, dass der Internationalvertrag „für Alle, die er angeht, ebenso verbindlich sei, wie eine *Lex* ihrer *Civitas*.“ Der alte Jurist selbst verwahrt sich gegen diese Deutung bei Fest. p. 266 s. v. *rogatio*; dazu Mommsen St.R. III¹ S. 304 N. 2, S. 309.

³⁾ Auch im Verkehr mit den Göttern begegnet die *legum dictio*: bei der Einholung der Impetrativaugurien. Doch ist hier die Antwort der Gottheit selbst schon Erfüllung, nicht Zustimmung zur Übernahme einer Verpflichtung. S. Pernice *Röm. Sacralrecht* I S. 16, 17, der aber der *legum dictio* in diesem Fall den Verpflichtungserfolg ganz abspricht.

bindet der Beamte die Bürgerschaft an die *lex*, in die sie zustimmend eintritt. Das Geschäft der Bindung ist ein zweiseitiges, oder anders ausgedrückt: das römische „Volks-gesetz“ geht aus einem Vertrag hervor, den der Magistrat mit den Comitien abschliesst⁴⁾. Je weiter aber zurückgegriffen wird in die Urzeit, desto deutlicher ist die übergeordnete Stellung des Beamten wahrnehmbar, dessen *rogatio* anfänglich kaum etwas Anderes war, als die bald weiter bald enger gefasste Aufforderung des Herrn der Gemeinde an diese, ihm ausdrücklich Gehorsam zu geloben⁵⁾.

In der Kunstsprache der Römer kommt dieses alte Verhältniss insofern zum Vorschein als der zweiseitige Act der Bindung und nicht minder das Ergebniss der Vereinbarung nach der überwiegenden Thätigkeit des Magistrats genannt wird, genau so, wie auch der Verbalcontract und der Processvertrag ihre Namen entlehnen von der Initiativhandlung des einen Theils: dort vom *stipulari*, hier vom *litem contestari*⁶⁾ Ferner wird das Urteil über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Gesetze stets zum Ausdruck gebracht mit den Worten *lege populus tenetur* oder *non tenetur*⁷⁾; ja selbst die Hortensische Norm von 465/468 über die Rechtskraft der Plebiscite und die angeblich Gleiches verordnende vom Jahr 305 und 415 betont nur die Gebunden-

⁴⁾ Vgl. Ihering Geist I § 15 S. 216—218 (3. A.), Mommsen St.R. III¹ S. 301—305, Punschart Fund. Rechtsverhältnisse S. 95, Cogliolo Filosofia del dir. priv. p. 51.

⁵⁾ Am längsten hat die uralte *Lex curiata* (de imperio) dieses Gepräge bewahrt.

⁶⁾ S. Wlassak *Litiscont.* S. 24, 25, 29.

⁷⁾ Belege giebt Rubino a. a. O. S. 356 N. 1, Mommsen St.R. III¹ S. 309 N. 3.

heit des *populus* oder „aller Quiriten“⁸⁾ an die Beschlüsse der Plebs, obwohl es sicher darauf am meisten ankam, die patricischen Magistrate unter das Plebiscit zu beugen. Augenscheinlich stammt diese auffallende Redeweise aus der Vorzeit, wo in der That nur die Bürger, oder doch hauptsächlich diese, nicht der Herr der Gemeinde als der gebundene Teil erschien⁹⁾. Auch daran kann erinnert werden, dass die Quiriten schon durch ihre Abstimmung verpflichtet sind, während dem Magistrat noch das *referre ad senatum*¹⁰⁾ zusteht, d. h. die Erwirkung der *Auctoritas patrum*, die dem Comitialbeschluss erst die Vollkraft verschafft.

Man sieht, die alten Schriftsteller beziehen die Wirksamkeit der *Lex* auf den *populus* oder, was Dasselbe ist, auf *omnes Quirites*. Demnach verkünden sie eigentlich genau den Satz, den wir erweisen wollen: für den Bürger, für keinen Anderen, ist das römische Gesetz vorhanden. In Rubinos „Untersuchungen“ findet sich m. W. keine in diesem Sinn gehaltene Äusserung; allein dieses Schweigen bedeutet nicht Viel, da des Verfassers Aufmerksamkeit den ausserhalb der Bürgerschaft Stehenden überhaupt nicht zugewendet war. Freilich kann man dieselbe Erwägung auch umgekehrt gegen die eben versuchte Ausbeutung der römischen Redeweise ins Feld führen. Wenn es bei Liv. III.

⁸⁾ Nachweisungen aus den Quellen bei Mommsen St. R. III¹ S. 157 N. 1, 2, S. 159 N. 1.

⁹⁾ Vgl. übrigens Tacit. Annal. III c. 26 in f., dazu Rubino a. a. O. S. 425, Mommsen St. R. III¹ S. 161 N. 1. Dagegen stimmt die Darstellung des Pomponius Dig. 1, 2, 2 § 1, § 14 überein mit dem im Text Gesagten. S. aber Karlowa R. R. G. Bd. I S. 50.

¹⁰⁾ Darüber Mommsen Röm. Forschungen Bd. I S. 245, St. R. III² S. 1040, 1041.

55 heisst: *ut quod tributim plebes iussisset, populum teneret* oder bei Gai. I. 3: *ut plebiscita uniuersum populum tenerent*, so ist offenbar der Nachdruck nicht auf die Gebundenheit der Gemeindegengenossen gelegt im Gegensatz zu Anderen, sondern auf die Verpflichtung Aller, die der Gemeinde angehören. Anders aber verhält es sich doch mit der stehenden Wendung: *lege populus tenetur*. Mag immerhin der Ton auch hier besonders dem Worte *teneri* gebühren, so setzt doch diese Phrase die Beziehung der Lex bloß auf Bürger als etwas Selbstverständliches und mindestens als Regel voraus.

Indessen sei das Alles nur nebenbei bemerkt. Rubinós Lehre führt uns auch sonst leicht zum Ziel. Wenn nach der obigen Ausführung die Lex eine Formel ist, die den zu Verpflichtenden aufgelegt und von ihnen angenommen werden muss, so darf in der That unsere These aus dieser Anschauung geradezu gefolgert werden, weil ja in den Comitien wie in den Concilien der Plebs dem Magistrat bloß¹¹⁾ römische Bürger gegenüberstanden. Bestätigt wird dieser Schluss noch durch den bekannten privatrechtlichen Grundsatz, demzufolge Verträge zu Lasten¹²⁾ wie zu Gunsten Dritter ohne Wirkung sind; daher insbesondere *alteri stipulari nemo potest*¹³⁾, und nach den Worten des

11) Anomal ist das Stimmrecht der Latiner in Rom. Durch das Loos wurde ihnen jedesmal ein Stimmbezirk zugewiesen. Von den Centuriatcomitien waren sie höchst wahrscheinlich ausgeschlossen. S. Mommsen St. R. III¹ S. 396, 397, 643, 644.

12) Vgl. Jul. I. 56 § 1 D. de V. O. (45, 1).

13) So Ulp. I. 38 § 17 D. de V. O. (45, 1), § 19 I. de inut. stip. (3, 20 — Kr. 3, 19).

Quintus Mucius¹⁴): *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cauere potest.*

Übrigens lässt sich die Herrschaft derselben Anschauung im Bereich des Staatsrechts auch sonst darthun durch glaubhafte Zeugnisse aus der Zeit des Ständekampfes. Bei aller Verworrenheit der Nachrichten über die Beschlüsse des Plebejerconcils und ihre Rechtskraft bis zum Jahr 465/468 ist doch die Überlieferung unverwerflich in folgenden zwei Punkten. Einmal was die Begründung anlangt, mit der die Patricier die Freiheit von der Beobachtung der Plebiscite in Anspruch nahmen. Offenbar berief sich der Adel darauf, dass eine Versammlung ihn durch Beschlüsse nicht binden könne, bei deren Zustandekommen ihm jede Mitwirkung versagt war¹⁵). Andererseits ist auch darüber kaum ein Zweifel möglich,

¹⁴) In l. 73 § 4 D. de R. I. (50, 17).

¹⁵) Vgl. Laelius bei Gell. XV. 27 § 4: *Tribuni . . neque aduocant patricios neque ad eos referre ulla de re possunt. Ita ne „leges“ quidem proprie, sed „plebiscita“ appellantur, quas tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur;* dazu Gai. I. 3: *. . plebis . . appellations sine patriciis ceteri ciues significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent* (Mommsen St. R. III¹ S. 155 N. 3); *sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est ut plebiscita uniuersum populum tenerent . .* und Dionys XI c. 45 (zum Jahr 305): *οὗτος ὁ νόμος (das Valerisch-Horatische) ἐξέβαλε τὰς ἀμφισβητήσεις τῶν πατρικίων, ἃς ἐποιούντο πρὸς τοὺς δημοτικὸς πρότερον, οὐκ ἄξιούντες τοῖς ὑπ' ἐκείνων τεθεῖσι νόμοις πειθαρχεῖν, οὐδ' ὅλως τὰ ἐν ταῖς φυλετικαῖς ἐκκλησίαις ἐπικυρούμενα κοινὰ τῆς πόλεως ἀπάσης δόγματα νομίζοντες, ἀλλ' αὐτοῖς μόνοις ἐκείνοις ἴδια· ὁ τι δ' ἂν ἢ λοχίτες ἐκκλησία γνῶ, τοῦδ' ἠγοῦμενος σφίσι τ' αὐτοῖς καὶ τοῖς ἄλλοις πολίταις τετάχθαι.* Diese Ausführung ist von dem des römischen Staatsrechts unkundigen Griechen nicht erfunden, sondern aus guter Quelle geschöpft und sicher ohne erhebliche Änderung eingeschaltet. Beweis dafür der Schluss des c. 45, wo Dionys (dem *φυλετικῆ ἐκκλησία* überhaupt „Tribusversammlung“ bedeutet; auch die rein plebejische:

wie die Plebs ihre Anmassung zu rechtfertigen suchte. Nicht etwa damit, dass sie die Absicht eingestand, dem Adel Gesetze vorzuschreiben. Vielmehr wird sie diesen naheliegenden Vorwurf lebhaft zurückgewiesen haben, um die Geltung ihrer Beliebigungen lediglich aus dem Recht der Autonomie¹⁶⁾ abzuleiten. Mommsen freilich nennt diese Aufstellung, deren Dasein er anerkennt¹⁷⁾, „logisch und praktisch verkehrt“¹⁸⁾. Und sie hatte ja gewiss nicht die Kraft, solche Plebiscite gegen Anfechtung zu schützen, die augenscheinlich in das Leben der Gesamtgemeinde eingriffen. Allein jene Auffassung war doch die einzige, welche ein Anwalt der Plebs, wenn auch mit schlechtem Gewissen, vertreten konnte, so lang es keine Verfassungsnorm gab, die unter gewissen Voraussetzungen — etwa bei Zustimmung des Senates — das Plebiscit der Lex

so IX c. 49) das Concilium plebis und die Tributcomitien verwechselt. Von den letzteren glaubt unser Autor zu handeln, während die Patricier in den oben mitgetheilten Sätzen offenbar der Sonderversammlung der Plebs die (Centuriat-)Comitien der Gesamtgemeinde entgegenstellen. [Nebenbei: Dionys bezog also, wenn er überhaupt eine Meinung hatte, das Valerisch-Horatische Gesetz auf *populi scita*, wie jetzt Mommsen. Dagegen bestätigt der ausgeschriebene Zwischensatz deutlich den von Livius III c. 55 gegebenen Gesetzeswortlaut.]

¹⁶⁾ Vgl. etwa Dionys XI c. 45 (in der vorigen Note: . . . τὰ ἐν ταῖς φυλετικαῖς ἐκκλησίαις . . . αὐτοῖς μόνοις ἐκέλευε [den Plebejern] ἴδια), Lael. bei Gell. XV. 27 § 4, Gai. I. 3, Pompon. Dig. 1, 2, 2, 8: . . . *euenit, ut plebs . . . secederet sibi que iura constitueret, quas iura plebi scita uocantur*, und zur letzteren Stelle Gai. Dig. 47, 22, 4: *sodalibus . . . potestatem facit lex pactiorem quam uelint sibi ferre*, Gai. I. 1 (= Inst. J. 1, 2, 1) *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius civile*, Inst. J. 1, 2, 11: . . . *ea uero (iura), quas ipsa sibi quaeque ciuitas constituit*.

¹⁷⁾ Im St. R. III¹ S. 155, 156, dazu R. Forschungen Bd. I S. 179, 208.

¹⁸⁾ Dieser Tadel richtet sich vielleicht nur gegen die römischen Staatsrechtsgelehrten.

gleichsetzte. Auch später noch werden es die Plebejer allemal, wenn die Concilbeschlüsse auf Schwierigkeiten stiessen, versucht haben, ihre Beliebigungen zu verteidigen mit dem unbestrittenen Satz: „dass die Plebs das Recht hat, die Plebejer zu binden“¹⁹⁾.

Als endlich das von den Centurien²⁰⁾ angenommene Gesetz des Dictators Hortensius den Plebisciten unbedingt dieselbe Geltung verlieh, welche den Leges zukam, wurde die Gehorsamspflicht der Patricier vermutlich so erklärt, dass man sagte: der Adel habe durch seine Zustimmung zur Hortensia alle künftigen Plebiscite gebilligt und sie im Voraus als bindend anerkannt für sich und seine Nachkommen²¹⁾. Die adlige Minderheit war also seit 465/468 endgültig unter den Willen der Mehrheit gebeugt und sogar genötigt worden, der Plebs ganz und gar das Feld zu räumen. Ein Ausspruch Ulpians²²⁾ trifft hier zu, obwohl ihm der Urheber eine andere Beziehung gegeben hat: *Refertur ad uniuersos, quod publice fit per maiorem partem*. Die Patricier mussten schliesslich als Gesetz hinnehmen, was die Mehrheit des Volkes in einer Versammlung feststellte, von der sie selbst ausgeschlossen²³⁾ waren.

Der bisher betrachtete Urbegriff der römischen Lex hat seine Alleinherrschaft nicht zu behaupten vermocht

¹⁹⁾ Worte Mommsens im St. R. III¹ S. 155.

²⁰⁾ S. Mommsen R. Forschungen Bd. I S. 200 N. 50, S. 215, 216, St. R. III¹ S. 159.

²¹⁾ Über den Vertretungsgedanken beim Gemeindebeschluss s. Ihering Geist I S. 217 N. 113 (3. A.), Mommsen St. R. III¹ S. 305.

²²⁾ In l. 160 § 1 D. de R. I. (50, 17).

²³⁾ S. Mommsen R. Forschungen Bd. I S. 194 N. 30. Über die L. Hortensia vgl. ausser den Stellen in N. 15 Plin. Hist. nat. XVI. 10 (15), 37.

nach der Aufrichtung der Republik. War das Gesetz der Königszeit wesentlich ein Mittel, die Macht der Obrigkeit zu stärken, so erhielt es jetzt noch die andere Bestimmung: Leib und Leben, Freiheit und Vermögen der Bürger zu schützen gegen die Gewalt der Regierung, kurz die Bestimmung, der Obrigkeit Schranken zu setzen. Die Lex war fähig, auch diesem ihr später unterschobenen Zweck zu dienen, ohne ihre Natur völlig zu ändern. Man brauchte zu diesem Behuf nur Gewicht zu legen auf die Zweiseitigkeit des zwischen Magistrat und Comitien vereinbarten Vertrags, nur zu betonen, dass auch die Beamten und sie vor Allen zu den *omnes Quirites* gehören, denen die Lex Fesseln anlegt (*qui lege tenentur*²⁴).

Nach der römischen Überlieferung tritt die besagte Wandlung schon im ersten Jahr der Republik zu Tage. Das Provocationsgesetz von 245 ist wie die bald folgende Lex Alernia Tarpeia nichts Anderes als eine Massregel zur Bändigung des bis dahin unbeschränkten Imperiums. Ebenso steht die bekannte Erzählung²⁵), dass P. Valerius Publicola die Fasces vor dem Volke senken liess, im Zusammenhang mit der Umbildung des Begriffes der Lex. Seitdem das Gesetz auch den Magistrat bindet ist die Bürgerschaft als solche dem Beamten nicht mehr untergeordnet, und der Letztere, früher der Meister, wird mehr und mehr der Mandatar des Volkes²⁶).

Und noch Eines darf hier erwähnt werden. Das

²⁴) S. Rubino a. a. O. S. 357—359.

²⁵) Man lese Liv. II c. 7, dazu Cic. de re p. II c. 31 § 53.

²⁶) Vgl. Mommsen St.R. III¹ S. 300—302. „Miträger der Souveränität“, (so Pernice Formelle Gesetze S. 6) sind auch noch die Magistrate der Republik. Vollends verschoben wird der Schwerpunkt erst in der Revolutionsepoche.

grosse Zwölftafelwerk ist nach dem Berichte der alten Schriftsteller²⁷⁾ hauptsächlich deswegen unternommen, um die consularische Macht durch die Aufschreibung des Rechtes einzudämmen. Livius legt dem Volkstribun Terentilius Arsa heftige Anklagen in den Mund wider die *immoderata, infinita potestas* der Gemeindevorsteher, die mit aller Strenge der Plebs gegenüber das Recht durchsetzen, während sie selbst *soluti atque effrenati* seien. Darum, fährt er fort:

ne aeterna illis licentia sit, legem se promulgaturum, ut quinqueviri creentur legibus de imperio consulari scribendis. Quod populus in se ius dederit, eo consulem usurum: non ipsos libidinem ac licentiam suam pro lege habituros.

Es ist kaum möglich, den Wendepunkt in der Geschichte der römischen Lex treffender und deutlicher zu kennzeichnen als mit diesen Livianischen Worten. „Was das Volk sich auferlege, dieses Recht werde in Zukunft auch für den Consul massgebend“, werde die feste Schranke seiner Macht sein.

Für unseren Zweck dürfte das Gesagte genügen. Wir wissen jetzt, dass die Gesetze der Republik von verschiedenen Gesichtspunkten aus zu betrachten sind. Daher ist sofort zu fragen, ob sich der Kreis, in dem die Lex gelten soll, ebenso bestimme, wenn sie gedacht wird als Schutzwehr gegen das Imperium, wie auf dem Boden der älteren Auffassung, wo sie als einseitige, nur das Volk verpflichtende Bindung erschien. Dort wurde ihre beschränkte Wirksamkeit erschlossen aus dem Umstand, dass in den

²⁷⁾ Liv. III c. 9, übereinstimmend Dionys X c. 1, 2, 3, 55 in f. und im Wesentlichen auch Pompon. Dig. 1, 2, 2 § 3, 4.

Comitien nur Bürger stimmen, mithin nur diese dem König und später den Magistraten Gehorsam versprechen. Hier dagegen haben wir umgekehrt in der verfassungsmässig gegliederten Bürgerschaft das Activsubject zu erblicken, das dem Rogator zustimmend, „Recht setzt“ (*legem iubet*²⁸⁾) wie für sich so insbesondere für die mit der Handhabung der Staatsgewalt betrauten Beamten, die gegenwärtigen und die künftigen. Auf Beobachtung der in solcher Weise dem Imperium gezogenen Grenzen haben offenbar blos die Glieder des Gemeinwesens Anspruch, dem die Comitien und die Plebejerconcilien als Organe dienen. Dagegen ist die Anwendung bestimmter Normen Seitens der Magistrate den thatsächlich freien Unterthanen des römischen Staates ebenso wenig gewährleistet wie den Sklaven. Auch die Ersteren sind gewiss unfähig, sich auf römische Gesetze in der Weise zu berufen, wie es die Bürger der herrschenden Gemeinde zu thun vermögen. Demnach ist die Civitaet unerlässliches Erforderniss der wahren Zuständigkeit eines *ius ex lege*.

Ohne Wirkung ist endlich die in Rom zu Stande gebrachte Lex den reichsangehörigen Bundesgenossen²⁹⁾ gegenüber; allein der Grund, weshalb diese unberührt bleiben, ist ein durchaus anderer als bei den früher Genannten. Die Autonomie der Foederirten ist geschützt durch den mit Rom abgeschlossenen Vertrag, u. z. nicht blos gegen Eingriffe der römischen Volksversammlungen

²⁸⁾ S. Cic. in Verr. III c. 35 § 82, pro Cluent. c. 57 § 155, pro Balbo c. 17 § 38; andere Stellen bei Mommsen St. R. III¹ S. 310 N. 2. Vgl. Karlowa R. R. G. Bd. I S. 50 N. 1.

²⁹⁾ Zum Folgenden Mommsen St. R. III¹ S. 645—715, auch S. 627, 628.

sondern auch der Imperienträger. Sollte insbesondere ein Comitialbeschluss der führenden Gemeinde massgebend werden für eine verbündete Bürgerschaft, mochte sie latinischen Stammes sein oder peregrinisch, so musste die letztere ihren Beitritt erklären, sie musste *fundus* werden, d. h. den Inhalt der fremden Lex zum heimischen Gesetze machen⁸⁰⁾. Ohne solche Zustimmung konnten von Rechts wegen die Leges der Römer für den verbündeten Staat nur Geltung gewinnen kraft besonderer Clauseln des Foedus, welche die Autonomie zu Gunsten der Vormacht einschränkten. Wie weit in dieser Beziehung die hegemonischen Befugnisse der römischen Gemeinde gingen, das kommt hier nicht weiter in Betracht; jedenfalls war durch sie der aufgestellte Grundsatz nicht beseitigt⁸¹⁾.

⁸⁰⁾ Vgl. besonders Cic. p. Balbo c. 8 § 20, 21 (auch c. 21 § 48): *Sed totum hoc, iudices, in ea fuit positum semper ratione atque sententia, ut, cum iussisset populus Romanus aliquid, si id adsciuissent socii populi ac Latini, et si ea lex, quam nos haberemus, eadem in populo aliquo tanquam in fundo resedisset, ut tum lege eadem is populus teneretur . . . Tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Uooonius de mulierum hereditatibus, innumerabiles aliae leges de civili iure* (d. h. über das Recht der röm. Bürger; s. unten S. 158) *sunt latae: quas Latini uoluerunt, adsciuerunt;* und aus der verworrenen Definition der *municipes* bei Gell. XVI. 13, 6 die Worte: *. . . neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est;* dazu Karlowa R. R. G. Bd. I S. 297, 298, 306, 425, 426.

⁸¹⁾ Auch Mommsen anerkennt natürlich die Autonomie der Bundesgenossen; allein „die römische Republik habe sich in Beziehung auf Latium und Italien ein eminentes Gesetzgebungsrecht vindicirt“ (St. R. III¹ S. 693, 694, 696, dazu S. 627, 628). Dem wird man zustimmen können, mit dem Vorbehalt allerdings, dass jene „Vindication“ nicht selten „hegemonischer Übergriff“ sein mochte. Dagegen rechtfertigt m. E. das von Mommsen im „Staatsrecht“ verarbeitete Material keineswegs die weitere Behauptung, dass „jeder auf die italischen Gemeinden erstreckte römische Volksschluss von Rechts wegen bindende Kraft hatte“.

§ 25. Die Lex eine Bürgerordnung. — Unterthanen und Sklaven. — Die Unterthanen und Sklaven ausserhalb der Legalordnung.

Hindernisse der Art, wie sie der Ausdehnung von Comitialgesetzen auf die Foederirten entgegenstanden, waren in Betreff der Unterthanen, die der Autonomie entbehrten, und der Sklaven nicht vorhanden¹⁾. Das römische Volk konnte und durfte ohne Zweifel durch seine Beschlüsse den Peregrinen *in dicione* nach Belieben Normen setzen. Wenn trotzdem die Comitien mit den Verhältnissen der Unterworfenen nur ganz ausnahmsweise befasst wurden, wenn selbst die Festsetzung der Localstatuten, die sich unmittelbar anschloss an den Übergang von Peregrinenstädten ins latinische oder Bürgerrecht, häufig von Imperienträgern ausging, welche das herrschende Volk zur Aufstellung dauernder Normen besonders ermächtigt hatte²⁾, so muss

¹⁾ Dio LIV c. 9 spricht von der Friedenspolitik des Augustus. Dabei wird unterschieden, wie der Kaiser die Unterthanen (*τὸ μὲν ὑπήκοον*) und wie er die Verbündeten (*τὸ δὲ ἐνσπονδον*) behandelte; s. auch Mommsen St.R. III¹ S. 746 N. 1.

²⁾ Das Julische Municipalgesetz Z. 159–163 zeigt, (was immer *municipium fundanum* sein mag), wie üblich es in den letzten Decennien der Republik war, Stadtrechte im Wege mittelbarer Gesetzgebung zu erteilen; s. Mommsen Stadtrechte S. 393 N. 12, Staatsrecht III¹ S. 812, dazu II² S. 888, 889. Vermuten möchte man, dass auch die L. Pompeia Strabonis von 665 (Ascon. in Pison. Orelli p. 3, Plin. Hist. nat. III c. 20 (24) § 138 — dazu Hirschfeld Z. Gesch. d. latin. Rechtes S. 6, 7), welche zuerst ohne Deduction von Ansiedlern latinische „Colonien“ schuf, dem Rogator Vollmacht gewährte, die Verhältnisse der transpadanischen (s. Mommsen Hermes Bd. XVI S. 31, 33) Gemeinden selbst zu regeln. In älterer Zeit haben vielleicht italische Städte zuweilen von römischen Beamten mit Genehmigung des Senates Ordnungen empfangen, die auch nicht mittelbar römische Volksgesetze waren. So sagt Liv. IX c. 20 (z. J. 436) von einer der (thatsächlich unterthänigen) Halbbürgergemeinden: *praefecti Capuam*

es eine Maxime der römischen Staatspraxis gewesen sein, das Regiment über die Unterthanen, unter Senatsaufsicht der freien Gewalt der Magistrate und Promagistrate zu überlassen. So sind denn auch die Ordnungen, welche ganzen Provinzen wie einzelnen Teilen bei der ersten Einrichtung und später aufgelegt wurden, durchaus Ausflüsse des Imperiums³⁾, vom Feldherrn „gegeben“, vom Senate betätigt, oder, was die Regel bildet, vom Feldherrn mit Zustimmung einer senatorischen Zehnercommission erlassen⁴⁾. Eine Reihe einschlagender Beispiele bietet das zweite Buch der Verrinen: c. 13 § 32, c. 15 § 38, c. 16 § 39, 40, c. 37 § 90, c. 49 § 122, c. 50 § 123, c. 50 § 125. Scharf ist besonders in der ersten Stelle eine Sicilische Gerichtsordnung, *quam illi (Siculi) legem Rupiliam uocant*, als rein magistratische Verordnung gekennzeichnet:

creari coepti legibus ab L. Furio praetore datis. Es ist doch fraglich, ob dieser praetorischen *lex*, wie Mommsen St.R. III¹ S. 583 (s. II¹ S. 608, 609) meint, die Kraft eines Comitialgesetzes gegeben war. A. a. O. erzählt Livius weiter, der Stadt Antium seien *dati ab senatu ad iura statuenda ipsius coloniae patroni* (s. Mommsen im C.I.L. t. X p. 660). Hier ist von einer Vollbürgergemeinde die Rede. Mommsen St.R. III¹ S. 778, 812 nimmt „einen Beschluss der römischen Comitien“ an. Vielleicht mit Recht; aber Liv. berichtet das jedenfalls nicht.

³⁾ Dass Gaius Gracchus diesen Grundsatz zu beseitigen suchte, ist schon oben S. 92 bemerkt. Ich erinnere namentlich an die *Lex Sempronia* über die Abgaben der Provinz Asien. S. L. agrar. Z. 82, Cic. in Verr. III c. 6 § 12, Schol. Bob. p. 259 Orelli, Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII. S. 64, 65.

⁴⁾ Über die senatorischen *decem legati* s. Mommsen St.R. II¹ S. 692, 693, dazu III² S. 1168—1170 [in N. 4 S. 1169 ist das II¹ S. 693 zur N. 1 Gesagte berichtet], und über die senatorische Ratification der feldherrlichen Acta III² S. 1166—1168; vgl. auch III¹ S. 747.

P. Rupili decretum, quod is de decem legatorum sententia statuit.

Gleichen Charakter haben die gepriesenen *leges Macedoniae datae* vom Jahr 587 d. St. (Liv. XLV c. 32), deren Urheber der bekannte Sieger im Perseischen Kriege ist. Von demselben L. Aemilius Paullus rührt auch ein uns im Original vorliegendes statthalterliches „Decret“ her, das von den Clienten der im Unterthanenverhältniss stehenden Hastenser (in Spanien) und vom Grundeigentum im Iascutanischen Gebiete handelt⁵⁾. Am deutlichsten aber ist die verfassungsmässige Incompetenz der Comitien aus der vielfach bezeugten⁶⁾ Geschichte der asiatischen Acta des Pompeius zu ersehen, obwohl gerade in diesem Fall schliesslich die Entscheidung des souveränen Volkes angerufen ward. Als Oberfeldherr im Mithradatischen Krieg hatte Pompeius nach seinen Siegen die Provinz Bithynia-Pontus geschaffen⁷⁾, den Bithynern ein Statut⁸⁾ verliehen

⁵⁾ Die wichtige Urkunde aus dem Jahr 565 d. St. (C.I.L. t. II nr. 5041 p. 699, Bruns Font. p. 215, 216) ist von Hübner Hermes Bd. III S. 243—260 und wiederholt von Mommsen Hermes Bd. III S. 261—267, R. Gesch. Bd. I S. 679 Note, St. R. III¹ p. XVII N. 1 besprochen; vgl. auch Karlowa R. R. G. Bd. I. S. 447.

⁶⁾ Vgl. Vell. II c. 40 in f., c. 44, Appian b. c. II c. 9, c. 13, Sueton I c. 19, Dio XXXVII c. 49, XXXVIII c. 7, Mommsen R. Geschichte Bd. III S. 150—160, 206, 209, 212, 213 (7. A.), St. R. II¹ S. 692 N. 8 a. E.

⁷⁾ S. Strabo XII c. 3 § 1, dazu Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 349—351, 356 (2. A.).

⁸⁾ S. Plin. ad Traian. (X) e. 79, 80, 112, 114, 115 (Keil). Vermutlich ist die *lex Bithynorum* bei Gai. I. 193 keine andere als die *Pompeia lex quae Bithynis data est* bei Plin. e. 79. Nicht stichhaltig scheint mir Mommsens Bemerkung St. R. III¹ S. 315 N. 3 über die Bezeichnung: *lex Rupilia, Pompeia*; vgl. dagegen Cic. p. Sex. Rosc. c. 43 § 125 in f.

und noch andere organisatorische Anordnungen in Asien und Syrien getroffen, ohne die Mitwirkung der römischen Regierung in Anspruch zu nehmen. Waffenlos kehrte er dann nach Rom zurück und erwartete vom Senat die Ratification seiner Einrichtungen. Offenbar war das der Weg, der dem stetig beobachteten Herkommen entsprach. Erst als der Versuch, den Senat zu gewinnen, misslang, wandte sich Pompeius an Caesar, den Führer der demokratischen Partei, der über die Comitien gebot. So gelangten die asiatischen Acta unter Caesars Consulat vor die Volksversammlung und wurden durch Gesetz bestätigt. Nicht mit Unrecht sagt Mommsen ⁹⁾ von diesem Vorgang, er „bezeichne das Ende der Optimatenherrschaft und den Eintritt des auf die absolute Demokratie aufgebauten Principats“.

Ist das Regiment über die Peregrinen der Provinzen der Regel ¹⁰⁾ nach nicht legitim, ist es kein *imperium iustum*, was Cicero ¹¹⁾ ausdrücklich nur für Bürger fordert, so scheint es unerlässlich, Schrankenlosigkeit der Beamten-gewalt auch den Sklaven gegenüber anzunehmen. Doch wäre dabei ausser Acht gelassen, dass der Unfreie nicht

⁹⁾ St. R. III² S. 1173. Über die Provincialordnungen im Allgemeinen Mommsen St. R. III¹ S. 727, 728, 747, III² S. 1166, 1211; ungenau Krüger Quellen S. 15, 16.

¹⁰⁾ Der wichtigsten Ausnahme ist oben S. 92 zur N. 16 und S. 106 in N. 3 gedacht. Wenn zuweilen Festsetzungen für die Provinzen dem „Senat und dem röm. Volke“ zugeschrieben werden, so sind wir deswegen nicht befugt, an Comitialgesetze zu denken. Wie jener Ausdruck zu verstehen sei, das sagt Cic. in Verr. II c. 49 § 121; dazu Mommsen St. R. III² S. 1257 N. 4.

¹¹⁾ De leg. III c. 3 § 6. Wegen der Bedeutung von *iustus* = *legitimus* s. Brissonius De V. S. s. v. *iustus*; dazu Gai. I. 17, pr. I. de nupt. (1, 10).

blos ein rechtloses Individuum ist, sondern gewöhnlich als Eigentumsgegenstand einem Herrn zugehört. Sind es freilich römische Unterthanen, die das Herrenrecht haben, so ist wohl ihretwegen der Imperienträger nie an gesetzliche Normen gebunden gewesen, wenn er Massregeln gegen Unfreie ergreifen wollte. Wie wäre man auch in Rom dazu gekommen, den Peregrinen *in ditione* ihren Sklavenbesitz in höherem Masse zu gewährleisten als anderes Vermögen¹²⁾? Dagegen begreift man leicht, weshalb es den Römern wünschenswert erschien, gewisse Leges auszudehnen auf den ihrem Eigentum unterworfenen Knecht. Nicht etwa darum, weil man glaubte, durch die Anwendung der Gesetze Missethaten der Sklaven wirksamer zu bekämpfen als durch das freie Imperium. Massgebend aber mochte die Erwägung sein, dass die Herrschaft des Strafgesetzes über den Leibeigenen auf der anderen Seite auch eine Schutzwehr ist gegen willkürliche Eingriffe der Magistrate in römisches Eigentum und in das Recht des Hausgerichts¹³⁾.

Der Zeitpunkt, wo man anfang, das Strafrecht der Bürger teilweise auf die Unfreien zu erstrecken, lässt sich

¹²⁾ Dem Interesse der römischen Eroberer entsprach weit mehr die Begünstigung der Unfreien in den Provinzen. Dieser Gedanke liegt dem oben zur N. 5 erwähnten Decret des Aemilius Paullus zu Grunde.

¹³⁾ Wesentlich anders Ad. Schmidt Die Persönlichkeit des Sklaven I (Freiburg 1868) S. 9 und im Leipziger Decanatsprogramm vom 13. Februar 1873 S. 3, 7, 8: Nach dem *naturale ius* sei der Sklave des *maleficium* fähig; das Criminalrecht der Römer (in dem Freiburger Programm S. 9: „die Criminalgesetze“) habe ihn vom Anfang an vor sein Forum gezogen. Vgl. auch Rein Criminalrecht S. 183 und wider Schmidt Brunnenmeister Tödtungsverbrechen S. 123, 124.

schwerlich genau bestimmen. Jedenfalls steht es fest, dass solche Versuche in die Zeit der älteren Republik nicht zurückreichen. Die Wirksamkeit der Provocationsgesetze und der auf ihnen ruhende Process mit *iudicium populi* ist ohne Zweifel immer auf Gemeindegossen beschränkt geblieben. Wie dem Peregrinen und in gewissen Grenzen selbst der römischen Frau, so fehlt die comitiale Gemeinschaft natürlich auch dem Sklaven¹⁴). Mithin war es erst nach Einführung der *quaestiones publicae* möglich, den gesetzlichen Strafprocess und das Strafrecht auf Nichtbürger auszudehnen. Ob aber die neueren Criminalgesetze, oder nur die Mehrzahl von ihnen, wirklich Geltung in so weitem Umfang beanspruchten¹⁵), ob sie insbesondere die Sklaven ebenso treffen wollten wie die Freien, das ist keineswegs ausgemacht. Cicero¹⁶) schliesst allerdings gelegentlich aus dem Text der Lex Cornelia: *qui uenenum malum fecit, fecerit* auf die Absicht, schlechthin alle Menschen (*omnes mortales*) zu verbinden¹⁷); und so allgemein mögen sich auch andere Gesetze¹⁸) ausgedrückt haben. Allein die

¹⁴) S. Mommsen St.R. I S. 163, II¹ S. 114, 117, 118, III¹ S. 352.

¹⁵) Zumpt Criminalrecht Bd. I⁹ S. 359, II⁹ S. 6—8 nimmt das an; die Schwurgerichte lässt er aber nur über die Bürger urteilen.

¹⁶) In der o. pro Cluent. c. 54 § 148, wo es weiter heisst: *Omnes uiri, mulieres, liberi, serui in iudicium uocantur*. Brunnenmeister a. a. O. S. 225 u. N. 1 (ebenso Rein Cr.R. S. 413) scheint kein Bedenken zu haben gegen Ciceros Auslegung; indess bemerkt er doch: „Die Sklaven freilich brauchten nicht angeklagt zu werden; das Gewöhnliche blieb, dass der Herr den schuldigen Sklaven der Familie des Ermordeten auslieferte.“

¹⁷) Dagegen sagt Cicero pro Cluentio c. 57 § 157 von einem anderen Capitel (*de coitionibus, falsis testimoniis*) derselben L. Corn.: *... cum eam legem, quae in nostrum ordinem (den senatorischen) scripta sit, in populum Romanum (nicht: in omnes mortales) transferre conentur*.

¹⁸) Von privatrechtlichen z. B. die L. Cincia (Wat. 298, 305, 307) und die L. Aquilia (Dig. 9, 2, 2, pr. — 9, 2, 27, 5, Gai. III. 210,

mehrfach bezeugten Strafdrohungen der Cornelischen und Julischen *Leges* mahnen doch sehr zur Vorsicht. Bekanntlich ist im neueren Recht die *aquae et ignis interdicio* die am häufigsten verhängte Strafe. Darnach kann in den Gesetzen lediglich an die Verbrechen der Bürger gedacht sein¹⁹). Auch die Relegation und die Vermögensbussen waren den Sklaven gegenüber völlig unbrauchbar²⁰). Es wäre also nötig gewesen, in den einzelnen *Leges* ein Sonderrecht der Leibeigenen festzustellen. Ist das überall geschehen? So viel ich sehe, sind nur processualische Normen zuverlässig bekundet: eine in der Augusteischen *Lex publicorum*, die von der Gestellung des Beschuldigten handelt, *si seruus capitali crimine postuletur*²¹), eine andere die kaum noch hergehört, im 9. Capitel der *Lex de adulteriis*, wo für den Schutz der am Knechte begründeten Privatrechte gesorgt war, wenn dieser, des Ehebruchs angeklagt, gefoltert werden sollte²²). Übrigens haben wir es auch hier nicht mit zufällig erhaltenen Resten einer umfassenden Ordnung des Sklavenprocesses zu thun, sondern anscheinend mit ganz vereinzelt Bestimmungen. Beweis

217), die sicher nur für Bürger gegeben ist (arg. Gai. IV. 37). Vorher schon die Zwölftafeln, z. B. VIII. 1. a — VIII. 8 a — X. 7 (Bruns); vgl. aber Bd. I S. 192 N. 35 a. E. Die *L. Julia de adulteriis* und *Junia Vellaea* sind weiter unten zu erwähnen.

¹⁹) Über das Verhältniss der Interdiction zum Exil s. Huschke *Multa* S. 236, 237, Max Cohn *Beiträge z. Bearbeitung d. röm. Rechts* Bd. I S. 76—94, neuerdings Mommsen *St. R.* III¹ S. 51, 52, 140, dessen Darstellung zum Teil abweicht von der Cohnschen; auch L. M. Hartmann *De exilio apud Romanos* (Berl. Diss. 1887) p. 20—22.

²⁰) *Venul. Dig.* 48, 2, 12, 4.

²¹) *Papin. Dig.* 48, 3, 2.

²²) *Ulp. Dig.* 48, 5, 27 (*Mo.* 28), 16; vgl. *Dig.* 48, 5, 27 (*Mo.* 28), pr. — § 4.

dafür ein erst im Jahre 20 n. Chr. gefasster Senatsbeschluss, der den damals wohl bestrittenen Satz zur Geltung brachte: *Si servus reus postulabitur, eadem observanda sunt, quae si liber esset*²³⁾. War hiedurch das Verfahren geregelt, so vermissen wir doch besondere Strafdrohungen wider die Unfreien, selbst noch in der Julischen Gesetzgebung. Eine entgegenstehende Nachricht der Institutionen Justinians 4, 18, 7²⁴⁾ ist wenig glaubwürdig, und der Inhalt von

²³⁾ Venul. Dig. 48, 2, 12, 3. Vermutlich (s. Dig. 48, 2, 12, 2) hat das S.C. den Sklavenprocess der L. Julia *iudiciorum publicorum* unterworfen.

²⁴⁾ Ihr zufolge (dazu Theoph. ad h. l.) hätte Sulla in der L. Corn. *de falsis* und *de sicariis* für Sklaven eine besondere Strafe, das *ultimum supplicium* angeordnet. Sanio in seiner Inauguraldissertation (Königsberg 1827) p. 2, Rein Criminalrecht S. 414 u. A. halten sich einfach an den Ausspruch der Institutionen. Ersterer beruft sich noch auf Marcian Dig. 48, 10, 1, 13 (von M. Cohn a. a. O. Bd. I S. 85 N. 2, dazu S. 96 N. 2 — wohl mit Unrecht — als interpolirt bezeichnet), wo indess (wie bei Paul. V. 25, 1) die Lex als Quelle nicht erwähnt ist. Irre ich nicht, so schreiben die Rechtsbücher hier, wie sonst oft (vgl. Esmein *Mélanges d'histoire du droit et de critique* p. 112, 113 — Paris 1886), dem Grundgesetz eine Bestimmung zu, deren Ursprung anderswo zu suchen ist und häufig auch einer späteren Zeit angehört. Sagen doch die Inst. 4, 18, 10 selbst: *.. lex Fabia de plagiaris, quae interdum capitis poenam ex sacris constitutionibus irrogat ..*; und 4, 18, 4: *.. lex Iulia de adulteriis, quae .. temeratores alienarum nuptiarum gladio punit ..*, was zweifellos (Rein a. a. O. S. 848) falsch ist; 4, 18, 5: *lex Cornelia de sicariis, quae homicidas ultore ferro persequitur ..*, was ebenso unrichtig ist (Schrader ad h. l. p. 760. — Wegen der *poena cullei* in der L. Corn. vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 228—234). Endlich wäre nach unserem § 7 I. h. t., auch nach Paul. V. 23, 1 und Marcian Dig. 48, 8, 3, 5 (nicht interpolirt — a. A. M. Cohn), in den Sullanischen Gesetzen Deportation angedroht, eine Strafe, die erst in der Kaiserzeit aufkam und allmählich die *aquae et ignis interdictio* verdrängte; s. einerseits Gai. I. 128, Ulp. Coll. XII. 5, 1, andererseits Dio LVI c. 27, Ulp. Dig. 48, 19, 2, 1 und 48, 13, 3. Keine Unterstützung findet die angefochtene Nachricht der Inst. durch Gai. Dig. 29, 5, 25, pr., § 1. Allerdings setzte die L. Corn. die Mög-

Nervas Lex agraria (Callistr. l. 3 § 1 D. de term. 47, 21) berechtigt nicht zum Schlusse, dass Ähnliches regelmässig schon in den Gesetzen der Republik und der Julier zu finden war. Trotzdem müsste unsere Frage bei der Dürftigkeit der Überlieferung offen bleiben, wenn nicht in l. 12 § 4 D. de accus. (48, 2) eine Auseinandersetzung von Venuleius vorläge, die mit dem Grundsatz beginnt: *omnibus legibus serui rei fiunt*, um dann die Ausnahmen teils aus der Beschaffenheit der angedrohten Strafen abzuleiten, teils aus der Natur gewisser Verbrechen. Wer die ganze Stelle aufmerksam liest, wird kaum zweifeln, dass der Jurist so nicht geschrieben hätte, wenn die Sklaven als Verbrechenssubjecte schon nach dem Wortlaut der einzelnen Criminalgesetze deutlich bald ein- bald ausgeschlossen gewesen wären.

Hiernach ist die von Venuleius überlieferte Regel vermutlich erst von der Jurisprudenz der Kaiserzeit aufgestellt und dann von der Praxis übernommen. Dagegen könnten die *maiores*, die nach Callistratus' Bericht (l. 28 § 16 D. de poen. 48, 19) *in omni supplicio seuerius seruos quam liberos punierunt*, immerhin Magistrate der Republik²⁵⁾ sein, da die Verfolgung verbrecherischer Sklaven von Staatswegen viel älter ist als der Versuch, diese Gerichtsbarkeit auf gesetzliche Grundlagen zurückzuführen. Was die Juristen bewegen mochte zur Legalisirung des Strafrechts der Un-

lichkeit staatsgerichtlicher Verfolgung der Leibeigenen voraus und konnte daher verfügen, dass gewisse Freigelassene *perinde ac serui puniantur*. Eine andere Frage aber ist es, ob das Verfahren und die Bestrafung der Sklaven von der Lex selbst geregelt war. Für die Verneinung spricht m. E. das Rescript Hadrians in den Dig. 48, 8, 4, 2.

²⁵⁾ Vgl. aber Pernice *Labeo* Bd. I S. 118 zur N. 24.

freien, das ist oben schon angedeutet: wahrscheinlich das Interesse der römischen Herren. Doch hat wohl das Bestreben mitgewirkt, die Gerichte zu unterweisen, wie sie von ihrer Strafgewalt Gebrauch machen sollten, wenn der Beschuldigte ein Sklave war. Dieser selbst aber hatte kein Recht darauf, nach der Lex und nur nach deren Vorschriften behandelt zu werden. Für ihn war trotz Allem das Gesetz nicht vorhanden, ihm geschah kein Unrecht, wenn er bestraft ward im Widerspruch mit der Legalnorm²⁶⁾.

Im Vorstehenden ist gezeigt, in welchem Sinn man von einer Unterwerfung der Sklaven unter das gesetzliche Criminalrecht der Bürger sprechen kann. Anschliessen müssen wir die Frage, ob sich eine ähnliche Entwicklung auf dem Gebiete des Privatrechts wahrnehmen lasse. Ein einziger Punkt ist hier zu erörtern: die Obligation, die für den Unfreien selbst aus dem von ihm verübten Delict entsteht. Ulpian erklärt in einer oft behandelten²⁷⁾ Stelle (l. 14 D. de O. et A. 44, 7):

Serui ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur,

²⁶⁾ Es genügt zu erinnern an Paul. Dig. 4, 5, 3, 1: *seruile caput nullum ius habet* . . ., Ulp. Dig. 50, 17, 32: *Quod attinet ad ius ciuile, serui pro nullis habentur: non tamen et iure naturali* . . ., Dig. 28, 1, 20, 7: *seruus . . . eum iuris ciuilibus communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti*.

²⁷⁾ In neuerer Zeit von Wyss Haftung f. fremde Culpa S. 12 bis 14, Bechmann Krit. Vtljschr. Bd. X S. 316, 317, Bekker Actionen Bd. I S. 188 N. 8, Ad. Schmidt in dem N. 13 angef. Leipz. Programm S. 9—11, 17—21, Leist-Glück Pandb. 37, 38 IV S. 527—529, Voigt XII Tafeln Bd. II S. 589—591; dazu namentlich Pernice Labeo Bd. I S. 117—120, Sacralrecht II S. 5, und über die Stellung des Sklaven im Sacralrecht überhaupt S. 5—14.

obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant . .

Dieses Fragment würde uns Schwierigkeiten bereiten, wenn wir gezwungen wären, drei Voraussetzungen neben einander als gegeben anzunehmen. Einmal müsste Ulpian voll eintreten können für die Worte: *obligati remanent*, er müsste ferner altrepublicanisches Recht vortragen, und endlich Delictobligationen der Sklaven aus Volksgesetzen im Auge haben, nicht bloß honorarische Verpflichtungen. Indess scheint mir doch das Erste wie das Zweite sehr unwahrscheinlich, das Dritte mindestens unerweislich zu sein.

Zuvörderst die *obligatio serui*, die Ulpian einräumen muss, wenn wir ihn beim Worte nehmen, kann wohl nur die Haftung des Delinquenten sein, als deren Kehrseite sich das Recht des Verletzten auf Duction, bezw. Noxaedation darstellt²⁸⁾. Diese Haftung aber steht in Wahrheit der *rei obligatio*, von der die Juristen bei der verpfändeten Sache sprechen, weit näher als der Obligation im technischen Sinn. Ist die letztere ein *actioe teneri*, so kann der Sklave niemals Träger einer Obligation werden, weil ihm die Processfähigkeit mangelt. Mit der Manumission fällt dieses Hinderniss weg: jetzt kann gegen ihn geklagt werden; doch wirkt die Freilassung natürlich nicht ändernd ein auf das Wesen der vorher begründeten „Haftung“²⁹⁾.

²⁸⁾ Mein Standpunkt ist der von Bechmann l. c. angedeutete, womit man Jhering Geist I S. 130, 131 (3. A.) vergleichen möge; nur nehme ich das von Bekker Recht des Besitzes S. 50—57 (über das Ductionsverfahren) überzeugend Dargelegte hinzu.

²⁹⁾ Anders A. Schmidt Die Persönlichkeit d. Sklaven I S. 13 N. 22.

Was sodann die Zeit anlangt, in der das Klagrecht der l. 14 D. cit. anerkannt ist, so darf auf Pernice Labeo Bd. I S. 117—120 verwiesen werden⁸⁰⁾. Ulpian's Rechtsatz ist keinesfalls so alt wie die Noxalklagen, sondern anscheinend erst gegen das Ende der Republik von den Juristen eingeführt, und gerechtfertigt durch künstliche Verwertung der bekannten Maxime: *noxa caput sequitur*⁸¹⁾. Vom Anfang an unentbehrlich wäre die Obligation des vormaligen Sklaven nur dann gewesen, wenn die Freilassung lediglich von der Willkür des Herrn abgehangen hätte. Dass aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, das zeigen die civilen Manumissionsformen; selbst die testamentarische Freilassung ist in alter Zeit kein Privatact, sondern bedarf der Zustimmung der Curien⁸²⁾.

Zuletzt sei noch erwogen, ob uns Ulpian nötigt, auch legitime Delictsklagen gegen den befreiten Sklaven für zulässig zu erachten? Soll z. B. der Bestohlene die gesetzliche Busse von dem diebischen Stichus nach der Manumission mit derselben Formel (ohne Fiction) gefordert haben, deren man sich im Process mit freigebohrenen Bürgern bediente? Wäre das der Fall gewesen, so hätte die That des Sklaven (*s. p. . . furtum factum esse*) eine

⁸⁰⁾ S. auch P. F. Girard *Les actions noxales* (Paris 1888) p. 45, 46; dagegen A. Schmidt *Persönlichkeit* I S. 9, 10.

⁸¹⁾ Vgl. etwa Savigny *System* Bd. II S. 427, 428, Pernice Labeo Bd. I S. 119, 120, neuerdings H. Buhl *Salvius Julianus* I S. 200, 201.

⁸²⁾ Vgl. Mommsen *St.R.* III¹ S. 58, 320, Pernice *Formelle Gesetze* S. 27, 29. Auch Hölder *Beiträge z. Geschichte des röm. Erbrechts* S. 36—48 erblickt im ältesten Testament keinen „Act individueller Willkür“, obwohl er die Beschlussfassung der Comitien leugnet. — Dolose Manumission suchte das praetorische Recht unschädlich zu machen; s. Ulp. Paul. l. 21 pr., § 2, l. 24 D. nox. a. (9, 4).

civilrechtliche Verpflichtung (*quam ob rem . . . pro fure damnum decidere oportet*) für den Libertus erzeugt, während den freien Nichtbürger nach gesetzlicher Ordnung, die eben nur für Römer galt, keinerlei Haftung traf (Gai. IV. 37). Offenbar ist diese Annahme von vornherein so wenig wahrscheinlich,⁸³⁾ dass sie nur in klaren Aussprüchen der Quellen genügende Begründung finden könnte. Nun berichtet aber Ulpian blos das Folgende: aus Contracten werden die Sklaven zwar *naturaliter* obligirt, nicht aber *ciuiliter*, dagegen *ex delictis serui obligantur*. Gewiss müssen wir in dem letzten Satz das Wort *ciuiliter* ergänzen; allein ebenso gewiss ist unter der „Civilobligation“ hier allgemein die klagbare⁸⁴⁾ zu verstehen, nicht die volksrechtliche im Gegensatz zur praetorischen. Auch der Ausdruck *obligatio*, mit dem man ursprünglich nur die civilrechtliche Verpflichtung bezeichnete, ist zur Zeit Ulpians längst auf die honorarische ausgedehnt⁸⁵⁾. Mithin ist es nach l. 14 cit. mindestens erlaubt, an praetorische Klagen gegen den Freigelassenen zu denken, und diese Ansicht erhält eine gute Stütze durch l. 20 D. eod. (44, 7) von Alfenus, wo die Wendungen *iudicium reddere* und *iudicium dare* gebraucht sind. Nach allem dem hat sich das Ulpianische Fragment aus verschiedenen Gründen als ungeeignet erwiesen, unsere Behauptung zu

⁸³⁾ Sabinus Dig. 47, 2, 42, 1 in f. (vgl. auch Cels. Dig. 13, 1, 15) ist genügend erklärt, wenn eine Furtumsformel mit Freiheitsfiction angenommen wird. Dernburg Heidelb. krit. Ztschr. Bd. I S. 7 will selbst gegen den Haussohn nur fictische, also praetorische, Actionen zulassen; anders Mandry Familiengüterrecht Bd. I S. 345.

⁸⁴⁾ Belege für diesen Sprachgebrauch in meinen Krit. Studien S. 45.

⁸⁵⁾ Vgl. z. B. Ulp. Dig. 13, 5, 1, 8 und von älteren Juristen Gai. III. 182; dazu Bd. I S. 82–84.

erschüttern, dass die volksgesetzlichen Ordnungen, unter ihnen auch die privatrechtlichen, nur für Bürger, und keineswegs für Sklaven aufgestellt waren.

§ 26. *Civitas legibus continetur.* — Das Imperium der Lex unterworfen, nur zu Gunsten der Bürger.

Soll die Untersuchung über den Kreis der von der Lex erfassten Personen nicht allzu sehr anwachsen, so muss eine Erörterung der — zumeist „formellen“ — Gesetze, welche ausnahmsweise die Peregrinen angehen¹⁾, hier, wo sie am Platze wäre, unterbleiben. Um so weniger aber ist eine Aufzählung der wichtigsten Quellenäusserungen zu entbehren, die unsere Regel geradezu enthalten oder sonst für sie Zeugniß ablegen. Erwünscht scheint eine Ergänzung des oben (§ 24) versuchten Beweises auch um deswillen, weil der alte Gedanke, demzufolge der Beamte als Rogator einen Vertrag mit dem Volk abschliesst über die Ausübung seiner eigenen Regierungsgewalt, der Wirklichkeit nicht mehr entsprach, als die Rogationen immer häufiger von den Volkstribunen ausgingen, die bekanntlich zur Staatsregierung überhaupt nicht berufen waren. Daher werden wir unser Augenmerk besonders auf die *Leges* der sinken-

¹⁾ Die Verleihung des röm. Bürgerrechts erfolgte durch Volksbeschluss, also durch „Gesetz“. Natürlich konnten sich alle Gesetze, welche diesen Gegenstand betrafen, z. B. L. Acil. Z. 76, 77 (83, 84), dazu Z. 78 (85), 79 nur auf Individuen latinischen oder peregrinischen Standes beziehen. Sehr begreiflich ist es, dass auch die unbefugte Anmassung der röm. *Civitas* mit gesetzlicher Strafe bedroht war; s. Mommsen St.R. III¹ S. 200 N. 1. — Was Appian (de b. c. I c. 22) über die Thätigkeit der Geschwornen des Sempronischen Judicargesetzes v. 632 sagt, mag richtig sein, wenn es auf die eine oder andere röm. *quaestio* beschränkt wird; so auch Mommsen St.R. III¹ S. 703 N. 1.

den Republik und der Kaiserzeit richten, um zu ermitteln, ob auch diese Gesetze nur *Jus civile*, Bürgerrecht, erzeugen sollten.

Hervorragende Bedeutung unter den anzuführenden Belegen kommt der schon einmal (S. 95) erwähnten Phrase zu: *lege (legibus) populus tenetur* und *non tenetur*, die gebraucht ist, bei:

Cic. pro C. Corn. I fr. 11 (Müller: fr. A. VII, 24) de domo c. 16 § 41, Philipp. V c. 4 § 10, XII c. 5 § 12, Ascon. in Corn. p. 68 (Or.), Liv. IX c. 34²⁾.

Sie dient dazu, die Rechtskraft der Volksgesetze zu bejahen und zu verneinen. Wenn sie blos den *populus*, d. h. die römischen Gemeindegossen als diejenigen hinstellt, *qui tenentur*, so ist damit unabsichtlich und deswegen nicht minder überzeugend das regelmässige Geltungsgebiet der *Lex* bekundet.

Zu den ältesten Zeugnissen gehören die angeblich übereinstimmenden, von der Plebs zu verschiedenen Malen erkämpften Bestimmungen über die Tragweite ihrer Concilbeschlüsse. Auskunft über Wortlaut und Inhalt der in dieser Sache massgebenden Gesetze, des Valerisch-Horatianischen, des Publilianischen und des Hortensianischen gewähren:

Liv. III c. 55, VIII c. 12, Dionys XI c. 45, Lael. bei Gell. XV. 27, 4, Plin. Nat. hist. XVI. 10 (15) § 37, Gai. I. 3³⁾.

Nach dem Berichte dieser Autoren sollten die Plebiscite gelten für den *populus*, für *omnes Quirites*, für den *uniuersus populus*, sie sollten *ἅπασιν κείσθαι Ῥωμαίοις*.

Den zunächst folgenden Stellen ist eine kurze Be-

²⁾ S. oben S. 95 N. 7; vgl. auch Cic. pro Balbo c. 8 § 20 in f.

³⁾ S. oben S. 96 N. 8.

trachtung voraufzuschicken. In den Quellen liegt eine Reihe von Äusserungen vor, die einen sicheren Schluss zu lassen auf das Verhältniss, in dem nach römischer Auffassung die *lex* zur republicanisch organisirten Bürgerschaft, zum *populus* stand oder — was Dasselbe ist — zur *ciuitas*⁴⁾. Schwankend sind die Angaben der Alten nur über das ursprünglich unfreie, d. h. unter Königsgewalt stehende, Gemeinwesen. Bald wird dieser Epoche ein absolutes Imperium zugeschrieben, so dass die Herrschaft des Gesetzes erst mit der Aufrichtung des Freistaats beginnt, bald erscheint auch die Königsmacht als beschränkt durch die *Lex*⁵⁾. Offenbar ging das Bestreben der Römer dahin, ihre Könige wenigstens der absoluten Gewalt möglichst zu entkleiden, das *imperium regium* zugleich als *legitimum* darzustellen. In der That war solche Geschichtsconstruction gar nicht zu vermeiden, wenn man einerseits den Anfang des römischen Staatslebens unter Romulus, nicht unter Brutus setzte, andererseits an dem republicanischen Axiom festhielt, dass kein richtiges Gemeinwesen

⁴⁾ Vgl. z. B. Cic. de re p. VI c. 13: . . . *concordia coetusque hominum iure sociati, quae ciuitates appellantur*, Liv. XXXIV c. 4, XXXV c. 7. *Ciuitas* (= Gemeinwesen) neben *populus* findet sich in der Evocationsformel bei Macrob. Sat. III c. 9 § 7, auch bei Gai. I. 79.

⁵⁾ Nach Tacit. Annal. III c. 26 ist Romulus absoluter Herrscher (*ut libitum imperitauerat*), dagegen Tullius *sanctorum legum, quae etiam reges obtemperarent*; etwas anders Sallust. Catil. c. 6 § 6 (*imperium legitimum, nomen imperii regium*), s. auch c. 6 § 1, c. 9 § 1, ferner Cic. de re p. II c. 30—33 § 52—57, de leg. III c. 1, 2 § 3, 4, de offic. II c. 12 § 41, 42 (dazu pro Cluent. c. 53 § 146), Liv. I c. 8, Seneca Epist. 90 (XIV. 2) § 5, 6 (Haase); aus der Litteratur besonders Rubino Untersuchungen I S. 117—121, 357, 415—429, dem ich folgen möchte, obwohl Mommsen St. R. II¹ S. 10, 11, III¹ S. 306, 307, R. Gesch. Bd. I S. 73, 74 (6. A.) zum Teil abweichender Ansicht ist; vgl. noch Bernhöft Staat und Recht S. 115—119, 157—160.

denkbar sei ohne Gesetz. Anscheinend liegt diese Erwägung auch bei Livius I c. 8 zu Grunde, wo die Entstehung der römischen Gemeinde und das Verfahren des Romulus geschildert ist:

. . . *uocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit.*

Logischer Weise konnte die Gesetzgebung des ersten Königs, ehe die „Bürgerschaft“ vorhanden war, nur als Ausfluss eines — freilich blos thatsächlichen — Imperiums, nicht als zweiseitiger Act gedacht werden. Allein die Staatsdoctrin, die im Relativsatz zum Ausdruck kommt⁶⁾, verlangte unbedingt die Lex. So musste denn die Gemeindegründung durch Lex data erfolgen, obwohl der Widersinn, der allen Erzählungen dieser Art anhaftet, dadurch nur verschleiert, nicht beseitigt ist.

Was Livius lehrt war gegen das Ende der Republik und sicher schon weit früher allgemein herrschende Anschauung. In Ciceros Schriften ist die Zusammengehörigkeit von *lex* und *ciuitas* (= *populus*) wiederholt anerkannt:

in den Reden de domo c. 18 § 33⁷⁾, in Pison. c. 13 § 30, de prov. cons. c. 19 § 46, Phil. VII c. 5 § 15⁸⁾;

⁶⁾ Diese verstand unter *lex* sicher das Volksgesetz. Dann aber ist das *iura dare* des Romulus ebenfalls Gesetzgebung, nicht Verordnung kraft einfacher Magistratsgewalt. Dass Mommsen St. R. III¹ S. 310, 311 seine eigene Lehre von der Lex data im technischen Sinn jetzt preisgibt, ist nicht zu billigen (s. Krüger Quellen S. 15 N. 48, Kipp Krit. Vtjschr. Bd. XXXII S. 4) und weder gerechtfertigt durch die ursprünglich weite Bedeutung von *lex* (oben S. 94) noch durch die wenig sorgfältige Verwendung des Wortes von Seiten der Nichtjuristen.

⁷⁾ Vgl. auch Seneca Epist. 94 (XV. 2) § 38.

⁸⁾ Auch Cic. p. Caec. c. 14 § 40, de orat. I c. 48 § 212 gehören wohl hieher.

das bedingende Verhältniss, das zwischen beiden obwaltet in der Republik I c. 32 § 49:

. . . *cum lex sit ciuilis societatis uinculum*, . . .

ebenso de off. III c. 5 § 23 und pro Cluent. c. 53 § 146, 147⁹⁾:

. . . *multo esse indignius in ea ciuitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim . . . fundamentum libertatis, hic fons aequitatis; mens et animus et consilium et sententia ciuitatis posita est in legibus . . . ciuitas sine lege suis partibus . . . uti non potest. Legum ministri magistratus . . . legibus denique idcirco omnes seruimus, ut liberi esse possimus. . . Circumspicite omnes rei publicae partes; omnia legum imperio et praescripto fieri uidebitis.*

In den vorstehenden Sätzen ist noch Mehr enthalten, was hier Beachtung erheischt. Die Magistrate, sagt der Redner, sind die Diener der Gesetze und die Gesetze, welche das Regiment in der Gemeinde führen, die Grundlage unserer Freiheit. Nimmt man hinzu, dass nach der Vorstellung der Alten¹⁰⁾ die *libertas* dem *populus* errungen wird mit dem Sturze der *regia potestas*, an deren Stelle dann die *Leges* treten¹¹⁾, so ist Ciceros Gedankengang zuverlässig in folgender Weise herzustellen. Durch die

⁹⁾ Ein Teil dieser Stelle ist schon im I. Bd. S. 8 abgedruckt und erläutert.

¹⁰⁾ S. z. B. Cic. de re p. II c. 23 § 43 in f., c. 31—33 § 55 bis 57, de leg. III c. 2 § 4, Sall. Cat. c. 7 § 2 (*adepta libertate*).

¹¹⁾ So Cic. de offic. II c. 12 § 41, 42, Liv. II c. 3 und besonders II c. 1: *Liberi iam hinc populi Romani res, . . . imperiaque legum potentiora quam hominum peragam*; vgl. auch Jhering Zweck im Recht Bd. I S. 345, 346 (2. A.), der auf Justinus Epit. I c. 1 § 1, 2 aufmerksam macht.

Unterwerfung der Magistrate unter die Lex wird die bürgerliche Freiheit erworben und gesichert. So weit die Herrschaft der Legalordnung reicht, so weit ist das Imperium der Urzeit gefesselt, wenn nicht vernichtet, da es übergeht in einfache Ausführung der Gesetze. Dass Cicero bei dieser Darlegung die Beamten nur in ihrem Verhältniss zu den Bürgern ins Auge fasst, dass die Herrschaft der Gesetze nur den Gemeindegossen Freiheit verschafft, das bedarf wohl keines besonderen Beweises. Der Redner sagt es ganz ausdrücklich, da er immer wieder die *ciuitas* nennt, um auf sie die befreienden Leges zu beziehen.

Wünscht aber Jemand diese Auslegung noch weiter bekräftigt zu sehen, so mag er das dritte Buch der Ciceronischen Leges durchblättern. Das dort (c. 3, 4) aufgestellte Regierungsgesetz will zweifellos die Gewalt der Magistrate nur den Bürgern gegenüber festsetzen und begrenzen. Heisst es doch in der Einleitung (c. 2 § 5):

neque solum iis (d. i. magistratibus) praescribendus est imperandi, sed etiam ciuibus obtemperandi modus,

und der Verfassungsentwurf selbst beginnt, um nur Eines hervorzuheben, mit den Worten:

Iusta (= legitima¹²) imperia sunt, isque cuius modeste ac sine recusatione parento.

Ist es dem Gesagten nach sicher geboten, den Schutz der Volksgesetze auf die Bürger zu beschränken, so kann mit gleicher Sicherheit das Verhältniss der reichsangehörigen Peregrinen zur römischen Obrigkeit bestimmt werden. Wie in der Königszeit die Bürger der *regia potestas*, so sind Roms Unterthanen dem absoluten Imperium der republica-

¹²) S. oben S. 108 N. 11.

nischen Beamten unterworfen. Der Abstand in der Behandlung der Römer und der Peregrinen ist im Laufe der Zeit, bis zur Einsetzung des Principats, eher grösser als geringer geworden. Dies wird verständlich, wenn man die allmähliche Ausbreitung des Legalrechtes beachtet und dabei bedenkt, dass auch der Bürger dem ungebundenen Imperium unterlag, so weit die Volksgesetze Raum liessen für das freie Walten der Obrigkeit. Daher ist der fragliche Unterschied genauer so zu fassen: den Bürger beherrscht grundsätzlich — wenigstens *domi* — die Lex, nur wo sie Lücken lässt, das Imperium; dagegen steht umgekehrt der Nicht Römer regelmässig unter der schrankenlosen Beamtengewalt¹³⁾, es sei denn dass ihm als Foederirten¹⁴⁾ Schutz gebührt nach Völkerrecht.

Nur die Kehrseite dessen, was Cicero mit den Worten *ciuitas legibus utitur* und *legibus continetur* ausdrückt, ist der Satz: *peregrinos imperium continet*, der freilich m. W. in solcher Allgemeinheit in unserer Überlieferung nicht vorkommt. Die Aufmerksamkeit der alten Staatsgelehrten war eben lediglich auf die römische Gemeinde gerichtet, und von den Juristenschriften, zumal aus der Zeit vor Caracallas Constitution, ist in der Urgestalt so wenig erhalten,

¹³⁾ In dieser Lage befanden sich alle Provinzialen mit blos „tolerirter Autonomie“ (Mommsen), obwohl auch ihnen die höfliche Bezeichnung: *socii p. R.* nicht versagt wurde (s. M. Staatsrecht III¹ S. 724, 725). Königsherrschaft war das römische Provincialregiment insofern nicht (wichtigste Ausnahme: Aegypten), als es den Städten die Selbstverwaltung belies oder gar neu verlieh. Trotzdem übten die Statthalter ein fast (Repetundengesetze!) absolutes Herrenrecht aus.

¹⁴⁾ Was dem Bürger die Lex, das gewährt den Bundesgenossen das Foedus; vgl. z. B. Z. 29 der L. agraria v. 643. Auf [*socii*] *Romano* beziehen sich die Worte: [*ex lege plebiscite edito*], auf *Latino peregrinoque* die Worte: *exue foedere*.

dass es nicht befremden kann, wenn sie uns Auskunft versagen. *Lex* und *imperium* sind zwar zuweilen neben einander gestellt, so von Cic. de re p. I c. 2 § 3, von Papinian im fr. 27 de O. et A. (44, 7) und von Marcian im fr. 214 de V. S. (50, 16); allein es ist dabei gewiss nicht an verschiedene Individuen gedacht, welche die eine und die andere Gewalt beherrscht. Weit häufiger als das Imperium erscheint neben der Lex oder ihr gegenüber der Magistrat¹⁵⁾ (Praetor), das Edict oder das Jus honorarium, d. h. statt des Abstractums der Träger und das Erzeugniss des Imperiums. Wo diese Ersatzworte gewählt sind, da ist doch derselbe Gegensatz gemeint, nur anders gefärbt und minder scharf betont. Wir wissen ja, wie sich durch gleichmässige Übung eine Art Ordnung auch im eigenen Gebiet der Beamtenwillkür gebildet hat. Aus dieser Thatsache erklärt sich die Entstehung des Ausdrucks *ius honorarium*, den die späteren Klassiker nicht selten verwenden, doch schwerlich einmal ohne das Bewusstsein, dem Worte *ius* Gewalt anzuthun¹⁶⁾. Die Juristen haben wohl die Anschauung nie fallen gelassen, dass die Beamtenwillkür ohne Weiteres nicht fähig sei, Recht im eigentlichen Sinn zu

¹⁵⁾ S. unten S. 136 N. 24.

¹⁶⁾ Dafür haben wir sprechende Belege. Hier nur einige Andeutungen. Pomp. Dig. 1, 2, 2, 12 sagt: *iure, id est lege*; demgemäss nennt er und nennen die jüngsten Juristen das Volksrecht (aus Gesetz und Gewohnheit) das „eigentliche“ Recht, *ipsam ius* [z. B. Dig. 24, 1, 32, 1 — 33, 2, 29 — 34, 2, 34, 1 — 38, 2, 2, 2 — 43, 18, 1, 9 — 46, 6, 4, pr. — Ulp. I. 10. — Inst. J. 3, 10 (Kr. 3, 9), 2]. Daher dient auch *ius* ohne Beisatz sehr häufig zur Bezeichnung des Civilrechts [z. B. Gai. II. 120, 147, 148, III. 25, 36, 41, Dig. 5, 3, 1, Ulp. V. 3, 10, XXIII. 6 in f., Vat. 61 = Dig. 7, 4, 1, pr., Dig. 1, 3, 9]. Bekannt ist das *ius praetorium* schon dem Cicero; verteidigt ist der Ausdruck *ius honorarium*, nach Hadrians S. C., von Paul. Dig. 1, 1, 11; s. meine Krit. Studien S. 2, 6, 14, 103.

erzeugen, darum nicht fähig, weil der Magistrat, auch wo er edicirt, doch nur einseitig sich selbst bindet, nicht gebunden wird von einer gleich oder höher stehenden Gewalt, noch auch ein Gehorsamsversprechen vom Volk empfängt, wodurch allein der Norm die nötige Garantie und so die Natur wahren Rechtes zu Teil wird¹⁷⁾. Demnach dürfte es nicht unrichtig sein, noch der klassischen Zeit trotz des ausgleichenden Kaiserregiments den Grundsatz zuzuschreiben: Die Bürger leben nach gesetzlichem Recht, die Peregrinen regiert das Imperium der römischen Beamten. Erst unter Caracalla ward dieser Unterscheidung in weitem Umfang der Boden entzogen.

§ 27. Römische und peregrinische *Judicia legitima*. — Das hellenisch-italische System der persönlichen Gemeinderechte aus Gesetzen. — Die provincialen Prozesse zwischen Ungenossen unter dem Imperium der Statthalter.

Den besten, unmittelbar verwertbaren Quellenbeleg für das zuletzt Ausgeführte finden wir bei Gai. IV. 103—105, 109, obwohl es nur Gerichts- und Processordnungen sind, die er daselbst ins Auge fasst. Dabei ist weit mehr Gewicht zu legen auf die Gegenüberstellung des *ius legitimum* und des *imperium* (103) und auf die Verbindung, in die das erstere mit den Bürgern, das letztere mit den Peregrinen gebracht ist (104, 105), als auf die Deutung der Phrase *imperio contineri iudicia* (105 in f.¹⁾, die vermut-

¹⁷⁾ Vgl. auch meine Krit. Studien S. 153—156, wo das Verhalten der Jurisprudenz der Lex und der Kaiserconstitution gegenüber besprochen ist.

¹⁾ *Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tandiu valent,*

lich den Juristen geläufig war, gewiss aber den Sinn der Worte nicht erschöpft und wohl auch nicht erschöpfen will.

Willkommene Unterstützung gewähren Ciceros Mitteilungen über das Gerichtswesen Siciliens auf Grund des Rupilischen Decrets und über seine eigene Justizverwaltung in Cilicien. Den unterthänigen Siculern war im Provincialstatut das Zugeständniss gemacht (in Verr. II c. 37 § 90):

ut ciues inter se legibus suis agerent,

genauer (in Verr. II c. 13 § 32):

ut, quod ciuis cum ciue agat, domi certet suis legibus, quod Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rutili decreto . . . sortiatur;

und in Cilicien gestattet²⁾ der Proconsul im J. 708 d. St. (ad Attic. VI. 1 § 15):

ut Graeci inter se disceptent suis legibus . . peregrinis iudicibus utantur,

womit, wie er selbst erzählt, den Provincialen die *αὐτονομία* gewonnen schien. Das Wesen dieser „Freiheit“ und die Folgen der Verleihung sind nochmals geschildert ad Att. VI. 2 § 4:

omnes (ciuitates) suis legibus et iudiciis³⁾ usae, αὐτονομίαν adeptae, reuixerunt.

Überall handelt es sich nicht um römische, sondern

quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit. Was diese Erklärung hervorhebt, das ist nur eine aus dem Wesen des Imperiums abgeleitete, besonders in die Augen fallende (vgl. das Sprichwort bei Gai. IV. 104 in f.) Erscheinung.

²⁾ Vgl. Degenkolb Lex Hieronica S. 4 N. 1.

³⁾ Dazu Karlowa R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 328.

um peregrinische Leges abhängiger Städte, u. z. um Gesetze, deren Wirksamkeit, durch kein Foedus gewährleistet, mehr oder minder vom Ermessen der römischen Imperienträger abhing⁴⁾. Allein vom Standpunkt der Unterthanen⁵⁾ aus können die auf der heimischen Lex einer Civitas ruhenden Gerichte und Prozesse unbedenklich *iudicia legitima* genannt werden, analog den römischen. Mit den letzteren stimmen sie in dem wesentlichsten Punkte überein: sie finden nur statt, wenn die Parteien Bürger derselben Gemeinde sind, und der Grund dieser Beschränkung ist hier wie dort genau der nämliche: die Regelung des Verfahrens durch ein Gesetz, das ursprünglich in den

⁴⁾ Dem Rupilischen Statut lag eine Senatsvollmacht zu Grunde. Wenn aber Verres durch sein Edict noch besonders bekräftigte, was in jenem Decret enthalten war (in Verr. II c. 37 § 90 in f.), so ist Dies vielleicht ein Beweis für das im Vergleich zum röm. Volksgesetz geringere Ansehen des S. C.; vgl. indess Mommsen St. R. III¹ S. 747, III² S. 1211.

⁵⁾ Diesen Standpunkt hat Rudorff (Berliner Index f. den Winter 1850 p. 6—9, Feldmesser Bd. II S. 247 N. 45, R. R. G. Bd. II S. 12 und bei Puchta Cursus Bd. I § 159 N. b) gewählt, und er musste es thun, wenn er peregrinische Einrichtungen mit römischen vergleichen wollte. Darum ist die Zurechtweisung, welche Voigt Jus nat. Bd. II S. 405 N. 489 Rudorff angedeihen lässt, unverdient. Der Bürger von Thermae z. B. (einer Unterthanenstadt; s. Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 244, 245 — 2. A.) betrachtet die *leges Thermitanorum* deswegen nicht weniger als die seinigen, weil Rom diese Gesetze seiner Heimat zurückgegeben (*reddidit*) und das Rupilische Decret diesen Rechtszustand bestätigt hatte (Cic. in Verr. II c. 37 § 90). Spricht doch selbst der Römer von den „eigenen Gesetzen der Siculer“, so Cic. in Verr. A. pr. c. 4 § 13, II c. 13 § 33. Zudem geht Voigt von einem unklaren Begriff des röm. *iudicium legitimum* aus (dessen Wesen gerade darin besteht, dass röm. Gesetzesrecht auf den Process angewandt wird; vgl. auch oben S. 76 N. 11) und behauptet Falsches, wenn er die Processinstruction den sicilischen Stadtmagistraten abspricht. Gegen die letztere Annahme überzeugend Karlowa R. R. G. Bd. I S. 328, dazu Mommsen St. R. III¹ S. 747—749.

sicilischen Städten so wenig wie in Rom hinausgreift über den Kreis der eigenen Bürger, dem also „territoriale“ Geltung (für alle Prozesse im Stadtgebiet) nirgends zukommt, sondern bindende Kraft lediglich für eine begrenzte Anzahl von Personen, die sich bestimmt durch die Zugehörigkeit zum *Populus*.

Um dem Einwand zu begegnen, dass erst das römische Regiment auf Sicilien die Sonderung des für Bürger (*civis cum ciue*) und des für Peregrinenprocesse (*Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis*) geltenden Rechtes bewirkt habe, muss Eines bemerkt werden. Das System der persönlichen Gemeinderechte⁶⁾ ist den Römern keineswegs eigentümlich, sondern altes Gemeingut der graecoitalischen Welt. Der Satz: *ciuitas legibus utitur*, woraus die Rechtlosigkeit der Nichtbürger unmittelbar folgt, lässt sich aus griechischen Quellen ebenso gut erweisen wie aus römischen. So lehrt denn auch Hermann⁷⁾ ausdrücklich: „dem griechischen Staat . . . beschränkt sich das Recht fortwährend

⁶⁾ Einen passenderen Namen finde ich nicht. Der hier gewählte soll aufmerksam machen auf den Unterschied des griechisch-römischen und des germanischen Principes der persönlichen Stammesrechte. Die Geltung des letzteren ist für die „altgermanische“ Zeit, wo die deutschen Stämme nicht dauernd sesshaft waren (Voraussetzung des Territorialgedankens!) am wenigsten zu bezweifeln. Brunner Deutsche Rechtsgesch. Bd. I S. 260 denkt nur an die Anwendung des persönlichen Rechtes vor dem Gerichte eines anderen Volkes. Dieser Grundsatz ist freilich nicht altgermanisch (ebensowenig graeco-italisch), sondern später (zuerst im fränkischen Reich?) entwickelt. Altgermanisch ist die Rechtlosigkeit der Fremden (s. Brunner a. a. O. Bd. I. S. 273—275).

⁷⁾ Lehrb. d. griech. Antiquitäten Bd. II 1. Abt. § 1 S. 4 (3. A. v. Thalheim), auch Bd. I 1. Abt. § 9 S. 73 (6. A. v. Thumser), Voigt Jus naturale Bd. IV. 2 S. 232—235.

Wlassak, Röm. Processgesetze II.

auf die Mitglieder der nämlichen bürgerlichen Gemeinschaft, aus deren Sitten oder Bedürfnissen es hervorgegangen ist“. Zum Beweise beruft er sich hauptsächlich auf Aristoteles Polit.⁸⁾ VII c. 2 § 8 p. 1324 b. Ergiebiger scheint mir eine andere Stelle in demselben Werke: III c. 1 § 3 p. 1275 a, wo verschiedener Versuche gedacht ist, den Begriff des „Bürgers“ festzustellen. Nach Aristoteles Ansicht dürfte man nicht sagen, *πολίται* seien *οἱ τῶν δικαίων μετέχοντες*; denn ein Anteil am Rechte komme auch zu (*ὑπάρχει τοῖς*⁹⁾ *ἀπὸ συμβόλων κοινωνοῦσιν*. Diese Äusserung zeigt, dass der Fremde nur kraft besonderen Staatsvertrags¹⁰⁾ auf Rechtshilfe Anspruch hatte. Daher heissen auch in Athen die Processe, in denen die Bundesgenossen (die *αὐτόνομοι* und *ὑποτελεῖς*) Recht geben und nehmen, *δίκαι ἀπὸ συμβόλων*¹¹⁾. Die Normen für die Fremdengerichte¹²⁾ mochten zu bestimmter Zeit mehr oder weniger zusammenfallen mit dem im Bürgerprocess massgebenden

⁸⁾ In der Ausgabe von Susemihl (Lipsiae 1872) IV c. 2 § 8. Die *ἄλλοι* (. . . *πρὸς δὲ τοὺς ἄλλους οὐδὲν μέλει τῶν δικαίων*), welche A. den „*αὐτοί*“ gegenüber setzt, sind nach dem Zusammenhang die Fremden.

⁹⁾ Bücheler will hier einschalten: *μετοίκους καὶ τοῖς*. Von den *μέτοικοι* spricht A. sofort. Ihre *κοινωνία* sei nur unvollkommen, denn sie bedürften *πολλαχοῦ* eines *προστάτης*.

¹⁰⁾ Über die *σύμβολα* vgl. insbesondere Harpocratio s. h. v. (Dindorf t. I p. 282): *τάς συνθήκας, ἃς ἂν ἀλλήλαις αἱ πόλεις θέμεναι τάτωσι τοῖς πολιταῖς ὥστε διδόναι καὶ λαμβάνειν τὰ δίκαια*; dazu die reichhaltige Annotatio im t. II der Dindorfschen Ausg. p. 428—430.

¹¹⁾ Meier-Schömann-Lipsius Der Attische Process Bd. II S. 994 bis 1006 (1887).

¹²⁾ Wegen der Sonderung der Gerichtsbarkeit über Bürger (*πολίται*), die dem Archon, und über Schutzverwandte (*μέτοικοι, ἰσοτελεῖς, πρόξενοι*), die dem Polemarchos in Athen zusteht, vgl. jetzt Aristot. Athen. Polit. c. 58 (col. 29), wo es am Schlusse heisst: . . . *καὶ τᾶλλ' ἔσα τοῖς πολιταῖς ὁ ἄρχων ταῦτα τοῖς μετοίκους ὁ πολέμαρχος*.

Recht. An und für sich ist solche Gleichheit denkbar ebenso als Ausgangspunkt wie als letzte Stufe der Entwicklung. Bezeugt ist sie anscheinend im hellenischen Rechtskreis durch Inschriften¹³⁾ des dritten Jahrhunderts a. Chr. und spätere. Dagegen wäre wohl der Versuch abzuweisen, im selben Sinn die Rede der Athener bei Thukydides I c. 77 § 1 auszulegen, wo diese ihre fruchtlose Mässigung gegen die Bundesgenossen hervorheben:

καὶ ἐλασσούμενοι γὰρ ἐν ταῖς ξυμβολαίαις πρὸς τοὺς ξυμμάχους δίκαις, καὶ παρ' ἡμῖν αὐτοῖς ἐν τοῖς ὁμοίοις νόμοις ποιήσαντες τὰς κρίσεις, φιλοδικεῖν δοκοῦμεν.

Die erwähnten *ὅμοιοι νόμοι* wird man besser von Vorschriften verstehen, die den Athener und den Bundesgenossen im Internationalprocess auf gleichem Fusse behandeln¹⁴⁾. Immerhin kann die Nachbildung der Civilnormen im Fremdenrecht unbedenklich zugestanden werden¹⁵⁾, ohne dass deswegen unsere obige Behauptung,

¹³⁾ Im Corp. inscr. gr. t. II nr. 2554 (p. 398, 399), nr. 2556 (p. 411, 412), nr. 2222 (p. 205); dazu die Anmerkungen von Böckh und Voigt *Jus nat.*, der in Beil. XIII (Bd. IV. 2 S. 186—250) eine dankenswerte Zusammenstellung des weitschichtigen Materials giebt. Für anfechtbar halte ich das Ergebniss (S. 249) der Voigtschen Untersuchung.

¹⁴⁾ Wegen Thukyd. IV c. 118 § 8 (*κατὰ τὰ πάτρια*) vgl. Sell *Recuperatio* S. 325, 326.

¹⁵⁾ Nach Karlowa *R.R.G.* Bd. I S. 454 ist das römische *Jus gentium* aus dem Verkehr der Bürger entstanden, später übertragen auf den Internationalverkehr. Das trifft anscheinend bei manchen Instituten zu; bei der Mehrzahl ist aber m. E. eine Entwicklung in entgegengesetzter Richtung viel wahrscheinlicher; vgl. auch *Inst.* 1, 2, 2 in f., *Ulp. D.* 43, 26, 1, 1, *Paul. Vat.* 47^a, *Herm. D.* 1, 1, 5.

ciuitas legibus utitur irgend gefährdet wäre. Mag auch der Rechtssatz in beiden Gebieten gleich lauten, so beruht er doch im Fremden- und im Bürgerprocess auf verschiedenen Quellen, dort zuletzt auf dem Staatsvertrag, hier unmittelbar auf dem Gemeindegesetz.

Die Römer waren sich dessen wohl bewusst, dass die Unterscheidung des *Jus civile* und *Jus gentium* ihr Rechts- und Gerichtswesen nicht auszeichne vor dem anderer Völker, sondern zum Mindesten in allen Städten griechisch-italischer Kultur wiederkehre. So setzt z. B. Cicero in den *Officien* III c. 5 § 23 dem *ius gentium* nicht das römische *Jus civile* oder die *Leges* seines Staates entgegen, vielmehr bezeichnet er das andere Glied mit den Worten *leges populorum*. Und Gaius leitet bekanntlich sein Lehrbuch (*Dig.* 1, 1, 8, *Inst.* I. 1) mit der Bemerkung ein, „alle Völker“, die sich einer Rechtsordnung erfreuen, lebten teils nach *ius proprium*, teils nach *ius commune*;

nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile („Bürgerrecht“), *quasi ius proprium ciuitatis* (der „Bürgerschaft“, nicht: des Gemeindeterritoriums); *quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit . . . uocatur ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*.

Jetzt erst wendet sich der Jurist den römischen Einrichtungen zu, die lediglich bestätigen was vorher von anderen Völkern gesagt ist:

populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

Um zu zeigen, dass der Ausdruck *ius ciuile* seiner eigentlichen Bedeutung nach auf jedes „bürgerliche“ Recht,

nicht bloß auf das römische, gehe, ist in Justinians Institutionen (1, 2, 2) noch Folgendes beigefügt:

Sed ius quidem civile ex unaquaque ciuitate appellatur, ueluti Atheniensium: nam si quis uelit Solonis uel Draconis leges appellare ius civile Atheniensium, non errauerit. sic enim et ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus: uel ius Quiritium, quo Quirites („die Bürger“) utuntur

Endlich bezeugen zwei spätklassische Juristen die Übereinstimmung der hellenischen und der römischen Auffassung des Gesetzes in der Weise, daß sie den Begriff der *lex* statt mit eigenen, mit den Worten eines Griechen, vielleicht des Demosthenes, bestimmen. Den griechischen Text selbst, der auch sonst¹⁶⁾ erhalten ist, teilt Marcian mit (in l. 2 D. de leg. 1, 3), während Papinian eine fast wörtliche Übersetzung giebt, die allerdings so, wie sie in l. 1 D. eod.¹⁷⁾ vorliegt, nur Einzelnes aus der Darlegung des Redners herausnimmt. Unter den Gründen, die der

¹⁶⁾ In der Rede wider Aristogeiton § 16 p. 774 (in den Ausgaben des Demosthenes, dessen Urheberschaft aber bestritten ist).

¹⁷⁾ Es will mir nicht einleuchten, weshalb das fr. 1 cit. ein Machwerk der Compiler sein soll; s. Seitz a. a. O. S. 118 N. 1, Pernice Form. Gesetze S. 4 N. 7. Die Definition rührt ja nicht von Papinian her, sondern ist von ihm nur ins Lateinische übertragen. Wollten die Byzantiner den gefeierten röm. Juristen zum Nachtreter des Demosthenes und der Stoiker machen, so mußte Papinians Name dem fr. 2 vorgesetzt werden. Das hätte weit größeren Eindruck gemacht. Seitz l. c. bedenkt nicht, daß fr. 1 verschiedene Bedeutungen des „Gesetzes“, zuerst das „Gesetz“ = *lex naturas* vorführt. Am Schlusse ist die *lex* der Juristen als *communis r. p. sponsio* bezeichnet. Diese Äußerung wäre allerdings auffallend im Munde eines Römers, wenn wir nicht wüßten, daß er einer fremden Vorlage folgt. Auf die Vereinbarung (*sponsio, conuentio*), als Quelle des Rechts weist übrigens noch Hermog. Dig. 1, 3, 35 hin; vgl. auch Jul. Dig. 1, 3, 32, 1.

Griechen für die Verbindlichkeit des νόμος anführt, kommt hier bloß der zuletzt erwähnte in Betracht. Der νόμος, sagt er, sei auch πόλεως συνθήκη κοινή (Papinian: *communis rei publicae sponsio*) und deshalb verpflichtend für die Bürger:

καθ' ἣν ἅπασιν προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει.

Die letzten Worte — in l. 1 cit. fehlen sie — zeigen nicht etwa die „Bewohner der Stadt“ an, sondern die zur Gemeinschaft der Bürger Gehörigen; πόλις bedeutet eben genau Dasselbe wie *ciuitas*¹⁸⁾.

Nach allem dem erscheint es wohl gerechtfertigt, den Leges der sicilischen Gemeinden, wie vielen anderen auf dem griechischen und italischen Festlande, schon in der vorrömischen Epoche Geltung lediglich *inter ciues eiusdem ciuitatis* einzuräumen. Für die Zeit, wo Verres auf der Insel gebot, ist ausser den oben S. 127 herangezogenen Stellen noch eine wichtige Äusserung seines Anklägers in der a. prima c. 4 § 13 zu berücksichtigen:

*Hoc praetore Siculi neque suas leges neque nostra senatus consulta*¹⁹⁾ *neque communia iura tenuerunt.*

Cicero hält hier *leges* und *communialia iura Sicularum*²⁰⁾

¹⁸⁾ Vgl. etwa Stephanus Thesaurus s. v. πόλις (t. VI), auch oben S. 120 N. 4.

¹⁹⁾ Diese, bez. die *ex senatus consulto* erlassenen Decrete („*leges datae*“) regelten nicht bloß internationale Verhältnisse auf der Insel, sondern sie ergänzten oder änderten auch das *ius proprium*, die *leges* einzelner Gemeinden (Beispiel: in Verr. II c. 49 § 122; vgl. c. 50 § 123, 125). Vielleicht hat diese Erwägung Cicero bestimmt, die röm. S.C. einzuschieben zwischen die *leges* und die *communialia iura*.

²⁰⁾ Cicero spricht von den Rechten der Siculer und er denkt wohl auch l. c. nur an diese (anders im folg. c. 5). Daher kann ich Jörs a. a. O. I S. 137 N. 3, S. 138 N. 4 nicht zustimmen, dem die

auseinander; augenscheinlich aus dem Grund, weil die ersteren kein Recht schufen für die Beziehungen der Bürger verschiedener Gemeinden zu einander, sondern nur Recht innerhalb der einzelnen Bürgerschaft oder, mit den Worten des Gronovianischen Scholiasten²¹⁾: *ius civile, ius proprium ciuitatis*. Mithin waren die Fremdenrechte auch in den Städten Siciliens, vermutlich schon von Alters, nicht aus Gesetzen der einzelnen Gemeinden abzuleiten, sondern in anderer Weise festgestellt. Weiter zu forschen, wie die internationale Rechtspflege vor der Unterwerfung der Insel geordnet war, dazu liegt ein Anlass nicht vor. Genau bekannt ist nur der durch das Rupilische Decret, lange nach der Provincialisirung, herbeigeführte Zustand. Wie anderswo so haben die Römer wohl auch in ihrem ältesten Unterthanenland den Verkehr zwischen den Provincialgemeinden möglichst beschränkt, die Städtebünde wenn nicht aufgelöst, doch ihrer wesentlichsten Bedeutung beraubt²²⁾. Damit im engsten Zusammenhang steht offenbar die Unterdrückung der einheimischen Fremdengerichte und die Übernahme dieses Zweiges der Jurisdiction durch die Statthalter. Das Rupilische Statut entzieht den Ortsbehörden nicht allein die Prozesse, wo ein Römer als Partei auftritt, sondern auch diejenigen,

communis iura die Normen sind, welche „sich im Verkehr der Provincialen mit den Römern festgesetzt hatten“. Natürlich leugne ich nicht, dass es solche gab.

²¹⁾ Bei Orelli p. 391 und in der Note z. Z. 11. Die Stelle ist zerrüttet und auch sonst nur mit Vorsicht zu gebrauchen (s. Jörs a. a. O. I S. 138 N. 4). Die Beziehung der oben mitgeteilten Worte auf Ciceros *suas leges* halte ich für gesichert.

²²⁾ Vgl. Huschke Servius Tullius S. 571 N. 90, Mommsen St. R. III¹ S. 666, 667, 742—744 und Siciliens wegen Röm. Geschichte Bd. I S. 543, 544 (6. A.).

wo zwei Siculer *non eiusdem ciuitatis* sich befehlen. Beiderlei Processe sind im Gegensatz zu den legitimen, die unter Genossen nach dem heimischen Gesetz begründet werden, als *iudicia imperio continentia* zu bezeichnen²³⁾. Cicero in Verr. II c. 13 § 32 gebraucht zwar den Ausdruck *imperium* nicht, trotzdem ist seine Auffassung jener *Judicia* zuverlässig die eben erwähnte. Die entscheidenden Worte sind nochmals vorzuführen:

quod ciuis cum ciue agat, domi certet suis legibus, quod Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rupili decreto . . sortiat.

Der Praetor also, der *ex decreto* eines seiner Vorgänger handelt, wird den *leges* der sicilischen Gemeinden entgegen gesetzt, ähnlich wie die klassischen Juristen²⁴⁾ häufig der römischen *Lex* und dem *Jus civile* gegenüber statt des *Jus praetorium* dessen Urheber, statt der Gewalt, auf der das Amtsrecht ruht, deren Inhaber oder, anders ausgedrückt, statt des *Imperiums* den Praetor nennen. Freilich war Cicero schon dadurch veranlasst, des Statthalters bei den Processen der zweiten Art zu gedenken, weil diese,

²³⁾ Dass sie so heißen müssen im Gegensatz zu den stadtrömischen *ex lege Aebutia*, versteht sich von selbst: Gai. IV. 105. Die *Judicia* der sicil. Magistrate sind überhaupt nicht römisch.

²⁴⁾ So Pomp. Dig. 50, 17, 27 (*actionum modus uel lege uel per praetorem introductus*), Gai. II. 118, 119, (*iure ciuili — praetor tamen*), II. 135, 170, III. 26 (*omnes qui legitimo iure deficiunt, uocat ad hereditatem*, nämlich praetor, s. III. 25), III. 32, Gai. Dig. 33, 2, 29, Ulp. XXII. 23, Marcian Dig. 28, 7, 14 (*condiciones . . contra leges . . aut huiusmodi quas praetores improbauerunt*), § 9 u. 11 I. de her. (3, 1); vgl. auch Gai. IV. 118, Paul. Dig. 2, 13, 9, pr., Modest. Dig. 44, 7, 52 § 5 u. 6. Nicht hieher zu ziehen ist m. E. die *adoptio populi auctoritate* (*per populum*) und *adoptio imperio praetoris* (meist: *per praetorem*).

anders als die Streitigkeiten unter Gemeindegossen, nicht von den sicilischen Stadtbehörden geregelt wurden. Indessen ist doch gerade dieser Unterschied in der vorliegenden Skizze des Rupilischen Statuts gar nicht betont. Statt die Gerichtsbarkeit der städtischen Beamten im Verfahren *inter ciues* zu erwähnen, hebt Cicero vielmehr das *agere* der Bürger *suis legibus* hervor. Nach diesem Anfang aber fordert die Logik im nächsten Satz, wo das Internationalverfahren (unter Sikelioten) an die Reihe kommt, unbedingt die Bezeichnung der Rechtsquelle, die den Fremdenprocess ordnet. Als solche nun nennt unser Redner nicht etwa Vorschriften gewisser Art, sondern eine mit Verordnungsgewalt begabte Person, den römischen Statthalter. Wenn er diesen wiederum *ex Rupili decreto* handeln lässt, — bei der *sortitio iudicum*, die allein²⁵⁾ erwähnt ist, — so wird dadurch der charakteristische Zug, der in seiner Schilderung hervortritt, nicht ausgelit. Wie in Rom die aussergesetzlichen Acte der Magistrate ihre höchst persönliche Natur keineswegs verloren, wenn sie *ex edicto* erfolgten, so war auch in Sicilien die Ordnung des Fremdenprocesses um deswillen nicht weniger Ausfluss des jeweiligen Imperiums, weil sie sich in manchen Punkten den Weisungen des Rupilischen Statuts anschloss. Genau genommen ist ja dieses Regulativ nichts Anderes als ein von der römischen Ratsversammlung den Statthaltern Siciliens empfohlenes Edictum tralati-

²⁵⁾ Cicero bereitet l. c., wie das Folgende (§ 33, 34) zeigt, die Anklage vor, dass Verres Gerichte nach Willkür gebildet habe. Dieser Punkt war von Rupilius geregelt, schwerlich aber der ganze Process.

cium²⁶⁾, und keinenfalls war es diesen gegenüber mit der Rechtskraft des Comitialgesetzes ausgestattet²⁷⁾.

Den Bericht Ciceros über das Gerichtswesen Siciliens habe ich ausführlicher erörtert, weil er geeignet scheint, in zweifacher Richtung unsere Einsicht zu vertiefen. Wie er beiträgt zur Befestigung der hier verteidigten Lehre von der Lex im Allgemeinen, so giebt er insbesondere Aufschluss über den Dualismus des Processrechts, über dessen Ursprung und Bedeutung. Dürfen wir nach dem oben Ausgeführten das 13. Capitel im 2. Buch der Verrinen mit Gai. IV. 103—105 zusammenstellen, so verliert die vom Letzteren bezeugte Unterscheidung des *Judicium legitimum* und *imperio continens* sofort den Anschein einer römischen Besonderheit und damit den unerwünschten Reiz des Geheimnissvollen. Wenn in Rom die Lex nur Bürgerrecht erzeugte, andererseits dem Latiner Gerichtsgemeinschaft von jeher zukam und bald auch stammfremden Peregrinen gewährt wurde²⁸⁾, so konnte die Spaltung des

²⁶⁾ Anscheinend urteilt Mommsen jetzt etwas anders; s. oben S. 128 N. 4. Aus Äusserungen wie der: in Verr. III c. 7 § 17 darf man nicht leichthin Schlüsse ziehen. Es war gewiss nicht unerlaubt, vielleicht auch nicht so ungewöhnlich, dass Verres in das Recht der Unterthanen durch Edicte und Decrete eingriff (s. auch Karlowa R. R. G. Bd. I S. 329), sondern nur wie er es that (so in beiden Fällen bei Cic. in Verr. II c. 13 § 33). Frevelhaft waren zumeist seine Beweggründe, und darauf legt denn auch sein Ankläger das grösste Gewicht. Vgl. übrigens Mommsens Bemerkung Stadtrechte S. 393 N. 12 in f., die freilich Voigt Jus nat. Bd. II S. 396 N. 453 als „total unwahr“ verwirft.

²⁷⁾ S. Gai. I. 4, Wlassak Krit. Studien S. 102, dazu S. 15.

²⁸⁾ Notwendig scheint es, hier vorläufig Widerspruch zu erheben gegen Eisele Abhandlungen S. 69—74, 100 (s. auch Sohm Instit. S. 160 — 4. A.), der „vor den Anfängen des Jus gentium“, „bis gegen Ende des 5. Jh. d. St.“, die Peregrinen cum commercio — Latiner

Processrechts gar nicht ausbleiben, und sie musste in ähnlicher Weise überall eintreten, wo die gleichen Voraussetzungen gegeben waren.

In Sicilien entsprachen zur Zeit der Unabhängigkeit die gesetzlichen *Judicia* durchaus den römischen; die Übereinstimmung erstreckte sich selbst auf Nebensächliches²⁹⁾. Ihnen gegenüber standen die durch *communialia iura Sicularum* geregelten Fremdenprocesse der einzelnen

und Stammfremde — in Rom ihre Ansprüche im *Legisactionen*process verfolgen lässt. Eisele versucht es gar nicht, — was auch vergeblich wäre — diese völlig neue Aufstellung wahrscheinlich zu machen; er beruft sich auf M. Voigt. Allein dieser Gelehrte ist zwar sein Vorgänger in der Annahme von Peregrinen cum commercio vor dem 6. Jh., dagegen erklärt er im *Jus nat.* Bd. IV. 2 S. 163 ausdrücklich: „die civile Klage im civilprocessualischen Sinne (!) ward durch *recuperatio* auf den Peregrinen nicht übertragen, daher derselbe weder *saeramento* oder *per iudicia postulationem*, noch *per manus iniunctionem* processierte, da vielmehr an Stelle dieser Processformen andere Modalitäten der Rechtsverfolgung traten“ (näml. Voigts ältester *Recuperations*process: *J. nat.* Bd. II § 28, 29); s. auch *J. nat.* Bd. IV. 2 S. 165, Bd. II S. 80 N. 70^a (etwas anders S. 507) und neuerdings Die XII Tafeln Bd. I S. 637, 638, endlich wegen der Latiner der Kaiserzeit *J. nat.* Bd. II S. 732, 744 („wahrscheinlich“, und dies nur auf Grund unrichtiger Auslegung von Gai. IV. 31; s. P.G. Bd. I S. 202 bis 205). Auf die Unmöglichkeit, stammfremden Leuten in Rom einen Process mit lateinischen Spruchformeln zuzumuten, hat A. Schmidt *Ztschr. f. R.G.R.A.* Bd. XXII S. 138 treffend hingewiesen. Auch im zweiten karthagischen Handelsvertrag (Polyb. III. 24 § 12, 13) ist nichts dergleichen ausgemacht; vgl. Karlowa *R.R.G.* Bd. I S. 287. Den Latinern aber will Schmidt (S. 142, 143) im Prozesse mit Römern die *Legisactio* allerdings einräumen, als „die dem Rechte beider entsprechende Form“. Diese Behauptung ist sicher irrig und selbst dann unhaltbar, wenn völlige Identität der einzelnen lateinischen Rechte und des römischen Rechts anzunehmen wäre; s. unten § 37 N. 8. Näheres anderorts.

²⁹⁾ Vgl. Cic. in *Verr.* II c. 13 § 33: . . . *si legibus erat iudicium constitutum et ad ciuem suum iudicem uenerant* . . mit Gai. IV. 104: *inter omnes ciues Romanos* (oben S. 86, 87) *sub uno iudice* . .

Städte. Ob diese das Gepräge von *iudicia imperio contentia* hatten ähnlich den römischen, das mag unentschieden bleiben. Ohne Zweifel stammten die meisten, wenn nicht alle, in letzter Linie aus internationalen Vereinbarungen her, und jedenfalls waren sie gesondert von den gesetzlichen. Nach der Provincialisirung der Insel gelangt die Fremdengerichtsbarkeit in die Hände der neuen Herren. Das Verfahren ist jetzt ein römisches, teilweise von Rupilius geordnet, und beruht ganz und gar auf der Autorität des Statthalters, gleichviel ob thatsächlich noch die mit dem römischen Statut verträglichen *communia iura Siculorum* zur Richtschnur dienten oder praetorische Willkür den Rechtsgang bestimmte³⁰⁾. Demnach ist allerdings in einem Punkt ein wesentlicher Unterschied anzuerkennen zwischen dem Gerichtswesen der souveränen, führenden Gemeinde und der unterthänigen Städte. Während in Rom einheimisches Volks- und Amtsrecht den Bürger wie den Fremdenprocess beherrscht, sind in Sicilien einheimische Normen nur für das Verfahren *inter ciues eiusdem ciuitatis* massgebend; für jedes andere aber gilt das Imperium des Statthalters als Rechtsquelle. Ferner ist schon oben bemerkt, dass sich die Provincialen bloß im precären Besitz ihrer Leges befanden. Die Rupilische Ordnung konnte natürlich römischerseits zu jeder Zeit beseitigt werden. Allein die Möglichkeit eines Widerrufs ändert doch Nichts an der Thatsache, dass die Sikelioten wahre *iudicia legitima* hatten, so lang es ihnen vergönnt war nach eigenen Gesetzen zu leben. Noch weniger dürfte man Bedenken gegen diese Auffassung aus den Eingriffen

³⁰⁾ Vgl. auch Degenkolb Lex Hieronica S. 6—8.

herleiten, die sich der Statthalter im einzelnen Fall erlauben mochte. Wenn Verres — vermutlich auf den Anruf einer Partei⁸¹⁾ — dem städtischen Beamten die Processleitung abnahm, das Gesetz zur Seite schob und das Verfahren seinem Imperium unterwarf, so war das eine Handhabung der Justiz, die sich immerhin leichter in der Provinz durchsetzen liess als in Rom; allein Ähnliches konnte auch in der Hauptstadt vorkommen. Man denke nur an folgenden Fall. Im Bürgerprocess *intra primum urbis miliarium* begehrt der Kläger die Bestellung von Recuperatoren, der Beklagte dagegen wünscht die Verweisung vor einen Judex. Ertheilte dann der Praetor seinen Bescheid zu Gunsten des Ersteren, so war das Verfahren der Einwirkung der Lex entzogen und dem Imperium unterstellt. In Rom durfte der Beklagte noch die Appellation gegen das Decret des Magistrats versuchen; in der Provinz stand dieses Rechtsmittel regelmässig nicht zu Gebote⁸²⁾. Somit war die Herrschaft des legitimen Processrechts in der Hauptstadt zwar besser geschützt als in Sicilien, möglich aber waren Eingriffe der Beamten *domi* wie *militiae*, und nur unter besonderen Umständen mochten sie als Acte der Willkür empfunden werden.

§ 28. Die Lex und das römische Jus gentium. — Zeugnisse über das Geltungsgebiet einzelner Leges.

Die auf S. 119 begonnene Aufzählung von Quellenäusserungen über die beschränkte Tragweite der römischen

⁸¹⁾ Dass Cicero in Verr. II c. 13 § 33 diesen Umstand gern verschwiege, begreift man leicht.

⁸²⁾ S. Bd. I S. 117, dazu Joh. Merkel Abhandlungen II S. 8—10.

Lex ist noch weiter fortzusetzen. Dagegen halte ich es für unnötig, auch im Folgenden überall genaue Erläuterungen beizufügen. Mit Hülfe der Verweisungen in den Noten wird man leicht erkennen, wie die Verwertung der mitgeteilten Stellen zum Zweck der Beweisführung gedacht ist. Einzelne von ihnen verkünden übrigens den Grundsatz ganz unverhüllt, dessen Anerkennung erzielt werden soll. So Varro de l. l. VI c. 7 § 65:

. . . Leges quae lectae et ad populum latae quas obseruet.

Cicero p. Cluent. c. 57 § 156, 157:

Agit enim sic causam T. Accius . . . omnes ciues legibus teneri omnibus; . . . Uideo, quanta et quam periculosa et quam infinita quaestio temptetur ab accusatoribus, cum eam legem, quae in nostrum ordinem scripta sit, in populum Romanum transferre conentur¹⁾.

Gell. X. 20 § 2—4:

Ateius Capito . . . Lex, inquit, est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu. Ea definitio si probe facta est, neque de imperio Cn. Pompei neque de reditu M. Ciceronis neque de caede P. Clodi quaestio neque alia id genus populi plebisue iussa „leges“ uocari possunt. Non sunt enim generalia iussa neque de universis ciuibus²⁾, sed de singulis concepta; . . .

Waren nur Bürger an das Legalrecht gebunden, so lag die Folgerung sehr nahe, den Austritt aus der Gemeinde

¹⁾ Vgl. etwa Sanio Observat. ad leg. Corneliam p. XIX—XXII.

²⁾ Anders Festus zu Aelius Gallus s. v. *rogatio* p. 266: . . . *quod in omnia homines resus populus sciuit, lex appellatur.* Ohne diese Ungenauigkeit zu beachten urteilt Mommsen St. R. III¹ S. 304 N. 2 über den Zusatz des Grammatikers, er „habe keinen Sinn und Verstand“. Zur Definition Capitos vgl. Mommsen l. c. S. 312 N. 1.

als ein Mittel zu betrachten, um die drohende Anwendung der *Leges* abzuwehren. Nun wäre es freilich mehr als seltsam gewesen, wenn der verlassene Staat sich sofort jeder Gewalt über den bisherigen Genossen entäussert hätte. Dennoch ist jener Gedanke in Rom keineswegs graue Theorie geblieben; vielmehr hat er sicher im Volksbewusstsein gelebt und die Ausbildung der merkwürdigen römischen Exilsordnung wesentlich beeinflusst³⁾. In dieser Hinsicht lässt denn auch die Darlegung Ciceros *pro Caec. c. 34 § 100* keinen Zweifel aufkommen:

Exilium . . non supplicium est, sed per fugium portusque supplicii. Nam qui uolunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum uertunt, . . . cum homines uincula neces ignominiasque uitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exilium. Qui si in ciuitate legis uim subire uellent, non prius ciuitatem quam uitam amitterent; quia nolunt, non admittitur iis ciuitas, sed ab iis relinquitur atque deponitur⁴⁾.

Demnächst sind mehrere Zeugnisse anzuführen, die darin übereinkommen, dass sie die *Leges* zum *Jus gentium* in Gegensatz stellen. Wenn aber die *Lex* kein Frem-

³⁾ S. Huschke *Multa* S. 236, 237, dagegen mit Unrecht M. Cohn *Beiträge* Bd. I S. 79, 80. „Der Fall des Camillus“ (*Liv. V c. 32* in f., *Plut. Cam. c. 13*), der übrigens genauer zu bestimmen wäre, ist, wie ich glaube, oben im Text genügend berücksichtigt. Zu *Cic. p. Caec. c. 34 § 100* vgl. Zumpt *Criminalprocess* S. 455, 456 und besonders Mommsen *St. R. III¹* S. 48—52. Die Schlussworte des § 100: *hoc est in aliam ciuitatem* sind vielleicht als Glossem zu tilgen.

⁴⁾ Vgl. noch *L. Acil. rep. Z. 29* (Bruns p. 62) und dazu Mommsen *St. R. III¹* S. 51 N. 5.

denrecht, kein „gemeinsames“⁵⁾ Recht erzeugt, so ist das, in andere Worte gekleidet, unsere alte These: aus dem Volksgesetz geht nur Bürgerrecht hervor. Besonders bestätigt ist diese Schlussfolgerung bei Cic. de off. III c. 5 § 23, wo die besten Handschriften folgenden, allerdings bestrittenen, Text bieten:

Neque uero hoc solum natura, id est⁶⁾ iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis ciuitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri; hoc enim spectant leges, hoc uolunt, incolumem esse ciuium coniunctionem⁷⁾;

Cicero orat. part. c. 37 § 130 zerlegt alles positive Recht (*lex* im w. S.) in geschriebenes und ungeschriebenes:

. . . et ea, quae scripta sunt, et ea, quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem priuatum aliud est, publicum aliud: publicum ^lex, senatus consultum, foedus, priuatum . . . Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conuentis hominum et quasi consensu obtinentur.

Während die *lex* im e. S. unter den Quellen erscheint, *quae scripta sunt*, ist das *ius gentium* ungeschriebenes (*sine*

⁵⁾ S. Gai. I. 1, Dig. 1, 1, 9, Ulp. D. 1, 1, 6, pr., auch Cic. a. pr. in Verr. c. 4 § 13 (oben S. 134, 135 und N. 20).

⁶⁾ Soll Cicero l. c. *natura* und *ius gentium* für das Nämliche erklärt haben, während er sonst unterscheidet? Wie Voigt Jus nat. Bd. I S. 65 N. 33 nach Beier berichtet, ist handschriftlich auch *et* überliefert statt *id est*; vgl. Krüger Rechtsquellen S. 41 N. 15, andererseits Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 122 (5. A.). Manche wollen die Worte *id est iure gentium* streichen.

⁷⁾ Vgl. auch Cic. de off. III c. 15 § 61 mit den Belegen bei Krüger a. a. O. S. 42 N. 22. Nach *sine lege* ist zu ergänzen *erat uindicatus*. Trotzdem darf die Stelle hier genannt werden.

litteris) Recht, mithin nicht aus Volksgesetzen abzuleiten. Im letzten Satz ist noch besonders bemerkt, wo der Ursprung des Fremdenrechts zu suchen sei: in der *conuentio hominum*, in einer Art *consensus*, m. a. W. im Internationalverkehr⁸⁾.

Bei Gaius begegnen im 1. Buch der Institutionen § 78, 80, 83, 85⁹⁾, 86 wiederholt Äusserungen, welche die Auffassung erkennen lassen, die der Jurist von dem Verhältniss der Lex zum Jus gentium hatte. Statt aller mag éine (I. 83) hier stehen:

Animaduertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam uel lex aliqua uel quod legis uicem optinet, aliquo casu commutauerit.

Noch deutlicher tritt der Gegensatz der Rechtsquellen hervor bei Gell. VI. (VII.) 3, 45:

Ac primum ea non incallide conquisiuit, quae non iure naturae aut iure gentium fieri prohibentur, sed iure legum rei alicuius medendae aut temporis causa iussarum; sicut est de numero pecoris et de modo agri praefinito¹⁰⁾.

Ebenso bei Ulp. in l. 5 D. de pact. (2, 14):

Conuentionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex priuata: priuata aut legitima¹¹⁾ aut iuris gentium

⁸⁾ Auf die Bedeutung der benutzten Cicerostellen hat schon Voigt Jus nat. Bd. II S. 625, 631 aufmerksam gemacht; neuerdings Karlowa R. R. G. Bd. I S. 451, 452. Richtig auch Cogliolo bei Padelletti l. c. p. 112 n. x und in seiner Storia del diritto priv. rom. I p. 191. S. oben S. 89, 90 N. 8.

⁹⁾ Krüger-Studemund: *num de lege Romana egerit Gaius (conf. § 86), non liquet.* Ein m. E. unbegründeter Zweifel.

¹⁰⁾ Vgl. Gell. VI. (VII.) 3 § 37, 40, XX. 1 § 23.

¹¹⁾ Dazu Paul l. 6 D. eod. (2, 14) oben S. 24 N. 25.

und in Justinians Inst. 2, 5, 6:

exposuimus summam, quibus modis iure gentium res adquiruntur: modo uideamus, quibus modis legitimo et ciuili iure (= Bürgerrecht) adquiruntur.

Aus demselben Rechtsbuch ist noch der oft erörterte Paragraph über die Tradition des Verkäufers zu erwähnen, der uns an diesem Ort den Übergang vermitteln soll zu einer neuen, die Beweisführung abschliessenden Gruppe von Belegen. Er lautet:

. . . uenditae uero et traditae (scil. res) non aliter emptori adquiruntur, quam si is uenditori pretium soluerit uel . . . quod cauetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici.

Hier ist dem Fremdenrecht nicht mehr die römische Lex überhaupt gegenübergestellt, sondern blos éine von den vielen Normen der Zwölf tafeln. Solche Quellenaussprüche, die sich auf einzelne Leges beziehen und deren Geltung auf die Bürger beschränken, sind in Menge erhalten. Bald legen sie geradezu Zeugniß ab für unsere Behauptung, bald gelangen wir zum selben Ziel durch sichere Schlüsse. Um sofort an die Zwölf tafeln¹²⁾ anzuknüpfen, so ist zunächst Boëthius in Cic. top. c. 5 § 28 (Or. p. 321 Z. 39—41) zu nennen, der a. a. O. augenscheinlich einem guten Gewährsmann folgt¹³⁾:

. . . iure ciuili fieri aliquid non inter alios nisi inter ciues Romanos potest, quorum est etiam ius ciuile¹⁴⁾, quod duodecim tabulis continetur.

¹²⁾ Wider Schulin s. oben S. 90 und N. 9.

¹³⁾ Vgl. Dirksen Hinterl. Schriften Bd. I S. 170—172.

¹⁴⁾ Boëthius denkt an den Inhalt der Zwölf tafeln (s. Orelli p.

Damit stimmt die Erzählung des Pomponius in l. 2 § 4—6 D. de O. J. überein:

die Codification sei unternommen, *ut*¹⁵⁾ *ciuitas legibus fundaretur*; das später in der Praxis entwickelte und in die Tafeln hineingetragene Recht habe das *commune nomen ius ciuile* erhalten; *tria iura* seien entstanden: *leges*¹⁵⁾ *XII tabularum, ex his fluere coepit ius ciuile, ex isdem legis actiones compositae sunt.*

Ausserdem ist die Bestimmung gewisser Decemviralnormen, das Recht der Bürger und nur dieses zu ordnen, zu ersehen aus gelegentlichen Bemerkungen: so aus Gell. XX. 1 § 20, 22, Ulp. XXIX. 1, Gai. II. 110, IV. 37. Bei der letzten Stelle, die häufig missverstanden wird, müssen wir verweilen; sie ist eine der wichtigsten. Gaius sagt:

Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi: ueluti si furti agat peregrinus aut cum eo (agatur. nam si cum peregrino) agatur, formula ita concipitur IUDEX ESTO. SI PARET (L. TITIO A DIONE HERMAEI FILIO FURTUM FACTUM ESSE aut SI PARET L. TITIO OPE) CONSILIOUE DIONIS HERMAEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIUIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et reliqua. item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur. similiter si ex

322 Z. 13), nicht — und jedenfalls nicht allein — an das Gewohnheitsrecht, welches die Prudentes auf die XII tab. zu stützen suchten.

¹⁵⁾ So Huschke Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 334, 335. Die Flor. hat *et* und *lego*.

lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agit aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.

Der Jurist führt zwei gesetzliche Klagen an, deren sich ein Nichtbürger weder als Kläger bedienen kann, noch ein Römer gegen einen Peregrinen als Beklagten: die Actio furti nec manifesti ex lege XII tabularum und die Actio legis Aquiliae. Indess will er keine Besonderheit dieser beiden Rechtsmittel hervorheben; vielmehr stellt er so klar wie möglich den allgemeinen Grundsatz an die Spitze: Actionen ex „nostris legibus“, d. h. aus römischen Volksgesetzen sind überhaupt unbrauchbar, wo als Klägerin oder Beklagte eine peregrinische Partei auftritt¹⁶⁾. Wenn Gaius trotzdem hier sowohl wie im § 109 (IV) vom Nichtbürger die Wendung gebraucht, er „agire ex lege Aquilia“¹⁷⁾, so ist das offenbar eine Ungenauigkeit im Ausdruck. Gerade deshalb war ja ein Zusatz in der Formel nötig, weil der Fremde, auf den sich das römische Gesetz nicht bezog, auch nicht geradezu ex lege klagen konnte¹⁸⁾.

¹⁶⁾ Dies scheint Krüger Quellen S. 43 N. 28 zu übersehen. Andererseits geht er wieder zu weit, wenn er die Civitätsfiction bei der „actio furti“ für notwendig erachtet. Erforderlich war sie nur in den legitimen Furtumsformeln, nicht in den praetorischen mit Intentio in factum. Auch sonst ist die cit. N. 28 zum Mindesten unglücklich gefasst.

¹⁷⁾ Vgl. oben S. 26 N. 29.

¹⁸⁾ Mommsen St.R. III¹ S. 606 N. 1 versteht Gai. IV. 37 im Ganzen richtig; allein auch er legt kein Gewicht auf die Worte *nostris legibus* und behauptet daher zu allgemein, „dass die Privatdelictsklagen an sich nicht von einem oder gegen einen Peregrinen angestellt werden konnten.“ Es muss heissen: die gesetzlichen Privatdelictsklagen . . . vgl. oben N. 16. Durchaus verfehlt ist die Darlegung von Voigt Jus naturale Bd. II S. 127—129. Die Actio emti und andere Klagen entbehren der Civitätsfiction, weil sie ihren Ursprung nicht in röm. Gesetzen haben; s. Ulp. Dig. 2, 14, 5 und 7, pr., § 1 Wlassak Neg. gestio S. 165 N. 18.

Wollte man in Rom oder in der Provinz¹⁹⁾ die Peregrinen im Delictsrecht nach denselben Normen behandeln, die für Bürger galten, so mussten die römischen Beamten kraft ihres Imperiums Fremdenrecht schaffen, sie mussten Klagformeln proponiren, die entweder in factum concipirt waren oder mittels Fiction die Wirksamkeit des Gesetzes erweiterten. Die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift beruhte dann nicht auf den Zwölftafeln oder auf der Lex Aquilia selbst, sondern auf dem Willen des Magistrats. Jene Formeln mit Fiction waren also honorarisch, u. z. Bestandteile des durch obrigkeitliche Satzung²⁰⁾ festgestellten Fremdenrechts.

Das von den Zwölftafeln²¹⁾ mehrfach bestätigte Recht der Provocation ist der Überlieferung nach durch einen Volksschluss begründet, der noch im Geburtsjahr der Republik zu Stande kam. Wie diese erste Lex Valeria de provocatione, der im Jahre 454 eine zweite²²⁾ (von M. Valerius Corvus) nachfolgte, so gewähren auch die Porcischen Ge-

¹⁹⁾ Dies bemerke ich gegen Dernburg Die Institutionen des Gaius S. 91, 92, der die Fiction des Bürgerrechts aus „alter Zeit“ herleitet und sie auf die Stadt Rom beschränken will. In Wahrheit ist die Unbrauchbarkeit der Actiones legitimae für und gegen Nichtbürger weder der alten Zeit noch der Hauptstadt eigentümlich. Formeln (*iudicia*) mit der Einschaltung *si civis Romanus esset* bezeugt für Sicilien Cic. in Verr. II c. 12 § 31: *Iudicia eius modi: qui civis Romani erant, si Siculi essent, tum si eorum legibus dari oporteret*; [so muss mit Klotz u. A. gelesen werden; der Müllersche Text ist sinnlos — vgl. auch Huschke Gaius. Beiträge S. 225, 228] *qui Siculi, si civis Romani essent*.

²⁰⁾ Vgl. dazu oben S. 89, 90 N. 8.

²¹⁾ Cic. de re p. II c. 31 § 54.

²²⁾ Liv. X c. 9 z. J. 454 d. St. sagt: *Tertio ea tum . . . lata est, semper a familia eadem*; allein die zweite (v. J. 305 — Liv. III. c. 55) ist in der That kein Provocationsgesetz; s. Mommsen St.R. I S. 156 N. 3, II¹ S. 703 N. 1, III¹ S. 352 N. 2.

setze und die Lex Sempronia von 631 nur den römischen Bürgern in gewissen Grenzen Schutz gegen die Strafgewalt der Magistrate. Unsere Quellen²³⁾ heben diesen Punkt wiederholt hervor, doch nicht so, als ob es ungewöhnlich, sondern eher, als ob es selbstverständlich wäre, was sie berichten.

Auf die Lex XII tabularum stützt sich auch das Recht der testamentarischen und der gesetzlichen Vormundschaft²⁴⁾. Beide Arten der Tutel sind trotz Gai. I. 189 Einrichtungen des *ius proprium Romanorum*; denn nur Bürgern steht römische Testamentsfähigkeit zu²⁵⁾, und agnatische Verwandtschaft ist nur zwischen Gemeindegossen denkbar²⁶⁾. Wie aber verhält

²³⁾ In Betreff der L. Valeria v. 245: Cic. de re p. II. c. 31 § 53, Val. Max. IV c. 1 § 1, Dionys V c. 19 (*Πομπηίων* ist mit *τὴν* zu verbinden, nicht mit *ἄρχων*), V c. 70, Pomp. Dig. 1, 2, 2, 16; der Leges Porciae (vgl. Cic. de re p. II c. 31 § 54 in f.): Cic. in Verr. V c. 63 § 163 (= Gell. X. 3, 13), p. Rabir. ad pop. c. 3 § 8, c. 4 § 12, Sallust. Cat. c. 51 § 21, 22, 39, 40, Liv. X c. 9, auch Plin. n. h. VII c. 43 (44) § 136; der L. Sempronia: Cic. in Cat. IV c. 5 § 10, p. Rabir. ad pop. c. 4 § 12, in Verr. V c. 63 § 163. Vgl. auch Cic. in Cat. I c. 11 § 28, de leg. III c. 3 § 6. L. Acil. Z. 78 (85), Paul. V. 26, 1; Zumpt Criminalrecht Bd. I. 2. S. 357, 358, Mommsen St.R. I S. 149, 150, 156, 161 N. 4, II¹ S. 114, 117, III¹ S. 352—354, 634, 635.

²⁴⁾ Gai. I. 155, 157, Ulp. XI. 3, 14, Dig. 26, 4, 1, pr.

²⁵⁾ Cic. p. Archia c. 5 § 11, Cels. Dig. 28, 5, 59 (Mo. 60), 4, Gai. I. 25, II. 110, 218 in f., Paul. III. 4^a, 9, Dig. 48, 20, 7, 5, Ulp. XXII. 2, XXIII. 6, Dig. 28, 5, 6, 2 — 48, 22, 7, 3, Marcian Dig. 49, 14, 32. Ob alle *Latini coloniarii* testamentsfähig waren (Cic. p. Caec. c. 35 § 102), ist bestritten; s. neuestens Karlowa R.R.G. Bd. I S. 309 einerseits, Mommsen St.R. III¹ S. 624, 632 andererseits. Wegen der *Latini Iuniani*, deren eigentümliche Stellung Voigt J. nat. Bd. II S. 729, 730, 746—748, Mommsen a. a. O. S. 626, 627 darlegen, vgl. Gai. I. 23, II. 275, Ulp. XI. 16, XX. 8, 14, XXII. 3.

²⁶⁾ S. Gai. I. 131, 158, 163, Ulp. XI. 9, Dig. 26, 4, 2. Sin. 16 Z. 1—4 bezeugt nicht die Fortdauer der Tutel über den zum lati-

es sich mit der Dativtutel des Atilischen Gesetzes?²⁷⁾ Ulpian XI. 18 geht von der Besprechung der testamentarischen Vormundschaft unmittelbar zur Atilianischen über, und Gaius I. 185, 186 setzt die Berufung durch die Obrigkeit in enge Beziehung zur letztwilligen. Dass die éine Tutel für einen weiteren Personenkreis gelten soll als die andere, ist mit keinem Wort angedeutet. Dagegen führt schon der Praetor urbanus, an den sich das Gesetz wendet, zur Annahme, dass der Atilische Vormund bloß für römische Mündel zu bestellen war; dass er selbst Römer sein musste, zeigt die Auffassung der Tutel als *munus civile*²⁸⁾. Zudem ist dies Letztere schlagend bestätigt durch eine Bemerkung Ulpians²⁹⁾, die wir aus den Sinai-Scholien (17 Z. 6 — Krüger) kennen:

*Latinos oὐ δίδοται Atilianos ἐπι[τροπος]*³⁰⁾.

Demnach ist wohl Isidor³¹⁾ (Orig. V c. 9 § 1) völlig im Recht, wenn er allgemein die *iura de tutelis* als solche bezeichnet, die *propria sunt Romanorum et in eosdem solos constituta*³²⁾.

nischen Colonus Gewordenen; vgl. auch Huschke Jurisprudentia p. 831 n. 1 (ed. V.).

²⁷⁾ Nach Liv. XXXIX c. 9 war es höchst wahrscheinlich schon im J. 566 vorhanden; s. Rudorff Vormundschaft Bd. I. 340, 341.

²⁸⁾ Vgl. Modest. Dig. 27, 1, 6, 15, Hermog. D. 50, 4, 1, pr., § 4, Charis. D. 50, 4, 18, pr., § 1, auch Papin. D. 50, 5, 8, 1.

²⁹⁾ Dass Ulpian der Verfasser ist, kann nicht zweifelhaft sein; vgl. P. Krüger Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVII S. 29, 30, Lenel Paling. II p. 1158 n. 2.

³⁰⁾ Dazu Sin. 17 Z. 5: *nam Latinus e lege Atilia tutor dari non potest.*

³¹⁾ Im Corp. grammat. lat. v. Lindemann III p. 153 (ed. Otto -- Lipsiae 1833).

³²⁾ Auch die *lex Iulia et Titia* (Gai. I. 185, 195, 195 b, c, Ulp. XI. 18, pr. I. de Atil. t. 1, 20) für die Provinzen setzt m. E. römische Mündel voraus, obwohl nach Sin. 20 Z. 8 im Titischen Ge-

Den zahlreichen Wuchergesetzen unterlagen bis zum Jahr 561 ausschliesslich die Bürger. Nach Liv. XXXV c. 9 war es einer der vielen Schleichwege der römischen Geldgeber, *ut in socios, qui non tenerentur iis legibus (fenebribus), nomina transcriberent: ita libero fenore obruebant debitores*. Zunächst versucht der Senat dem Unwesen zu steuern; er beschliesst, *ut qui post eam diem* (d. i. nach dem letzten 21. Febr.) *socii ciuibus Romanis credidissent pecunias profiterentur*, und beauftragt den Praetor, *ut . . . ex ea die pecuniae creditae, quibus debitor uellet legibus, ius creditori redderetur*. So weit entspricht das Vorgehen des Gemeinderats durchaus der römischen Übung. Der Gerichtsmagistrat wird aufgefordert kraft seines Imperiums das Fremdenrecht abzuändern; u. z. soll er den Klaganspruch des *socius* auf Verlangen und nach Wahl des Schuldners

setz die Atilischen Normen nicht einfach wiederholt waren. Sin. 20 Z. 6, 7 (Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVII S. 27) ist so überliefert: — — — *ἀνταταίλωνοπιτροπεύσιμοσει*. Krüger versucht (auch in der Collectio III p. 282) folgende Herstellung: [*ciuis Romanus*] *δύναται Latino ἐπιτροπεύσιμος εἶν[αι]* und übersetzt: *c. R. potest Latino tutor esse*. Allein die Ergänzung ist unsicher (s. P. F. Girard Textes du droit Romain p. 520 n. 1 — Paris 1890), ebenso die Lesung und endlich die Auffassung des *ἐπιτροπεύσιμος* (= *ἐπιτροπος*; s. dagegen Huschke Jurispr. p. 834 n. 4 — ed. V). Wer trotzdem Krüger folgt, darf nicht vergessen, dass in Salpensa (L. Salp. c. 29) die Vormünderernennung für alle Municipales (Latiner u. röm. Bürger) nicht dem Statthalter von Baetica zustand, sondern den städtischen Beamten. Wenn nun nach der L. Titia der Provincialregent einen Römer zum Vormund eines Latiners bestellen konnte, so müssen wir wohl an Personen Junianischen Standes denken (vgl. auch in Betreff der Lat. Iun. liberti Gai. I. 167, Ulp. XI. 19 u. unten S. 175), nicht an wahre Latiner (Municipales einer lat. Gemeinde). Hiernach wäre vielleicht das Titische Gesetz der Kaiserzeit zuzuweisen [das Alter ist ganz ungewiss; auch das Fragm. Diodors 37, 8, 4 (Dindorf) lässt keinen Schluss zu], und der Satz der Sin. 20 Z. 8: *ἕτερόν ἐστιν ἐπ[ὶ τ]ῶν Αἰλίας[νου ἐπιτρόπου]* wäre sehr begreiflich; vgl. N. 27.

einer der heimischen⁸³⁾ *leges fenebres* unterwerfen. Indess erschien diese Massregel nicht ausreichend. Vermutlich hatte man die Absicht, die Umgehung der Wuchergesetze dauernd und endgültig zu hindern. So gelangt die Sache vor das Plebejerconcil.

M. Sempronius tr. pl. ex auctoritate patrum plebem rogavit plebesque sciuit, ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum ciuibus Romanis esset.

Dieses Sempronische Plebiscit ist in der That eine auffallende Erscheinung, insofern es eine Vorschrift giebt für die Handhabung der Fremdengerichtsbarkeit, wo sonst das Imperium allein herrscht. Ob das Gesetz auch internationale Verpflichtungen der römischen Gemeinde verletzte, das sei dahingestellt. Doch ist es gewiss verfehlt, allgemein von einer „Erstreckung des röm. Geldschuldrechts auf alle Italiker“ zu sprechen⁸⁴⁾. Offenbar will das Plebiscit — wie die Worte *cum sociis, cum ciui-*

⁸³⁾ Livius sagt vorher: *multis fenebris legibus constricta auaritia*. Mindestens zwei Gesetze werden neben einander Geltung gehabt haben. Der Schuldner mochte das vorteilhaftere auswählen. — Diese Deutung der Worte *quibus debitor uellet legibus* schwebt vielleicht Mommsen St.R. III² S. 1237 N. 1 vor. Gewöhnlich denkt man an die Wahl zwischen Lex Romana und L. peregrina; so Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 179, 180, Lange Altertümer Bd. II S. 207 (2. A.).

⁸⁴⁾ So Mommsen Gesch. d. röm. Münzwesens S. 327; im St.R. III¹ S. 696: „Gleichstellung der Italiker mit den Römern im Geldschuldrecht“. Nicht minder ungenau spricht Puchta Inst. Bd. II § 261 (S. 313 — 8. A.) von der Unterwerfung der „Nichtbürger unter die römischen Zinsgesetze“, Lange a. a. O. Bd. II S. 207 von „einer Veränderung ihres (der Latiner) Privatrechts“, Krüger Quellen S. 115 N. 5 von der „Übertragung der Bestimmungen über den Maximalzinsfuss auf die Bundesgenossen“; richtiger Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 180, v. Bar Internationales Privatrecht Bd. I S. 19 (2. A.).

bus zeigen — die Bundesgenossen nur in dem Fall nach römischem Recht behandelt wissen, wenn sie Römern im Prozesse gegenüberstehen.

Neben der L. Sempronia von 561 pflegt man⁸⁵⁾ die L. Didia von 611 als Beispiel für die Übergriffe der führenden Gemeinde in die Autonomie der italischen Bundesgenossen zu nennen; ob mit Recht, das ist zum Mindesten zweifelhaft. Die erwähnte Didia ist eine der vielen Leges der sinkenden Republik zur Bekämpfung des Luxus. Die gleichartigen älteren Gesetze waren ohne Zweifel nur gegen die Üppigkeit der Bürgerschaft gerichtet, der Männer wie der Frauen. Ausdrücklich gesagt ist das hinsichtlich der Lex Oppia (539) bei Liv. XXXIV c. 7; Dasselbe berichtet Gell. XX. 1, 23 von der L. Fannia (593). Nun beruft sich aber Mommsen auf Macrobius Sat. III. 17, 6:

Fanniam legem . . . lex Didia consecuta est. eius ferundae duplex fuit causa, prima et potissima, ut uniuersa Italia, non sola urbs, lege sumptuaria teneretur, Italicis existimantibus Fanniam legem non in se sed in solos urbanos ciues esse conscriptam; deinde . . .

Der Sinn dieses Textes ist dunkel. Sind die *Italici* den *ciues urbani* gegenüber die Bundesgenossen⁸⁶⁾, wo bleiben dann die zahlreichen Römer der Municipien und Colonien? Liegt es nicht näher, gerade an diese Bürger zu denken, denen Rom nur die weitere, nicht die engere

⁸⁵⁾ Voigt J. nat. Bd. II S. 63, 763, 764, Mommsen St. R. III¹ S. 696. Voigt bildet eine bunte Reihe aus Gesetzen, Senatusconsulten und magistratischen Edicten.

⁸⁶⁾ So z. B. Liv. Epit. 71, Vell. II c. 21; vgl. auch Frontin De aquis I c. 18.

Heimat war? Wenn Macrobius den *urbani ciues* die *Italici* entgegensetzt, so ist es gewiss erlaubt, bei den letzteren das Wort *ciues*⁸⁷⁾ zu ergänzen, während die Zusammenfassung der Municipalrömer und der Bundesgenossen in dem Ausdruck *Italici* ganz ungewöhnlich wäre⁸⁸⁾. Indess wird man die vorgeschlagene Deutung vielleicht anfechten, weil ihr zufolge eine Erstreckung der Luxusverbote nicht auf *universa Italia*, wie es die Stelle behauptet, sondern bloß auf Römisch-Italien stattgefunden hätte. Dieser Einwand verliert aber an Bedeutung, wenn man erwägt, dass unser Autor da, wo er das Geltungsgebiet der Sumpturgesetze durch die Worte *urbs* und *universa Italia* bestimmt, sicher nichts Anderes meint als im nächsten Satz, wo er die *urbani ciues* und die *Italici* nennt. Nach der zweiten Angabe, welche die genauere ist, darf wohl die andere berichtigt werden. Dabei unterstützt uns noch Gell. XX. 1, 23:

quid tam necessarium existimatum est propulsandae ciuium luxuriae quam lex Licinia et Fannia aliaeque item leges sumptuariae? Omnia tamen haec oblitterata et operata sunt ciuitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis.

Die Lex Licinia ist nach Macrobius Sat. III. 17, 7 jünger als die Didia; dennoch war sie gleich der L. Fannia gegen die *luxuria ciuium* gerichtet. Mithin hatte sich die Vergewaltigung der Bundesgenossen, die Mommsen ins Jahr

⁸⁷⁾ *Ciues Italici et Norici* in einer britannischen Inschrift: C. I. L. VII nr. 1095 (p. 196).

⁸⁸⁾ Hier, wo es sich nicht um den Gegensatz zu den Provinzialen, sondern zu den Stadtbürgern handelt; vgl. übrigens H. Nissen Italische Landeskunde Bd. I S. 71, 72, 83 N. 1.

611 setzt, nicht wiederholt, ja sie wäre stillschweigend aufgegeben worden, da der Verzicht auf Erneuerung der lästigen Luxusgesetze im Erfolg einer Beseitigung gleichkam³⁹⁾. Mehr Wahrscheinlichkeit als ein Rückzug dieser Art hat wohl die Annahme, dass der verkehrte Schritt nie unternommen ist. Wusste man doch zur Zeit der Lex Didia längst, wie schwierig selbst in der Hauptstadt die Durchführung der Sumptuargesetze war. Konnte man denn erwarten, dass die Bundesgenossen, die ihre eigenen Magistrate hatten, sich dem aufgedrungenen Gesetze nur einen Augenblick fügen würden? Daher dürfen wir es unbedenklich mit Gellius halten, der wie die L. Fannia und Licinia so die Luxusgesetze überhaupt (*aliaeque item leges sumptuariae*) auf die Römer bezieht.

Ein Gesetz für alle Italiker, wie angeblich das Didische, soll nach Mommsen⁴⁰⁾ auch die Lex Furia *de sponsu* sein, die ungefähr in die Zeit nach dem Hannibalischen Krieg gehört⁴¹⁾. Diese Behauptung wird mit Unrecht auf Gai. III. 121^a, 122 gestützt:

. . cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, euenit ut in ceteris prouinciis . . lex quidem Furia tantum in Italia ualet, Appuleia uero etiam in ceteris prouinciis.

³⁹⁾ Vgl. Macrob. Sat. III. 17, 8: *lex uero haec (Licinia) paucis mutata in plerisque cum Fannia congruit. in ea enim ferenda quaesita est nouae legis auctoritas exolescente metu legis antiquioris.*

⁴⁰⁾ St. R. III¹ S. 696 N. 1. Die richtige Ansicht hat Voigt J. nat. Bd. II S. 688 N. 791, Lenel Edict S. 169; s. auch Krüger Quellen S. 115 N. 5.

⁴¹⁾ Dieser Ansatz von Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX² S. 157, 158 ist viel wahrscheinlicher als der von Rudorff und Ferrini Storia delle fonti p. 11.

Wenn hier von der Wirksamkeit der Bürgschaftsgesetze *tantum in Italia* und *in ceteris prouinciis* die Rede ist, so sind diese Worte einfach zu übersetzen, nicht künstlich auszudeuten. „Die L. Furia gilt nur in Italien, nicht in den übrigen Provinzen“, das will sagen: sie ist nicht vorhanden für die Rechtsprechung der Beamten mit ausseritalischer Competenz. Dass wirklich Wort und Gedanke sich völlig decken, zeigt zum Überflus eine Vergleichung mit I. 185, wo dieselben Wendungen (*in urbe — in prouinciis*) begegnen, und der Sinn festgestellt ist durch die Erwähnung des *praetor urbanus* und der *praesides prouinciarum*. Demnach hat der Jurist in der obigen Stelle lediglich den (von uns sog.) „örtlichen“ Wirkungskreis des Furischen Rechtes im Auge. Die Frage nach den Personen, die das Gesetz angeht, berührt er sonst mit keiner Silbe; dieser Punkt war für ihn und seine römischen Leser im Hinblick auf die Beschaffenheit der Quelle kein Gegenstand des Zweifels. Wir unsererseits dürfen die richtige Antwort noch rechtfertigen durch Verweisung auf Gai IV. 22 und besonders auf III. 93 und 179, während Cic. in Verr. I. c. 42 § 109 hier kaum in Betracht kommt. Die Lex Furia erleichtert bekanntlich die Stellung des Sponsors und des Fidepromissors. Da nun der Peregrinus, *cum quo sponsus communio non est*, in der éinen Form wenigstens sich gar nicht verbürgen konnte, so wäre die Ausdehnung der Furischen Normen *de sponsu* auf Nicht Römer sinnlos gewesen. Soviel ist aus Gaius sicher abzuleiten. Cicero l. c. denkt wahrscheinlich nur⁴²⁾ an die Lex Furia *testamen-*

⁴²⁾ Aus dem Plural *Furias* ist nicht zu entnehmen, dass mehrere Gesetze dieses Namens gemeint sind; vgl. Cic. Phil. III c. 6 § 16.

taria, die er auch pro Balbo c. 8 § 21 neben der Voconia anführt. Von diesen Gesetzen aber und von mehreren anderen sagt er klar und deutlich, dass sie Rechtsquellen seien für den *populus*:

Cedo mihi leges Atinias, Furias, [Fusias⁴³] ipsam, ut dixi, Uoconiam, omnis praeterea de iure civili; hoc reperies in omnibus statui ius, quo post eam legem populus utatur.

Fast mit denselben Worten ist unmittelbar vorher (in Verr. I. c. 42 § 108) ein Teil des legitimen Strafrechts auf die Bürgerschaft bezogen:

Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur, ut, quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat.

In der Rede für Balbus endlich sind l. c.⁴⁴) die Furia, die Voconia und *innumerabiles aliae leges* bezeichnet als *de civili iure latae*. Das vieldeutige *civile ius* steht hier wohl in der Grundbedeutung (= Bürgerrecht); denn der Redner knüpft sofort den Satz an: *quas* (scil. *leges*) *Latini uoluerunt, adsciuerunt*.

Von einem der jüngsten Gesetze der Republik, von der Falcidia ist der Text erhalten. Das erste Capitel beginnt so:

Qui ciues Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere uolet . .

und das zweite:

⁴³) So C. F. W. Müller; vgl. aber Baiter im Onomasticon Tullianum III p. 179 und andere Ausgaben.

⁴⁴) S. den Wortlaut oben S. 104 in N. 30. Wegen der L. Voconia ist auch Cic. de re p. III c. 10 § 17 zu vergleichen.

Quicumque civis Romanus . . . testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare uolet, ius potestasque esto, . . .

Die Lex von 714 beschränkt also ihre Bestimmungen ganz ausdrücklich auf römische Bürger. Vielleicht ist diese Genauigkeit des Legalstyls etwas Zufälliges⁴⁵⁾, vielleicht mit veranlasst durch das gegen Ende des Freistaats häufigere Vorkommen von Comitialbeschlüssen, die in Peregrinenverhältnisse eingriffen⁴⁶⁾. Indess dürfte man keineswegs die alte Regel als ins Gegenteil verkehrt oder nur als erschüttert ansehen. Dem widerspräche aufs Entschiedenste die Handhabung der Rechtsatzung in der Zeit des Principats. Auch die Leges, die unter dem Kaiserregiment zu Stande kamen, stellen keine „Reichsordnungen“ dar, erzeugen kein „Weltrecht“; vielmehr sind sie noch immer bloss Bürgerordnungen, was sie vom Anfang her gewesen waren. Selbst der Senat, der in der Republik als Leiter der äusseren Politik vielfach Massregeln veranlasst, welche die Peregrinen betrafen, und der auch später noch in gewissen Provinzen die oberste Verwaltungsbehörde ist⁴⁷⁾, hält sich als Erbe der legislativen Gewalt des Volkes innerhalb der von den Comitien beobachteten Grenzen. Zum Beleg sind im Folgenden noch ein paar Gesetze und Senatusconsulte der frühklassischen Zeit zusammengestellt. Neben den einzelnen Namen findet man Hinweisungen auf die wichtigsten Nachrichten, mit deren Hülfe der Beweis des Gesagten

⁴⁵⁾ S. oben S. 110 zur N. 18.

⁴⁶⁾ Vgl. Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 182, 183, wo aber Manches zu berichtigen wäre.

⁴⁷⁾ S. Mommsen St.R. III² S. 1194—1216, 1269, auch S. 1066, 1067.

bald unmittelbar, bald im Weg der Schlussfolgerung zu erbringen ist.

Unter den Gesetzen der Augusteischen Zeit hat von jeher die *Lex Julia de maritandis ordinibus* (736) und die *Papia Poppaea* (762) besondere Aufmerksamkeit erregt. Es ist allbekannt, aus welchen Erwägungen die gewaltsame Ehegesetzgebung des ersten Princeps hervorging. Ihr Ziel war, um es mit einem Wort zu sagen, die Erhaltung des Volkes der Quiriten⁴⁸⁾. Am deutlichsten ist dies aus der drastischen Ermahnung zu ersehen, welche der Kaiser bei Dio LVI. c. 4—9 im J. 762 an die versammelten Junggesellen richtet. Das Geschlecht der Römer — so klagt er⁴⁹⁾ — und ihr Name sei in Gefahr unterzugehen; die πόλις werde den Hellenen und Barbaren ausgeliefert. Statt durch Zeugung pflanze sich das Römertum nur durch Sklavenbefreiung fort und durch Verleihung des Bürgerrechts an die Bundesgenossen. Die Urrömer aber sterben aus.

Auf der anderen Seite hebt Tacitus *Annal.* III. c. 28 die verderblichen Folgen der neuen Gesetze hervor, nament-

⁴⁸⁾ Vg. etwa G. Hartmann in d. *Ztschr. f. R.G.* Bd. V S. 221, Schulin *Geschichte d. R.R.* S. 99.

⁴⁹⁾ Dio LVI c. 7 in f. (Dindorf): οὐ μὴν οὐδ' ὄσιον ἢ καὶ καλῶς ἔχον ἔστι τὸ μὲν ἡμέτερον γένος παύσασθαι καὶ τὸ ὄνομα τὸ Ῥωμαίων ἐν ἡμῖν ἀποσβῆναι, ἄλλοις δέ τισιν ἀνθρώποις Ἐλλησιν ἢ καὶ βαρβάροις τὴν πόλιν ἐκδοθῆναι. ἢ τοὺς μὲν δούλους δι' αὐτὸ τοῦτο μάλιστα ἐλευθεροῦμεν, ὅπως ὡς πλείστους ἐξ αὐτῶν πόλιν ποιῶμεθα, τοῖς τε συμμαχοῖς τῆς πολιτείας μεταδίδομεν, ὅπως πληθύωμεν· αὐτοὶ δ' ἡμεῖς οἱ ἀπ' ἀρχῆς Ῥωμαῖοι, οἱ τοὺς προγόνους τοὺς Μαρκίους, τοὺς Φαβίους, τοὺς Κυντίους, τοὺς Οὐαλερίους, τοὺς Ἰουλίους καταλέγοντες, ἐπιθυμεῖτε μεθ' ἡμῶν αὐτῶν καὶ τὰ γένη ἅμα καὶ τὰ ὀνόματα ἀπολέσαι;

lich die Delatorenplage, die eine böse Frucht der L. Papia Poppaea sei:

acriora ex eo uincla, inditi custodes et lege Papia Poppaea praemiis inducti . . . sed altius penetrabant urbemque et Italiam et quod usquam ciuium corripuerant, multorumque excisi status;

ebenso Plinius Paneg. c. 34:

. . . nulla iam testamenta secuta, nullus status certus: non orbitas, non liberi proderant. auxerat hoc malum partim (principum?) auaritia . . . excidisti intestinum malum et prouida seueritate cauisti, ne fundata legibus ciuitas euersa legibus uideretur.

Wichtig ist auch eine Bemerkung Suetons (IV. c. 18, 19) über Kaiser Claudius:

. . . naues mercaturae causa fabricantibus magna comoda constituit pro condicione cuiusque: cui uacationem legis Papiae Poppaeae, Latino ius Quiritium, feminis ius IIII liberorum, . . .

Das gleiche Ergebniss wie aus den vorstehenden Zeugnissen gewinnen wir aus einer Betrachtung des Inhalts der beiden Ehegesetze. Ihre Anordnungen, besonders die den Caelibes und Orbi angedrohten Nachteile und die Belohnungen für Verheiratete und Kinderreiche können nur auf Personen gemünzt sein, die das römische Jus honorum und die Fähigkeit zum Jus civile haben. So verbieten unsere Leges den Angehörigen des senatorischen Standes die Ehe mit Freigelassenen (Paul. Dig. 23, 2, 44, pr., Cels. Dig. 23, 2, 23, Ulp. XVI. 2); die Julia giebt dem Consul, der eine Gattin und der die grössere Zahl von Kindern *in potestate*⁵⁰ hat, den Vorrang *in fascibus sumendis* (Gell. II. 15, 4, Ulp. Vat. 197); sodann gestattet

sie obrigkeitlichen Zwang gegen die Gewalthaber⁵⁰⁾, welche die Zustimmung zur Ehe ihrer Kinder verweigern (Marcian Dig. 23, 2, 19), und befreit Frauen⁵¹⁾, die das Jus liberorum haben, von der Geschlechtstutel⁵²⁾ (Gai. I. 145). Wenn ferner das ältere Gesetz⁵³⁾ die Caelibes, das jüngere⁵⁴⁾ die Orbi vom Erwerb des ihnen letztwillig Hinterlassenen ganz oder teilweise ausschliesst, so ist offenbar bei den bedachten Personen überall Testamentsfähigkeit vorausgesetzt. Einem Peregrinen gegenüber wäre das *capere uetare* ganz überflüssig gewesen, da dieser ohnedies, schon wegen des Mangels der *testamenti factio*, als *incapax* erschien⁵⁵⁾. Was endlich die Belohnungen anbelangt, die im Erbfall den Patres winkten, so ist lediglich Das zu wiederholen, was eben von den Strafen gesagt wurde. Zur *caducorum uindicatio* sind Diejenigen zugelassen, welche in römischen Testamenten zu Erben eingesetzt oder mit einem Legat bedacht waren⁵⁶⁾. Mithin kann die L. Papia auch hier nur römische Bürger ins Auge gefasst haben⁵⁷⁾.

⁵⁰⁾ S. Gai. I. 55, 128, 189, Ulp. X. 3, Dig. 1, 6, 4.

⁵¹⁾ U. z. Freigeborene. Die *libertae* erhielten die gleiche Begünstigung *iure quattuor liberorum* vermutlich erst durch die L. Papia Poppaea; vgl. Gai. I. 145, 194, III. 43, 44, Ulp. XIX. 3, Jörs Über das Verhältniss der L. Julia z. L. Papia Poppaea S. 25, 26 (1882).

⁵²⁾ S. Gai. I. 189, 190 und oben S. 150, 151.

⁵³⁾ Gai. II. 111, 144, 286, Ulp. XXII. 3.

⁵⁴⁾ Gai. II. 286 a.

⁵⁵⁾ Belege oben S. 150 N. 25.

⁵⁶⁾ Gai. II. 206—208, 286 a, Ulp. I. 21.

⁵⁷⁾ Weitere Beweisgründe liefern z. B. für die L. Julia Gai. I. 178, Ulp. XI. 20, für die L. Papia Poppaea Gai. III. 47. Die Excusation von der Tutel *numero trium, quattuor, quinque liberorum*, die nur röm. Bürgern zusteht (Ulp. Vat. 191, Paul. Vat. 247; dazu Ulp. Vat. 193, 197, Sev. et Anton. l. 1 C. qui num. 5,66), wäre ebenfalls anzuführen,

Wegen der Manumissionsgesetze⁵⁸⁾, die unter Augustus Einfluss beschlossen sind, vergleiche man vor Allem Sueton II. c. 40:

Magni praeterea existimans sincerum atque ab omni colluione peregrini ac seruilis sanguinis incorruptum seruare populum, et ciuitatem Romanam parcissime dedit et manumittendi modum terminauit.

Über eines dieser Gesetze, das Aelisch-Sentische von 757 giebt Gai. I. 47 in einer Weise Auskunft, die uns der Mühe enthebt, noch andere Belege aufzusuchen:

In summa sciendum est, <cum> lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere (senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani), cetera uero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.

Die Lex Fufia Caninia regelte, wie Gai. I. 42 und Paul. IV. 14 § 1, 4 lehren, die Freilassung durch testamentarische Verfügung. Daher fällt die Frage nach der Tragweite dieses Gesetzes zusammen mit der Frage, wer nach römischem Recht testiren konnte⁵⁹⁾.

Das dritte Manumissionsgesetz, das Junische, steht, gleichviel welches Datum man ihm zuschreiben mag, mit dem zuerst

wenn wir sicher wüssten, dass sie aus den genannten Gesetzen herkommt; vgl. aber Jörs Verhältniss S. 23, 24. Übrigens ist das oben S. 150, 151 Gesagte zu berücksichtigen.

⁵⁸⁾ Mommsen St.R. III¹ S. 705: „Die der röm. Freilassung gesetzten Grenzen gelten für die latinische im Allgemeinen nicht.“ M. E. gelten sie gar nicht.

⁵⁹⁾ S. oben S. 150 N. 25. Übrigens behauptet Mommsen Stadtrechte S. 435 mit Fug ganz allgemein: „für die Freilassung giebt es keine internationale Form.“

genannten jedenfalls im nahen Zusammenhang. So berichtet denn auch der unbekannte Jurist bei Dositheus⁶⁰⁾ 12 hinsichtlich der Junia das Nämliche, was Gaius für die Lex Aelia feststellt:

Peregrinus manumissor seruum non potest ad Latinitatem perducere, quia lex Iunia, quae Latinorum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos manumissores, sicut et Octauenus probat . . .

An das Julische Erbsteuergesetz von 759, das schon einmal (S. 88) erwähnt ist, darf hier nochmals erinnert werden. Durch Dios Erzählung LXXVII c. 7 zum Jahre 212 n. Chr. ist die Kunde davon sehr verbreitet, dass die *uicesima hereditatum* von Augustus bloß den römischen Bürgern aufgelegt war. Caracalla soll πάντα ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ zu Bürgern gemacht haben, um Alle der von ihm erhöhten Steuer zu unterwerfen. Übrigens ist die beschränkte Wirksamkeit des Julischen Gesetzes auch durch Plin. Paneg. c. 37, 39 sicher beglaubigt⁶¹⁾.

Aus der Zeit nach Augustus sind nur wenige Volksgesetze bekannt. Zu ihnen gehört die unter Tiberius gegebene Lex Junia Vellaea⁶²⁾, deren Text teilweise

⁶⁰⁾ Vgl. übrigens Krüger Quellen S. 251.

⁶¹⁾ Vgl. auch Bachofen Ausgewählte Lehren d. röm. Civilrechts S. 332, 333, 338, 389, Savigny Verm. Schriften Bd. II S. 188, 189, Hirschfeld Verwaltungsgeschichte Bd. I S. 62 und oben S. 88 N. 5. Zur Geschichte des Gesetzes Dio LV c. 25.

⁶²⁾ Über Urheber und Datum des Gesetzes ist viel Streit. Wegen der Überlieferung des Namens s. A. Schmidt Recht der Noterben S. 30 N. 83; dazu aber Gai. II. 134, wo die Handschrift (Apogr. Stud. p. 88 Z. 1) deutlich: IUN. bietet. Mommsen hat seine neuere Ansicht (in der grossen Digestenausgabe I p. 748 z. Z. 30) auch nicht festgehalten (St. R. III¹ S. 346 N. 1). Ich trete Karlowa R. R. G. Bd. I S. 620, 621 bei, der die Lex dem Jahr 780 zuschreibt.

vorliegt. Bruns⁶³⁾ will im ersten Capitel, das bei Scaevola (Dig. 28, 2, 29, 12) so lautet: *Qui testamentum faciet . .*, hinter *qui* die aus der Falcidia entlehnten Worte einfügen: *ciuis Romanus post hanc legem rogatam*. Damit ist ohne Zweifel der Sinn des Gesetzes, das einige Punkte des Testamentsrechtes neu ordnet, richtig getroffen. Müssen wir aber die Einschaltung, weil sie bloß Selbstverständliches ausdrückt, für überflüssig erachten, so ist auch ihr Daseinsrecht ernstlich in Frage gestellt. Freilich beruft sich Bruns auf die Redeweise der Falcidia. Allein es fehlt doch der Nachweis, dass gerade das Gesetz von 714 später zum Vorbild gedient hat⁶⁴⁾; und dieser Beweis wäre nötig, weil der Text der Falcidia allem Anschein nach vom üblichen Legalstyl abweicht⁶⁵⁾.

§ 29. Die Tragweite des legitimen Strafrechts.

In dem vorstehenden Verzeichniss von Volksgesetzen der Republik und der Kaiserzeit wird der Leser manche vermissen, auf denen das römische Criminalrecht hauptsächlich beruht. Vielleicht ist es nicht unnütz, diese Auslassung mit wenigen Worten zu rechtfertigen. Nach meinem Ermessen ist die Ermittlung des ursprünglichen Anwendungsbereichs der von Sulla, von den Juliern und der früher gegebenen Strafgesetze eine äusserst schwierige Sache, die sich in der hier gebotenen Kürze gar nicht abthun lässt. Unsere Kenntniss des alten Strafrechts haben wir vornehmlich aus den spätklassischen Schriften zu schöpfen. Die Juristen aber tragen

⁶³⁾ Fontes p. 115 z. N. 8 (ed. V von Mommsen).

⁶⁴⁾ Die *L. Julia de marit. ordinibus* v. 736 nennt, so viel wir sehen können (Brunns Font. p. 114, 115), den *ciuis Romanus* nicht.

⁶⁵⁾ Vgl. oben S. 110, 111 N. 18.

das Recht ihrer Zeit vor, das erwiesener Massen in gewissen Punkten, so bezüglich der Strafen, nicht mehr das cornelisch-julische war¹⁾. Dabei verwenden sie keine Sorgfalt auf die Scheidung des Alten und Neuen, ja sie führen, wie es scheint mit Absicht, das durch „Interpretation“ Hinzugefügte auf die grundlegenden Gesetze zurück. Insbesondere ist es unschwer zu begreifen, weshalb diese Schriftsteller Bürger und Fremde nicht aus einander halten, wo sie das Strafrecht darlegen, welches den römischen Beamten zur Richtschnur diene. Wahrscheinlich hatten die grundsätzlich nur für Bürger gegebenen Gesetze doch von jeher massgebende Bedeutung auch für die Rechtsprechung der Imperienträger in den Strafsachen der Peregrinen. Als vollends mit dem allmählichen Verfall der Quaestionen den Bürgern auch das besondere Gericht und Verfahren entzogen ward, hatten die Juristen keinen Anlass mehr, ein den Römern eigentümliches Criminalrecht anzunehmen.

Ist durch diese Umstände die Untersuchung erheblich erschwert, so dürfte sie auch nicht beschränkt bleiben auf die Frage, wen die Strafgesetze nach der Absicht ihrer Urheber verpflichten sollten. Die Auffassung der Lex als Bürgerordnung konnte leicht noch in anderer Richtung Einfluss üben, sie konnte, zusammen mit anderen Factoren, einwirken auf die Bestimmung der durch legalen Strafschutz zu sichernden Güter. Natürlich ist hier nicht der Ort, diesen Punkt näher ins Auge zu fassen. Die folgenden Bemerkungen wollen nur klar machen, was mit dem Gesagten gemeint ist.

Cicero de off. III c. 6 § 27, 28 unterscheidet drei

¹⁾ S. auch oben S. 112 N. 24.

Gesellschaften (*societates*): eine, die alle Menschen umfaßt; eine zweite, engere, die von den Bürgern, eine dritte, die von den Verwandten gebildet wird. Den Bestand der weitesten setzt die *lex naturae* voraus, deren Anordnung dahin geht: Niemand, wer immer es sei (*quicumque sit*), dürfe verletzt werden. Dagegen lehren Diejenigen, welche bloß die engere Gemeinschaft anerkennen: *ciuium rationem . . . habendam, externorum negant*. Anscheinend ist es dieser letztere Standpunkt, den die römischen Strafgesetze, und selbst noch die Julischen, der Regel nach festhalten. Ich erinnere beispielsweise an die Lex Fabia de plagiaris aus dem 6. oder 7. Jh. d. St.²⁾ Ihr erstes Capitel bedroht nach Paul. Coll. XIV. 2, 1 nur Denjenigen, *qui ciuem Romanum*³⁾ *ingenuum libertinumue seruumue alienum celauerit . . .*

²⁾ Pernice Labeo Bd. II S. 63 setzt sie zweifelnd ins J. 571; für älter hält sie Voigt in den Berichten der Leipziger Gesellsch. d. Wissensch. Bd. XXXVII S. 319—327 (1885), für jünger Zumpt Criminalrecht Bd. II. 2 S. 34, 35. Cicero (p. Rab. ad pop. c. 3 § 8—691) kennt das Gesetz.

³⁾ Bei Ulp. Coll. XIV. 3, 4 (ed. Mommsen Collectio III p. 183—1890) heisst es freilich: *lege . . . Fabia tenetur qui ciuem Romanum eumue, qui in Italia liberatus sit, celauerit . . .* Eine durchaus hypothetische Deutung des *in Italia liberatus* giebt Voigt in den cit. Berichten S. 321—327, eine andere Mommsen in der Collectio l. c. Mir scheint der Text verderbt. Vielleicht schrieb Ulpian: *lege Iunia liberatus*. Daraus konnte *in Italia* leicht entstehen. Den *ciuis Romanus* finden wir, wie bei Paul. Ulp., auch bei Apul. Metamorph. VIII c. 24 (Hildebrand p. 722 — hier aber fälschlich L. Cornelia st. Fabia); dagegen drücken sich Gai. Dig. 48, 15, 4 und Callistratus Dig. 48, 15, 6, 2 allgemeiner aus (möglicher Weise im Hinblick auf den durch Interpretation hinzugefügten Latinus Junianus; vgl. Ulp. Vat. 193 und unten S. 175): *qui liberum hominem, qui hominem ingenuum uel libertinum . . .*, dazu Paul. V. 6, 14, Diocl. C. Just. 9, 20, 15. [Die zwei besten Hdschr. der Coll. haben l. c. statt des zuerst von Pithoeus vorgeschlagenen *eumue qui . . . eundemque qui . . .* Nach diesem m.

Weiter reicht der Schutz der Sullanischen L. Cornelia de sicariis (spätestens aus dem J. 674), die Denjenigen trifft, *qui hominem*⁴⁾ *occidit*. Ohne Zweifel ist unter dem *homo* der Bürger und sicher nicht blos der Bürger zu verstehen, eben so wie unter dem *homo liber* der alten „Lex Numae“⁵⁾. Im Übrigen aber hatte Sulla die genauere Abgrenzung der geschützten *homines*, wahrscheinlich bewusster Weise, der Gerichtspraxis überlassen. So tritt eine Äusserung Ulpian's (Coll. I. 3, 2 in f.) über die L. Cornelia erst ins rechte Licht:

conspicit . . eum, qui hominem occidit, nec adiecit cuius condicionis hominem, ut et ad seruum et peregrinum pertinere haec lex uideatur.

Mithin war es selbst für Ulpian⁶⁾ noch nicht ausgemacht, ob der gesetzliche Schutz wie den Bürgern so ohne Weiteres auch (*et*) Anderen gebühre. Betreffs der Sklaven⁷⁾, die das Vermögensrecht grundsätzlich als Sachen behandelte,

E. unhaltbaren Texte, der auch in Lenels Pal. II p. 985 mit einer kleinen Änderung (*eundem us*) aufgenommen ist, wäre der *in Italia liberatus* ebenfalls röm. Bürger, und volle Übereinstimmung mit Paul. Coll. XIV. 2, 1 vorhanden.]

⁴⁾ Vgl. etwa Ulp. Coll. I. 3 § 1, 2, Paul. Coll. I. 2 § 1, Marcian l. 1 pr. - § 3, l. 3 pr. D. ad leg. Corn. (48, 8), ferner die bei Sanio Obseruat. ad leg. Corn. p. XI, XII, XVII, XVIII angef. Stellen.

⁵⁾ Bei Paulus-Festus s. v. „*parricij*“ p. 221; dazu Brunnenmeister Tödtungsverbrechen S. 115—118.

⁶⁾ Nach Brunnenmeister a. a. O. S. 225 sagen Ulpian Coll. I. 3, 2 und Marcian D. 48, 8, 1, 2 „mit dünnen Worten“, dass der Stand des Getödteten ohne Einfluss war. Sollte ich von der Wörterdürre die richtige Vorstellung haben, so kann ich sie allenfalls bei Marcian, bei Ulpian aber nur das Gegenteil finden.

⁷⁾ Dass die Sklaven nach der Auffassung der Sullanischen Zeit und noch später unter dem *homo* der L. Cornelia nicht mitbegriffen waren, ist m. E. unbestreitbar. Treffend Brunnenmeister a. a. O. S. 225—228 wider Sanio Obseruat. p. 10—12 und Andere.

konnte man mit gutem Fug Bedenken erheben. Den Unfreien aber stellt der Jurist die Peregrinen anstandslos zur Seite. Demnach ist für ihn nur Eines über allen Zweifel erhaben: dass das Gesetz an die Bürger denkt. Und wäre Ulpian gefragt worden, wie sich diese Auslegung der Cornelia begründen lasse, so hätte er wohl keine andere Antwort gehabt als die: Seht euch die Volksgesetze der Reihe nach an, sie schützen regelmässig nur Römer und römische Einrichtungen.

Freilich widerspricht die alte und wichtige Lex Numae dem hier angenommenen Grundsatz, da sie statt des *ciuis* den *homo liber* nennt. Indess darf uns das keineswegs irre machen. Einmal ist das sog. „Königsgesetz“ schwerlich durch Comitialbeschluss zu Stande gekommen; sodann ist der dem „Freien“ gewährte, in der Lex Numae nur erweiterte⁸⁾ Strafschutz nach meinem Ermessen überhaupt nicht römischer Herkunft, sondern älter als die Stadt und das Sonderrecht der Quiriten, m. a. W. ein Stück der alt-latinischen Stammesordnung. Unter dem *homo liber* der „Königssatzung“ ist wahrscheinlich jeder und nur der Latiner zu verstehen⁹⁾; denn die Freiheit war in der Urzeit „rechtlich gebannt in den Kreis des *nomen Latinum*“¹⁰⁾. Das Leben des Stammesgenossen aber blieb geschützt auch

⁸⁾ Vgl. darüber R. Loening (gegen Brunnenmeister) Ztschr. f. die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. VII (1887) S. 657.

⁹⁾ Auch Brunnenmeister a. a. O. S. 119, 120, 123, 220 giebt das zu, obwohl er das *parricidium* der L. Numae gewöhnlich als „Bürger tödtung“ bezeichnet. Die Ungenauigkeit dieses Namens scheint B. doch zu unterschätzen, wenn er sagt (S. 221), sie sei nicht „nennenswert.“ Vgl. auch Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 121 (5. A.).

¹⁰⁾ So Mommsen in der Festgabe f. Beseler S. 255 N. 1; dazu St.R. III¹ S. 608.

nach der Zerteilung der ursprünglichen Volksgemeinschaft in verschiedene *populi* mit eigener Gesetzgebung.

Um die Antwort einigermassen zu rechtfertigen, die oben dem Ulpian in den Mund gelegt ist, soll noch an zwei Julische Gesetze erinnert werden, an die *Lex de adulteriis et de pudicitia*¹¹⁾, die sicher von Augustus herrührt, und an die *Lex de vi publica* der Pandekten, die vermutlich ebenfalls vom jüngeren Caesar gegeben ist¹²⁾. Das Ehebruchsgesetz regelt im zweiten Capitel die Rache des Vaters. Die hierauf bezügliche Norm setzt augenscheinlich einen Römer voraus, wie der Bericht des Paulus in der Coll. IV. 2, 3 zeigt:

(*lex*) . . *permittit patri, si in filia sua, quam in potestate*¹³⁾ *habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, uiro in manum*¹⁴⁾ *conuenerit, . . ut is pater . . adulterum sine fraude . . filiam . . occidat*¹⁵⁾.

¹¹⁾ So heisst das Gesetz passend bei Sueton II c. 34, s. indess Prob. III. 9; dem Augustus wird es ausdrücklich auch von Seneca Benef. VI c. 32 § 1 und Ulp. D. 48, 5, 1 zugesprochen. Das Jahr ist unbekannt, der übliche Ansatz (736) unerweislich; vgl. übrigens Esmein Mélanges p. 71 n. 1. — Ein Gesetz (oder Vorschlag?) Sullas *περι γάμων* für *πολιταις* erwähnt Plut. Comp. Lys. c. Sylla c. 3 § 3.

¹²⁾ Die Urheberschaft ist sehr bestritten. Eine Übersicht giebt Rein Criminalrecht S. 742 in d. Note, der sich selbst für den Dictator Caesar entscheidet; ebenso Ferrini bei Cogliolo Diritto penale Bd. I. 1 p. 232, 233, anders Karlowa R.R.G. Bd. I S. 620, Pernice in d. Encycl. S. 139 (5. A.), Binding Grundriss d. gem. d. Strafrechts I S. 12 (4. A.).

¹³⁾ Vgl. die oben S. 162 N. 50 angeführten Stellen.

¹⁴⁾ S. Gai. I. 108.

¹⁵⁾ Vgl. auch Papin. Dig. 48, 5, 20 (21), Coll. IV c. 5 (für das *ius mariti* ist Ehe mit *conubium* erforderlich), Coll. IV c. 7 u. 8, Paul. II. 26, 2, Quintil. Inst. orat. VII c. 1 § 8. Bei Macer Dig. 48, 5, 24 (25), 3 ist die *uzor contra leges nupta* nicht eine Frau, die in einer nach röm. Recht unzulässigen Ehe lebt, sondern eine Römerin, die den Julisch-Papischen Verboten zuwider geehelicht ward.

Noch erheblicher für die Beurteilung unserer Lex ist ein anderer Punkt. Verfolgt Augustus den Bruch jeder Ehe oder nur des *matrimonium iustum* (Ulp. V. 2)? Meines Wissens nimmt man¹⁶⁾ allgemein das Erstere an, allein mit Unrecht. Auf das Richtige weist schon die solenne Scheidung hin, die im selben¹⁷⁾ Gesetz (Ulp. Dig. 38, 11, 1, 1) offenbar für dieselbe Ehe angeordnet ist, deren Verletzung mit Rache und Strafe bedroht war¹⁸⁾. *Nullum diuortium* — sagt Paul. Dig. 24, 2, 9 — *ratum est nisi septem ciuibus Romanis adhibitis* . . . Reichsrecht kann wohl diese Vorschrift unter Augustus noch nicht gewesen sein; sie musste beschränkt bleiben auf römische Ehen. Indess scheint doch Papin. Dig. 48, 5, 6, pr., Coll. IV. 5, 1 und Ulp. Dig. 48, 5, 13 (Mo. 14), 1¹⁹⁾ einen weiteren Geltungsbereich der Lex Julia anzudeuten. Sieht man aber genauer zu, so ist gerade die letztgenannte Stelle sehr geeignet, die herrschende Ansicht zu erschüttern. Ulpian stützt nämlich den Satz: *lex ad omnia matrimonia pertinet* nicht auf den Wortlaut oder die Absicht des Gesetzes; er übernimmt ihn von einem anderen Autor, von Sextus

¹⁶⁾ Rein Criminalrecht S. 840, 841, Bennecke Ehebruch I S. 7, 25, Esmein Mélanges p. 95, 96, Ferrini bei Cogliolo Dir. penale I. 1 p. 218. Esmein p. 95, 100 hält übrigens die „*mater familias*“ der l. 8 (9) § 1, l. 10 (11) pr. D. h. t. für das Gesetzeswort zur Bezeichnung der Gattin und verkennt nicht, dass dieser Name nur der Frau, *unic à son mari en justes noccs* zukomme.

¹⁷⁾ S. R. Schlesinger Ztschr. f. R. G. Bd. V S. 193.

¹⁸⁾ Über den Zusammenhang des die Scheidung betreffenden Abschnitts mit den Hauptbestimmungen der L. Julia de adult. s. Rein Criminalrecht S. 849, 850 in d. Note, Schlesinger a. a. O. Bd. V S. 201.

¹⁹⁾ Die von Huschke Jurispr. p. 660 n. 7 (ed. V.) und Lenel Pal. II p. 932 n. 5 in diesem Fr. eingeschalteten Worte *iure extranei* passen schlecht zur *iusta uxor*.

Caecilius²⁰⁾, der sich seinerseits — mehr im Scherz — auf Homer beruft: *nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant*. Wir sehen also die Juristen, denen es an vorführbaren Gründen fehlt, ihre Zuflucht zu einem beliebten Dichter nehmen, um eine gewagte Auslegung etwas zu verbrämen. Daraus aber wird man mit grosser Wahrscheinlichkeit schliessen dürfen, dass die Augusteische Lex²¹⁾ nun vom *matrimonium iustum* handelte, während die späteren Klassiker eine Erweiterung des gesetzlichen Strafschutzes anstreben.

Aus der L. Julia *de vi publica* teilt Paul. V. 26, 1 einen Satz mit, der sich gegen Denjenigen kehrt, *qui aliqua potestate praeditus ciuem Romanum*²²⁾ *antea ad populum, nunc imperatorem appellantem necauerit necariue iusserit* . . ; einen zweiten Maecian (Dig. 48, 6, 8), der das Erscheinen der *rei* vor den hauptstädtischen Ge-

²⁰⁾ Vgl. Krüger Quellen S. 177 N. 25.

²¹⁾ Wen wollte das Gesetz binden? Das Verbot lautet (Ulp. Dig. 48, 5, 12 — Mo. 13): *no quis . . facito . .*, also (Cicero) *infinittum est*. Doch ist schon oben S. 110, 111 u. 112 N. 24 davor gewarnt, ohne Weiteres Ciceros Rat zu befolgen. Gewiss blieb der peregrinische Buhle einer Römerin nicht frei von Strafen. Waren aber die in der L. Julia verhängten auf ihn anwendbar? Wenn wir das „Strafsystem“, welches zuletzt von E. Sehling (Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVII S. 160—163) und Esmein l. c. p. 110—117 aufgestellt ist, als vollständig und ursprünglich julisch annehmen, so hat wohl der Gesetzgeber lediglich an Bürger gedacht. Relegation als Hauptstrafe ist m. E. nur Römern gegenüber angemessen, weil die Ausweisung von Peregrinen aus dem Bürgergebiet ohnedies zu jeder Zeit möglich war; vgl. Mommsen St. R. I S. 155, Bd. II¹ S. 139, III² S. 1192, 1193. [Widerspruch fordert die Behauptung Mommsens in Sybels Ztschr. Bd. 64 (1890) S. 416, dass die Ausweisung als Criminalstrafe und gegen röm. Bürger überhaupt nicht vorkommt.]

²²⁾ Übereinstimmend Ulp. Dig. 48, 6, 7, Isid. Orig. V c. 26 § 6 (Lindemann-Otto p. 161).

richten sichert. Mustert man die sonst noch bekannten Bestimmungen des Gesetzes, wie sie bei Rein²³⁾ gesammelt sind, so liegt fast überall eine Auslegung nahe, derzufolge die Lex Julia nur darauf Bedacht nahm, den nächsten Interessenkreis der Bürgerschaft zu wahren. Übrigens möge man diese letzte Äusserung lediglich als Vermutung betrachten, hinter der sich der Wunsch verbirgt, zur Untersuchung der römischen Criminalgesetze in der angedeuteten Richtung anzuregen. Vor der Hand muss die Frage offen bleiben, ob das legitime Strafrecht der Römer seinen Schutz dermassen auf die herrschende Gemeinde beschränkte, dass die Berücksichtigung der Unterthanen als seltene Ausnahme erschien.

§ 30. Senatsgesetze der Kaiserzeit für Bürger.

Ehe wir uns den Processgesetzen wieder zuwenden, sind schliesslich noch ein paar Bemerkungen über die Senatus-consulte der Kaiserzeit anzureihen zur Erläuterung des oben S. 159 Gesagten. Schon im ersten christlichen Jahrhundert wird der Senat¹⁾ der Vertreter und bald der Nachfolger des souveränen Volkes. Wir fragen nun, ob der römische Reichsrat der Regel nach für die von ihm geschaffenen Ordnungen, abgesehen natürlich von den Beschlüssen in Verwaltungssachen, bindende Kraft nur in denselben Grenzen

²³⁾ Criminalrecht S. 745, 746, auch Ferrini bei Cogliolo Dir. pen. I. 1 p. 234, 235. — Nach Ulp. Dig. 48, 6, 10, 2 *Damnato de vi publica aqua et igni interdicitur* (vgl. Cic. Phil. I c. 9 § 23); mithin hatte das Gesetz römische Bürger als Friedensstörer im Auge; s. oben S. 111 u. N. 19.

¹⁾ Über den Erwerb der gesetzgebenden Gewalt vgl. Wlassak Krit. Studien S. 98—100, 102—105.

beanspruchte wie die alten Leges?²⁾ Wer sich bejahend äussert darf gewiss nicht fürchten, widerlegt zu werden; andererseits hält es schwer, rasch jeden Zweifel niederzuschlagen, weil die Quellen, wie so häufig, das Selbstverständliche verschweigen. Indess giebt es doch nicht wenige Senatusconsulte privatrechtlichen Inhalts, die nachweislich bloß die Bürger banden, ohne dass sie dieser Eigenschaft wegen in der Überlieferung besonders ausgezeichnet wären. Beispielsweise sind hier folgende zu nennen.

Drei Ratschlüsse, aus der Zeit des Tiberius, Claudius und Nero, das *Pernicianum*, *Claudianum* und *Calpurnianum*³⁾, insgesamt Novellen zu den Julisch-Papischen Ehegesetzen und dadurch allein für unseren Zweck genügend gekennzeichnet.

Das *S. C. Ostorianum*⁴⁾, *Claudianis temporibus factum*, wodurch die Assignation der Libertinen begründet ist. Nur der Patron, der mindestens zwei Kinder aus rechter Ehe (*iustis nuptiis quaesitos*) in der Gewalt (*in potestate*) hat, soll befugt sein, Freigelassene einem seiner Kinder zuzuteilen. Demnach⁵⁾ müssen Assignant wie Assignatar Römer sein.

Das *S. C. Claudianum* (805 d. St.⁶⁾ über die Rechtsfolgen des Geschlechtsverkehrs zwischen freigebohrenen Frauen

²⁾ Vgl. Bremer in d. Götting. gel. Anzeigen v. 1889 S. 432, 433.

³⁾ Ulp. XVI. 3, 4, Suet. V. c. 23; dazu Jörs Verhältniss der L. Julia S. 12 N. 4.

⁴⁾ Ulp. Dig. 38, 4, 1, pr. Inst. 3, 9 (Kr. 8), 3; dazu Mommsen-Bruns Font. p. 176 n. 3 (ed. V); über den Inhalt des *S. C. Leist-Glück* Ser. d. B. 37, 38 IV S. 610—627.

⁵⁾ Der Beweis ist mit den oben S. 162 N. 50 angezogenen Stellen zu führen; dazu noch Ulp. X. 3: . . . *neque civis Romanus peregrinum in potestate habere potest* und Gai. I. 67, 87, 131.

⁶⁾ Wider Suet. Vespas. c. 11 s. Tacit. Annal. XII c. 52, 53.

und fremden Sklaven. Gaius I. 84, 91, 160 und Ulpian XI. 11 beschränken den Senatsschluss auf die *civis Romana*; Paulus II. 21^a, 1 fügt die *Latina* hinzu, d. h. die als Junianische „Latinerin“⁷⁾ Geborene⁸⁾. Für alle Personen Junianischer Ordnung, die natürlich kein besonderes Gemeinwesen hatten, musste der römische Staat die Gesetzgebung⁹⁾ in die Hand nehmen; sie waren eben nicht Fremde, wie die eigentlichen Latiner, sondern ein dem römischen Volk angefügter Stand halbfreier Leute mit Libertinenrecht geringerer Art¹⁰⁾.

Aus der Zeit Neros ein S. C., welches nach Tacit. Annal. XV c. 19. verordnete: *ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici iuaret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset*, und das wohlbekannte *Neronianum* über die mit fehlerhafter Wortformel gegebenen Legate¹¹⁾. Wie die Adoption und die Hereditas so ist auch

⁷⁾ Mitbefasst sind die der Latinität *ex lege Iunia* nachgebildeten Verhältnisse; vgl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I § 211.

⁸⁾ Dieser „*Latina ingenua*“ gedenkt Paul. auch in den Sent. IV. 9, 8, wo die Worte: *non est enim manumissa* jede andere Deutung verbieten; vgl. Zimmern a. a. O. Bd. I S. 452 N. 5; a. A. ist P. Krüger Quellen S. 117 und N. 17, der übrigens l. c. Fälle blosser Gleichheit des Rechtsinhalts und Fälle von Rechtseinheit (auf Grund der Identität der Quelle) vermengt.

⁹⁾ Wie man sich ohne Gesetz behelf, zeigt Ulp. Vat. 193: *Exemplo civium Romanorum Latinos Iunianos excusari oportet*.

¹⁰⁾ Die treffende Ausführung von Mommsen St.R. III¹ S. 626, 627 (s. oben S. 150 N. 25) geht doch darin zu weit, dass sie den *Latinus Junianus* aus der römischen Gemeinde völlig ausschliesst. Auch wird irriger Weise (S. 627 N. 1) Ulpian (XX. 14) die Erklärung zugeschrieben, der formlos Freigelassene sei *nullius certae civitatis civis*. Vgl. übrigens Mommsen selbst l. c. S. 786, und über die als *aditionis* Behandelten S. 141, 142.

¹¹⁾ Gai. II. 197, Ulp. XXIV. 11^a.

das Legat¹²⁾ ein Bestandteil des römischen Nationalrechts.

Das S. C. Macedonianum unter Vespasian¹³⁾ verbietet Gelddarlehen an Hauskinder: *placere* — so heisst es wörtlich — *ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, . . . actio petitioque daretur*¹⁴⁾. Der Senat stellt also eine Regel auf für die Ausübung der Jurisdiction, ohne sich mit seinem Rat an einen bestimmten Beamten zu wenden. Anscheinend ging seine Absicht dahin, alle *feneratores*, auch die peregrinischen, zu treffen, während der Schutz gegen die Klagen der Geldgeber augenscheinlich¹⁵⁾ blos den Bürgern zugehört war. Man darf wohl vermuten, dass das ältere Vellaeanium (799 d. St.) über die Intercession der Frauen seine Geltung in derselben¹⁶⁾ Weise begrenzt hatte.

Ein S. C. unter Hadrian (875 d. St.) bestimmt: *ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt*¹⁷⁾. Das S. C. Plancianum (spätestens unter Pius¹⁸⁾) bestraft den Erben, der *in fraudem tacitam fidem accomodauerit, ut non capienti fideicommissum restituat*, mit dem Verlust des

¹²⁾ Cels. Dig. 28, 5, 59 (Mo. 60), 4, Gai. II. 218 in f.; vgl. Ulp. XVII. 1.

¹³⁾ Wenn Suet. Vespas. c. 11 zu trauen ist; vgl. Tacit. Annal. XI c. 13, der unter Claudius eine *lex* sehr ähnlichen (s. Rudorff R.R.G. Bd. I S. 122, Huschke Darlehn S. 151, 152) Inhalts nennt. Unvereinbar sind die beiden Berichte nicht. Die *Lex* wäre auch nur der *saeculita* römischer Gläubiger entgegengetreten. Vgl. aber Karlowa R.R.G. Bd. I S. 623.

¹⁴⁾ Dig. 14, 6, 1, pr. (Ulp.).

¹⁵⁾ „*Filio familias*“, s. oben S. 162 N. 50 u. S. 174 N. 5.

¹⁶⁾ Trotz dem griechischen Rescript von Sever bei Ulp. Dig. 16, 1, 2, 3.

¹⁷⁾ Ulp. 1. 41 pr. D. de leg. I (30).

¹⁸⁾ Vgl. Modest. Dig. 35, 2, 59, 1, Paul. Dig. 49, 14, 49.

Falcidischen Quartrechts und der *caducorum uindicatio ex eo testamento*¹⁹⁾. Beide Beschlüsse konnten nur auf Römer bezogen werden²⁰⁾.

Das S. C. Tertullianum, nach dem Bericht der Institutionen (3, 3, 2) aus Hadrians²¹⁾ Zeit, beruft die Mutter zum Nachlass ihrer Kinder, wenn sie das *ius liberorum* hat. Dieses Recht kann nur die Römerin gewinnen. Paulus IV. 9, 1 bemerkt ausdrücklich:

Matres tam ingenuae quam libertinae ciues Romanae, ut ius liberorum consecutae uideantur, ter et quater peperisse sufficit, . . .

und kommt auf diesen Punkt nochmals zurück in IV. 9, 8:

*Latina ingenua ius Quiritium consecuta si ter peperit*²²⁾, *ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa.*

Mithin ist das neue Erbrecht selbst auf Personen Junianischen²³⁾ Standes nicht erstreckt. Sollte freilich die blosse Thatsache des *ter peperisse* zum Erwerb des Bürgerrechts genügt haben (Ulp. III. 1), so wäre schon aus diesem Grund nie eine *Latina* als solche berufen worden.

Das S. C. Orfitianum unter Marcus²⁴⁾ (931 d. St.)

¹⁹⁾ Ulp. XXV. 17.

²⁰⁾ S. oben S. 175 N. 11 und S. 158, 159, S. 162 N. 56.

²¹⁾ Vgl. aber Pernice in Holtzendorffs Encycl. S. 140 (5. A.), der das S. C. zweifelnd ins J. 100 p. C. (unter Traian) setzt. In den Consularfasten ist zu diesem Jahr der Name: Cornutus Tertullus verzeichnet. Wegen Zonaras XII c. 1, C. s. Fitting Alter der Schriften S. 12, auch Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. III S. 9 N. 15^a.

²²⁾ Dieser Satz drückt die Bedingung der *admissio ad her.* aus, nicht der Erlangung des *ius Quir.* Der Ton liegt auf *ter*; s. Paul. IV. 9, 1 u. 7.

²³⁾ S. oben S. 175 N. 8.

²⁴⁾ Ulp. XXVI. 7, Inst. 3, 4, pr.

spricht den Nachlass der Frauen vor allen Agnaten den Kindern zu. Als Erblasserin setzt Ulp. XXVI. 7 eine Römerin voraus; das zeigen die Worte: . . *sine in manum conuentione*²⁵⁾. Civitaet der Kinder fordert derselbe Jurist in l. 1 § 4, 8 D. ad S. C. Treb. (38, 17). Im gleichen Sinn äussert sich Paul. IV. 10, 3²⁶⁾:

Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii ciues Romani, non etiam Latini admittuntur. ciues autem Romanos eo tempore esse oportet, quo eis defertur et ab iis legitima hereditas aditur.

Betreffs der Kinder lässt die Stelle nicht dem geringsten Zweifel Raum; den Stand der Mutter verschweigt sie. Daher stellt P. Krüger²⁷⁾ den Satz auf, dass auch Latinerinnen nach dem Orfitianum beerbt wurden. Wahrscheinlich hat er sich gefragt, woher seit Hadrian (Gai. I. 80, Ulp. III. 3) die Latinitaet der Söhne stammen soll, die Paulus vor der Delation als möglich annimmt, wenn die Mutter der Civitaet theilhaft war? Indess ist diese Frage schon von Huschke²⁸⁾ befriedigend beantwortet. Die Erblasserin konnte trotz der latinischen Kinder zur Zeit ihres Todes *ciuis Romana* sein, und m. E. musste sie Römerin sein, damit das S. C. Anwendung finde; denn Krügers Behauptung unterliegt schweren Bedenken.

Wir fassen vor Allem die wahre, d. h. die von den Juristen sog. *Latina colonialia* ins Auge. Das Schicksal

²⁵⁾ S. Gai. I. 108.

²⁶⁾ Vgl. auch Voigt J. nat. Bd. II S. 747, Mommsen St.R. III¹ S. 628 N. 1.

²⁷⁾ Geschichte der Quellen S. 117 N. 17. Eine Rechtfertigung fehlt. Ich kann nur vermuten, dass die obige Darlegung Krügers Gedankengang trifft.

²⁸⁾ Jurisprudencia p. 521 n. 1 (ed. V.)

ihrer Nachlasses ist geregelt durch das Stadtrecht ihrer, grundsätzlich autonomen²⁹⁾, Heimat. Nun beschliesst der Senat in Rom ein neues für Römer bestimmtes Gesetz. Dieses S. C. müsste nach Krüger zugleich als Novelle zu den Statuten sämtlicher Latinergemeinden erlassen sein. Wie aber begründen wir die Befugniss des Reichsrats, allein oder nach dem Antrag des Kaisers einer Bundesstadt ohne Weiteres Gesetze zu geben? Und wenn dieses Recht bestand, was zum Mindesten unbewiesen ist, wo haben wir ein Zeugniß dafür, dass dem Orfitianum so ausserordentliche Tragweite zukam? Sodann der Inhalt der vermeintlichen Novelle! Nach dem Tode einer Latina wäre das Senatsgesetz anwendbar gewesen, wenn sich unter den

²⁹⁾ *Quas (sc. leges Romanas) Latini uoluerunt, adseuerunt* sagt Cic. p. Balbo c. 8 § 21 (oben S. 158, 104 N. 30). Ist dieser Satz im 1. u. 2. christl. Jahrhundert beseitigt? Die Kaiserzeit kennt nur noch die künstliche, von Rom verliehene Latinität, und die mit solchem Recht bewidmeten Städte (in den spanischen Urkunden: *municipium* u. *municipes*, nicht *populus*) erhalten das Grundgesetz wohl ausnahmslos (zu Gai. I. 95 vgl. Mommsen St.R. II² S. 889 N. 1, III² S. 1235) vom Princeps. Dessen ungeachtet waren die latinischen Municipien mit ihren *cives Latini* (L. Malac. c. 53) weder römische Bürger noch Unterthänengemeinden, mithin autonome Bundesstädte (Cic. l. c. c. 24 § 54); s. auch Mommsen Stadtrechte S. 402 N. 28, St.R. III¹ S. 628, 693, Wl. P.G. Bd. I S. 192 N. 34, anders Karlowa R.R.G. Bd. I S. 578, 582. Das abgerissene und darum schwer verständliche Textstück von Gai. I. 79 ist zwar nicht, wie Mommsen St.R. III¹ S. 625 N. 1 will, als Ausgeburt provincialer Unwissenheit (vgl. dagegen Gai. I. 29, 95, 96) aus dem Weg zu räumen, trotzdem aber ungefährlich. Übrigens scheint mir die Annahme unabweisbar, schon des Grundgesetzes wegen, dass römischerseits eine Überwachung der autonomen Satzung stattfand. Darüber mochten die kaiserlichen *Leges datae* besondere Clauseln enthalten. Thatsächlich werden sich die Latiner ihr neues Recht immer aus Rom geholt haben. [Wie der röm. Privatrechtsstoff ohne ausführliche Codification in die lat. Statuten übertragen wurde, kann man ungefähr aus c. 29 in f. L. Salp. ersehen.]

Kindern ein oder mehrere römische Bürger befanden. Solchenfalls hätten die zu Römern Gewordenen allein geerbt mit Ausschluss der anderen Kinder, die Latiner geblieben waren wie die Erblasserin selbst. Diese mehr als seltsame Erbordnung wird schwerlich Jemand glaublich finden, um so weniger als sie den vom jüngeren Plinius (Paneg. c. 37) bezeugten Grundsatz betreffs der Einwirkung des Civitaetswechsels auf die *iura cognationum* genau ins Gegenteil verkehrt hätte. Hiernach ist wohl die im Sinne Krügers angenommene Novelle zu den latinischen Statuten überhaupt zu verwerfen. Dagegen wäre es eher denkbar, dass der Senat nebenbei auch die Erbfolge in den Nachlass freigeborener Junianischer Frauen regeln wollte. So weit reichte ohne Zweifel seine gesetzgebende Gewalt. Allein die Schwierigkeiten, die sich aus dem Inhalt des Orfitianum ergeben, sobald es auf Personen ohne römisches Bürgerrecht bezogen wird, haben doch hier kaum geringere Bedeutung wie im obigen Fall. Auf die Junianische Freigelassene endlich wurde das S. C. sicher niemals ausgedehnt. Die Behandlung der von solchen Liberten hinterlassenen Güter *iure quodammodo peculii*⁸⁰⁾ ist weder durch das Largianum (795 d. St.) beseitigt⁸¹⁾ noch durch irgend ein späteres Gesetz. Die jüngste Nachricht⁸²⁾ über diesen Punkt steht in Justinians Institutionen III. 8 (Kr. 7), 4; sie lautet: *Latinorum legitimae successiones nullae penitus erant.*

⁸⁰⁾ Gai. III. 56.

⁸¹⁾ Gai. III. 64 nennt die Ansicht des Juristen Pegasus, der das S. C. anscheinend so auslegen wollte, eine *sententia aperte falsa*. — Wie das Orfitianum in das Intestaterbrecht des Patrons einer *civis Romana liberta* eingriff, zeigt A. Schmidt Das Pflichtteilsrecht des Patronus S. 24—26 N. 53.

⁸²⁾ Vgl. noch Justinian Cod. 7, 6, 1, 13.

Den in unserer Liste genannten Senatusconsulten, die erweislich bloß für Bürger bestimmt waren, könnte man leicht viele andere hinzufügen. So mit Rücksicht auf das oben S. 150, 151 Gesagte alle Ratschlüsse, die sich mit dem Vormundtschaftswesen beschäftigen (in Rudorffs R. R. G. Bd. I § 48); dann mehrere Novellen zu den Freilassungsgesetzen (Gai. I. 46, II. 276); das Trebellianum und Pegasianum, welche hergehören trotz der Nachricht bei Gai. II. 285; und neben zahlreichen privatrechtlichen auch einige, die ins Criminalrecht einschlagen, besonders das wichtige Silanianum unter Augustus und aus Tibers Regierung das S. C. bei Tacitus Annal. II. c. 85 gegen die *libido feminarum*, d. h. der Römerinnen. Um aber den Satz zu bekräftigen, dass der Senat der Kaiserzeit, wie vorher die Comitien, gewöhnlich nur das Privatrecht der Bürger ordnen wollte, dazu dürften die vorgeführten Beispiele ausreichen. Beschlüsse wie der *ex auctoritate Hadriani* gefasste über die Erstreckung einer Aelischen Norm auf die Peregrinen (Gai. I. 47) können die Regel gewiss nicht aufheben.

Endlich sei auch noch ein Wort gestattet zu einem S. C. wider die Sterndeuter und ähnliche Betrüger, das bisher unerwähnt blieb, weil es nicht privat- sondern strafrechtlichen Inhalts ist. Ulpian (Coll. XV. 2, 1) setzt es ins Jahr 770⁸⁹⁾ und berichtet, wie es scheint, im genauen Anschluss an den Urtext:

. . . cauetur, ut mathematicis Chaldaeis ariolis et ceteris, qui simile inceptum fecerunt, aqua et igni inter-

⁸⁹⁾ Nach Tac. Annal. II c. 32 und Dio LVII c. 15 wäre es um ein Jahr älter; vgl. Marquardt Staatsverwaltung Bd. III S. 93 N. 2, auch S. 91—94 (2. A.).

dicatur omniaque bonâ eorum publicentur, et si externarum gentium quis id fecerit, ut in eum animadvertatur.

Der Senat unterscheidet Römer und Fremde. Den Frevel der Ersteren ahndet er mit fest bestimmter Strafe, die Letzteren überliefert er der *animaduversio*. Was bedeutet dieser Ausdruck? Sind die Bürger mit den härtesten Übeln bedroht, so hatte der Fremde wahrscheinlich mit dem Leben zu büßen⁸⁴). Der Gebrauch von *animaduvertere* in diesem engeren Sinn ist denn auch sonst bezeugt; gewöhnlich aber vertritt das Wort einen weiteren Begriff. Somit hätte sich der Senat zum Mindesten zweideutig geäußert; er hätte den Beamten nur aufgegeben, gegen die Peregrinen mit aller Strenge einzuschreiten, während die Verfolgung der Römer an ein striktes Gesetz gebunden ward. Sollte diese Auslegung zutreffen, was freilich nicht feststeht, so wäre durch das S. C. von 770 aufs Neue einer der leitenden Gedanken der römischen Staatspraxis bestätigt: für die Bürger die Lex, für die Fremden das Imperium⁸⁵).

⁸⁴) Das ist auch Dios Auffassung, vorausgesetzt dass er überhaupt l. c. unser S. C. vor Augen hat. Indess wurden die *mathematici, Chaldaei* etc. thatsächlich nach wie vor 770 meist ausgewiesen (Belege bei Marquardt a. a. O.), und Tacitus Ann. II c. 32 lässt auch im J. 769 den Senat beschliessen *de mathematicis magisque Italia pellendis*. Wegen der daselbst erwähnten Todesurteile vgl. jetzt Mommsen in Sybels Ztschr. Bd. 64 S. 413 N. 1 (1890).

⁸⁵) Dass der Senat schon im J. 568 d. St. die Bacchanalien zu unterdrücken sucht mit der Weisung an die Magistrate: *eis* (d. h. Bürgern und Bundesgenossen) *rem capitalem faciendam censuerit* (S. C. de Bacchanalibus Z. 25 — Bruns p. 152), darf man natürlich dem im Text Gesagten nicht entgegenhalten. Denn „diese vom Senat erteilten Directiven beziehen sich in republicanischer Zeit auf den einzelnen Fall und können nicht als legislatorische Acte angesehen werden.“ (Mommsen in Sybels Ztschr. Bd. 64 S. 412, 413).

§ 31. Die Gesetze für das stadtrömische Bürgergericht. — Legisactio und Judicium legitimum.

Es ist kaum nötig, besonders darzulegen, welchen Nutzen die Lehre vom *Judicium legitimum* aus den nun abgeschlossenen Erörterungen über das Wesen und die Tragweite der römischen *Leges* ziehen kann. Von den Anfängen der Stadt bis zum Eintritt der absoluten Monarchie sind wir der Volksgesetzgebung in Rom nachgegangen und haben Eines ermittelt. Zu allen Zeiten ist die Regel unwandelbar festgehalten, dass das Volk der Quiriten in seinen Versammlungen und später durch seinen Vertreter, den Senat, nur für sich Recht schafft, keineswegs für alle Welt; dass es Bürgerordnungen aufstellt, nicht Reichsgesetze. Von den *Leges*, auf denen der Privatprocess mit geschriebener Formel, das *iudicium* ruht und so zum *legitimum* wird, entstammt die ältere *Aebutia* der republicanischen, die jüngere *Julia* der Augusteischen Epoche. Beide gehen nur die Bürger an, ihre Bestimmungen greifen nur ein, wo *ciuis cum ciue per formulam* litigirt, zu Deutsch: wo zwischen Römern durch Übergabe der Formel ein Processverhältniss begründet wird. Weit entfernt Befremden zu erregen, erscheint uns jetzt die Schranke, die dem Aebutisch-Julischen Recht gezogen war, selbstverständlich, und Gaius' (IV. 104) Bemerkung, dass *legitima* blos solche *iudicia* seien, *quae inter ciues Romanos accipiuntur*, ohne Weiteres klar.

Unsere Schriftsteller hätten diese Nachricht längst verwerten sollen zur Entscheidung der noch immer bestrittenen Frage, ob die Peregrinen ihre Rechte mit römischen Legislationen verfolgen konnten. Wer die Frage bejaht, bezieht

die Gesetze über das Spruchverfahren, vielleicht mit Ausnahmen, auch auf den Fremdenprocess¹⁾). Dadurch erwächst ihm aber die Pflicht, zu zeigen, weshalb die späteren Gerichtsordnungen, deren Anwendung unabhängig war von der Beschaffenheit der Actio, blos den Bürgerprocess regelten, während schon die älteren Gesetze umfassendere Geltung beansprucht hatten. Und gesetzt auch der Grund dieser unerklärlichen Erscheinung wäre gefunden, so taucht aus Gai. IV. 30 sofort eine neue Schwierigkeit auf. Nach dieser Stelle haben drei für Bürger gegebene Gerichtsordnungen die Legisactionen aufgehoben und „bewirkt, dass wir (d. h. wir Römer²⁾) mit Schriftformeln litigiren“. Mithin hätte Aebutius und Augustus nur seine Römer von der Legisactio befreit; die Fremden, mochten sie auch des Lateinischen unkundig sein, sollten noch weiter an die ihnen doppelt lästige Form gebunden bleiben. Wann und wie wäre also die Legisactio für die Peregrinen beseitigt? Etwa durch ein viertes Gesetz, von dem sich keine Spur erhalten hat? Ich denke das sind Annahmen, zu denen sich Niemand wird bekennen wollen. Übrigens bedarf es gar nicht der angedeuteten Ausnutzung von Gai. IV. 104 und 30, um die römische Legisactio als Sonderrecht der Bürger hinzustellen. Die verschiedenen *modi agendi* und

¹⁾ Nach Mommsen Stadtrechte S. 435 N. 129, dem Rudorff R. R. G. Bd. II S. 76 N. 9 folgt, „wurden die Legisactionen durch magistratisches Imperium auf die Peregrinen angewandt.“ Wie ist das zu denken? Blieben sie Legisactionen trotz jener „Übertragung“? Im C. I. L. I p. 66 (ed. I) betont Mommsen lediglich die Fähigkeit der Fremden zur Legisactio; ebenso Keller Civilpr. § 12 a. E.; vgl. übrigens oben S. 88 N. 3. Neuestens erklärt Gradenwitz Ztschr. für R. G. R. A. Bd. XXII S. 193 das *lege agere* für zulässig in „Processen von Bürgern mit Nichtbürgern“; s. aber unten § 37 N. 8.

²⁾ S. Eisele Abhandlungen S. 68.

die einzelnen Spruchformeln beruhten, wie schon der Name lehrt, auf Volksgesetzen³⁾. Daraus aber folgt unmittelbar ihre Beschränkung auf Römer.

Um dieses Ergebniss zu sichern, ist noch zu erwägen, ob für die Gegenansicht irgend erhebliche Gründe vorliegen. Man beruft sich übereinstimmend auf Z. 23 der L. Acilia und auf Gai. IV. 31; neuestens hat Pernice⁴⁾ Gai. IV. 37 hinzugefügt. Die genannten Gaianischen Stellen sind in diesem Werke bereits ausführlich besprochen; die eine im I. Bd. S. 202—205⁵⁾, die andere

³⁾ Zur Abwehr von Missverständnissen verweise ich auf mein Edict S. 98, 117.

⁴⁾ Genauer: Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX³ S. 153, 154 führt Gai. IV. 37 an, um zunächst die Annahme eines Schriftformverfahrens im Fremdengericht vor der L. Aebutia zu bekämpfen. Dabei ist wohl übersehen, dass die gesetzliche (Diebstahls-) Actio nicht aufhört, legitim zu sein, wenn mit ihr in Schriftform im praetorischen Fremdenprocess (*iud. i. c.*) agirt werden soll. Ist sie aber legitim, so kann sich der Fremde ihrer ohne Civitaetsfiction nicht bedienen.

⁵⁾ Gradenwitz Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 192, 193 tritt meiner Darstellung mit der Behauptung entgegen, der Fremdenpraetor habe vielleicht erst in der Kaiserzeit Zuständigkeit für Prozesse zwischen Bürgern und Nichtbürgern erhalten. Darum heisse er, wie Mommsen St. R. I S. 196, 197 darlegt, in republicanischer Zeit *praetor qui inter peregrinos ius dicit*, unter den Kaisern *pr. qui inter ciues et peregrinos i. d.* Ich brauche nicht zu zeigen, wie unwahrscheinlich diese Annahme ist. Sie ist erweislich unrichtig: vgl. Mommsen St. R. I S. 220 N. 2, meine P. G. Bd. I S. 52 N. 6. Gerade die Prorogationsnorm der L. Julia *iud.* (Dig. 5, 1, 2, 1) könnte den erwähnten Namenswechsel veranlasst haben. Pompon. Dig. 1, 2, 2, 28 geht vermutlich von dem Rechtszustand seiner Zeit aus, wenn er die Bezeichnung *pr. peregrinus* daraus erklärt: *quod plerumque inter peregrinos* (d. h. m. E. gleichviel ob eine oder beide Parteien peregrinisch sind) *ius dicebat*. Schon unter Hadrian mochten die Prozesse *inter ciues* vor dem Fremdenpraetor den Processen *inter peregrinos* die Wage halten. Dass in diesem Gerichte jemals die *Judicia* zwischen

oben S. 147—149. Ein Schluss auf die Legisactionenfähigkeit der Peregrinen ist nach dem dort Gesagten aus keiner von beiden zu gewinnen; Gai. IV. 37 bestätigt vielmehr sehr deutlich die eng begrenzte Tragweite der *Leges*. Auch Z. 23 des Repetundengesetzes ist aus dem Früheren schon bekannt (Bd. I. S. 106. 172, 205 N. 4). Bezeugt ist darin lediglich ein *sacramento agere ex lege Calpurnia et Iunia*; über den entscheidenden Punkt, ob diese Actio den Fremden gegeben war, fehlt jede Nachricht⁶⁾. Nun sind wir aber auf Grund der obigen Untersuchung gewiss befugt, eine Sacramentsklage von Nichtbürgern für höchst unwahrscheinlich zu erklären. Dazu kommt noch ein ausdrückliches Zeugniß, das gerade diesen *modus agendi* betrifft, in Ciceros o. pro Caec. c. 33 § 97:

Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniēcisset non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta ciuitas esset, et ego uehementius contendissem ciuitatem adimi non posse, decemviri prima actione non iudicauerunt; postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicauerunt.

Augenscheinlich hing der Spruch der Zehnmänner über die Rechtmässigkeit des Sacraments in erster Linie von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob Sulla den Arretinern durch ein Gesetz das römische Bürgerrecht hatte entziehen können. Im Bejahungsfall war jede weitere Untersuchung des Standes der von Cicero vertretenen Frau überflüssig,

zwei Fremden überwogen, ist kaum glaublich. Die Inschrift im C. I. L. t. III nr. 6154 (p. 998) steht mit dem Gesagten nicht im Widerspruch.

⁶⁾ Vgl. A. Schmidt Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 139.

weil ihr, mochte sie auch frei sein, doch als Nichtbürgerin die Fähigkeit zum *sacramento agere* gefehlt hätte⁷⁾. Caecina befand sich als Volaterraner⁸⁾ in derselben Lage wie die Arretinerin. Sein Verteidiger sucht⁹⁾ zunächst (c. 33 § 95, 96) die Ungültigkeit des Sullanischen Gesetzes darzutun¹⁰⁾ und beruft sich dann auf die öffentliche Meinung, die trotz dem Gesetz die davon Betroffenen in Processen und sonst überall als römische Bürger behandle:

Iam uero in ceteris rebus ut omnes, qui in eadem causa sunt (wie die *Arretina mulier*), *et lege agant et suum ius persequantur et omni iure ciuili sine cuiusquam aut magistratus aut iudicis aut periti hominis aut inperiti dubitatione utantur, quid ego commemorem? Dubium esse nemini uestrum certo scio.*

So konnte Cicero nur sprechen, wenn er die rechtliche Möglichkeit des *lege agere* von der Civitaet abhängig machte. Überdies erscheint in dem angeführten Satz das *lege agere* deutlich als ein besonders herausgehobener Fall des *iure ciuili uti*, mithin die *Legisactio* als Bestandteil des römisch-nationalen Rechts.

Wem das Alles nicht genügt zur Entkräftung der durch das Repetundengesetz erregten Zweifel, dem dürfte man schliesslich selbst die Peregrinenklage *ex lege Calpurnia et Iunia* als erwiesen einräumen, ohne dass es nötig wäre, weitere Schlussfolgerungen zuzugeben. Ein

⁷⁾ Vgl. auch Voigt J. nat. Bd. IV. 2 S. 164.

⁸⁾ Vgl. insbesondere Cic. de domo c. 30 § 79; dazu Mommsen R. Gesch. Bd. II S. 343, 344 (7. A.), St. R. III¹ S. 140.

⁹⁾ In „sophistischer“ Weise, wie Mommsen St. R. III¹ S. 43 N. 2 mit Recht bemerkt.

¹⁰⁾ Wodurch er zur Erörterung dieses Punktes geführt wurde, das zeigt am besten Cic. pro Caec. c. 7 § 18; vgl. übrigens die eingehende (doch anfechtbare) Darlegung von Keller Semestr. II p. 401 bis 408.

sacramento agere (Mehr ist auf der Tafel nicht zu lesen), d. h. ein Verfahren mit Wettsumme, ist nämlich wohl denkbar ohne begleitende Spruchformeln, die sich dem Wortlaut einer *Lex* anschmiegen¹¹⁾. Somit könnten der in der *L. Acilia* erwähnte und der von Gaius geschilderte Sacramentsprocess verschieden sein. Wären sie aber identisch, und wäre zugleich das Calpurnische und Junische Klagrecht der Fremden dargethan, — Zugeständnisse, die an der äussersten Grenze des Möglichen liegen, — so dürften wir doch nur vereinzelte Ausnahmen anerkennen, die weder den Grundsatz umstossen, dass die *Lex* blos für Bürger galt, noch den daraus abgeleiteten Folgesatz, dass die *Legisactio* zum Sonderrecht der Bürger gehörte.

Aus dem Vorstehenden ist leicht zu ersehen, wie nahe gerückt das Verständniss des *Judicium legitimum* allen Schriftstellern war, die mit Huschke den persönlichen Anwendungsbereich der *Legisactio* richtig bestimmt hatten. Bei Gai. IV. 30 fand man den geschichtlichen Zusammenhang des alten Rechtsgangs und des durch Gesetze eingeführten, insoweit also legitimen Verfahrens mit Schriftformeln aufs Deutlichste dargelegt. Das letztere sollte den von der *Legisactio* geräumten Platz einnehmen. So fehlte blos die Erkenntniss, dass das Wort *iudicium* den ganzen Process und nur den neuen Urkundenprocess vertritt, um einfach durch Zusammenstellung von Gai. IV. 30 und IV. 103, 104 zum Ziel zu gelangen. Aus IV. 30 musste man schliessen, dass der Aebutisch-Julische Rechtsgang als Nachfolger der ausschliesslich bürgerlichen *Legisactio* auch

¹¹⁾ So ist vielleicht Puchta's Äusserung im *Cursus* Bd. I § 80 N. e. (S. 193 — 8. A.) zu verstehen, die Pernice *Ztschr. f. R. G. R. A.* Bd. XX³ S. 154 N. 1 tadelt.

nur *inter ciues Romanos* stattfinden konnte¹²⁾. Damit war aber ein Hauptmerkmal des jüngeren Legalverfahrens gefunden, welches in IV. 104 ausdrücklich dem *iudicium legitimum* zugeschrieben ist. Von hier aus hätte offenbar schon der nächste Schritt dahin geführt, das Aebutisch-Julische Recht und das bei Gai. IV. 103 genannte *legitimum ius*, auf dem die *iudicia legitima* ruhen, zu vernämlichen.

Die gleiche Anschauung haben wir auf anderem Wege, hauptsächlich durch Betrachtung des Sprachgebrauchs der Juristen, oben im ersten Capitel gewonnen. Ohne Zweifel bietet das Zusammentreffen am selben Punkt gute Gewähr wie für das Gewicht der dort vorgetragenen Gründe so für die Richtigkeit des Ergebnisses. Den hier angedeuteten zweiten Beweis eingehender zu entwickeln, liegt kein Bedürfniss vor. Nur die schon früher¹³⁾ und jetzt wiederum gemachte Wahrnehmung, dass das *Judicium legitimum* die Erbschaft der alten *Legisactio* antrat, möchte ich besonders hervorheben, weil sie berufen ist, uns im Folgenden noch mehrfach Dienste zu leisten. Klar bezeugt ist, wie gesagt, das Nachfolgeverhältniss der legalen Processformen bei Gai. IV. 30. Daneben sind vornehmlich Stellen wichtig

¹²⁾ Vgl. Puchta a. a. O. Bd. I § 83 (S. 205), § 163 (S. 481), P. Krüger *Consumtion* S. 28 N. 2 und S. 14.

¹³⁾ S. Bd. I S. 37 N. 12, S. 240, Wlassak *Litiscontestation* S. 4 N. 1. Übrigens taucht der Gedanke, dass *Legisactio* und *Jud. leg. zusammenhängen*, flüchtig schon bei Schrader in d. *Heidelb. Jahrbüchern d. Litt.* von 1823 S. 959 auf; ähnlich Mayer L. C. I S. 149, Bruns *Vat. Fragmente* p. 94, Huschke *Über das Recht des Nexum* S. 187, Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 489 u. N. 23. Doch lassen Alle, ausser Mayer, gerade die Hauptstelle: Gai. IV. 30 unbeachtet; darum sagt auch Bethmann-Hollweg: „Ob die *Lex Aebutia* das Verbindungsglied mit der *Legisactio* bildete, steht dahin.“

wie: Gai. I. 184 und Ulp. XI. 24, ferner Ulp. XI. 27 und Paul. Fragm. Vat. 47, 47^a, 49. Hier zeigt sich überall Übereinstimmung des für das gesetzliche Verfahren der alten und der neueren Zeit in gewissen Stücken massgebenden Rechtes. Die erste Stelle (Gai. I. 184) berichtet von einem Streit unter den Juristen über die Frage, ob der besondere Tutor, den der Stadtpraetor ernannte, wenn sich im Spruchprocess Vormund und Mündel gegenüberstanden, zugleich mit den Legisactionen beseitigt sei:

quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.

Die letztere Ansicht, der unter Anderen Cassius, Javolen, Pomponius und wohl auch Celsus huldigten¹⁴), behielt anscheinend die Oberhand. Daher konnte sie Ulpian¹⁵) in sein Regelbuch (XI. 24) aufnehmen:

Moribus tutor datur mulieri pupilloue, qui cum tutore

¹⁴) Belege: Ulp. Dig. 26, 1, 3 § 2—4, Javolen Dig. 26, 2, 24 und Pomp. Dig. 26, 1, 5, pr. Diese Fragmente sind interpolirt, was schon Giphanius (im Institutionencommentar pag. 95 — Argentorati 1611), gestützt auf § 3 I. de auct. 1, 21 (dazu Theoph.), erkannt hatte. Der *curator* ist statt des *tutor praetorius* eingefügt; vgl. auch Wissenbach *Emblemata* p. 70—72, 74 (Halle 1736), Rudorff *Vorm.* Bd. I S. 394 N. 16, Lenel *Pal.* I p. 279 n. 3, II p. 124 n. 5, p. 1157 n. 1, 2, und über den Grund der Änderung Pernice *Labo* Bd. I S. 230. Das *litum agere* der l. 3 § 2 D. de tut. (26, 1) haben Giphanius (*Explanatio diff. leg. Cod.* p. 462, 463 — Col. Plancianae 1614) und Andere (bei Bynkershoek *Observ.* VII c. 13), zuletzt Hruza Über das *lege agere pro tutela* S. 35 durch *lege agere* ersetzt; Lenel *Pal.* II p. 1156 n. 5 richtig durch *lege aut legitimo iudicio agere* (arg. Ulp. XI. 24).

¹⁵) Vgl. auch Ulp. Dig. 27, 3, 9, 4, Paul. Dig. 26, 1, 4; dazu Giphanius und Wissenbach l. c. (N. 14), Bynkershoek *Observ.* VII c. 13, der die Interpolation leugnet, Lenel *Pal.* I p. 1275 n. 7, 8, II p. 663. n. 2.

*suo lege aut legitimo iudicio agere uult,
qui praetorius tutor dicitur, quia a praetore urbis dari
consuevit.*

Die Entstehung einer Meinungsverschiedenheit ist gewiss nur erklärlich, wenn das Aebutische und Julische Gesetz Nichts über den Fall verordneten, wo nach altem Recht der Stadtpraetor einen Processtutor¹⁶⁾ bestellt hatte. Wurde aber ein Gerichtsgebrauch, der mit den Legisactionen zusammenhing, von den Juristen durch Interpretation ins *Judicium legitimum* übertragen, und in dieses allein, nicht in den praetorischen Rechtsgang, so muss wohl die Erwägung den Ausschlag gegeben haben, dass nur das legitime Agiren *per concepta uerba* in die Stelle der *Legisactio* eingerückt war, und dass im Allgemeinen der jüngere Legalprocess, wo die neuen Gesetze nichts Anderes bestimmten, gleichem Recht unterliegen sollte wie der ältere.

Bedient haben sich die Juristen dieses Grundsatzes, der vielleicht auf eine Äusserung der *Lex Aebutia* und *Julia* gestützt wurde, an verschiedenen Punkten. Dafür zeugt *Ulp. XI. 27*:

*Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in
his rebus: si lege aut legitimo iudicio agent, . . .*

und Paul (lib. I. Man.) *Vat. 47, 47 a*:

*. . . usus fructus . . . per do lego legatum et per in
iure cessionem et deduci et dari potest. — Potest con-*

¹⁶⁾ Vom Tutor praetorius ausgehend bekämpfte ich in meinen *Krit. Studien* S. 27—31 die herrschende Auffassung des Ulpianischen *fr. 6 § 2 de tut.* (26, 1). Mehr als früher bin ich jetzt von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt; doch ebenso von der Unzulänglichkeit meiner eigenen Erklärung. Widerspruch hat Pernice erhoben in der *Festgabe* f. Beseler S. 53 N. 1.

stitui et familiae erciscundae uel communi diuidundo iudicio legitimo . . . ciuili actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.

Wenn es in den folgenden Paragraphen (48, 49; aus Paul. lib. I. Man.) heisst:

Ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest. — Ex certo tempore legari potest; sed an in iure cedi uel [an] adiudicari possit, uariatur; uideamus, ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro,

so ist ohne Zweifel beide Male an einen Teilungsspruch im *Judicium legitimum* gedacht.

§ 32. II. Der bürgerliche Richter im *Judicium legitimum*. — Die Decurien der „gesetzlich Judicirenden.“

Von den Voraussetzungen des gesetzlichen Formelverfahrens in Ansehung der daran beteiligten Personen haben wir zuletzt noch die Civitaet des Geschwornen zu erörtern. Gefordert ist sie wiederholt von Gaius (IV. 104, 105, 109) in den oben S. 86, 87 besprochenen Sätzen; Andeutungen begegnen auch in l. 5 § 2 D. de cap. m. (4, 5) und l. 12 § 2 D. de iud. (5, 1) von Paulus, l. 13 pr. D. de uacat. (50, 5) und l. 2 pr. D. de R. I. (50, 17) von Ulpian, der das *iudicandi munus* ein *officium ciuile*¹⁾ nennt. Die beiden Letztgenannten setzen aber das Bürgerrecht des Richters nicht wie Gaius in Beziehung zum *Judicium legitimum*, sondern stellen es überhaupt als Bedingung des Geschwornendienstes hin. Deutlicher noch als aus den

¹⁾ Vgl. noch Paul. Dig. 5, 1, 78, Charis., Dig. 50, 4, 18, pr. u. § 14.

Pandekten ist der Ausschluss der Nichtbürger von den hauptstädtischen Richterdecurien aus dem Anauner-Edict²⁾ des Kaisers Claudius (Z. 33) zu entnehmen und aus Plinius Nat. hist. XXXIII. 1 § 30:

Diu Augusto decurias ordinante . . . iudicum quoque non nisi quattuor decuriae fuere primo, uizque singula milia in decuriis inuenta sunt nondum prouinciis ad hoc munus admissis, seruatumque in hodiernum est ne quis e nouis ciuibus in iis iudicaret³⁾.

Zugelassen waren also blos die als Bürger Geborenen und in der Augusteischen Epoche selbst unter diesen nur Italiker⁴⁾. Für die Zeit der Republik ergibt sich das Erforderniss der Civitaet aus der bekannten Bemerkung des Polybius VI c. 17 § 7⁵⁾ über das Vorrecht der Senatoren, in den meisten und wichtigsten Sachen das Urteil zu finden; ferner aus den Leges iudicariae, die seit 632 die Schwurgerichte den Senatoren, den Rittern und Personen mit Rittercensus übertrugen, bald diesen bald

²⁾ Im C.I.L. t. V nr. 5050 p. 538 (Bruns Fontes p. 224, 225); dazu Mommsen Hermes Bd. IV S. 117, Girard Textes p. 148.

³⁾ Vgl. auch Seneca De benef. III c. 7 § 7, Plin. Nat. h. XIV. 1 § 5 (Detlefsen), Suet. II c. 32, V c. 15, Ulp. Vat. 197, 198 (Census und Kinderrecht der röm. Bürger!); Bethmann-Hollweg Civilproc. Bd. II S. 61, Mommsen St.R. III¹ S. 537, 538.

⁴⁾ Mommsen verweist noch auf die Pompeianische Inschrift im C.I.L. t. IV nr. 1943 p. 125. Beseitigt ist die Unfähigkeit der Provincial-Römer schon unter Claudius: Suet. V c. 16; s. auch Plin. Nat. h. XXIX. 1 § 18, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 353 N. 3.

⁵⁾ Dazu Dionys II c. 14, IV c. 36; vgl. ferner Appian de b. civ. I c. 22 und die anderen bei Mommsen St.R. III¹ S. 530 N. 1 gesammelten Äusserungen über die L. Sempronia von 632. Neuerlichst bezweifelt Mommsen (St.R. III² S. 897 — anders noch II¹ S. 229 der 3. A.) die „Monopolisirung des Civilprocesses durch die Senatoren“, wenigstens für die „älteste Zeit“; s. auch B. Nieae in d. Gött. g. Ans. von 1888 S. 966.

jenen, bald beiden Ständen zusammen⁶⁾. Das erste Zeugniß allein kommt für Diejenigen in Betracht, welche es ablehnen, die Judicargesetze des 7. Jahrhunderts auf die Privatgerichte mit zu beziehen⁷⁾. Diese Gelehrten müssen aber die Fortdauer des alten Senatorenprivilegs annehmen⁸⁾, und erachten also zum Geschwornendienst in gewissen Grenzen auch nur Bürger für befähigt.

Nach dieser Ermittlung ist die Frage kaum zu umgehen, ob etwa die Listenrichter und seit Augustus die Richter der vier, später fünf Decurien dieselben sind, aus deren Zahl der Praetor den notwendig bürgerlichen *unus iudex* für ein *Judicium legitimum* auswählen sollte. Wäre dem so, dann dürfte vielleicht die in einer spanischen Inschrift⁹⁾ überlieferte Bezeichnung: *adlect(us) in V decurias legitumae Romae iudicantium* aus der Bestimmung des römischen Albums erklärt werden, den Richter für das legitime *Judicium* zu liefern.

Einen Zusammenhang dieser Art hat Mommsen zuerst in einer Mitteilung¹⁰⁾ an Henzen behauptet. Etwas anders beurteilt er in der 2. Auflage des „Staatsrechts“¹¹⁾ die hauptstädtische Liste: „sie war massgebend theils für den Stadtpraetor bei dem *iudicium legitimum*, theils für die

⁶⁾ Vgl. statt Aller Mommsen St. R. III¹ S. 527—539.

⁷⁾ Vgl. aber Mommsen St. R. III¹ S. 528, Hartmann Ordo I S. 322—326, Wlassak P. G. Bd. I S. 175.

⁸⁾ S. Puchta Institut. Bd. I § 154 nach N. v. (S. 444 — 8. A.). Wider Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 12, 59 vgl. unten N. 16.

⁹⁾ Im C. I. L. t. II nr. 4223 Z. 10 pag. 568. Die in nr. 4617 (t. II p. 613) ergänzten Worte: *legitimo Romae iudicantium* sind natürlich völlig unsicher.

¹⁰⁾ Bei Orelli-Henzen Inscr. Coll. III p. 290 zur nr. 6467.

¹¹⁾ Bd. II¹ S. 221 (1877); vgl. II² S. 919 N. 4 (2. A.), Willems Droit public p. 456 (ed. VI).

sämtlichen den einzelnen Quaestionen vorstehenden Magistrate, dagegen weder für die *iudicia quae imperio continentur* und die recuperatorischen noch für den Fremdenpraetor“. Neuestens aber verwirft Mommsen¹³⁾ die erwähnte Auffassung der Inschrift von Tarraco: sie „dürfe nicht auf das *iudicium legitimum* des Civilrechts bezogen werden. Auch der Peregrinenpraetor scheint seine Geschwornen aus dem Album genommen zu haben“ (arg. Gell. XIV. 2, 1). Ob dieser Meinungswechsel durch eine inzwischen (1886) in Hartmanns „Ordo“ veröffentlichte Abhandlung veranlasst ist, bleibt zweifelhaft. Ubbelohde, der Herausgeber des „Ordo“, erkennt¹⁴⁾ in den *legitime Romae iudicantes* „die unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift bestellten, oder . . . die ordentlichen Geschwornen, im Gegensatz zu denjenigen, welche *ex consensu partium* bestellt werden, also die Geschwornen des *rerum actus*, des *album iudicum selectorum*, der Richterdecurien . . . Der Zusatz *legitime iudicantium* für einen Geschwornen der Decurien . . . ist in der That wo nicht überflüssig so doch als durchaus selbstverständlich, ohne Weiteres zu ergänzen“. Mommsen kann nach seiner obigen jüngsten Äusserung nicht als Anhänger Ubbelohdes gelten, obwohl er¹⁴⁾ jetzt mit Hartmann¹⁵⁾ aus der Liste auch die Recuperatoren hervorgehen lässt. Die Worte der Inschrift sind in der 3. Auflage und in den letzten Bänden des „Staatsrechts“ überhaupt nicht erläutert.

¹³⁾ St. R. III¹ S. 529 N. 3 (1887).

¹³⁾ S. 563, dazu S. 561—570 und Hartmann selbst l. c. S. 323, 324.

¹⁴⁾ St. R. III¹ S. 529 N. 2 u. 3.

¹⁵⁾ Ordo I S. 253—256, ebenso Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 126, 234 (1890); dagegen Keller Civilpr. § 10 z. N. 161 (S. 49) und die dort Genannten.

Will man erforschen, was der a. a. O. den Decurienrichtern beigelegt, nirgends erklärte Name: *legitime Romae iudicantes* bedeutet, so scheint es unerlässlich, vor Allem genau und richtig zu übersetzen. Hiernach kann aber Ubbelohdes Auffassung gewiss nicht befriedigen; denn sie macht aus dem „volksgesetzlich richtenden“, namentlich „urteilenden“ Judex einen kraft gesetzlicher Vorschrift ins Album eingetragenen Geschwornen. Das ist nun keineswegs einerlei. Nach Legalvorschrift konnte Jemand richten, der nicht nach der subsidiären¹⁶⁾ Ausleseordnung des Julischen Gesetzes zur Judication berufen war, insbesondere ein Bürger, der ausserhalb¹⁷⁾ der *turba selectorum* stand, den aber Kläger und Beklagter einmütig als *unus iudex* erbeten hatten. Gai. IV. 104 verlangt ja für das *Judicium legitimum* Nichts weiter als einen

¹⁶⁾ Dass nach wie vor der L. Julia auch eine im Album nicht verzeichnete Person Judex werden konnte, wenn die Parteien sie übereinstimmend vorschlugen, lehrt man mit Recht fast allgemein. Vgl. dafür insbesondere Gai. IV. 105 (unten S. 205 u. 209), Ulp. Dig. 42, 1, 57, Paul. Dig. 5, 1, 12, 2 (unten S. 206 N. 41), Zimmern Civilpr. § 9 S. 28, Puchta Instit. Bd. I § 154 N. u (S. 444), Keller Civilpr. § 9 S. 42, 43, § 10 S. 49, 50, Mommsen Ztschr. für Altertumswissenschaft I. Jg. (1843) Sp. 829 N. 46, St. R. III¹ S. 535 N. 3, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 264—267, 563, Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 552, 554; dagegen anscheinend Bethmann-Hollweg Bd. II arg. S. 63, 105, 109, 110 N. 89 (irrig Ubbelohde bei Hartmann a. a. O. I S. 265 N. 4 a. E.), Willems Droit public p. 461 (ed. VI); eigentümlich (der Arbitrer nicht aus dem Album): Savigny Syst. Bd. V S. 103, 469, 646, Hartmann Ordo I S. 268—274, Schulin Gesch. d. R. R. S. 552, Ubbelohde bei Glück l. c. S. 204, 205, 218, 552, 554. Wie der senatorische Judex zur Zeit der Rittergerichte und der ritterliche zur Zeit der Senatorengerichte zu erklären sei, das versteht sich nach dem Gesagten von selbst; vgl. aber Keller a. a. O. § 10 N. 154 (S. 47, 48), Rudorff R. R. G. Bd. II § 10 N. 3 (S. 39), Bethmann-Hollweg oben in N. 8.

¹⁷⁾ Dies verkennen Savigny Verm. Schriften Bd. II S. 492, 493, Kappeyne Abhandlungen S. 328.

Römer, weder einen in die Decurien Eingereihten noch sonst ein bestimmtes Ermittlungsverfahren vor der endlichen Einsetzung. Demnach gehörte jeder in Rom *inter ciues* irgendwie ausgewählte, vom Praetor förmlich zugelassene Bürger, den zuletzt die Parteien angenommen¹⁸⁾ und hiedurch zum Richter bestellt haben, zu den *Romae legitime iudicantes*, insofern er nach der stadtrömischen Lex Julia¹⁹⁾ *iudiciren* musste. Wie der ein-

¹⁸⁾ Die modernen Schriftsteller halten die drei im Text gesonderten Acta nicht aus einander. Der Zweck des Vorverfahrens ist die Auswahl (durch Sortition, Rejection, Vorschlag des Klägers u. dgl.). Dann folgt, unmittelbar vor der L.C., das förmliche *dare, addicere iudicem*, d. i. die praetorische Ernennung (Zulassung); endlich die Bestellung (Einsetzung) des Richters durch die Annahme (*capere, sumere, accipere*) unter den Parteien. Im Formularverfahren ist das *dare iudicem* ohne Zweifel ein Stück des *dare* (= Zulassung) *iudicium*. So wenig nun das letztere allein (s. Wlassak L. C. S. 27—33, 77) den Process zu begründen vermag, was vielmehr Sache der Litiganten ist, so wenig empfängt der Judex seine Vollmacht blos vom Praetor. Verweigern die Parteien oder der Beklagte die Litiscontestatio wegen des *Titius iudex esto* in der Formel, so ist Titius doch nicht Richter, trotz der praetorischen Ernennung. Demnach ist der Geschworne eigentlich erst „bestellt“, wenn die Parteien den vom Praetor „gegebenen“ Titius in bindender Weise angenommen haben. Hauptbelege: Cic. p. Cluent. c. 43 § 120, Jul. Dig. 5, 1, 74, 1, Gai. IV. 104, 105, 109 (oben S. 80, 81), Paul. V. 5a, 1, Ulp. Dig. 21, 1, 25, 8 (oben S. 38, 39). [Das Nämliche galt wohl auch unter der Herrschaft der L. Pinaria, Silia, Calpurnia (Gai. IV. 15, 18). Nur muss damals kraft gesetzlicher Bestimmung die Novationswirkung der L.C. suspensiv bedingt gewesen sein. Mit der Annahme des Richters nach Ablauf der 30 Tage war die Bedingung erfüllt.] Zu weit geht Mommsen im St.R. III¹ S. 528: „Die Bestellung des Geschwornen, falls sie nicht, wie das im Civilverfahren gewöhnlich war, durch Vereinbarung der Parteien überflüssig wurde“ . . ; ebenso Schulin Gesch. d. röm. Rechts S. 552. Der Judex (anders der Schiedsrichter) bedarf immer des praetorischen Decrets; s. Keller Civilpr. § 9 zur N. 141 u. Mommsen selbst im St.R. I S. 228, wo der Geschworne als „niederer Gehülfe“ erscheint, den der Praetor „einsetzt.“

¹⁹⁾ Der Geschworne, der, durch legitimen Processvertrag bestellt, ein processualisches Volksgesetz zu Grunde legt (vgl. Gell. XIV.

fache Wortsinn ergibt, passt der Name vollständig, gleichviel, ob der Geschworne aus dem Album oder anderswoher genommen ist. Ubbelohde²⁰⁾ kann das nur leugnen, weil er die gesetzlich geregelte Auswahl und die Thätigkeit des bestellten Richters verwechselt. Die tarragonische Inschrift dürfte er zu seinen Gunsten nicht anführen, weil die Berufung der in die Liste Eingetragenen zur „legitimen Judication“ das Vorkommen anderer Judices, die ebenfalls „gesetzlich richten“, keineswegs ausschliesst.

Andererseits gebührt durchaus nicht Jedem, der aus der gesetzlichen Liste und nach gesetzlicher Ordnung ausgewählt ist, die für Decurienrichter gebrauchte Bezeichnung. Durch das Augusteische Edict²¹⁾ betreffs der Wasserleitung von Venafrum Z. 65—69 ist ein Capitel der [*lex q*]uae de iudicis priuatis lata est, d. h. der stadtrömischen²²⁾ Lex Julia, bekannt geworden, welches die *reciperatorum reiectio* zwischen Kläger und Beklagten und wohl das ganze vorbereitende Verfahren, auch die Thätigkeit des Praetors (*sortitio*?) regelte. Sehr möglich, dass ausserdem noch der Personenkreis, aus dem die Recupera-

2, 1) *judicirt legitime*. Dies allein ist entscheidend; gleichgültig ist die Beschaffenheit der Formel. Daher kann zu den *legitime iudicantes* auch ein Richter gehören, dem die Parteien eine praetorische *formula in factum concepta* edirt haben. Umgekehrt *judicirt* der Geschworne im *iud. imp. continens* niemals *legitime*, auch wenn die Formel legitim ist. Beweis dafür das *iudicium legitimum* (dem offenbar der *legitime iudicans* entspricht) mit *formula in factum* und das *iud. imp. continens* mit einer Formel, *quae in ius habet intentionem*: Gai. IV. 107, 106, 109.

²⁰⁾ A. a. O. S. 563 Abs. 2 a. E.

²¹⁾ C. I. L. t. X nr. 4842 p. 480, Bruns Font. p. 224; vgl. Bd. I S. 185 N. 23.

²²⁾ Das zeigt der Zusammenhang: Z. 64—69 des Edictes (Bruns p. 223, 224). Es ist von einem Verfahren in Rom vor dem Peregrinenpraetor (Z. 65) die Rede.

toren hervorgehen sollten, im Julischen Gesetz irgendwie umgrenzt war. Dessen ungeachtet ist nach Gai. IV. 105, 106, 109 jeder mit recuperatorischer Formel geführte Process in der Begründung sowohl wie in der weiteren Entwicklung ein *iudicium imperio continens*. Mithin richtet ein Geschwornencolleg dieser Art, obwohl es nach Legalnormen gewählt ist, nicht nach *legitimum ius*, sondern nach Amtsrecht. Um das recuperatorische Verfahren legitim zu machen, dazu hätte es der volksgesetzlichen Regelung des Begründungsactes, d. h. der Litiscontestatio²³⁾, bedurft, während Augustus sich damit begnügte, einen Vorgang zu ordnen, der dem Abschluss des Processvertrags voraufgeht und das Judicium bloß vorbereitet.

Wir sehen also, dass Vorschlag und Rejection der Recuperatoren für den einzelnen Process nach gesetzlichen Bestimmungen erfolgte, ohne dass doch ihre Judication selbst eben solchen Vorschriften unterworfen war. Sind aber die Recuperatoren nicht begriffen unter den *legitime Romae iudicantes*, so haben sie auch keinen Zusammenhang mit den

²³⁾ Erhält der vom Praetor Zugelassene (*datus*) seine Richtergewalt erst später durch die Streitbefestigung (s. oben N. 18), so ist die Legitimität (die volksgesetzliche Regelung) dieses Actes (nicht der magistratischen „Ernennung“, wie Mommsen St.R. I S. 635 annimmt) massgebend für die Stellung des Geschwornen überhaupt. Insofern erscheint also jeder durch gesetzlichen Processvertrag Berufene als *legitime iudicans*. Nur als solcher hatte er auch die Macht, eine *ex lege* contrahierte Processobligation durch seinen Spruch aufzulösen. Indess wird ein Gesetzgeber, der die L. C. ordnet, kaum dabei stehen bleiben, sondern wird Bestimmungen auch über das weitere Verfahren erlassen. Bezüglich der L. Julia *iud. priuatorum* trifft das jedenfalls zu: Gell. XIV. 2, 1, Ulp. Dig. 5, 1, 40, 1 — 5, 1, 15, 1 — 2, 12, § (Bd. I S. 174 N. 4).

Decurienrichtern; denn das Verzeichniss dieser²⁴⁾ *Judices* liefert laut der Inschrift von Tarraco blos die „gesetzlich Richtenden“.

Von den Magistraten, die sich des Albums bedienten, kommt in erster Linie der Stadtpraetor, neben ihm in der Kaiserzeit auch der Fremdenpraetor in Betracht. Für den ersteren bildet die Auswahl aus den Decurien die Regel, für den letzteren dagegen die Ausnahme. Die Liste ist eben wie für alle, so auch blos für die legitimen Prozesse bestimmt, nicht für recuperatorische und andere *iudicia quae imperio continentur*. Demnach hatte der Peregrinenpraetor den Geschwornen nur in dem Fall aus dem Album der gesetzlich Richtenden zu nehmen, wenn ihm, seit der Lex Julia²⁵⁾, durch Prorogatio fori die Einleitung eines Verfahrens *inter ciues* zufiel. Durch diesen Umstand erklärt sich auch sein Zusammenwirken mit dem Praetor urbanus bei der Anfertigung eines Auszugs²⁶⁾ aus der kaiserlichen Urliste. Kunde davon gibt Gell. XIV. 2, 1:

²⁴⁾ Die Frage, ob es in Rom ein besonderes Album für *iudicia quae imperio continentur*, gab, (nicht blos ein Recuperatoren-Album, da auch im Fremdenprocess ein Einzelrichter urteilen konnte: Gai. IV. 105) ist durch das Obige nicht berührt. S. Karlowa R.R.G. Bd. I S. 457, anders E. Huschke Analecta p. 240, 241, Voigt J. naturale II S. 193 (dazu aber N. 187 über den „späteren“ Recuperationsprocess), Ubbelohde Ordo I S. 562. Nachweisbar sind Verzeichnisse, aus denen man Recuperatoren entnahm, nur in den Provinzen: arg. Gai I. 20, Ulp. I. 13^a, Plin. Ep. X. 66 (Keil 58) [Ulp. Dig. 40, 2, 16, pr. kann sich auf Rom beziehen, „*iudices*“ kann echt sein; vgl. Lenel Pal. II p. 930 n. 6, auch Anton. Carac. Cod. J. 7, 1, 1], dazu Dernburg Heidelb. kr. Ztschr. Bd. I S. 464, Degenkolb Lex Hieronica S. 31—34, Mommsen St.R. II¹ S. 231 N. 3.

²⁵⁾ Ulp. Dig. 5, 1, 2, 1 (Bd. I S. 125).

²⁶⁾ S. Mommsen St.R. III¹ S. 538 z. N. 4, S. 531, anders Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 335 N. 85.

Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia, quae appellantur priuata susciperem, . . .

Dieser Worte wegen hält Ubbelohde, dem hier Mommsen (zögernd) folgt, insgemein auch den Peregrinenpraetor für gebunden an das Album *iudicum* und erachtet demgemäss die Geschwornen der „im *rerum actus* verhandelten *iudicia imperio continentia*“ ebenfalls für *legitime iudicantes*. Beides ist sicher falsch und nur darum behauptet, weil sich eine andere Deutung der von Gellius behaupteten Thatsache nicht darzubieten schien²⁷⁾. Wer aber dem oben im I. Bande S. 202—204 Ausgeführten zustimmt²⁸⁾, kennt bereits den Grund, weshalb die Sonderliste für die legitimen *iudicia priuata* nicht vom Stadtpraetor allein aufzustellen war. Ohne Zweifel hat dasselbe Gesetz, welches den Fremdenpraetor im Fall der Prorogation zum *ius dicere inter ciues* und damit zur Einleitung von meist legitimen Processen berief, folgerecht auch die Bildung des genannten Specialalbums in die Hände beider Gerichtsherren gelegt.

In dem bisher Gesagten ist der Kreis der in Rom „gesetzlich Judicirenden“ noch keineswegs erschöpft. Vielmehr gehören dahin auch die Centumvirn und die zahlreichen Richter der *quaestiones publicae*, deren Thätigkeit nicht weniger auf processualischen Volksgesetzen beruhte, wie die Judication der im Privatprocess unter Bürgern auftretenden Einzelgeschwornen. Was zunächst die Gerichtsbarkeit der „Hundert“ betrifft, so ist deren Legitimi-

²⁷⁾ Ubbelohde Ordo I S. 564: . . . „ich vermöchte nicht zu sagen, wie sich von der entgegengesetzten Voraussetzung aus hier die Mitwirkung des Peregrinenpraetors erklären liesse.“

²⁸⁾ S. A. Schmidt Ztschr. f. R.G.E.A. Bd. XXII S. 141, 142.

taet stillschweigend wohl allgemein zugestanden²⁹⁾. Nicht blos die Zusammensetzung der Centumviralliste erfolgte nach volksrechtlichen Normen, sondern, was allein entscheidend ist, auch die Bestellung zur Judication im einzelnen Process. In welcher Weise hier die Parteien das ihnen vom Praetor zuerkannte Gericht annahmen³⁰⁾, um so die Streitbegründung zu vollenden, das ist an anderem Orte zu untersuchen. Nach Gai. IV. 31 wurde in Sachen, welche die Hundertmänner beurteilen sollten, nicht *per formulas* litigirt, sondern *sacramento lege* agirt; mithin kam solcher Streitbefestigung der Name: *iudicium*³¹⁾ *legitimum* nicht zu. Trotzdem müssen wir die Centumvirn als legitime Richter gelten lassen, weil der Parteienact³²⁾, der sie, im Anschluss an die *Legisactio*³³⁾, zur Judication im Einzelfall berief, sicherlich durch das Julische Gesetz geregelt war, ebenso wie ihre Urteilsfindung³⁴⁾.

Eine andere Frage ist es, ob das Verzeichniss der „Hundert“ auf dieselbe Art aus dem Album *iudicum* ausgezogen wurde wie die Sonderliste der legitimen *iudices privati*, und ob das erstere überhaupt in einem Abstammungsverhältniss zur grossen Urliste stand. Während Mommsen³⁵⁾ völlige Unabhängigkeit der Centumvirn von dem Haupt-

²⁹⁾ Ausdrücklich von Ubbelohde Ordo I S. 564, doch nicht in dem oben entwickelten Sinne.

³⁰⁾ Diese von den Neueren ausser Acht gelassene Frage beantwortet der jüngere Plinius in einem bekannten Briefe: V. 1.

³¹⁾ S. oben S. 13, 51—56.

³²⁾ Vgl. S. 197 N. 18.

³³⁾ Im Formelverfahren dient der Parteienact, der die *Legisactio* ersetzt (das Geben und Nehmen der Streiturkunde) auch der Richterbestellung.

³⁴⁾ Was die Lex Julia sonst über das Centumviralgericht bestimmte, das ist im I. Bd. S. 177—179, 207 angedeutet.

³⁵⁾ St. R. II¹ S. 231 u. N. 2, III¹ S. 530 N. 4.

verzeichniss annimmt, ohne die republicanische und die Nachjulische Zeit zu unterscheiden, hat sich Ubbelohde⁸⁶⁾ jüngst für das Gegentheil ausgesprochen. Uns berührt dieser Streitpunkt nicht weiter. Nur möge man aus der hier behaupteten Legitimität des Gerichtes der „Hundert“ nicht den Schluss ziehen, dass Mommsens Ansicht durchaus zu verwerfen sei. Wenn der Einzelgeschworne des privaten *Judicium legitimum* nicht notwendig ein Decurienrichter sein musste, so steht auch dem Nichts im Weg, die Centumviralliste unabhängig zu denken von dem allgemeinen Verzeichniss der „gesetzlich Richtenden“.

Eine feststehende Thatsache ist die Besetzung der Geschwornenbänke in den Quaestionen mit den ins Album *judicum* eingetragenen Bürgern⁸⁷⁾. Seit Augustus sind die Strafsachen den Richtern der drei ersten Decurien vorbehalten⁸⁸⁾. *Legitime iudicantes* heissen sie mit vollem Recht, da ihre Bestellung und ihre Spruchthätigkeit für jede einzelne Quaestio durch ein besonderes Volksgesetz geordnet ist. Wie den Criminalgeschwornen so gebührt das Praedikat der Legitimität auch den auf volkrechtlicher Grundlage ruhenden Criminalprocessen. Diese sind, nach dem Bd. I S. 34, 35 Bemerkten, nicht weniger wahre *iudicia legitima* wie die privaten, von denen Gai. IV. 103—109 handelt. Wer, wie vormalis Mommsen, die letzteren allein zur Erklärung des in der Inschrift von Tarraco gebrauchten Ausdrucks heranzieht, täuscht sich über den Charakter der Gaianischen *iudicia legitima*, indem er Ab-

⁸⁶⁾ Ordo I. S. 564—568.

⁸⁷⁾ Belege sind entbehrlich; für die Kaiserzeit vgl. Mommsen St. R. III¹ S. 528 N. 1.

⁸⁸⁾ S. Bd. I S. 175.

sonderliches hinter einem Namen sucht, der, unbefangen übersetzt, das einfache Wesen der Sache sofort enthüllt hätte.

Wie das Gesagte zeigt, deckt sich meine Ansicht über die „gesetzlichen Richter“ der kaiserlichen Urliste mit keiner der auf S. 194, 195 mitgetheilten Auffassungen. Am weitesten ist sie von Dem entfernt, was Ubbelohde und was neuestens Mommsen für richtig hält; am nächsten kommt sie der in die 2. Auflage des „Röm. Staatsrechts“ aufgenommenen Lehre. Die Abweichung von dieser betrifft zwei Punkte. Einerseits war nach meiner Meinung zuweilen auch der Fremdenpraetor an das Album *iudicum* gebunden; andererseits ist die im Fall des Judicium legitimum eintretende Gebundenheit weder beim Urban- noch beim Peregrinenpraetor schlechthin durchgeführt. Auf Antrag der Beteiligten konnten beide Gerichtsherren römischen Parteien einen Bürger als Judex zuerkennen, dessen Name nicht im Album stand; die Gesetzlichkeit des Verfahrens und des Schwurgerichts war dadurch nicht aufgehoben³⁹⁾.

Damit ist auch Antwort gegeben auf die oben S. 194 gestellte Frage: das Erforderniss der Civitaet des Geschwornen im Judicium legitimum fällt nicht zusammen mit dem nur bedingten Gebote der Auswahl des Richters aus dem Album. Allerdings sind alle in die Liste Eingetragenen notwendig Bürger und alle Listenrichter in dieser Eigenschaft⁴⁰⁾ nur für gesetzliche Prozesse bestimmt. Allein es giebt ausser ihnen noch andere „gesetzlich Richtende“ und demgemäss

³⁹⁾ Kappeyne Abhandlungen S. 328 ist vermutlich anderer Ansicht.

⁴⁰⁾ Natürlich war der Decurienrichter nicht unfähig, nebenher amtspflichtlich zu judiciren. Thatsächlich mochten es häufig die nämlichen Personen sein, welche hier und dort das Urtheil sprachen.

auch legitime Prozesse, wenigstens Privatprocesse, mit einem Judex, der zwar aus der Bürgerschaft, nicht aber aus dem Album genommen ist. Letzteres haben wir für die Kaiserzeit erschlossen aus dem Stillschweigen des Gaius IV. 104, 105, der eben bloß das Erforderniß der Civitaet kennt. Wer etwa geneigt ist, unserem Gewährsmann Ungenauigkeit vorzuwerfen, dem dürfte man die unleugbare Befugniß der Beteiligten entgegenhalten, zur Judication *inter ciues* statt des römischen einen peregrinischen Einzelrichter (Gai. IV. 105) oder ein Recuperatorencolleg zu berufen. Es ist kaum denkbar, dass in der Reihe der Möglichkeiten gerade das Gericht des bürgerlichen, nicht auf der Liste stehenden *unus iudex* gefehlt habe. Ob dieses Gericht legitim war oder praetorisch, das allein könnte zweifelhaft sein, falls keine Nachricht vorläge. Gaius aber belehrt uns dreimal: in IV. 104, 105, 109. Wie seine Beschreibung des *Judicium legitimum* (104, 109), so wäre auch die des *Judicium imperio continens* (105, 109) als irrig zu verwerfen, wenn das Aebutisch-Julische Recht einen Geschwornen aus der Liste vorausgesetzt hätte. Indess haben wir in der That nicht den geringsten Grund, dem alten Juristen gegenüber die besser Unterrichteten zu spielen. Eher möchte ich, gestützt auf Gaius, die Vermutung vertreten, dass im Julischen Gesetz die Wahl zwischen den Richtern des Albums und anderen Bürgern ausdrücklich freigegeben war.

In weiterem Umfang als hier angenommen wurde begegnet anscheinend das Erforderniß der Civitaet für den Geschwornen in den oben S. 192 erwähnten Pandektenstellen. Paulus und Ulpian fassen den Geschwornendienst überhaupt als *officium civile* auf. Dass sie bloß an die

Decurienrichter oder an die legitim Judicirenden denken, davon ist Nichts zu bemerken⁴¹⁾. Freilich können ihre Äusserungen im ursprünglichen Zusammenhang beschränkteren Sinn gehabt haben als in der abgerissenen Überlieferung, die uns vorliegt. Indessen sind wir nicht gezwungen, eine Justinianisirung der Originalstellen anzunehmen, um sie in Einklang zu bringen mit Gai. IV. 105:

Imperio continentur (iudicia) . . . quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris.

Wenn diesen Worten zufolge die Parteien, und selbst streitende Bürger, einen peregrinischen Richter erlangen konnten, so ist doch die Judication von Fremden, wenigstens in Rom, zweifellos eine seltene Ausnahme gewesen. Die römischen Magistrate hatten natürlich das Bestreben, überall, auch in den Provinzen⁴²⁾, die Spruchthätigkeit möglichst den Bürgern vorzubehalten, zumal in Processen, wo ein Römer Partei war. Demgemäss ist auch, wie die Pandekten zeigen, eine geordnete Verpflichtung zum Geschwornendienst römischerseits bloss für Bürger anerkannt. Den Bundesgenossen gegenüber wären Zwangsmassregeln ohne besonderen Staatsvertrag unzulässig gewesen, und auf die Mitwirkung der Unterthanen mochte man ebenfalls verzichten, sofern nur römische Bürger in ausreichender Zahl zur Verfügung standen. Nun war aber

⁴¹⁾ L. 12 § 2 D. de iud. (5, 1) von Paulus ist nur verständlich, wenn sie nicht auf die Decurienrichter bezogen wird; wenn es Fälle gab, wo Diejenigen, *qui iudicis dandi ius habent*, von der Liste absahen; vgl. auch Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 266.

⁴²⁾ Über Sicilien, das besonders begünstigt war (s. Mommsen St.R. III¹ S. 749 N. 1), berichtet Cic. in Verr. II c. 13 § 32; vgl. ferner Cic. ad Att. VI. 1 § 15, VI. 2 § 4 (S. 127).

das Vorrecht der Römer, in legitimen wie in amtsrechtlichen Processen zu urteilen, praktisch gewiss nur durchzusetzen, wenn eben so weit auch die Verpflichtung zur Judication reichte. Demnach muss wohl das *iudicandionus*, wie es für römische Bürger bestand, die Spruchthätigkeit in den *iudicia quae imperio continentur* mit umfasst haben. Eingehend geregelt war der Geschwornendienst nachweislich⁴³⁾ in der hauptstädtischen Lex Julia *privatorum*. Dass die einschlägigen Bestimmungen bloß die Bürger angingen, steht ausser Frage; dass sie nur die Judication in legitimen Processen betrafen, ist höchst unwahrscheinlich, da das Augusteische Gesetz auch von der Bildung der Recuperatorencollegien handelte⁴⁴⁾, die nach Gai. IV. 105 dem amtsrechtlichen Privatprocess eigentümlich waren. Eben so wenig wird man das praetorische Edict⁴⁵⁾ bei Ulpian l. 18 pr. D. de iud. (5, 1), l. 13 pr. § 3 D. de uacat. (50, 5) über die Excusation des schon ernannten⁴⁶⁾

⁴³⁾ Ulp. Fragm. Vat. 197, 198, dazu Bd. I S. 175—177, 180, 183, 184.

⁴⁴⁾ Ed. Venaf. Z. 65—69 (oben S. 198).

⁴⁵⁾ S. Rudorff R.R.G. Bd. II S. 40 zur N. 15, Lenel Edict § 64 S. 135; auch Keller Civpr. § 11 z. N. 178.

⁴⁶⁾ Nach Ulp. Dig. 5, 1, 18, pr. u. 50, 5, 13, 3 findet das im Edict in Aussicht gestellte Excusationsverfahren auf Verlangen des bereits „gegebenen“ Richters („*iudex datus*“) statt. Ulp. D. 50, 5, 13, pr. ist mit dieser Annahme wohl vereinbar (die *exousatio in perpetuum* kann nicht Mehr bedeuten als: Entbindung für das Amtsjahr des Praetors) und bildet keine genügende Stütze für die anscheinend abweichende Ansicht Rudorffs (vermutlich auch Lenels — s. die vorige Note). Den Decurienrichtern musste man gestatten, Entschuldigungsgründe, die seit der letzten kaiserlichen Listenrevision entstanden waren, vor den einzelnen Gerichtsmagistraten geltend zu machen. Fraglich ist nur, ob die Befreiung bei der Aufstellung der Sonderlisten oder bei der Berufung zur Judication im einzelnen Fall erbeten wurde. Wahrscheinlich ist für die vom Stadt- und Fremdenpraetor ausge-

Privatrichters auf die gesetzlich Judicirenden beschränken dürfen, während die ausschliessliche Beziehung auf Römer⁴⁷⁾ feststeht. Sonach haben wir unbedenklich mit Paulus und Ulpian die Civitaet als regelmässiges Erforderniss des Geschwornendienstes in allen stadtrömischen Processen anzusehen.

Unmöglich war freilich die Judication eines Peregrinen keineswegs, selbst nicht in Rom. Eintreten mochte sie, wie in Sicilien⁴⁸⁾, besonders in Processen gegen Beklagte peregrinischen Standes. Römern aber, die den fremden Judex mit dem Verzicht auf die Vorteile der Legitimitaet des Verfahrens erkaufen, wird der Praetor ein solches Gericht nur ganz ausnahmsweise bewilligt haben. Vermuthlich verlangte er nicht blos übereinstimmenden Antrag der Parteien, sondern betreffs der vorgeschlagenen Person auch den Nachweis ihrer Geneigtheit zu judiciren.

wählten Geschworenen nur das Letztere anzunehmen. Bei Personen, deren Namen nicht auf der Liste standen, ist auch etwas Anderes gar nicht denkbar. Sollte übrigens das Dasein eines eigenen Albums der Richter in amtsrechtlichen Processen bejaht werden (s. o. S. 200 N. 24), — dieses Album hätten wir, von Rechtswegen wenigstens, unabhängig zu denken von der kaiserlichen Urliste — so wäre hier am ehesten ein Excusationsverfahren vor der Ernennung im einzelnen Fall am Platz gewesen. Schliesslich sei bemerkt, dass die Worte *quo minus . . . ad iudicandum* (oder *iudicio*) *operam dare possit* (sie fehlen bei Lenel-Bruns Font. p. 194, 195 — ed. V) gut bezeugter Text des Edictes sind. Bei Ulpian kehren sie viermal wieder und — was entscheidend ist — auch bei Cic. Brut. c. 31 § 117. (Wegen der selbst erwähnten „Dreiherrn“, die über die Pflicht zu judiciren erkannten, vgl. Mommsen St.R. II¹ S. 600). Möglich ist es freilich, dass auch Gerichtsgesetze sich derselben Wendung bedienen.

⁴⁷⁾ Ulp. Dig. 50, 5, 13, pr.: . . . *ut certum sit eum otuilia negotia subire non possit* . . .

⁴⁸⁾ Vgl. oben S. 206 N. 42.

Erst durch die Übernahme des Richtergeschäftes⁴⁹⁾ unterwarf sich der Fremde freiwillig dem magistratischen Zwang, der für jedes Staatsgericht unentbehrlich war, und dem bekanntlich auch der *arbiter ex compromisso* nach Massgabe des praetorischen Edictes⁵⁰⁾ unterlag.

Wie weit sich mein Versuch, das Gewicht des oben (S. 206) aus Gaius entnommenen Satzes zu bestimmen, der Wahrheit nähert, muss dahingestellt bleiben. Die dürftige Überlieferung gestattet keine verlässlichen Behauptungen. Trotzdem ist die kurze Bemerkung des Gaius über den hauptstädtischen *iudex peregrinus* von recht erheblichem Werte. Das Wichtigste darf ich nochmals hervorheben. Es ergibt sich sofort aus der Vergleichung unserer Nachricht mit Z. 33 des Anauner-Edictes oder mit Plin. Nat. hist. XXXIII. 1 § 30 (S. 193). Ich meine die völlig gesicherte Thatsache, dass in Rom Privatprocesse vorkamen, in denen das Urteil nicht von einem Decurienrichter gesprochen wurde sondern von anderen Personen, die nicht einmal des Bürgerrechts teilhaft sein mussten. Mithin hat es ohne allen Zweifel Fälle gegeben, wo die Gebundenheit der Praetoren an das kaiserliche Richteralbum hinwegfiel. Diese Wahrnehmung war einer der festen Punkte, von denen meine Untersuchung ausging.

Das Erforderniss des bürgerlichen Judex im legitimen Verfahren bedarf in einer Richtung noch der Aufklärung. Im Bisherigen haben wir es behandelt als etwas

⁴⁹⁾ Ulp. Dig. 50, 5, 13, 3 sagt: *adgnosendo iudicium* und *(si) suscepit iudicium*.

⁵⁰⁾ In Lenels Edictum § 48 S. 103.

Wlassak, Röm. Processgesetze II.

Gegebenes, ohne nach dem Wie und Wann der Entstehung zu fragen. Hierüber giebt auch Gaius keine Auskunft; nicht minder schweigen die übrigen Quellen. Freilich scheint die Antwort auf den ersten Blick sehr nahe liegend. Wenn Römer unter einander stritten, so sollte auch der Geschworne ein Römer sein, kein Fremder. In der That eine Vorschrift, die der Rechtfertigung fast eben so wenig bedarf wie die andere, dass der Römer Ansprüche gegen Mitbürger vor dem heimischen Beamten verfolgen soll. Indess tauchen doch Schwierigkeiten auf, sobald man versucht, den Satz genauer festzustellen, der uns hier beschäftigt.

War es ein Befehl, den die Lex dem Rechtspflegemagistrat erteilte, unter Römern immer einen Spruchrichter aus der Bürgerschaft zu geben? Dreierlei hätte das Gesetz dem Beamten aufgegeben: die Zulassung eines Schwurgerichts (statt der eigenen Entscheidung), die Ernennung eines Einzelrichters, die Auswahl des Judex aus der Zahl der Bürger. Nur mit der Civitaet des Richters haben wir es an diesem Ort zu thun. Doch ist es nicht möglich, diesen einen Punkt zu erörtern, ohne vorläufig auch die beiden anderen mit zu berühren.

Was nun die aufgeworfene Frage anlangt, so ist schon auf S. 72—74 wider Mommsen und Pernice Stellung genommen. Eine unbedingte Pflicht des Magistrats, im Bürgerprocess die Urteilsfällung einem Mitbürger zu überlassen, kann weder die Lex Aebutia noch die Lex Julia festgesetzt haben. Wegen des Julischen Gesetzes ist einfach auf Gaius (IV. 105) zu verweisen, der unter der Herrschaft eben dieses Gesetzes die Judication eines Peregrinen im stadtrömischen (amtsrechtlichen) Bürgerstreit für zulässig

erklärt. Hinsichtlich der Aebutia lässt uns die Überlieferung leider im Stich. Doch ist daran wenigstens nicht zu zweifeln, dass der bürgerliche Einzelrichter schon vor Augustus zu den „Erfordernissen“ des *Judicium legitimum* gehörte, die ja insgesamt Erbstücke aus Voraebutischer⁵¹⁾ Zeit sind. Hätten im Julischen Recht die überkommenen Grenzen des gesetzlichen Processes nicht bleiben sollen wie sie waren, so wären sie im Jahr 737 keinesfalls verengt sondern im Gegenteil erweitert⁵²⁾ worden. Misslicher ist der Mangel eines Zeugnisses⁵³⁾ aus republicanischer Zeit für das — jedenfalls seltene — Vorkommen eines peregrinischen Richters in Rom. Diese Lücke weiss ich nur auszufüllen durch Ciceros Berichte über die zu seiner Zeit, also in der Aebutischen Epoche, im hauptstädtischen Bürgerprocess urteilenden *Recuperatoren*.⁵⁴⁾ Mit einem Gebot der *Lex Aebutia*, durchaus römische Einzelrichter zu ernennen, wäre die *Judication* von *Recuperatoren* ebenso unverträglich gewesen wie die eines allein richtenden Peregrinen.

⁵¹⁾ Vgl. das oben S. 188—192 über den engen Zusammenhang des legalen Spruch- und Schriftformelprocesses Gesagte.

⁵²⁾ Besonders nahe lag es (s. oben S. 198), den *Recuperatoren*-process unter Bürgern dem Legalrecht zu unterwerfen; vgl. aber unten § 37 a. E. Ganz anders Puntchart Grundgesetzliches Civilrecht S. 121, Rectoratsrede von 1879 S. 61 und in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band XXVIII S. 528: Augustus habe für die *Judicia legitima* das „neue Erforderniss des *iudex unus*“ aufgestellt. Diese Ansicht scheidert, von Anderem abgesehen, an den klaren Zeugnissen über den *unus iudex* im ältesten Legalprocess: Bd. I § 11 S. 131—136, 143, 144, 151 und Bd. II § 36.

⁵³⁾ „Mangel“, das will sagen: ich habe Nichts gefunden trotz wiederholtem Suchen; vgl. übrigens Cic. Phil. V c. 5.

⁵⁴⁾ S. oben S. 73, 74.

Hat demnach keine der neueren Gerichtsordnungen den Praetor schlechtweg verpflichtet, im Formelprocess bloß Einzelgeschworene aus dem Kreis der Gemeindegewossen zu geben, so kann doch die Ernennung des *iudex ciuis Romanus* eine der Voraussetzungen gewesen sein, von denen die Anwendbarkeit der Aebutisch-Julischen Normen abhing. In welcher Weise des römischen Richters in unseren Gesetzen Erwähnung geschah, das lässt sich natürlich nicht sicher ermitteln. Denkbar aber wäre z. B. folgender Satz:

Wenn der in Rom zur Rechtsweisung unter Bürgern berufene Praetor (*praetor qui inter ciues Romae ius dicit*⁵⁵) oder dessen Stellvertreter⁵⁶) die erbetene (postulirte) Schriftformel genehmigt und einen Geschworenen aus der Bürgerschaft gegeben hat (*iudicium iudicem . . . dederit*⁵⁷), wenn ferner das *iudicium* zwischen den Parteien angenommen und dadurch der Streit befestigt ist (*inter eum qui aget eumque cum quo agetur iudicium accipietur lisue contestabitur*⁵⁸), dann soll das in solcher Gestalt begründete Processverhältniss (*iudicium factum*⁵⁹) [im Allge-

⁵⁵) Vgl. L. agrar. v. 643 Z. 73, 74. — Den Peregrinenpraetor brauchte die L. Julia hier nicht zu nennen. Wenn er unter Bürgern Recht sprach, dann war er eben *pr. qui inter ciues i. d.* Ausser Betracht lasse ich die Curulaedilen.

⁵⁶) Vgl. Mommsen St.R. I S. 672, 673 u. S. 660, 661; dazu Wlassak P.G. Bd. I S. 94 z. N. 20.

⁵⁷) Vgl. L. agrar. v. 643 Z. 30, 34, 35, L. Julia mun. Z. 44, 45.

⁵⁸) Vgl. L. Rubr. c. XX Z. 48, dazu Wlassak Litiscontestatio S. 28, 29.

⁵⁹) Vgl. Cato de r. r. c. 149 in f., Fragm. Atest. Z. 8, 9, L. Rubr. c. XX Z. 22, 23, 32, 33.

meinen]⁶⁰⁾ einer mittels *Legisactio* contrahirten *Lis* gleichstehen⁶¹⁾.

Die hier bloß erwähnte Richterernennung war wohl in einem vorausgehenden Capitel näher geregelt. Selbst die schon durch ältere Ordnungen dem Beamten auferlegte Pflicht, einen *Judex* zu geben, konnten die Reformgesetze wieder einschärfen; nur lautete ihr Gebot gewiss nicht unbeschränkt, sondern nur bedingt. Am ehesten möchte ich in beiden Gerichtsordnungen ein Gebot vermuten, dessen Geltung an den Antrag des Klägers oder des Beklagten gebunden war. Bei dieser Annahme würde das Auftreten von *Recuperatoren* und peregrinischen Richtern im Bürgerstreit (neben dem Aebutischen *unus iudex*) keine Schwierigkeiten machen. Der Stadtpraetor wäre in der Lage gewesen, ohne Gesetzverletzung, auf besonderen Wunsch der Parteien statt des römischen Einzelrichters in Streit-

⁶⁰⁾ Dies schalte ich ein, um nicht Unrichtiges zu behaupten, wohl wissend, dass sich die *Lex* so nicht ausgedrückt hat. Zur Erläuterung sei vorläufig Folgendes bemerkt: die Aebutia hat den Schriftformelprocess legalisirt nicht bloß für die Geltendmachung legitimer Actionen (hier concurrirt *Legisactio* u. *Jud. leg.*), sondern auch praetorischer Ansprüche (s. Bd. I S. 166). In den Fällen der letzteren Art verhinderte die Beschaffenheit des Processmittels — die *formula in factum concepta*, Gai. IV. 107 — die völlige Gleichstellung des alten und des neuen Legalprocesses.

⁶¹⁾ D. h. es soll dieselben Wirkungen haben wie die *Legisactio*. Vielleicht war Dies gesagt mit den stereotypen Worten (vgl. Demelius Rechtsfiction S. 48, 49): *sirempis lex res ius causaque (omnibus omnium rerum) esto, atque uti esset esse oporteret, si . . .* [*L. Rubr. c. XX Z. 10, c. XXII Z. 40*; kürzer *L. Urson. c. 95 in f.*], denen wir noch in Gesetzen der Kaiserzeit begegnen [*L. Quinct. de aquaed. v. 745 Z. 33, 34 (Bruns Font. p. 113)*; dazu die jüngst gefundene *Lex Narbonensis Z. 21 im C.I.L. t. XII nr. 6038 p. 864, 865*]. Für wahrscheinlicher erachte ich übrigens die bloße Legalisirung (ohne Gleichsetzung mit *L. A.*): *ius ratumque esto* (*L. Rubr. c. XXI Z. 21*).

sachen *inter ciues* ein Schwurgericht zu bewilligen, welches sonst nur im Fremdenprocess zu judiciren pflegte.

Die letzte Frage ist nun die, wie es kam, dass die Bestellung eines bürgerlichen Judex zur Voraussetzung ward für den Eintritt des legitimen Formelprocesses, m. a. W. für die Anwendung des Aebutischen Rechtes? Nach meinem Dafürhalten ist es ohne Weiteres oder doch im Hinblick auf Polybius VI c. 17 § 7 (S. 193, 194) erlaubt, das Erforderniss des heimischen Geschworenen in die „Epoche der Legislationen“ zu übertragen. Damit soll der quiritischen Urzeit keineswegs jeder friedliche Verkehr mit nichtrömischen Nachbarn abgesprochen werden. Ein blos auf sich gestelltes Rom ist ein wenig glaubhaftes Phantasiegebilde. Gerade die ältesten Ansiedler auf den Höhen des Palatin und Esquilin und auf dem Quirinal werden in engerer Gemeinschaft mit den latinischen Stammesgenossen gelebt haben als die späteren Bürger der allmählich gross gewordenen Stadtgemeinde. Niemals aber haben die Mauern der einzelnen Städte und die Kriege unter ihnen den Zusammenhang der Nation dauernd und völlig zerrissen. Römer und Latiner stehen sich zwar seit der Auflösung der mit Recht oder Unrecht sog. Gauverfassung als Fremde gegenüber; allein ihr Bundesverhältniss hat einige Reste der ursprünglichen Stammesgemeinschaft bewahrt, und ist daher allezeit verschieden gewesen von den mehr willkürlichen Foederationen zwischen Rom und nicht latinischen Peregrinen⁶²⁾.

Trotzdem kann es gewiss nicht befremden, dass für Privatprocesse zwischen Quiriten von jeher bürgerliche Richter gefordert wurden, seitdem es überhaupt eine ab-

⁶²⁾ Vgl. auch Mommsen St. R. III¹ S. 607—609, 628—644.

geschlossene römische Gemeinde mit Sondergesetzen gab⁶³). Der Judex ein Genosse der streitenden Parteien: dieser Satz bedarf gar keiner besonderen Begründung; das Gegenteil wäre unverständlich. Wir wissen ja, welchen Wert die alten Völker auf den einheimischen Richter legten, der ihnen ein Kennzeichen war der Autonomie ihres Gemeinwesens⁶⁴). Zudem hatte in Rom der Geschworne das Urteil nicht blos aus seiner Überzeugung heraus zu finden, sondern die Streitsache nach feststehenden allgemeinen Normen zu entscheiden. Das Recht aber, welches er im Bürgerprocess handhaben sollte, hatte grösstenteils nur für Römer bindende Kraft. Um nun die Anwendung dieses Jus civile zu sichern, war es fast unerlässlich, die Judication einer Person zu übertragen, die demselben Rechte unterstand wie die Parteien, von der man so am ersten die Kenntniss⁶⁵) und die Beobachtung der Legalordnung erwarten durfte.

Sonach empfiehlt es sich wohl, das Erforderniss des römischen Richters für die Voraebutische Zeit aus einer zwingenden Rechtsvorschrift herzuleiten. Selbst die Möglichkeit der Entkräftung dieses Gebots durch einmütigen Antrag der Parteien ist sehr zweifelhaft. Nicht etwa deshalb, weil einstmal die Legisactio die allein herrschende Processform war. Diese verbreitete Vorstellung⁶⁶)

⁶³) In diesem Zeitpunkt ist die Rechtsgemeinschaft zwischen Rom und Latium grundsätzlich gelöst. Seitdem sind die Latiner Fremde; vgl. oben S. 104 N. 30, S. 139 N. 28, S. 179 N. 29.

⁶⁴) S. oben S. 127.

⁶⁵) Vgl. Cic. Phil. V. c. 5 § 13: . . . *num Latino soci? num est ex iudicium genere et forma? num, quod maximum est, leges nostras morosus nouit?*

⁶⁶) Vgl. z. B. Ubbelohde in dem erst vor Kurzem ausgegebenen

ist höchst unsicher; der Fremdenprocess — eine Art *Judicium imperio continens*, zunächst ohne Schriftformel — kann in Rom leicht eben so alt sein wie das Gerichtsverfahren unter Bürgern. Hier aber steht jene besondere Anwendung des amtsrechtlichen *Judiciums* in Frage, die wir nur aus Gai. IV. 105 kennen: der Bürgerstreit vor einem peregrinischen Richter. Nun dürfte es kaum Widerspruch finden, wenn ich behaupte, dass der honorarische Process einem so aussergewöhnlichen Fall zu Lieb gewiss nicht erfunden ist. Zuerst werden die Magistrate ein gesetzloses Verfahren zugelassen haben, wo das Bedürfniss am dringendsten und die legitime *Actio* schlechthin ausgeschlossen war: in Streit-sachen also zwischen Römern und Fremden. Auch der stadtrömische Bürgerprocess mit *Recuperatoren* reicht wohl nicht weit zurück in die alte Zeit⁶⁷⁾; vielleicht ist er jünger als die *Lex Aebutia*. Noch später aber werden wir die Ernennung peregrinischer Einzelrichter im Process zwischen Römern ansetzen dürfen. Mochte auch der Magistrat nicht unbedingt verpflichtet sein, Bürger oder gar Senatoren⁶⁸⁾ zur *Judication* zu berufen, so ist doch thatsächlich der Vorschlag eines Fremdengerichts schwerlich aufgetaucht, und

Teil II des Glücklichen Commentars d. Bücher 43, 44 S. 318, 319, dazu S. XI Z. 110: „Zeit des ausschliesslichen *Legisactionen*-processes;“ ebenso Eisele in der *Ztschr. f. R.G.R.A.* Bd. XVIII S. 199.

⁶⁷⁾ Wider O. E. Hartmann *Ordo* I S. 241—263 (s. P.G. Bd. I S. 21 N. 3) hat sich inzwischen auch A. Schmidt *Ztschr. f. R.G.R.A.* Bd. XXII S. 133, 134 N. 3 ausgesprochen. Die Gegengründe sind m. E. schlagend und unanfechtbar.

⁶⁸⁾ Ein Senatoren-Monopol bezeugt Polyb. VI c. 17 nicht; s. oben S. 193, dazu Mommsens Äusserung oben S. 193 in N. 5 und das S. 196 N. 16 Gesagte. Der Rückschluss auf den Rechtszustand vor den *Judiciargesetzen* scheint mir wohl gerechtfertigt.

wäre der Antrag gestellt worden, so hätte der Beamte die Parteien mit Fug beschieden, ohne seine Mitwirkung ein Schiedsgericht einzusetzen.

Belege darf man freilich für das Gesagte nicht verlangen. Es sind Vermutungen, die eine Lücke ausfüllen und dazu dienen sollen, die gut beglaubigte Begrenzung des *Judicium legitimum* zu erklären. Entsprechen sie diesem Zweck in genügender Weise, so gewinnen sie eben dadurch einigen Halt. Und wirklich ist der bürgerliche *Judex* als Voraussetzung für die Geltung der *Lex Aebutia* durchaus verständlich, wenn zur Zeit der Erlassung dieser Gerichtsordnung das Urteil zwischen streitenden Römern immer oder so gut wie immer von Mitbürgern gefällt wurde. Ist doch nach unseren Nachrichten (*Gai. IV. 11, 30, Gell. XVI. 10, 8*) das Reformbedürfniss lediglich bei dem alten Processmittel hervorgetreten. Dieses, die *Legisactio*, sollte durch ein anderes ersetzt werden. Im Übrigen war eine Umgestaltung nicht beabsichtigt. Daher fügte die *Lex Aebutia* die Schriftformel eben in dasjenige Verfahren ein, welches damals in Rom *inter ciues* allein vorkam, d. h. in den Process mit Bürgergericht. Zudem hatte man zweifellos nicht den geringsten Anlass, das Erforderniss des *quiritischen* *Judex* aufzugeben und gerade in dieser Richtung die Herrschaft des Volksrechtes über den Privatprocess zu erweitern. Nur darin mochte sich eine Änderung vollziehen, dass der Magistrat nach der neuen Gerichtsordnung keinesfalls schlechthin verpflichtet war, bürgerliche Richter zu ernennen. In den Reformgesetzen muss das einschlägige Gebot notwendig bedingt⁶⁹⁾ gelautet haben. Daneben aber

⁶⁹⁾ S. oben S. 213, 214.

hat der Imperativ des alten Rechts eine noch gründlichere Umbildung in der oben (S. 210) näher bezeichneten Weise erfahren: aus dem alten Befehl ist eine Voraussetzung des neuen Legalverfahrens geworden. Demnach unterlag der Bürgerprocess den Vorschriften der Aebutia und Julia nur dann, wenn die Parteien mit Genehmigung des Praetors einen Römer zum Geschworenen bestellten. Nur der bürgerliche Richter erhielt seine Vollmacht durch legitime Streitbefestigung; nur er war Judex *legitimus* und demgemäss allein im Stande, ein nach Volksrecht gültiges Urteil zu sprechen.

§ 33. III. Die Beschränkung der Gaiianischen *Judicia legitima* auf Rom. — Der gesetzliche Privatprocess in den römischen Landstädten.

Von den Julischen Judicargesetzen ist das eine in der Überschrift des 3. Capitels als „stadtrömische“ Gerichtsordnung des Augustus bezeichnet. Das betonte Wort will sagen: der Kaiser habe ein Gesetz gegeben, welches lediglich die in Rom unter Bürgern begründeten Privatprocesse betraf. Das wichtigste Zeugniß für diese Thatsache bietet Gai. IV. 104:

Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium . . . accipiuntur; eaque <e> lege Iulia iudicia<ria>, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant.

Die in Klammern gesetzten Buchstaben sind von den meisten Herausgebern dem handschriftlichen Text eingefügt. Nur Kappeyne¹⁾ will das überlieferte *iudicia* bei-

¹⁾ Abhandlungen z. röm. Staats- und Privatrecht S. 328.

behalten und verbindet es mit *e lege Julia* statt mit *expirant*. Natürlich muss er folgerecht auch dem Sprichwort: *e lege Julia litem anno et sex mensibus mori* den Sinn unterlegen: „nicht jeder Process verjährt innerhalb 18 Monaten, sondern (nur) jede *lis e lege Julia*“. Beides ist nach meinem Ermessen unstatthaft. Solchen Styl dürfen wir dem Juristen nicht zumuten. Wer selbst prüfen will, wie Gaius den Ausdruck *ex lege* in den Institutionen verwendet, der mag jene 34 Stellen ansehen, die in meinem „Edict“ S. 52, 53 gesammelt sind. Nirgends ist es zweifelhaft, dass die fraglichen Worte zum *Verbum* gehören. Erscheint also Kappeynes Deutung unhaltbar, so ist auch die Notwendigkeit einer Textänderung dargethan. Entweder müssen wir in dem Satz, der mit *eaque* beginnt, *iudicia* tilgen, oder mit Studemund-Krütger und Anderen *iudiciaria* lesen. Letzteres empfiehlt sich besser, weil es der geringere Eingriff ist; im Übrigen kommt wenig darauf an, wie die Entscheidung ausfällt, während die Annahme von Kappeynes Vorschlag manche Schwierigkeit zur Folge hätte.

Nach dem richtig verstandenen Texte vermeidet es Gaius l. c., dem Augusteischen Gesetz die Grundlegung der *Judicia legitima* zuzuschreiben. Wäre er anderen Sinns gewesen, so musste die Julische Gerichtsordnung schon in der Definition des § 103 (IV) genannt werden statt des unbestimmten *ius legitimum*. Wie ungeschickt wäre es auch, der *Lex Julia* nur gelegentlich, bei der Verjährung, zu gedenken, wenn dieses Gesetz den Begriff des *Judicium legitimum* geschaffen oder ihn doch neu gestaltet hätte. Sind aber die Grenzen des „gesetzlichen Verfahrens“ (der *legis actio*) schon durch ältere Gerichtsordnungen festge-

stellt, und ist insbesondere das *iudicium*, d. h. das Verfahren mit Streiturkunden, schon durch die Aebutia legalisirt, dann erweist sich Gaius' Darstellung, die durch Cic. p. Flacco c. 21 § 50²⁾ bestätigt ist, als völlig genau und das *ius legitimum* im § 103 als allein zutreffender Ausdruck.

Hiernach ist in dem oben (S. 218) abgedruckten Text Folgendes gesagt: „Judicia legitima sind diejenigen, welche unter Bürgern in der Stadt Rom oder in der Bannmeile begründet werden. Eben diese Judicia sollen nach einer Bestimmung der Lex Julia in 18 Monaten verjähren.“ Die örtliche Beschränkung auf Rom ist also in der Augusteischen Gerichtsordnung zwar festgehalten, keineswegs aber durch sie erst eingeführt.

Dagegen spricht denn auch von vornherein die Wahrscheinlichkeit. Nach dem Abschluss des Socialkriegs, seitdem Italien in Rom aufgegangen war, musste sich das Bedürfniss geltend machen, den Privatprocess vor allen italischen Gerichten einheitlich zu regeln. Den Plan, — wenn er je bestand — die italische Rechtspflege ganz und gar in der Hauptstadt zu vereinigen, konnten einsichtige Männer unmöglich vertreten. Hatte man doch bereits im 5. Jahrhundert, als die kleine Bürgerschaft noch auf engerem Gebiete sass, die Aussendung von Praefecten (*iure dicundo*) nach verschiedenen Punkten der Halbinsel für nötig erachtet und damit das Monopol der Hauptstadt verworfen³⁾. Das

²⁾ Der Temnite Heraclides contrahirt in Rom einen Process mit dem röm. Senator C. Plotius, den ein Römer (Q. Naso) entscheiden soll. Da Letzterer geneigt ist, den Plotius frei zu sprechen, *Heraclides* (der peregrinische Kläger) *ab eo iudice abiit et, quod iudicium lege non erat, causam totam reliquit*. Ein unzweideutiges Zeugniß für das Aebutische Jud. legitimum!

³⁾ Vgl. Mommsen R. Gesch. Bd. I S. 421, 422, 434, 543 (6. A.),

Äusserste, was erreichbar schien, war die Verweisung der wichtigeren Sachen nach Rom, der geringeren vor die Behörden der Municipien. Durchgeführt ist anscheinend diese Massregel für ganz Italien unter Augustus' Regierung. In der *altera Iulia* bei Gai. IV. 30 dürfte das Gesetz gefunden sein, welches die *Legisactio* in den römischen Landstädten durch die Schriftformel ersetzte, welches den Einklang herstellte zwischen dem municipalen und dem stadtrömischen Process und die Jurisdiction der Ortsobrigkeiten abgrenzte gegenüber der volleren Gerichtsbarkeit der Reichsmagistrate⁴⁾. Trifft aber diese Vermutung zu, dann sind für die Julische Zeit *iudicia legitima*, die blos *in urbe Roma* vorkommen, keine Erscheinung mehr, die sich befriedigend aus den beschränkten Zielen der römischen Gesetzgebung ableiten liesse. Gab es doch nach unserer Hypothese, spätestens seit 737, auch jenseits des ersten Meilensteins Formularprocesse, die auf einer römischen Lex beruhten, denen also der Name: *iudicia legitima* nicht versagt sein konnte⁵⁾. So müssen wir denn fragen, weshalb der Kaiser dem Volke zwei Gesetze vorlegte, das eine für Rom das andere für die Municipien; weshalb Gaius und wohl alle Juristen unter dem „gesetzlichen Process“ ohne Weiteres den stadtrömischen verstehen, und wie das Verschweigen der Municipalprocesse in den Gaianischen Institutionen zu rechtfertigen sei?

St. R. I S. 191, 223, II¹ S. 228, 608—610, III¹ S. 581, 582, 813, 815, 818, Beloch Der ital. Bund S. 132—134.

⁴⁾ S. Bd. I S. 190—201 und meine Misc. II in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XXII S. 383—385, auch Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 368 (1890).

⁵⁾ S. Bd. I S. 34, 35, 37, 272.

Die Antwort ist oben bereits angedeutet. Die eine, nur für Rom bestimmte Gerichtsordnung ist keineswegs das erste Volksgesetz dieser Art. Augustus hat das von Gaius allein erwähnte *Judicium legitimum* offenbar vorgefunden als eine festgewurzelte Einrichtung und darum nicht gezögert, die *Lex Aebutia* zu ersetzen durch eine eigene *Lex* von ganz gleichem Zuschnitt: durch die stadtrömische *Julia*. Indess wurde daneben durch ein zweites Gesetz das municipale Legalverfahren mit Schriftformeln ins Leben gerufen. Dass bis dahin in den Landstädten Italiens nirgends ein Process auf Grund römischer Gesetze bestand, wäre sicher zu Viel behauptet⁶⁾. Neu aber mochte der Gedanke des Kaisers sein, alle Municipalgerichte der Halbinsel ein und derselben *Lex* zu unterwerfen. Das allgemeinitalische *Judicium legitimum* in geringeren Sachen scheint in der That eine Schöpfung des ersten Princeps zu sein, während der hauptstädtische, sachlich unbegrenzte Legalprocess zurückweist auf die *Aebutia* und betreffs der Voraussetzungen, unter denen er eintritt, noch weiter auf die Gerichtsordnungen der Voraebutischen Zeit. Augenscheinlich verliert ja der Satz, dass die Römer Processgesetze hatten, die sich auf ein einziges Gericht bezogen, dessen Sitz in Rom war, mehr und mehr das Befremdliche, je weiter wir zurückgreifen in die Vergangenheit. Je geringer die Zahl der Bürger, je kleiner das von ihnen bewohnte Gebiet, desto begreiflicher die Verweisung Aller vor ein Gericht. Und ebenso natürlich erscheint für die alte Zeit die Feststellung des Processorts hinter den Mauern der führenden

⁶⁾ Zu diesem Schlusse führen schon die römischen Gerichtssetze für das cisalpinische Gallien aus dem Anfang des 8. Jahrhunderts: das Atest. Fragm. und die *L. Rubria*; s. unten S. 227—233.

Stadt, dort, wo man feindlichen Überfall am wenigsten zu fürchten hatte.

Wenn Augustus zunächst um deswillen auf die Vereinigung der für den haupt- und landstädtischen Process bestimmten Ordnungen im selben Gesetz verzichtete, weil der erstere bisher stets besonders geregelt war, so fehlte es auch sonst nicht an triftigen Gründen, welche für die Trennung ins Gewicht fielen. Eine hierauf bezügliche Ausführung findet sich im I. Bande S. 193, 194; sie ist hier nur in Erinnerung zu bringen. Nach dem Plane des Kaisers mussten die Gerichte und zum Teil auch der Process in den Municipien anders beschaffen sein als in Rom. Daher hätte die Zusammenfassung des ganzen Rechtsstoffes in einem Gesetz keinen Gewinn gebracht; sie wäre im Gegenteil unpassend und verwirrend gewesen, weil es sich um Vorschriften bald für Staatsbeamte bald für Localbehörden handelte.

Der Begriff des *Judicium legitimum*, den die Schriftsteller der Augusteischen Zeit von ihren Vorgängern überkamen, war dem Gesagten nach gewiss der aus Gaius und Ulpian (XI. 24) bekannte. Als nun zu dem alten ein neues „gesetzliches Verfahren“ hinzutrat, zu dem stadtrömischen das municipale, wäre es verkehrt gewesen, die beiden Begriffe zu verschmelzen. Nach der Lage der Dinge mussten die Juristen zwischen dem volksrechtlichen Process in Rom und dem ebenfalls volksrechtlichen Verfahren in den Landstädten unterscheiden, mithin dem Ausdruck *iudicium legitimum*, der ja geeignet war, jeden gesetzlichen Rechtsgang in Privat- wie in Strafsachen ⁷⁾ anzuzeigen, bald diese bald jene Bedeutung beilegen.

⁷⁾ S. Bd. I S. 35.

Ganz analog ist nach dem Bericht Ulpian's XI. 3 die Art, wie man vom *legitimus tutor* Gebrauch machte. *Per eminentiam* hiess so der Zwölftafel-Vormund, daneben aber überhaupt jeder Tutor, *qui ex lege aliqua descendit*. Welches *Judicium* nun den Klassikern *per eminentiam* für legitim galt, das kann nicht zweifelhaft sein, wenn man erwägt, was sie in ihren Schriften hauptsächlich behandeln. Vorerst nur römisches, nicht latinisches und anderes Peregrinenrecht; sodann vorwiegend Privatrecht und was damit enger zusammenhängt, nicht Strafrecht und Strafprocess; endlich fast überall nur gemeines Recht, dessen Anwendbarkeit sich auf alle römischen Gerichte erstreckte, und in Ermangelung eines solchen das Recht der *urbs Roma*⁸⁾, nicht aber die besonderen Ordnungen der Municipien und Colonien.

Begreiflich wurden diese Grenzen in kurzen Lehrbüchern⁹⁾, die für Anfänger bestimmt waren, mehr als anderswo eingehalten. Was Gaius anlangt, so liebt er es, hie und da fremdes Recht zur Vergleichung heranzuziehen; dagegen schliesst er in den Institutionen das römische Partikularrecht völlig aus. Die Jurisdictionenverhältnisse stellt er so dar, wie sie in Rom waren und nirgend sonst im Reich¹⁰⁾; oder besser: er stellt sie dar, wie sie massgebend

⁸⁾ Vgl. Julian Dig. 1, 3, 32, pr., auch Proc. Dig. 1, 18, 12.

⁹⁾ Die Edictscommentare mussten auf das Verhältniss der Reichsbeamten zu den Localbehörden eingehen. Paulus hat eine Schrift verfasst: *ad municipalem* (Ind. Flor. nr. 43, Vat. 237, 243) und berücksichtigt die Municipalmagistrate auch in seinen Sentenzen.

¹⁰⁾ Diesen Standpunkt wählte verständiger Weise nur ein Jurist, der in Rom lehrte und schrieb, unmöglich ein „Rechtslehrer in Troas, der seine Schriften zunächst für den dortigen Localunterricht bestimmte“ (Mommsen in Bekkers Jahrb. d. gem. Rechts Bd. III S. 12). Ist es denn glaublich, dass Gaius seinen Troern kein Wort von den heimischen Duumvirn sagte? Alles, was Mommsen gegen die Lehr-

waren für die äusserst geringe Zahl von Römern, bei denen Staats- und Ortsbürgerrecht zusammenfiel, weil sie ausser der „gemeinsamen“ keine andere Heimat hatten¹¹⁾. Darum nennt Gaius nur Reichsmagistrate, in erster Linie überall den Praetor, d. h. den Praetor *urbanus*¹²⁾, neben ihm zuweilen den Praeses *provinciae*¹³⁾ oder als vornehmsten Statthalter den Proconsul¹⁴⁾, niemals¹⁵⁾ aber die Localbehörden der Municipien¹⁶⁾. Dem entsprechend ist auch in IV. 104 als *Judicium legitimum* blos das stadtrömische ins Auge gefasst. Wenn dann sofort (IV. 105) als *iudicia imperio continentia* diejenigen bezeichnet sind, *quae*-

thätigkeit des Gaius in der Hauptstadt anführt, ist, wie ich anderswo zu zeigen hoffe, unstichhaltig. Huschkes und Dernburgs Widerspruch hat leider wenig gefruchtet. Immer wieder gelingt es, neue „Provincialismen des Asiaten“ aufzuspüren. So hat jüngst (1890) H. Erman *Ztschr. f. R.G.R.A.* Bd. XXIV S. 259 N. 2 den *iudex* und die *provincia (Italia)* in III. 125, 121^a, 122 beanstandet. M. E. verwendet der Jurist beide Ausdrücke in der ursprünglichen Bedeutung, wie die alte Vorlage, deren Benutzung auch sonst nachweisbar ist. Wegen des *iudex* vgl. oben S. 53 N. 3—5, wegen der *provincia Italia* die Annalisten bei Livius, Sallust (*Jug. c.* 27 § 3), Paul. Dig. 40, 2, 15, 5 u. A., auch oben S. 156, 157.

¹¹⁾ Vgl. Mommsen *St. R.* III¹ S. 780, 781, 786—790.

¹²⁾ So steht im c. 22 der L. Rubr. *praetor* wiederholt (II Z. 42, 45, 48, 50) ohne Zusatz = Bürgerpraetor; vgl. auch Ulp. XI. 18 (*praetor*) mit Gai. I. 185 (*praet. ur b.*) und zu Gai. IV. 11 weiter unten § 37.

¹³⁾ Vgl. die Belege bei Dernburg *Die Institutionen des Gaius* S. 86, 87 N. 2—4, S. 88.

¹⁴⁾ Ebenso der Jurist (Gaius selbst?; vgl. aber Karlowa *R. R. G.* Bd. I S. 764, 765) bei Dosith. 2 u. 8.

¹⁵⁾ Gai. I. 96 kommt natürlich nicht in Betracht.

¹⁶⁾ Weder ihre Streitgerichtsbarkeit ist im 4. Buche erwähnt (vgl. dagegen Paul. V. 5^a, 1), auch nicht das *uadimonium Romam faciendum*, noch im 1. und 2. Buche die gewissen Stadtobergkeiten zustehende *Legisactio* (vgl. Gai. I. 20, 134, II. 24 mit Paul. II. 25, 4,

*cumque*¹⁷⁾ *extra primum urbis Romae miliarium . . . accipiuntur*, so kann der Verfasser nach der Anlage seines Buches doch nur an Prozesse denken, die vor Reichsbeamten jenseits des ersten Meilensteins begründet werden. Zur Bestätigung dient IV. 109, wo dem *Judicium* in Rom das *in prouinciis* stattfindende gegenübersteht, offenbar als Hauptfall des ausserstädtischen Verfahrens nach Amtsrecht. Übrigens ist meine Auslegung des § 105 schon deswegen unabweislich, weil Gaius dem Magistrat, der das gesetzlose Verfahren anordnet (*is qui ea praecepit*), ausdrücklich „*Imperium*“ zuschreibt, eine Amtsgewalt also, die in der Antoninischen Epoche nach einstimmiger Lehre¹⁸⁾ den Localbehörden Italiens durchaus fehlte.

Diese feststehende Thatsache ist zugleich der beste Beweis für die hier behauptete *Legimitaet*¹⁹⁾ des Rechtsgangs in den Landstädten, da es neben der *Lex* und

auch Gai. II. 258 mit Paul. IV. 4, 2), noch endlich die Vormünderbestellung (vgl. Gai. I. 183, 185 mit Ulp. D. 26, 5, 3 und wegen Ulp. D. 27, 8, 1, 1 gegen Mommsen Stadtrechte S. 438 N. 137 Karlowa R. R. G. Bd. I S. 595, 596). Wie Gaius beschränkt sich auch Ulpian im Regelbuch, so weit wir sehen können, auf die Darstellung des gemeinen Rechts: s. I. 7, VIII. 2, 5, XI. 18, 20, 24, XIX. 10, XXV. 16. Nach dem hiez Bemerkten ist Bd. I S. 201 Abs. 2 zu ändern: dass Gai. IV. 30 der *altera Iulia* gedenkt (er widmet ihr ein Wort: *duas!*) wird man begreiflich finden; doch ist es eine Abweichung von der Regel.

¹⁷⁾ Die Wahl dieses Wortes ist veranlasst durch das folgende *tam inter ciues Romanos quam inter peregrinos*.

¹⁸⁾ Vgl. z. B. Puchta Instit. Bd. I § 92 S. 230, 232 (8. A.), Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 65, 68, Mommsen St. R. III¹ S. 812 N. 2, S. 816 mit I S. 187 N. 2, S. 224 N. 1, Karlowa R. R. G. Bd. I S. 592—595.

¹⁹⁾ Vielleicht ist auch Mommsen geneigt beizutreten, da er im St. R. III¹ S. 813 „die communale Jurisdiction als legalisirt durch die römischen Comitien“ ansieht. Nur die „Jurisdiction“, nicht auch die Processhandlungen der Parteien?

dem Imperium ein Drittes²⁰⁾ nicht giebt, worauf römische Prozesse beruhen konnten. Will aber Jemand bei Gaius doch den Satz finden, dass die Rechtsverfolgung in ganz Italien, ausser in Rom, der gesetzlichen Grundlage entbehrte, so mag er zusehen, ob ihm Alles behagt, was aus dieser Annahme folgt. *Judicia imperio continentia* überall ausserhalb der Bannmeile von Rom, das bedeutet für die zur Competenz der Ortsgerichte gehörigen Sachen die Unmöglichkeit endgültiger Erledigung²¹⁾. Nur in der Hauptstadt hätte der Kläger seine Forderung zur Consumtion gebracht, nur in Rom hätten die Parteien ein unumstössliches, volksrechtlich anerkanntes Urteil erlangt, nur in Rom wäre für den Sieger der civile Judicatsanspruch entstanden²²⁾. Vor der Hadrianischen Edictsredaction hätte Italien überhaupt keinen fest geordneten Process und so auch kein gesichertes Privatrecht gehabt; Beides wäre dem freien, nur durch Herkommen gebundenen Ermessen der Reichs- und Ortsobrigkeiten anheimgefallen. Dies Alles ist um so weniger glaublich, als römischerseits der Provinz Gallia Cisalpina sofort²³⁾ nach der Verleihung des Bürger-

²⁰⁾ Auf die an sich unfruchtbare, von den Neueren gründlich missverstandene Unterscheidung von *iurisdictionis* und *imperium* kann ich an diesem Orte nicht eingehen. Meine Zustimmung zu Lenels „Edictsystem“ (in Grünhuts Ztschr. Bd. XII S. 265, 266) muss ich jetzt zurückziehen.

²¹⁾ Wenn der Verpflichtete nicht „zufällig in Rom verweilte“. So Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. II S. 333 (1858) und Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 123. Mommsen St.R. III¹ S. 817 will diese Ausnahme nicht leugnen, wenn er (arg. Fragm. Atest. Z. 17) sagt: „Wo das Municipalgericht competent ist, concurrirt es nicht mit dem des Reiches.“

²²⁾ Vgl. Gai. III. 180, 181, IV. 106.

²³⁾ Der Lex Roscia von 705 (s. Bd. I S. 199) folgte, wie Mommsen Hermes Bd. XVI. S. 37 meint, das Jurisdictionsgesetz „wahrscheinlich

rechts (705 d. St.) eine legalisirte Processordnung zu Teil ward. Zwei Abschnitte daraus sind auf der Atestiner Tafel erhalten. Die Inschrift selbst bezeichnet sich wiederholt als *lex*, und obendrein sagt sie es deutlich in der 8. u. 9. Zeile, dass die Prozesse im Geltungsbereich des Gesetzes *iudicia legitima* seien. Im vorhergehenden Satzstück ist unter gewissen Voraussetzungen den Municipalbehörden Gerichtsbarkeit auch für infamirende Sachen eingeräumt. In diesen besonderen Fällen soll der Geschworne gegeben und von den Parteien der Process begründet werden (*iudicium ita feiat*) ebenso,

utei de ieis rebus, [de?] quibus ex h(ac) l(ege) iudicia data erunt, iudicium fieri exerceri oportebit.

Damit ist Bezug genommen auf (verlorene) Gesetzbestimmungen, welche die Richterernennung, die Streitbefestigung (*iudicium fieri*) und die Durchführung des Processes (*iudicium exerceri*) in den Sachen regelten, die im ordentlichen Kompetenzkreis der gallischen Ortsgerichte lagen. Demnach war das Formelverfahren in Oberitalien vom Anfang bis zum Ende volksrechtlich geordnet, es war also *Judicium legitimum*.

Auch aus der *Lex Rubria*, die vermutlich etwas jünger²⁴⁾

noch in demselben Jahre“ nach. [Auf einem Versehen beruht wohl die Vernämlichung der beiden Gesetze im St.R. III¹ S. 813 N. 1 — anders S. 817 N. 3]. Die Raschheit, mit der damals unter Caesars Regiment die Befriedigung der (gallischen) Neubürger erfolgte, mochte freilich etwas Ausserordentliches sein. Vgl. übrigens auch Esmein *Mélanges* p. 279 n. 3, der aber eine von der Mommsenschen völlig abweichende Auffassung des Roscischen und des Atestiner Gesetzes vertritt.

²⁴⁾ S. Bd. I S. 94 N. 20, S. 198, 199 u. N. 48. Was Karlowa gegen Mommsens Ansicht einwendet ist m. E., wenn nicht entscheidend, doch sehr erheblich.

ist (712 d. St.), lässt sich dasselbe Ergebniss leicht ableiten. So deutet das 22. Capitel (II Z. 27, 28) auf Streitsachen hin, die ohne Rücksicht auf den Wert der municipalen Gerichtsbarkeit unterliegen:

sei ea res erit, de qua re omnei pecunia ibei ius deicei iudiciaue darei ex h(ac) l(ege) oportebit.

Nach diesen Worten ist der magistratische Act des *iudicium dare*, ohne den kein Process zu Stande kommt, legitim.

Wichtiger noch ist im 21. Capitel (II Z. 12—14) die Bestimmung über das gerichtliche Zugeständniss von Geldschulden. Der Confessus *in iure* und der Indefensus²⁵⁾ soll gleichstehen einem

eius pecuniae ici, qui eam suo nomine petierit quouie eam d(arei) o(portebit), ex iudicieiis dateis iudicareue recte iusseis iure lege damnatus.

Diese Stelle ergänzt vortrefflich das im Atestiner Fragment Gesagte. Dort ist die Gesetzlichkeit der Streitbefestigung, hier die Gesetzlichkeit des Urteils bezeugt. Der Geständige soll behandelt werden wie ein „nach Volksrecht, u. z. nach Legalrecht Verurtheilter“²⁶⁾. Dass eine Damna-

²⁵⁾ Vgl. Wlassak *Litiscontestatio* S. 40 N. 2.

²⁶⁾ *Iure lege*: eine herkömmliche Wortverbindung, wie das Arrogationsformular bei Gell. V. 19, 9 (dazu Proc. D. 1, 7, 44) zeigt: *Uelitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius sid, quam si . . .*; vgl. noch L. Urson. c. 124. Offenbar ist nicht an den Gegensatz von Volks- und Amtsrecht gedacht; das letztere könnte auch nicht voranstehen (anders z. B. bei Ulp. Dig. 1, 14, 3: *lege uel quo alio iure* [Diese Worte sind nachweisbar echt]; Wlassak L. C. S. 52 N. 3). Wie es scheint ist die Zusammenstellung *iure lege* erst nach den Zwölftafeln üblich geworden; vgl. Tab. III. 1 (Gell. XX. 1, 45): *iure iudicatis*, Huschke *Ztschr. f. R.G.* Bd. VII S. 168. Die L. Rubr. selbst drückt sich an einer anderen Stelle (c. 20 I Z. 19, 20) so aus:

tion im *Judicium legitimum* in Frage stehe, hat schon Savigny²⁷⁾ erkannt. Nur glaubte er in der *Lex Rubria* eine Hinweisung auf das stadtrömische Verfahren zu finden, offenbar von dem irrigen Gedanken geleitet, dass die Legitimität etwas der Hauptstadt Eigentümliches sei. Wer aber den Text unbefangen prüft kann Savigny unmöglich zustimmen. Ihm gegenüber hat bereits Demelius²⁸⁾ die richtige Auslegung festgestellt und eine Bemerkung beigefügt, die hier einzuschalten ist.

„Judices, welche von dem mit *Jurisdictio* ausgestatteten Municipalmagistrat innerhalb des Kreises seiner Competenz nach der Vorschrift der *Lex Rubria* niedergesetzt sind, urteilen *iure legeque* ebenso gut wie solche, die der römische Magistrat bestellt hat.“

Man sieht, Demelius macht sich hinsichtlich des Richterspruchs frei von dem Vorurteil, dass dem Gerichtsverfahren bloß in Rom eine *Lex* zu Grunde lag. Vermisst wird nur eine ausdrückliche Bekämpfung der modernen Theorie, die ausserhalb der Hauptstadt kein *Judicium legitimum* kennt; und eine Äusserung über die Gesetzlichkeit der Streitbefestigung im Cisalpinischen Gallien. Freilich ist auf der Tafel von *Veleia* weder eine Norm überliefert, durch die der Processvertrag besonders geregelt wäre, noch durch Verweisung angedeutet wie im Fragment von *Este*. Nur gelegentliche Erwähnungen des *iudicium factum* und *acceptum* kommen im 20. Capitel²⁹⁾ vor. Dessen ungeachtet

quod ita iudicium datum iudicare iussum iudicatumque erit, ius ratumque esto. Der Sinn ist hier derselbe wie im c. 21 II Z. 14.

²⁷⁾ Vermischte Schriften Bd. II S. 432—434, Bd. III S. 387 N. 1.

²⁸⁾ Die *Confessio* S. 144—146.

²⁹⁾ In Z. 22, 23, 32, 33, 42, 43, 48 (I); dazu oben S. 39 und *Wlassak* L. C. S. 32, 33 u. N. 3.

können wir mit einiger Bestimmtheit behaupten, dass die *Lex Rubria* einen Satz enthielt, der die *Litiscontestatio* durch Formelübergabe für volkrechtlich gültig erklärte, etwa mit den Worten: *ius ratumque esto*.

Sieht man in der Gerichtsordnung der Atestiner Tafel eine Vorläuferin der Rubrischen, — und die erstere ist ja auf keinen Fall später ergangen als die letztere³⁰⁾ — so wird eine dem älteren Gesetz entsprechende Vorschrift in dem jüngeren gewiss nicht gefehlt haben. Zudem huldigten die Römer der Anschauung, dass die Sentenz ihre Kraft vornehmlich aus der Streitbefestigung schöpfe, und dass die beiden Processacte sich zu einander verhalten wie *Contract* und *Solution*. Hiernach mussten sie eine Ungeheimtheit darin finden, aus legitimer *Contestatio* ein Urteil von nur amtsrechtlicher Geltung hervorgehen zu lassen, und das Umgekehrte hätten sie zum Mindesten als Unebenheit empfunden. So ist denn auch erweislich im Aebutischen wie im Julischen Verfahren Beides legitim: der Act der Begründung wie der der Auflösung des Processes und überhaupt die ganze *Judication*³¹⁾. Ohne Zweifel hatte der Rechtsgang im Cisalpinischen Gallien, seitdem er auf römischen Gesetzen beruhte, im Wesentlichen keinen anderen Zuschnitt als in der Hauptstadt. Am wenigsten aber dürften wir dem Verfahren *ex lege Rubria* einen bloß amtsrechtlichen Gründungsvertrag zuschreiben, wenn der Streitbefestigung schon nach dem Gesetz der Atestiner Tafel volkrechtliche Wirkung zuerkannt war.

³⁰⁾ S. oben S. 227, 228 N. 23, 24.

³¹⁾ Belege: Gai. III. 180, 181, IV. 103, 104, 107, Bd. I § 9 S. 98—101 (dazu aber meine L. C. S. 56 N. 1) und oben § 32 S. 199 N. 23.

Folgerungen aus dem hier Dargelegten auf die Beschaffenheit der Prozesse in allen italischen Municipien unter Augustus und dessen Nachfolgern sind nach meinem Ermessen schlechthin unabweisbar. Selbst wenn wir Nichts wüssten von der Unfähigkeit der Ortsobrigkeiten, *Judicia imperio continentia* anzuordnen, so wäre doch die Legitimität des Municipalprocesses für ganz Italien mittelbar schon erwiesen durch die erörterten Nachrichten über den Rechtszustand des Polandes. Was diesem gewährt wurde, als es noch Provinz war, konnte den Italikern, die vierzig Jahre früher das Bürgerrecht erlangt hatten, unmöglich versagt bleiben.

Selbst die Annahme unterliegt schweren Bedenken, dass zwischen 665 und 737 sämtliche Prozesse in den Städten der Neubürger ohne gesetzliche Grundlage waren. Und dieselbe Frage erhebt sich für einen weit grösseren Zeitraum betreffs der alten Bürgermunicipien und Colonien, wo seit dem 5. Jahrhundert von Rom her gesandte Praefecti die Jurisdiction beschafften. Ob es sich lohnen würde, in dieses dunkle Gebiet einzudringen, das kann hier nicht erprobt werden. Von vornherein spricht Manches dafür, schon in die Sullanische Epoche die erste umfassendere Regelung des Municipalwesens zu setzen³²⁾. Doch fehlen uns unmittelbar verwertbare Belege. Etwas mehr Licht käme in die Sache, wenn wir Schlüsse ziehen dürften aus einer Studie von Esmein³³⁾ über die Atestiner Tafel. Alibrandi folgend weist der genannte Gelehrte das Frag-

³²⁾ Vgl. Mommsen Röm. Geschichte Bd. II S. 361—364 (7. A.), St. R. III¹ S. 781.

³³⁾ *Mélanges d'histoire du droit* p. 269—292, besonders p. 277 bis 282.

ment von Este einer allgemein-italischen Jurisdictionsordnung zu, die 687, elf Jahre nach Sullas Tod, erlassen wäre. In Deutschland aber hat diese Auffassung keinen Anklang gefunden, und, ich fürchte sehr, mit Recht, da es bisher nicht gelungen ist, die Gegen Gründe Mommsens³⁴⁾ zu entkräften. Letzterer bezieht die Inschrift auf das Cisalpinische Gallien und daran werden wir zunächst festhalten müssen.

Wenn ich nun selbst eine Vermutung äussern soll über den italischen Municipalprocess in den letzten Decennien des Freistaats, so darf ich mich wohl auf Folgendes beschränken. Um vieles wahrscheinlicher als die Herrschaft ungebundener Beamtenmacht in allen Fällen ist die Beibehaltung der vorrömischen Gerichtsordnungen, deren Geltung bis auf Weiteres ein römischer Volksschluss bestätigen mochte. Wahrscheinlich ist es ferner, dass einzelne Städte — manche von Alters her — besondere von Rom gegebene Processordnungen hatten, die theils von den Comitien selbst beschlossen, theils im Wege mittelbarer Legislation³⁵⁾ verliehen waren. Ein allgemeines Judicargesetz für sämtliche Bürgerstädte dürfte vor Augustus nicht ergangen sein. Wenigstens finden wir in der Lex Julia der Heracleer Tafel in den Z. 110—120, wo eine Erwähnung sehr nahe lag, keine Spur davon, wohl aber Andeutungen einer volleren Gerichtsbarkeit der Ortsbehörden³⁶⁾, wie sie unter dem Principat nicht mehr bestand.

Um so sicherer ist die Erlassung eines für Italien oder

³⁴⁾ Im Hermes Bd. XVI S. 27 N. 2, S. 28 N. 1.

³⁵⁾ Vgl. oben S. 105 N. 2.

³⁶⁾ Zur Z. 115—117 vgl. Dirksen *Observationes ad tab. Heracl. part. alt. p. 116—120*, im Übrigen Bd. I S. 195, 196.

für alle Bürgerstädte des Reiches bestimmten Jurisdictionsgesetzes unter der Regierung des ersten Kaisers. Zwingende Beweisgründe hiefür haben sich zunächst aus Gai. IV. 105, sodann aus den Inschriften von Ateste und Veleia ergeben. Dazu kommt noch l. 11 pr. § 2 D. de iurisd. (2, 1), wo Gaius⁸⁷⁾ in einer Erörterung, die offenbar ausgeht von der Begrenzung der municipalen Gerichtsbarkeit durch eine Streitwertsumme neben Sabinus und Anderen auch Ofilius anruft, einen Zeitgenossen von Caesar und Augustus⁸⁸⁾. Gewiss erklärt sich die Beschäftigung der ältesten Klassiker mit Fragen, die aus der Teilung der Rechtsprechung in eine höhere und niedere hervorgingen, viel besser, wenn der Anlass hiezu durch gemeinitalisches Recht geboten war, nicht bloß durch das Sonderrecht des Polandes. Wenn ferner die l. 11 D. cit. den Ofilius nennt, so kann die Neuordnung der municipalen Gerichtsbarkeit nur das Werk eines der beiden Julier sein, und aus anderen Gründen nur das Werk des Sohnes.

Nach allem dem, möchte ich glauben, sei das Dasein eines umfassenden Jurisdictionsgesetzes schon für den Anfang der Kaiserzeit so gut wie erwiesen. Bleibt noch etwas hypothetisch, so ist das bloß die Vernämlichung eben dieses Gesetzes mit der bei Gai. IV. 30 erwähnten zweiten *Julia*,

⁸⁷⁾ Im 1. Buch *ad edictum prouinciale*. Mithin hatten, wie es scheint, auch in den Provinzen die Magistrate der Bürgerstädte nur die Niedergerichtsbarkeit. Es ist wohl denkbar, dass schon das Augusteische Gesetz von 737 Vorschriften aufstellte für alle *municipia coloniae . . . ciuium Romanorum (quae) sunt erunt* (so L. Jul. mun. Z. 108) im Reiche, nicht bloß *in Italia* (so L. Jul. mun. Z. 142); s. Bd. I S. 200 N. 52.

⁸⁸⁾ Eingehender ist Gai. Dig. 2, 1, 11 besprochen in der Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 383—385.

die gleich der ersten den Streit mit Legisactionen beseitigt und diese durch Schriftformeln ersetzt haben soll.

§ 34. Die stadtrömische Gerichtsordnung kein Territorialgesetz. — Die Localisirung der Rechtspflege.

Ist nach unserer Quelle das „Judicium legitimum“ gefesselt an die Stadt Rom und deren Umkreis, so hat sich doch gezeigt, dass diesem Satz keineswegs jene Tragweite zukommt, die man ihm beizulegen pflegt. Weder die Möglichkeit noch das wirkliche Dasein von legitimen Processen jenseits des ersten Meilensteins will Gaius leugnen. Ohne Weiteres klar ist es, weshalb er kein Wort sagt von dem gesetzlichen Verfahren, das noch unter Pius in mancher Peregrinengemeinde vorkommen mochte, wie einst gegen das Ende der Republik in den Städten Siciliens¹⁾. Indess verschweigt er selbst den römisch-rechtlichen Process in den Municipien; den letzteren darum, weil seine Institutionen grundsätzlich nur die Reichsmagistrate berücksichtigen. Vermutlich hat dabei auch das litterarische Herkommen und die als Muster dienende alte Vorlage mit eingewirkt; denn Das, was Gaius vorträgt, ist nicht bloß sehr altes Recht, sondern es ist auch Jahrhunderte lang das ganze Recht gewesen. Hat es doch ohne Zweifel eine Zeit gegeben, wo für sämtliche Bürger nur ein einziges²⁾ Gericht — das stadtrömische — bestand, vor dem die Parteien das Streitverhältniss nach gesetzlicher Ordnung begründen konnten. Wann die Änderung eintrat, ob insbesondere vor den Praefecten sofort und überall volkrechtliche Prozesse möglich

¹⁾ S. oben S. 139, 140.

²⁾ Vgl. auch Mommsen St.R. III¹ S. 813.

waren³⁾, das lassen wir füglich auf sich beruhen. Wenigstens scheint mir die von Cato de re rust. c. 149 (Keil: de agri cult. p. 94) mitgeteilte Vertragsclausel:

*si quid de iis rebus controuersiae erit, Romae iudicium fiat*⁴⁾

ziemlich ungeeignet, eine Entscheidung herbeizuführen. Allerdings gewinnt die Abrede, die Cato empfiehlt, ganz hervorragende Wichtigkeit, wenn zu seiner Zeit die Streitbefestigung vor den ausserstädtischen Mandataren des Praetors noch keiner gesetzlichen Ordnung unterlag; allein sie behält doch recht guten Sinn auch im entgegengesetzten Fall.

Die Frage nach dem Dasein eines Legalverfahrens ausserhalb Rom ist im vorigen Paragraphen nur für die Epoche des Principats mit Bestimmtheit beantwortet. Trifft die Antwort das Richtige, dann waren seit 737 alle⁵⁾ vor

³⁾ Festus p. 233 sagt von den Praefecten: *legibus mittebantur* und von denjenigen, die der Praetor bestellte: *miserat legibus*. Was aber in jenen *leges* neben der „Aussendung“ noch geregelt war, das wissen wir nicht; vgl. übrigens Mommsen St.R. III¹ S. 582 z. N. 2 und Capua betreffend über Liv. IX c. 20 oben S. 105, 106 N. 2.

⁴⁾ Vgl. dazu Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 3 z. N. 8, Bekker in der Ztschr. f. R.G. Bd. III S. 444, 445, Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. I S. 40 N. 4, Kuntze Cursus S. 145 (2. A.), Mommsen R.Gesch. Bd. I S. 805 Note (6. A.), St.R. II¹ S. 595 N. 2 (2. A.), III¹ S. 813 N. 2. Letzterer bemerkt mit Recht, dass bei Cato l. c. nur „an die zwiefache römische Gerichtsbehörde des Praefectus und des Praetor“ gedacht sei, nicht an den Ausschluss der etwa begründeten bundesgenössischen Rechtspflege. — Vielleicht gehört die Catostelle und Prob. Einsidl. nr. 21 zusammen.

⁵⁾ Die Fremdengerichtbarkeit war in Italien ebenso dem Peregrinenpraetor in Rom vorbehalten wie den Statthaltern in den Provinzen (s. oben S. 135—137). Nur gewisse Städte im cisalp. Gebiete hatten Jurisdiction über die Angehörigen der attribuirten Dorfschaften. In- dess ist das schwerlich eine eigentliche Ausnahme; s. Mommsen St.R. III¹ S. 766, 767, 771.

den italischen Municipalbehörden contrahirten Prozesse legitim, und für alle war von nun an die nämliche Gerichtsordnung grundlegend: Augustus' zweite Lex Julia *iudiciaria*. Nach diesem Gesetz hatten die Städte Italiens ausnahmslos eigene Magistrate für die Gerichtsbarkeit in geringeren Sachen. Daher musste die Abschaffung der von Rom geschickten *praefecti quattuor Capuam Cumas* unmittelbar nachfolgen. Und in der That stimmen damit unsere Nachrichten völlig überein. Einerseits haben wir Inschriften⁶⁾, die jene Viermänner noch unter Augustus als vorhanden bezeugen, andererseits behandelt Dio LIV c. 26 unter dem Jahr 741 den Vigintisexvirat⁷⁾ als eine nicht mehr bestehende Einrichtung. Seiner Erzählung nach war schon damals sowohl das Amt der *duoviri uis extra urbem purgandis* wie das der vier Gerichtsherren für Campanien (*οἱ τέσσαρες οἱ ἐς τὴν Καμπανίαν πεμπόμενοι*) erloschen, und auf diese Weise ein Vigintivirat aus dem früheren Vigintisexvirat hervorgegangen. Hiernach dürfen wir unbedenklich das Jahr nach der Erlassung der *altera Julia* als erstes bezeichnen, für welches keine *Praefecti iure dicundo Capuam Cumas* gewählt wurden⁸⁾.

⁶⁾ Mommsen hat sie im 1. Bande des C.I.L. zur nr. 637 (pag. 186 der ed. I.) zusammengestellt; vgl. auch St.R. II¹ S. 593 N. 2. Er führt an einen „titulus exaratus litteris magnis saeculi Augusti“, in dem sich die Worte finden: *Praef. Cap. Cum.*; dann vier Inschriften, die „omnes uel certe plerique non ascendunt ad liberae rei publicae aetatem,“ und die alle eines *XXV Iuir* [in der vierten ist *uir* ergänzt] gedenken.

⁷⁾ Vgl. Mommsen St.R. II¹ S. 592, 593, 603 N. 3, S. 609 N. 5.

⁸⁾ Nach Mommsen St.R. II¹ S. 609, 610 sind die *Praefecti Capuam* abgeschafft „vor dem J. 741, vermutlich zugleich mit den *duoviri uis purgandis* im J. 734.“ Die Quellen gewähren für diese Vermutung keinen Anhalt.

Hat es seit 737 in den drei ersten Jahrhunderten der Kaiserregierung und so auch unter Pius gesetzliche Prozesse innerhalb wie ausserhalb der Bannmeile gegeben, so kann die Gaianische Beschreibung des *iudicium legitimum* nur daraus erklärt werden, dass der bürgerliche Rechtsgang *in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium* von einem besonderen Gesetz beherrscht war, welches keinen anderen Processvertrag regelte als den in Rom, unter Bürgern, *sub uno iudice* abgeschlossenen⁹⁾. Von diesen dreifachen Voraussetzungen hing in der Zeit des Freistaats die Wirksamkeit der Lex Aebutia ab, später die der Lex Julia. Die beschränkte Geltung beider Gesetze in persönlicher Beziehung ist oben bereits erörtert; jetzt ist es unsere Aufgabe, die Begrenzung in örtlicher Beziehung genauer ins Auge zu fassen.

Tritt Jemand an diesen Gegenstand mit modernen Anschauungen heran, so wird er sich wohl versucht fühlen, in dem Satze: *legitima iudicia . . . in urbe Roma* die Bewidmung des Stadtgebiets bis zum ersten Meilenstein mit dem Aebutisch-Julischen Recht bezeugt zu finden. Wie unsere neuen Gesetzbücher, die fertigen und die erst entworfenen, Ordnungen sind „für die Preussischen Staaten“ (1794), „für das Kaisertum Oesterreich“ (1811), „für das Königreich Sachsen“ (1863), „für das Deutsche Reich“ (1888), oder in Kraft traten „im ganzen Umfang des Reichs“ (z. B. die Civilprocess- und Concursordnung von

⁹⁾ Darauf allein kommt es an. Nicht Alles, was die hauptstädtische Gerichtsordnung enthielt, bezog sich auf das *Jud. legitimum*; s. oben S. 198, 207. Übrigens ist es nicht wahrscheinlich, dass in der Aebutia und in der ersten Julia irgend Etwas für andere als für stadtrömische Gerichte verordnet war.

1877); wie die *leggi Neutaliens*¹⁰⁾ *promulgate dal re diuengono obbligatorie in tutto il regno*, so könnte man geneigt sein, auch den römischen Volksgesetzen eine Beziehung zu geben auf irgend ein Stück Landes. Selbst an Äusserungen der römischen Quellen fehlt es nicht, welche die eben berührte Erklärungsweise zu begünstigen scheinen. Ich erinnere nur an Julians (Dig. 1, 3, 32, pr.) *ius, quo urbs Roma utitur*, Papinians (Dig. 22, 1, 1, pr.) *mos regionis*, Callistratus' (Dig. 50, 6, 5 [Mo. 6], 1) *lex loci*, Ulpians (Dig. 1, 3, 34) *consuetudo ciuitatis uel prouinciae*, an Gai. III. 121^a, 122 (oben S. 156, 157), endlich an die Nachricht bei Diocletian (Cod. J. 7, 71, 4, pr.¹¹⁾ über die Erstreckung der *Lex Julia de bonis cedendis* auf die Provinzen und andere ähnlichen Inhalts¹²⁾. Sind das nun wirklich Belege für die Annahme einer Territorialherrschaft des römischen Volksrechts?

Kein Kenner der antiken Überlieferung wird es wagen, mit einem Ja zu antworten, obwohl neuestens die Übung immer mehr um sich greift, vom „latinischen“ und „römischen Landrecht“ zu sprechen, von den „Localrechten“ im römischen Reich, dann vom „Land- und Weltrecht“, — was eine Übersetzung von *ius ciuile* und *ius gentium* sein soll — endlich vom römischen „Stadtrecht“ — was mindestens zweideutig ist — im Gegensatz zum „Weltrecht“. Manche, die so schreiben, und darunter sind sehr

¹⁰⁾ Nach dem ersten der einleitenden Art. zum Cod. civile del regno d'Italia. Der vorbildliche A. 1 des Code Napoléon sagt nur: *Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français.*

¹¹⁾ *Legis Iulias . . . beneficium constitutionibus diuorum nostrorum parentium ad prouincias porrectum esse . . .*

¹²⁾ Vgl. Wlassak Krit. Studien S. 142, 143, 148.

hervorragende Schriftsteller, dürften nichts Unrichtiges im Sinne haben; jedenfalls aber erzeugt ihre Darstellung ein falsches Bild von der Rechtsauffassung der Alten bei solchen Lesern, die sich ohne eigenes Quellenstudium unterrichten wollen.

Welche Vorstellung die Römer und überhaupt die Völker graecoitalischer Cultur vom Wesen des Rechtes hatten, das ist mit Beschränkung auf die Leges schon an früherer Stelle (§ 27) gezeigt. Nicht für das römische Land ist die Lex gegeben, so dass Recht und Pflicht aus ihr erwüchse für Alle, die dem Territorium mehr oder minder zugehören (als Ansässige, als Bewohner oder nur als Anwesende); vielmehr schafft das Legalrecht ganz unmittelbar eine Ordnung für gewisse Personen, u. z. für Diejenigen, die sich im Besitz der Civitaet befinden. Von der germanischen Auffassung ist die der Latiner nur insofern verschieden, als die Letzteren beim Eintritt in die Geschichte bereits städtische Gemeinwesen hatten, und demzufolge das System der persönlichen Stammesrechte verdrängt ist durch das neuere des persönlichen Gemeinde-rechts¹³⁾. Am deutlichsten tritt uns diese Anschauung entgegen in den vielfach bezeugten¹⁴⁾ Worten: *populus lege tenetur* oder *populus iure utitur* (Gai. I. 1, II. 40) und in den Namen, die das national-römische Recht führt. Bekanntlich heisst es zuerst *ius Quiritium*, später *ius civile*, ins Deutsche übersetzt: Recht der Bürger. Mehr Belege findet man bei M. Voigt (Jus naturale Bd. II S. 71

¹³⁾ S. oben S. 129 N. 6.

¹⁴⁾ S. oben S. 95 N. 7, 119.

N. 57), der mit C. G. Wächter¹⁵⁾ die richtige Ansicht teilt¹⁶⁾, ohne sie freilich folgerecht festzuhalten¹⁷⁾.

Meine Aufgabe kann es nicht sein, die Geltung des Personalprincips im römischen Altertum hier genauer darzulegen. Auch auf die Besprechung der scheinbar entgegengesetzten Nachrichten muss verzichtet werden¹⁸⁾, ebenso auf die Feststellung der wirklich vorhandenen Abweichungen. Für unsere Zwecke genügt es, die personale Herrschaft der *Leges* hervorzuheben, einen Grundsatz, den man als solchen wohl nicht bestreiten wird. Damit aber schwindet schon die Möglichkeit, die Grenze des ersten Meilensteins für die *Judicia legitima* zu vergleichen beispielsweise mit den deutschen Reichsgrenzen, die das Gebiet anzeigen, wo deutsches Processrecht gilt. Während die modernen Gesetze alle inländischen Processhandlungen beherrschen¹⁹⁾ ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Klägers und des Beklagten, war in Rom umgekehrt der Stand der Parteien in erster Linie massgebend, so dass verschiedene Rechte auf demselben Boden zur Anwendung kamen, je nachdem Römer oder Fremde im Gerichtsverfahren auftraten.

¹⁵⁾ Im Archiv f. civilistische Praxis Bd. XXIV S. 242, 243.

¹⁶⁾ Vgl. auch Voigt Die Zwölftafeln Bd. I S. 241, 242, v. Bar Internat. Privatrecht Bd. I S. 21 (2. A.), Ubbelohde in d. Preuss. Jahrb. Bd. XXXII S. 563—568, K. J. Seitz Röm. possessio S. 116, 119, 120.

¹⁷⁾ Seine Abhandl. „Über die Collision der Rechte“ im J. nat. Bd. IV. 2 S. 285—332 führt m. E. überall in die Irre.

¹⁸⁾ Vgl. übrigens oben S. 154—157. Dort ist *Macrob. Sat. III. 17, 6* u. *Gai. III. 121^a, 122* erläutert.

¹⁹⁾ So Wach Handbuch Bd. I S. 220, 221. Weitere Litteratur bei A. Menger System Bd. I S. 130 N. 5, dazu Wetzell System S. 516 (3. A.), O. Bülow Civ. Arch. Bd. 64 S. 51, Planck Lehrbuch Bd. I S. 18, 19, v. Bar a. a. O. Bd. II S. 357.

Hiernach ist nur Eines noch zu erwägen, ob nicht die Geltung der Aebutisch-Julischen Ordnungen sowohl durch das Personal- wie durch das Territorialprincip bestimmt war? Vielleicht ist es eine Besonderheit der processrechtlichen Leges gegenüber den privatrechtlichen, dass die ersteren localisirt wurden, nicht auch die letzteren. Nach meinem Ermessen ist diese Anschauung ebenfalls abzuweisen und überhaupt jeder Erklärungsversuch, der an den modernen Territorialgedanken anknüpft. Ob die bisherige Litteratur diesen falschen Weg eingeschlagen hat, ist nicht leicht zu ermitteln. Am klarsten äussert sich Puntschart²⁰⁾. Für ihn ist der von Gaius bezeichnete Raum ein örtliches „Geltungsgebiet“, für Keller²¹⁾ und Zimmern²²⁾ („wohl das engste und älteste Stadtgebiet“. Buchka²³⁾ glaubt, das fragliche Erforderniss, „deute hin auf die älteste Zeit, in welcher man noch nicht einen über die Stadt Rom hinausgehenden römischen Staat kannte“. Die meisten Schriftsteller schweigen; Mommsen²⁴⁾ spricht vom „Amtsgebiet *domi*“.

Wer wie Puntschart die *urbs* und ihre nächste Umgebung als Geltungsgebiet des Civilrechts auffasst, setzt offenbar den von Buchka aufgestellten Satz voraus. Er nimmt ein ältestes römisches Gemeinde- oder Staatsterritorium an, welches nicht weiter reichte als bis zum ersten Meilenstein. Allein diese vermeintliche Urmark ist durchaus fabelhaft. Nirgends ist sie bezeugt, und — was

²⁰⁾ Civilrecht der Römer S. 92—94. Ähnlich schon Huschke Inc. auctor p. 71 und jüngst G. May *Éléments de droit Romain* II p. 499 (1890).

²¹⁾ Über Litiscontestation S. 113.

²²⁾ Geschichte d. R. Privatrechts Bd. III S. 90.

²³⁾ Die Lehre vom Einfluss des Processes I S. 9.

²⁴⁾ Staatsrecht I S. 186.

noch mehr ins Gewicht fällt — die Römer selbst hatten eine andere Vorstellung vom Urgebiet. Sie nannten es *ager Romanus* und, wie Mommsen²⁵⁾ nachweist, gebrauchten sie diesen Ausdruck in ihrer Kunstsprache in keiner anderen Bedeutung, obgleich er geeignet war, das jeweilige römische Land anzuzeigen. Nun ist es freilich nicht möglich, das nach römischer Tradition ursprüngliche Territorium genauer zu beschreiben²⁶⁾. Doch ist so Viel wenigstens sicher, dass der *ager Romanus* sich keineswegs deckt mit dem Raum bis zum ersten Meilenstein. Das lehrt Strabon²⁷⁾, der im 5. Buch (c. 3 § 2 — C. 230) einen, heute unbestimmbaren, Grenzort des Urgebiets erwähnt Namens Festi (*Φῆστοι*) und dessen Lage mit folgenden Worten bezeichnet:

μεταξὺ . . . τοῦ πέμπτου καὶ τοῦ ἕκτου λίθου τῶν τὰ μίλια διασημαινόντων τῆς Ῥώμης.

Hiernach haben wir an einem Punkte die älteste Staatsgrenze weit ausserhalb des Weichbilds von Rom zu suchen, zwischen dem 5. und 6. Meilenstein. Damit ist auch gezeigt, was vielleicht Niemand verkennt²⁸⁾, dass der *Ager Romanus* weit grösser war als der Stadtbezirk, der sich nur 1000 Schritte über die Servianische Mauer hinaus erstreckte.

Wem die Unsicherheit der Nachrichten über das Ur-

²⁵⁾ St. R. II¹ S. 152 N. 2, III¹ S. 824, 825.

²⁶⁾ Vgl. übrigens Beloch *Der ital. Bund* S. 43, 44, dazu Mommsen *St. R.* III¹ S. 824 N. 1. In d. *R. Gesch.* Bd. I S. 45 (6. A.) spricht Mommsen, gegen die Überlieferung, auch Ostia dem Urgebiet zu.

²⁷⁾ Über die Ambarvalien, die Strabon nennt, vgl. Marquardt *Staatsverw.* Bd. III S. 200 (2. A.)

²⁸⁾ Es darf nicht beirren, dass Mommsen denselben Ausdruck („Stadtgebiet“) für beide Gebiete verwendet: *St. R.* I S. 67 u. 664; vgl. aber III¹ S. 825 N. 2.

gebiet Bedenken einfösst, der ist noch auf andere Schwierigkeiten hinzuweisen, die der Annahme eines „territorialen“ Legalrechts für den Bürgerprocess entgegenstehen. Gesetz der Stadtbezirk wäre wirklich das älteste Territorium, wie will man es rechtfertigen, dass die processualische Lex an diesem Boden haften blieb? Wenn ein Name wie der des *ager Romanus* von dem Altland nicht mehr getrennt wurde, so ist das etwas wesentlich Anderes. Das Gesetz hätte — nach moderner Auffassung — schon unter den Königen nebst der Hauptstadt ein ansehnliches Gebiet, z. B. auch die albanische Mark und den Hafenort Ostia beherrschen müssen. Weiter ist ein beträchtlicher Teil des späteren Landgewinns sicher noch in Voraebutischer Zeit gemacht. Trotzdem hat die Geltung des Processrechts auch durch die neue Gerichtsordnung keine Ausdehnung erfahren. Verständlich²⁹⁾ wäre ja ein Stillstand von dem Augenblick an, wo zuerst ein legitimes Bürgergericht ausserhalb der Bannmeile errichtet wurde. Vorher aber müsste zugleich mit dem Territorium auch die örtliche Herrschaft des Gesetzes gewachsen sein.

Die vorstehende Erörterung wird Jedem sinnlos vorkommen, der den Römern den Gedanken einer „territorialen“ Geltung ihres Privat- und Processrechts abspricht. Dieses Urteil trifft ganz und gar mit meinem eigenen zusammen. Um so besser, wenn in den letzten Zeilen nur ein Kampf mit Windmühlen geliefert ist³⁰⁾.

²⁹⁾ Wenn die Rechtshändel gewisser Bürger ausschliesslich vor das Localgericht gehörten (??).

³⁰⁾ Freilich spricht selbst Mommsen St. R. III¹ S. 706 „vom Civilprocessrecht des Gerichtsorts“. Höchst auffallend ist die Äusserung von Leist Graecoit. R. G. S. 640 N. 6 und die Darstellung von Krüger Quellen § 16.

Wie die örtliche Begrenzung des *Judicium legitimum* richtig zu erklären sei, das wurde gelegentlich schon oben S. 212 angedeutet. Im Aebutischen wie im Julischen Gesetz war sicher von dem Beamten die Rede, der „in Rom“ unter Bürgern das Recht weist. Insonderheit wird die wichtigste Bestimmung beider Gerichtsordnungen ungefähr dahin gelautet haben, dass der mit Genehmigung des Bürgerpraetors in Rom durch Übergabe einer Schriftformel . . . contrahirte Process rechtsgültig (*ius ratumque esto*), oder, dass er ebenso gültig sei wie der mit Spruchformeln begründete. Darnach handelt es sich nicht um eine Localisirung des Processrechts, sondern vielmehr der Rechtsprechung. Diese soll ordnungsgemäss innerhalb eines bestimmten Raumes stattfinden. Zwar ist sie nicht an eine einzige Dingstätte gebunden⁸¹⁾, wohl aber an die Stadt und deren Umkreis. Von dem Versuch, diese Norm aus dem Satz herzuleiten, dass Jurisdictionshandlungen römischer Magistrate insgemein nur auf römischem Boden möglich sind⁸²⁾, müssen wir absehen aus denselben Gründen, welche die Annahme eines territorialen Processrechtes ausschliessen. Der Stadtbezirk ist eben nicht das älteste römische Gebiet, und mit der Erweiterung des letzteren hätte sich jedesmal der Raum vergrössert, wo der Magistrat sein Tribunal aufschlagen durfte, während die Grenze thatsächlich nie hinausging über den ersten Meilenstein.

Indess könnte man dem Gesagten vielleicht das Gerichts-

⁸¹⁾ Wie das deutsche „Echteding“. Stimmt man Sohm Altdeutsche Reichsverfassung Bd. I § 15 (dazu § 6) zu, so ergibt sich eine merkwürdige Ähnlichkeit des röm. und des fränkischen Processrechts.

⁸²⁾ Vgl. Mommsen St.R. III¹ S. 689.

und Processgesetz der Veleiatischen Tafel entgegenhalten. Was die Inschrift giebt, das scheint wirklich ein Stück Landrecht Oberitaliens zu sein⁸³), und nach der hier (§ 33) vertretenen Auffassung wären die L. Rubria und die Aebutia-Julia nahe verwandt. Das Letztere ist ohne Weiteres einzuräumen, das Erstere dagegen zu verwerfen. Alle drei Gesetze sind dadurch ausgezeichnet, gegenüber den rein privatrechtlichen⁸⁴), dass sich ihre Vorschriften nicht bloß an die Bürger wenden sondern auch an besonders genannte Magistrate, die — in der L. Rubria (c. 19—23) mit gebietenden Worten — den Auftrag erhalten, gewisse Jurisdictionsacte zu setzen. Waren nun diese Beamten, wie in Rom so in Oberitalien, als Richter in Streitsachen an bestimmte Gebiete und vermutlich an die darin gelegenen Städte gebunden, so wird man unschwer einsehen, warum sich uns Modernen gerade bei Processgesetzen der Gedanke der Territorialität besonders stark aufdrängt. Doch ist es für das Rubrische Recht um Nichts besser begründet als für das Aebutisch-Julische und schon deshalb zu verbannen, weil die L. Rubria nicht das ganze Poland sondern nur die einzelnen Gerichtsorte beherrscht hätte. Übrigens fehlt es andererseits nicht an Verschiedenheiten zwischen den genannten Gesetzen. Die beiden stadtrömischen wollen nur für ein einziges Gericht gelten und wenden sich an einen Magistrat des ganzen römischen Volkes; die Rubrische Ordnung unterwirft ihren Vorschriften alle Gerichte im Cisalpinischen Gallien, und deren Vorsteher sind nicht Reichsbeamte sondern Municipalbehörden. Darnach lässt sich der

⁸³) Vgl. z. B. Karlowa R. R. G. Bd. I S. 443.

⁸⁴) Vgl. die bei Bruns Font. gesammelten privatrechtlichen *Leges*.

Personenkreis leicht bestimmen, für den Rechte und Pflichten aus unseren Leges erwachsen. Das Aebutisch-Julische Recht galt für alle Römer, insofern sie der Gerichtsgewalt des Praetor urbanus unterstanden⁸⁵⁾; die Rubria dagegen nur für solche Bürger, die den Jurisdictionen in Gallia Cisalpina zum Gehorsam verpflichtet waren.

Das eben Gesagte dürfte auch die Lösung der nächsten Frage erleichtern, die uns jetzt beschäftigen soll: der Frage nämlich, was die Römer veranlassen mochte, ihre *Judicia legitima* an die Stadt zu fesseln. Spielt hier etwa der aus Cic. Phil. II c. 13 § 31 erschlossene Legalsatz eine Rolle, welcher dem Stadtpraetor eine Abwesenheit von mehr als 10 Tagen verbot? Diese Norm kann an und für sich eben so wohl die Folge wie der Grund der Localisirung des Processes sein. Wäre sie als Ursache erkannt, so hätten wir damit Nichts gewonnen. Die eine Frage wäre nur verdrängt durch die noch schwierigere, weshalb man den Praetor in der Stadt zurückhielt, wenn nicht um der Jurisdiction willen? Indess dürfte die angeregte Erklärung auch sonst nicht befriedigen. Jenes Verbot ist nämlich keinesfalls uralt. Es reicht nicht zurück in die Zeit vor Errichtung der ersten, ja nicht einmal der zweiten Praetur. Die beiden Consuln waren sehr häufig durch das gemeinschaftlich geführte *Commando* von der Stadt fern gehalten, der Praetor bis zum Jahr 512 „nicht ganz selten“⁸⁶⁾. Erst in späterer

⁸⁵⁾ Dabei ist zunächst an die Unterwerfung kraft Heimatrechts (*patria*) zu denken, da die anderen Fora mehr oder weniger durch Parteiwillen begründet werden. Vgl. übrigens oben S. 227 N. 21 und wegen der Provincialrömer Bethmann-Hollweg Versuche S. 8—10, Civpr. Bd. II S. 123, Mommsen St.R. II¹ S. 267, 268.

⁸⁶⁾ Belege bei Mommsen St.R. II¹ S. 195 N. 1, III² S. 1063 N. 1, und wegen der Consuln I S. 48—51.

Zeit kann das Verbot ergangen sein, möglicher Weise vor der Lex Aebutia, doch sicher nach dem Decemviralgesetz, auf dem ein Teil des uns bekannten Verfahrens mit Spruchformeln beruht. Soll nun die streitige Legisactio minder sesshaft gewesen sein als das jüngere, ihr nachgebildete Judicium? Daran wird Niemand glauben, und mit Recht haben schon Jhering³⁷⁾, Karlowa und Andere für den Sacramentsprocess Rom als Schauplatz in Anspruch genommen.

An zweiter Stelle ist zu erwägen, ob vielleicht die Competenz der Beamten in Sachen der Jurisdiction eine lediglich städtische war? Etwas Ähnliches hat Mommsen³⁸⁾ früher wirklich behauptet: der jenseits der ursprünglichen Gebietsgrenze stehende Magistrat sei für die Rechtspflege nicht mehr competent. So gefasst können wir diesen Satz überhaupt nicht gebrauchen. Wichtigkeit gewänne er erst durch eine Vertauschung: statt des „Gebiets“ wäre der „Stadtbezirk“ und für die älteste Zeit die „Stadt“³⁹⁾ (*urbs*) einzusetzen. Allein bezeugt ist weder das Eine⁴⁰⁾, — daher es Mommsen jetzt⁴¹⁾ preisgibt — noch das Andere, wofür Ulp. l. 3 D. de off. (1, 12) keine genügende Stütze

³⁷⁾ Geist I S. 305 N. 214, II² S. 668, 669 N. 929 (3. A.). Karlowa Legislationen S. 268—271, Huschke (s. oben Bd. I S. 95 N. 25), Mommsen St. R. I S. 190; vgl. auch Cic. p. Mur. c. 13 § 28.

³⁸⁾ St. R. I (2. Aufl.) S. 639, 655, dazu S. 61—63; vgl. aber S. 186.

³⁹⁾ Vgl. unten S. 266—272.

⁴⁰⁾ Mommsen (St. R. I S. 662—664) kann für seine Ansicht, dass erst die Überschreitung der Gebietsgrenze die Ernennung eines Praef. *urbis* notwendig mache, nur Dionys II c. 12 (*ὅτε . . . ἑξάτοι σπαριαὶν ὑπερῶρον*) anführen. Tac. Ann. VI c. 11 (17) sagt: *profectis domo* (zweideutig!) *regibus*, L. Salp. c. 25 (M. S. 664 N. 2): *ex eo muni-*
o ipio.

⁴¹⁾ In der 3. A. d. St. R. I S. 662 u. N. 3, S. 680.

bietet. Der Jurist spricht vom Stadtpraefecten der Kaiserzeit⁴²⁾; trotzdem trägt er altrepublicanisches Recht vor:

Praefectus urbi cum terminos urbis⁴³⁾ exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare.

Diese Worte beziehen sich nicht auf einen eigentlichen Magistrat, sondern auf einen Stellvertreter, der bloß abgeleitete, nicht eigene Jurisdiction hat, der folglich nicht weiter mandiren kann⁴⁴⁾, und dessen Auftrag eben nur die Rechtspflege in der Stadt betraf. Daraus ergibt sich ganz von selbst der Ulpianische Satz, während es andererseits klar ist, dass die Stellung des Stadtpraefecten eine eigentümliche war, aus der man keine Schlüsse ziehen darf auf die Jurisdiction der frührepublicanischen Consuln und des Stadtpraetors.

Bei der Ablehnung von Folgerungen aus l. 3 D. cit. befinden wir uns im vollen Einklang mit Gai. IV. 105. Nach seinem Berichte giebt es vor Reichsmagistraten begründete Prozesse, *quae imperio continentur*, nicht bloß in den Provinzen, sondern überall *extra primum urbis Romae miliarium*. Seit der Ordnung des Municipalwesens durch Caesar und Augustus war freilich im gewöhnlichen Lauf der Dinge auf italischem Boden kaum noch Raum für solche Rechtspflege. Anders unter der Republik. In Zeiten des Kriegs mit treubruchigen Bundesgenossen und

⁴²⁾ Vielleicht hatte Ulp. den *praef. feriarum Latinarum* im Auge (Mommsen St.R. I S. 667, 673); anders wohl Mommsen St.R. II² S. 1063 N. 2, S. 1066.

⁴³⁾ Unter den *termini urbis* ist das Pomerium zu verstehen (vgl. Tac. Annal. XII c. 23, C.I.L. t. VI nr. 1233 p. 256), nicht die Grenze am 1. Meilenstein. Der Praefect ist immer auf die innere Stadt beschränkt geblieben.

⁴⁴⁾ Vgl. Mommsen St.R. I S. 663, 664, 669, 670.

nach erfochtenem Sieg ist die Gerichtsbarkeit römischer Magistrate im feindlichen und im Gebiete der Dedirten⁴⁵⁾ gewiss nichts Seltenes gewesen. Wie die römischen Soldaten⁴⁶⁾ und Kaufleute, so werden auch die Unterworfenen Recht gesucht und genommen haben. Wer soll aber als Träger dieser Jurisdiction gedacht werden, wenn den Consuln⁴⁷⁾ und dem Praetor ausserhalb der Bannmeile keine Gerichtsgewalt in Privatsachen zustand? Meines Erachtens ist diese Annahme zu verwerfen, u. z. selbst für den in der späteren Republik gesetzlich an Rom gebundenen Stadtpraetor. Wenn dieser an verschiedenen Orten Italiens durch Stellvertreter, die er ursprünglich insgesamt frei erkor, Gerichtsgeschäfte besorgen liess, so ist das offenbar ein Beweis für, nicht gegen die eigene ausserstädtische Competenz, da die Praefecten als Mandatare blos das Recht ihres Auftraggebers ausübten⁴⁸⁾. Nur das ist richtig: so

⁴⁵⁾ Regelmässig begründet die Deditio nur einen Übergangszustand. Zuweilen aber blieben die Besiegten und ihre Nachkommen längere Zeit in der durch Deditio erzeugten Rechtslage; so die Bruttier nach dem 2. pun. Krieg: Mommsen St. R. I S. 333 N. 2, III¹ S. 139.

⁴⁶⁾ Vgl. Bd. I S. 53 N. 10. Amtsrechtlich muss der Lagerprocess von jeher gewesen sein; *iud. imp. continens* im Sinne des Gaius war er wohl von der Zeit an, wo man die Schriftformel kennen gelernt hatte.

⁴⁷⁾ Nach Mommsens Ansicht wurde den Consuln im J. 387 die Streitgerichtsbarkeit entzogen; anders Karlowa R. R. G. Bd. I S. 208. Indess giebt auch Mommsen St. R. II¹ S. 102, 103 für das Kriegsgebiet Ausnahmen zu, insbesondere: „in Italien . . . consularische Civiljurisdiction in dem Umfang, welcher durch die Lagerzucht gefordert wird;“ dazu freilich St. R. I S. 123 und dagegen Wlassak P. G. Bd. I S. 53 N. 10.

⁴⁸⁾ Die Notwendigkeit der Stellvertretung war also hier wie in den Fällen, wo der Stadtpraetor ein ausserstädtisches Commando erhielt (Mommsen St. R. I S. 681 N. 6) lediglich Folge der Fesselung an die Stadt. Ausnahmsweise hat der Urbanpraetor selbst nach dem J.

weit jene Praefecten *legibus mittebantur*⁴⁹⁾, hätte der Praetor nicht neben ihnen sprechen dürfen. Im Übrigen aber kann ihm die Befugniss, *militiae* selbst Gericht zu halten, nicht gefehlt haben, mochte er nun die Stadt mit Dispensation verlassen oder mit der Absicht der Rückkehr in zehn Tagen. Wenn uns die Überlieferung, wie es scheint, im Stiche lässt, indem sie keinen ausserstädtischen Process vor dem Praetor aufweist, so kann das durchaus nicht befremden. Nicht die Wirklichkeit, nur die Möglichkeit solcher Jurisdiction wird hier behauptet; ob mit oder gegen Mommsen, das möge der Leser selbst entscheiden. Massgebend ist zunächst folgender Satz im St. R. Bd. I S. 67, 68:

. . . „bis an die Grenzlinie“ (am ersten Meilenstein) „reicht die städtische Amtsgewalt, sowohl die Civiljurisdiction des städtischen Praetors, so dass jenseit derselben kein Process von ihm gültig geordnet werden kann, wie auch die Competenz der Aedilen“ . . .

In der Anmerkung (1, S. 68) hiezu ist auf Gai. IV. 104 verwiesen. Demnach versteht Mommsen vielleicht unter dem „gültigen“ den legitimen Process. Er würde also dem Stadtpraetor die Competenz nicht absprechen, jenseits des ersten Meilensteins ein amtsrechtliches Verfahren selbst anzuordnen. Allein auf S. 71 (und Bd. II¹ S. 432) wiederholt er allerdings ohne jeden Vorbehalt: man habe die Amtsführung des Stadtpraetors auf den

512 persönlich commandirt; s. besonders Liv. XXIII c. 23, dazu Mommsen St. R. II¹ S. 195 N. 3, der mehrere Fälle dieser Art zusammenstellt und ohne Grund die Genauigkeit der Überlieferung bezweifelt. Vgl. noch L. Jul. mun. Z. 8, 10 und im Allgemeinen Lange Alt. Bd. I S. 772, 780, 781 (3. A.).

⁴⁹⁾ S. oben S. 236 N. 3.

Stadtbezirk beschränkt. Wie dem auch sei, keinesfalls ist die örtliche Begrenzung der consularisch-praetorischen Jurisdiction so weit festgestellt, dass man aus ihr mit einiger Sicherheit die Localisirung des gesetzlichen Processes ableiten könnte.

Eine dritte Erklärung, die kurz zu erörtern ist, hat Mommsen mehrfach, so in der „Rechtsfrage“ und in der „Geschichte“, zuletzt im „Staatsrecht“ angedeutet⁵⁰⁾. Das *Judicium legitimum* sei an die Stadt gebunden, weil nur hier der Magistrat den „Beschränkungen der Verfassung“ unterlag, und weil insbesondere eine Gewähr nötig schien für das Parteienrecht, die Tribune zur *Intercession* aufzufordern. Der Versuch, die „Verfassung“ geradezu als die *lex* zu betrachten, auf der das gesetzliche *Judicium* beruhte, ist schon früher (Bd. I § 5) bekämpft. Jetzt liegt uns noch die Frage vor, ob sich wenigstens das Erforderniss der *urbs Roma* aus dem Mommsenschen Gesichtspunkt rechtfertigen lasse. Gegen die Bejahung spricht einiger Massen die Thatsache, dass die Beschränkungen der Magistratsgewalt keineswegs dem *Judicium legitimum* allein zu Gute kamen. Für den recuperatorischen Bürgerprocess ist die *Intercession* der Tribune ausdrücklich bezeugt (Bd. I S. 52), und die Regeln über Mandirung der Amtsgewalt in Rom⁵¹⁾ lauteten sicher für den Bürgerpraetor nicht anders als für den Fremdenpraetor. Besonders in alter Zeit, wo es noch keine ständigen römischen Gerichte ausserhalb der Hauptstadt gab, und in Folge dessen *Judicia extra urbem* eine seltene Ausnahme waren, kann der von Mommsen

⁵⁰⁾ Genauere Nachweisungen giebt Bd. I der P.G. S. 19 N. 1, S. 38, 39, 50—54; dazu Mommsen St.R. I S. 69, 71 (3. Aufl.).

⁵¹⁾ Vgl. Mommsen St.R. I S. 224, 225.

betonte Unterschied der beiden Prozesse kaum eine Rolle gespielt haben. Entscheidend aber ist die Erwägung, dass die in Rede stehenden Verfassungsnormen höchst wahrscheinlich jünger sind als die feste Verbindung des Bürgergerichts mit dem städtischen Boden. Die letztere ist wohl so alt wie die Stadtgemeinde Rom, wenn nicht älter, und genau so zu beurteilen wie die Verweisung des Marktes, der Volks- und der Ratsversammlung in den Stadtbezirk. Für all diese Geschäfte war ihrer Natur nach die Bindung an einen bestimmten Raum fast unerlässlich. Das Gericht insbesondere musste bei einem Volk mit festen Wohnsitzen bald sesshaft werden, und sein Sitz konnte passend nicht anderswo sein, als in dem geschützten, mit Mauern umgebenen Hauptort, wo die Heiligtümer sich befanden, wo die Genossen an bestimmten Tagen zum Tauschhandel, zur Beratung und zur Erledigung der öffentlichen Angelegenheiten zusammentraten⁵²⁾.

Damit ist kaum Mehr behauptet als was längst allgemein bekannt ist⁵³⁾. Nun scheint aber Nichts weiter erforderlich als diese Zusammenstellung unbestreitbarer Thatsachen, um zu begreifen, weshalb das *Judicium legitimum* an Rom gebunden ward. Nur der Einwand ist zu fürchten, dass die Gründe, die hier geltend gemacht sind, wie zur Localisirung des bürgerlichen so auch des Peregrinengerichtes hätten führen müssen. Allein diese ganz triftige Bemerkung verliert doch sehr an Kraft, wenn ge-

⁵²⁾ Vgl. übrigens für Athen Aristoteles Athen. Polit. c. 16 (col. 6), c. 53 (col. 26).

⁵³⁾ Vgl. statt Aller Mommsen St.R. I S. 71, III¹ S. 373, 378 bis 383, III² S. 926—931, 1181. Vermutungen über *tribus* (= Gemeindeforterritorium) und *tribunal* (Gerichtssitz) in III¹ S. 95, 96.

zeigt wird, dass wirklich auch das Fremdengericht, ehe es überseeische Provinzen gab, seinen regelmässigen Sitz nur in Rom hatte. Die Belege hiefür sind ebenfalls schon von Anderen gesammelt. Wie die Jurisdiction des ersten so ist auch die des zweiten Praetors eine städtische. Livius⁵⁴⁾ spricht von *duae urbanae provinciae* und von *duae iurisdictiones in urbe*; zuweilen fasst er unter dem Namen *provincia urbana* beide Geschäftskreise zusammen, die denn auch oft genug in einer Hand vereinigt wurden, bald von vornherein, bald nach vollzogener Loosung durch Übertragung der *provincia peregrina* auf den Bürgerpraetor im Weg collegialischer Mandirung⁵⁵⁾. Wer Dies im Auge behält, wird in dem Verbot, Rom zu verlassen, welches für den Stadtpraetor erging, nicht sowohl die Fürsorge für das Bürgergericht als vielmehr für die Privatjurisdiction überhaupt erkennen. Es sollte eben mindestens ein Beamter am Platze sein, der *inter ciues* und allenfalls in Vertretung des zweiten Gerichtsherrn auch *inter peregrinos* Recht sprach. Wenn dieser Letztere viel öfter als sein städtischer Amtsgenosse Gelegenheit finden mochte, *Processus extra urbem* anzuordnen⁵⁶⁾, so ist das mit Nichten die Folge einer vermeintlichen Unsesshaftigkeit des Fremdengerichts, sondern nur daraus zu erklären, dass der Peregrinenpraetor, der *domi* wenig zu thun hatte, bis zum 7. Jh. sehr häufig im Auftrag des Senats *militiae* Geschäfte besorgte.

⁵⁴⁾ S. die Stellen bei Mommsen St.R. I S. 72 N. 1, II¹ S. 197 N. 3, 4, dazu S. 210, 211.

⁵⁵⁾ Vgl. Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX² S. 154 N. 2.

⁵⁶⁾ Und hier sicher auch *inter ciues*. Ich denke an die S. 249, 250 angedeuteten Fälle.

Von ausserordentlichen Fällen abgesehen, blieb der Grundsatz, die gesammte Rechtspflege in Rom zu beschaffen, streng gewahrt bis zur Aussendung der ersten Praefecten *iure dicundo* im 5. Jh. d. St. Doch erhielten die nach und nach, zuerst für Halbbürger- bald für Vollbürgergemeinden, ins Leben gerufenen „Succursalen“ keineswegs das Gepräge von Fremdengerichten. Vielmehr waren sie in erster Linie sicher und wahrscheinlich ganz und gar für die Rechtspflege unter Römern bestimmt. Geht Mommsens⁵⁷⁾ Vermutung nicht fehl, dass sie nur „qualitativ beschränkte Competenz“ überkamen, nach Art derjenigen, die später den Municipalbehörden zustand, so wird ihnen die Gerichtsbarkeit *inter peregrinos* ebenso gemangelt haben, wie nach Gai. IV. 105⁵⁸⁾ zweifellos den landstädtischen Beamten der Nachaugusteischen Zeit. Hiernach ist das Jurisdictionsmopol der Hauptstadt, wenn nicht Alles trügt, gerade für die bürgerliche Rechtspflege zuerst aufgegeben. Mithin hätte sich der Gedanke, den Vollbürgern die Vorteile der Verfassung zu sichern, jedenfalls nicht stark genug erwiesen, die aus Gründen der Verwaltungspolitik dringend gebotene Zerspaltung der Gerichtsbarkeit zu verhindern.

Eine etwas andere Bewandniss hat es mit den nach der Eroberung von Karthagisch-Sicilien und Sardinien (etwa 527) und mit den später eingesetzten Provincialgerichten. Diese nahmen nicht blos Rechtshandel zwischen Römern an. Ihre Hauptaufgabe wird es gewesen sein, Prozesse unter Angehörigen verschiedener Peregrinenge-

⁵⁷⁾ St. R. III¹ S. 581 N. 3, S. 813, 815, dazu oben S. 220, 221 N. 3.

⁵⁸⁾ S. oben S. 226, 232, 236 N. 5.

meinden zu ordnen und solche unter Römern und Fremden⁵⁹⁾. Natürlich war es ganz unmöglich, auch aus den entfernten, überseeischen Gebieten, alle oder nur den grösseren Teil der Streitsachen nach Rom zu ziehen. Bedenkt man nun die in älterer Zeit spärliche Zahl der in den Provinzen lebenden Römer, so ist die Beschaffenheit der statthalterlichen Rechtspflege unschwer zu erraten. Ohne Zweifel war sie überwiegend Jurisdiction *inter peregrinos*. Andererseits wäre es gewiss verfehlt, diesen Umstand zu betonen und zu glauben, die römische Regierung habe die Loslösung der Gerichtsbarkeit vom hauptstädtischen Boden um deswillen leichter zugestanden, weil hier weniger Bürger- als Fremdenprocesse in Frage kamen. Solche Rücksichten hatten die Errichtung der italischen Praefecturen nicht aufgehalten, und in gleicher Weise blieben sie bei der Ordnung der überseeischen Verwaltung ausser Anschlag. Wie hätte man sonst den Provincialpraetoren die Jurisdiction auch *inter ciues* verleihen können⁶⁰⁾? Allerdings durften die Statthalter bürgerliche Sachen nach Rom verweisen; doch war dies keine Schranke ihrer Gewalt, da sie nach freiem Ermessen über Annahme oder Ablehnung entschieden.

Wir sehen also: die Beschränkung der Gerichtsbarkeit auf die Bannmeile hat schwerlich einen Zusammenhang mit den am Stadtboden haftenden Verfassungsnormen. Rom

⁵⁹⁾ Vgl. zu Cic. Verr. II c. 13 § 32 oben S. 135—138. Ein Beispiel statthalterlicher Jurisdiction (in Asia) zwischen Peregrinen derselben Gemeinde bietet Cic. pro Flacco c. 20, 21 § 47—49, dazu c. 20 § 46.

⁶⁰⁾ Vgl. Cic. ad fam. XIII e. 26, in Verr. III c. 60 § 138, 139, Proc. Dig. 1, 18, 12, Ulp. D. 1, 16, 7, 2, Marcian D. 1, 18, 11, Mommsen St. R. I S. 191, II¹ 220, 267, 268 N. 1, III¹ S. 748.

ist eben Jahrhunderte lang der einzige ordentliche Gerichtsort gewesen wie für die Bürger so für die geschützten Fremden, die doch an den Verfassungsrechten gar keinen Anteil hatten. Somit ist auch der Mangel von Legalordnungen für alle Prozesse, wo ein Nichtbürger auftrat, keineswegs daraus abzuleiten, dass die Judiciargesetze ihre Geltung auf Rom beschränkten, während ein Fremdenprocess auch ausserhalb stattfinden konnte, sondern lediglich aus dem früher dargelegten Grundsatz, dass die *Leges* die Fremden nichts angingen. Die Gerichte aber wurden in die Bannmeile verwiesen und sind lange Zeit die einzigen im römischen Gebiet geblieben, weil alles politische Leben seinen Sitz in Rom haben sollte, in der Hauptstadt, die selbst nach der vollen Verschmelzung mit Italien den Anspruch nicht fahren liess, der ganze Staat zu sein, zu dem die Gebiete der Municipien nur als Erweiterung, die Provinzen als Landgüter des römischen Volkes hinzutraten. Besonders bezeichnend für diese Anschauung ist die bekannte Phrase: *Roma communis patria*⁶¹⁾, die Vernämlichung des römischen Stadtbürger- und des Reichsbürgerrechts, und die Beibehaltung der an die Urbs gebundenen Urversammlungen, die, für ein städtisches Gemeinwesen bestimmt, auch ohne den Sittenverfall die Einigung Italiens nicht überleben konnten, ohne zum Possenspiel herabzusinken.

Die hier vorgetragene Ansicht über Rom als Gerichtsort kann vielleicht noch befestigt werden durch Vergleichung der beiden hauptstädtischen Processordnungen mit ähnlichen

⁶¹⁾ Wie Cic. De leg. II c. 2 § 5 so noch Modestin D. 50, 1, 33; vgl. Callistr. D. 48, 22, 19 (Mo. 18), Ulp. D. 48, 22, 7 § 15, 16, Mod. D. 27, 1, 6, 11.

Gesetzen, die gewissen Municipien und Colonien gegeben wurden. Namentlich kommen folgende Stellen in Betracht. Aus dem von Mommsen ins Jahr 695 gesetzten Ackergesetz (Lachmann p. 265 Z. 5—7):

Cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus in ea colonia municipio praefectura foro conciliabulo iure dicundo praeerit, . . .

Aus dem Atestiner Fragment Z. 4—7 (ähnlich Z. 10, 11, 17):

de eare in eo municipio colonia praefectura iudicio certare [uolet] . . . quo minus ibei d(e) e(a) r(e) iudex arbiterue addicatur detur, quoue minus ibei d(e) e(a) r(e) iudicium ita feiat, . . .

Aus der Rubria c. 21 II Z. 2—4, 14, 15 (fast ebenso c. 22 II Z. 25, 26, 28, 31):

A quoquomque pecunia certa credita, . . . in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) f(oro) u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue, quae sunt eruntue in Gallia Cisalpeina⁶², petetur, . . . sei is eam pecuniam in iure apud eum, qui ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), . . .

ferner c. 23 II Z. 53, 54:

Queiquomque in eorum quo o. m. c. p. f. u. c. c. t. ue, quae in Gallia Cisalpeina sunt erunt, i(ure) d(eicundo) p(raerit), . . .

und was das Verfahren vor dem *Iluir Illuir praefectusue Mutinensis* (c. 20 I Z. 27, 28, 37, 38) anlangt, c. 20 I Z. 50:

⁶² Im c. 20 I Z. 7 heisst es kurz: *in Gallia Cisalpeina*. Insofern diesen Worten das *ibei* (*i. d. p.*) der Z. 9 entspricht, stehen sie sicher nur anstatt des weitläufigeren *in eorum quo oppido . . . quae in Gallia Cisalp. s. e.*

nisei sei Mutinae ea res agetur.

Aus der Lex Ursonensis c. 94:

Ne quis in hac colon(ia) ius dicitio neue cuius in ea colonia iurisdictione esto nisi Ilviri aut quem Ilvir praef(ectum reliquerit) aut aedilis, . . .

und c. 76, 103:

Quicumque in col(onia) Genet(iva) (Iulia Ilvir praef(ectus)ue) i(iure) d(icundo) praerit, . . .

Aus der L. Salpensana c. 25 (dazu c. 26):

Ex Ilviris qui in eo municipio i(iure) d(icundo) p(raecerunt), uter postea ex eo municipio proficiscetur neque eo die in id municip[i]um esse se rediturum arbitratitur, quem praefectum municipi . . . relinquere uolet, . . .

Vorweg ist Eines zu bemerken. Das Ackergesetz und die Rubria erwähnen an erster Stelle (nicht in gleicher Reihenfolge) das *municipium*, die *colonia* und *praefectura*; doch fügen sie Ortsnamen hinzu: *f. u. c. c. t. ue*, welche die Kunstsprache sonst zur Bezeichnung städtischer Gemeinwesen nicht verwendet. Die richtige Deutung hievon findet sich bei Mommsen⁶³). Es hat Ortschaften gegeben, denen im Laufe der Zeit bald volles bald gemindertes Stadtrecht (mit eigener Jurisdiction) zu Teil ward, und die trotzdem nach wie vor *forum*, *conciliabulum* u. s. w.⁶⁴) hiessen. Diese und keine anderen hat das Rubrische Gesetz im Auge, worauf schon das Wort *oppidum* hinweist,

⁶³) St. R. III¹ S. 798, 799 u. S. 790, 791 N. 2.

⁶⁴) Über das am Schlusse stehende *territorium* sagt Mommsen St. R. III¹ S. 799, es sei „hinzugefügt, um für den immer noch möglichen Fall, dass auf ein städtisches Gemeinwesen keine der bisher angef. Benennungen passt, eine Aushilfe zu bieten.“

welches die Aufzählung eröffnet, weil es „der allgemeine alle folgenden Kategorien zusammenfassende Name“ ist⁶⁵).

Wenn demnach die angeführten Texte nur von städtisch organisirten Gemeinden handeln, so darf man weiter forschen, wo die Beamten *iure dicundo* ihren Sitz hatten; ob sie ihn frei wählen durften innerhalb des Territoriums ihrer Civitas, also nach Gutdünken auch im Landbezirk (*ager, regio*), oder ob sie gebunden waren an den städtischen Mittelpunkt. Eine Entscheidung im letzteren Sinn ist besonders durch die Lex Rubria nahegelegt. *Oppidum* hat nicht blos und nicht zuerst politischen Wert. Ohne Zweifel zeigt es ursprünglich den umfriedigten Raum an, im Gegensatz zum Ager, und in der Lex Ursonensis, die ziemlich gleich alt ist wie die Gerichtsordnung für Gallien, wird es unverkennbar genau in dieser Bedeutung wiederholt gebraucht⁶⁶. Wenn nun der Verfasser der Rubria dasselbe Wort seiner neunstelligen Gemeindebezeichnung vorausschicken konnte (*in oppido*), so muss ihm wohl die Stadt (mit Ausschluss des Landbezirks) als Sitz der Jurisdiction vorgeschwebt haben. In den anderen Gesetzen steht freilich *municipium* oder *colonia* allein, und unmöglich scheint es nicht, diese Ausdrücke auf das ganze Territorium zu beziehen. Momm-

⁶⁵) So Mommsen St.R. III¹ S. 791 N. 2, dem ich aber hinsichtlich der Auslegung von *oppidum colonia(ue)* in der L. Urson. nicht zustimmen kann. M. E. steht *oppidum* (vor oder nach *colonia*) nur da, wo das Gesetz recht deutlich eine Bestimmung auf die Stadt (im Gegensatz zum Landbezirk, *ager*) beschränken will. Man lese die betr. Cap. 73, 74, 75, 76, 91, 99; dazu L. Malac. c. 62 u. Mommsen selbst Ephem. ep. III p. 110—112.

⁶⁶) S. die vorige Note, dazu Pompon. D. 50, 16, 239 § 7, 8: *Oppidum ab ope (!) dicitur, quod eius rei causa moenia sint constituta. Territorium est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis*, Varro l. l. V c. 32 § 141; Mommsen St.R. III¹ S. 790 N. 1.

sen⁶⁷⁾ hat früher das *proficisci ex eo municipio* im 25. Cap. der Salpensana von der Entfernung aus der Stadt verstanden; neuerdings hält er das Überschreiten der Gebietsgrenze für massgebend. Doch ist vielleicht die Urkunde aus der Zeit Domitians minder sorgfältig gefasst als die Caesarische von 710. Diese führt, wo es Not thut, eine ganz klare Sprache. *Colonia* heisst zunächst nur die Stadt, daher der Insasse, der auch ausserhalb der Mauern wohnen kann: *qui in ea colonia intraue eius coloniae fines*⁶⁸⁾ *domicilium . . . habebit* (c. 98), und demgemäss (c. 77, 78, 79, 104) das ganze Gebiet: *fines, qui coloniae Iuliae <dati> erunt* oder *ager, qui colon(is) huiusce coloniae diuisus erit*. Wie es schwerfällt, im selben Gesetz (c. 76, 103) *colonia* doch wieder das Territorium vertreten zu lassen, so erregt es andererseits Bedenken, nach der Lex Malacitana (c. 66) den *in eo municipio* Geldbussen verhängenden Duovirn die Ausübung dieses Rechtes nur in der Stadt zuzugestehen. Sollen wir also eine Änderung der Sprachweise zwischen Caesar und Domitian annehmen? Offenbar eine an sich missliche Ausflucht, der man obendrein die Thatsache entgegenhalten kann, dass die Lex Ursonensis an solchen Stellen, wo sie blos die Stadt meint, zu *colonia* vorsichtig *oppidum* hinzufügt (S. 260 N. 65). Mithin waren wohl *municipium* und *colonia* schon im letzten Jahrhundert der Republik zweideutige Worte.

Das Für und Wider ist mit dem Gesagten noch nicht

⁶⁷⁾ Stadtrechte S. 443, 444 („die Stadt . . . Rom verliess“, darnach „Stadtgebiet“ auf S. 448, 449 = Stadt), anders Staatsrecht I S. 664 N. 2 („Genetiva“ ist Druckfehler); vgl. aber oben S. 248 N. 40.

⁶⁸⁾ Wohl zu unterscheiden von *fines oppidi coloniacus* (c. 73).

erschöpft. Doch sollte nur gezeigt werden, dass ein unanfechtbares Ergebniss vorläufig kaum in Aussicht steht, und dass der Wahrscheinlichkeitsschluss, zu dem ich gelange, nicht willkürlich ersonnen ist. Nach meinem Ermessen waren die Municipalgerichte ebenso sesshaft wie die der Praetoren in Rom, und ihr regelmässiger Sitz war innerhalb der Stadtmauern⁶⁹⁾. Für Beides braucht man die Gründe nicht weit herzuholen. Ein bestimmter Ort diente als Gerichtsstätte, weil die Bürger sicher wissen sollten, wo sie Rechtshilfe zu suchen haben⁷⁰⁾; die Stadt aber wurde gewählt, nicht etwa der Tribunenintercession wegen, — diese Einrichtung blieb den Municipien durchaus fremd — sondern einfach als der Mittelpunkt der Regierung und des gesammten öffentlichen Lebens. Indess war doch keineswegs die ganze Jurisdiction an die Stadt gefesselt, noch weniger die zu ihr in einiger Beziehung stehende Coercition. Daraus und aus dem weiteren Umstand, dass ein in der Stadt erlassenes Decret auch Personen und Sachen im Landbezirk betreffen und dort zwangsweise durchgeführt werden konnte, erklären sich Äusserungen wie die des Siculus Flaccus p. 135 Z. 4—7 (Lachm.), Pomp. D. 50, 16, 239, 8 und Paul. D. 2, 1, 20, denen zufolge die *regio* oder das *territorium* als der örtliche Wirkungskreis der

⁶⁹⁾ Vgl. Paul. IV. 6, 2 (Testamentseröffnung in den Landstädten *in foro uel basilica* nach der L. Julia uices.), Suet. De rhet. c. 6.

⁷⁰⁾ Bestimmte Gerichtsorte waren wohl auch den italischen Praefecten vorgeschrieben. Nur hatte Einer zuweilen an mehreren Orten Recht zu sprechen. In den Provinzen mochten die Statthalter mit ziemlicher Freiheit schalten; s. Marquardt St. V. Bd. I S. 80 N. 3. Doch wird mindestens das Herkommen die Conventstädte bezeichnet haben; vgl. Cic. in Verr. V c. 11 § 28 (*soloant*), Zimmern R. G. Bd. III S. 20.

Municipalbeamten erscheint⁷¹⁾. Ferner würden wir so begreifen, weshalb ein Gesetz, wie das von Urso, welches Stadt und Gebiet sorgsam unterscheidet, die Jurisdiction der Duovirn weder *intra fines coloniae* bannt noch *in oppidum coloniamue*. Passend konnte nur das schillernde *in colonia* gesetzt werden, weil, wie ich glaube, gewisse Rechtspflegeacte *in oppido*, andere irgendwo *intra fines ciuitatis* stattfinden sollten.

Im gemeinen Processrecht der römischen Bürger ist diese Sonderung nicht zu verkennen; sehr möglich, dass sie in die Municipalrechte übertragen wurde. Was für Handlungen aber an Rom gebunden waren, das ist aus Gai. IV. 104 leicht zu entnehmen. *Legitima sunt iudicia quae . . . accipiuntur*: d. h. die Streitbefestigung musste *in urbe* erfolgen, und so gewiss auch der mit ihr in notwendiger Verbindung stehende Juridictionsact der Formelgenehmigung, das *iudicem iudiciumue dare*. Hingegen konnte man die Vorbereitung des Rechtshandels unmöglich in den Raum bis zum ersten Meilenstein einschliessen. So lang es nur ein einziges Bürgergericht gab, muss die Vocation vor den Consul und den Praetor im ganzen römischen Gebiet zulässig gewesen sein⁷²⁾, und sicher war die Gesetzlichkeit des weiteren Verfahrens durch die *militiae* vorgenommene Ladung in keiner Weise gefährdet. Ebenso aber haben wir unbedenklich auch die

⁷¹⁾ Die Frage des Wirkungskreises, die uns hier nicht kümmert, ist streng zu sondern von der des Gerichtsorts. Der Praetor urbanus war an Rom gebunden; sein „Territorium“ aber in dem oben bezeichneten Sinn war nicht Rom allein, sondern Italien, ja das ganze Reich; vgl. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 116 z. N. 11, S. 787, 788.

⁷²⁾ Vgl. übrigens Ulp. Dig. 5, 1, 5.

vorbereitenden Acte der Magistrate zu beurteilen. Wenn nach Liv. Epit. 86 der Proconsul Sulla während des Bürgerkriegs, und während die Hauptstadt noch den Demokraten gehörte, *litigatores . . . vadimonia Romam differre iussit*, oder der Gallische Duovir (L. Rubr. c. 21 in f.) einer Partei auferlegte, *vadimonium Romam*⁷³⁾ *promittere*, so ist durch diese *extra urbem* erlassenen Decrete die Aussicht auf Begründung eines legitimen Processes keinesfalls zerstört worden. Dem Anschein nach waren überhaupt im gesetzlichen Streitverfahren lediglich die oben genannten Acte an Rom gefesselt⁷⁴⁾.

Ähnlich dürfen wir vielleicht die Jurisdiction in den Municipien geordnet denken. Vermutlich war auch hier die Stadt nur für das *iudicium dare* und die Streitbefestigung der gebotene Ort; im Übrigen mochte die Rechtspflege sammt der Legisactio — wo sie den Localbehörden zustand — im ganzen Territorium statthaft sein. Einigermassen unterstützt wird diese Annahme durch das Rubrische Gesetz, sofern wir die Worte *in oppido* richtig deuten⁷⁵⁾, und durch die mehrfach für Landstädte bezeugten⁷⁶⁾ Ge-

⁷³⁾ Auch für das Umgekehrte — Schrutka Über den Schlusssatz im c. 21 leg. Rubr. S. 10 betont nicht den Gegensatz — haben wir ein Beispiel in D. 5, 1, 2, 6 (Ulp.): ein in Rom vor dem Praetor erzwungenes *Vadimonium*, um die anderorts zu vollziehende L. C. zu sichern.

⁷⁴⁾ Näheres unten § 35 S. 277—285.

⁷⁵⁾ Vornehmlich käme c. 23 L. Rubr. in Betracht. C. 21, 22 sprechen zwar vom *peters*, doch führt dieses nicht zur Streitbefestigung. Aus c. 20 vgl. I Z. 48, 50 (*Mutinae*). S. oben S. 229—231.

⁷⁶⁾ S. o. S. 262 N. 69; dazu C. I. L. V nr. 3401 (p. 346 — Verona); vgl. auch Paul. Vat. 112. Mit Unrecht hat man den Municipalbeamten das Tribunal abgesprochen: Heineccius Ant. Synt. IV. 6 § 7, dagegen Zimmern R. G. Bd. III S. 19.

richtsbühnen, namentlich durch das von Vitruv⁷⁷⁾ beschriebene, sicher unbewegliche Tribunal in der Vorhalle des Augustustempels zu Fanum⁷⁸⁾. Sonst freilich versagt die Überlieferung. Die bisher gefundenen Tafeln mit Bruchstücken spanischer Stadtrechte gewähren keinen Aufschluss, weil sie nirgends vom Privatprocess handeln, insonderheit an keiner Stelle von der *Litiscontestatio*. Demnach ist es nicht ausgeschlossen, einem verlorenen Capitel Bestimmungen über die *in oppido* zu vollziehenden Jurisdictionshandlungen zuzuschreiben. Doch wäre es unvorsichtig, diese Behauptung stark zu betonen und Vermessenheit, die weitere Frage zu beantworten, ob der gesetzwidrig am unrechten Ort contrahirte Process für durchaus nichtig galt.

§ 35. Rom und die Bannmeile. — Gerichte mit gesetzlichem Rechtsgang. — Die nach der Lex Aebutia-Julia an Rom gebundenen Processacte.

Auf Grund der vorstehenden Erörterung wird es erlaubt sein, über Rom als Gerichtsort etwa Folgendes zu sagen. Die Verweisung der Prozesse in die *urbs*, d. h. in den von Mauern umschlossenen Raum, war den Römern schwerlich eigentümlich und ist unzweifelhaft in sehr alte Zeit zurückzuführen. Vergebliche Mühe wäre es, dem ersten Gesetz nachzuspüren, welches diese Norm aussprach. Was sie forderte erschien ganz selbstverständlich und beruhte wohl noch am Anfang der Republik auf ungeschriebenem Her-

⁷⁷⁾ De archit. V. 1 § 7, 8 (ed. Rose-Müller — die Interpunction m. E. verfehlt). Die *aedes Augusti* stand in Verbindung mit der Basilica. Die Pläne hatte Vitruv selbst entworfen.

⁷⁸⁾ „*Colonia Iulia Fanestris*“; s. Mommsen im Hermes Bd. XVIII S. 182.

kommen. Ob die Zwölftafeln¹⁾ und spätere Gesetze für das Spruchverfahren, sei es für die *Actio sacramento*²⁾ oder auch für andere Arten, einen bestimmten Platz innerhalb der Stadt (das Comitium) vorschrieben, und ob dabei sacrale Rücksichten mitspielten, das berührt uns nicht weiter. Üblich war es gewiss für die Regel der Fälle, immer am selben Ort Recht zu sprechen. Allein zwingende Normen, deren Verletzung Nichtigkeit zur Folge hatte, können wir schon für das Jahr 539 nicht mehr annehmen³⁾. Damals kurz nach Cannae, als ein Vormarsch Hannibals auf Rom möglich schien, verlegten die Praetoren ihre Tribunale *ad Piscinam publicam*, vermutlich vor das Thor, um der Bürgerschaft Mut zu machen.

Eo — erzählt Liv. XXIII. c. 32 — *uadimonia fieri iusserunt: ibique eo anno ius dictum est.*

Auch in anderer Beziehung ist diese Nachricht von Bedeutung. Wie es scheint war im 6. Jh., und wohl schon lang vorher, die Grenze des für die städtische Jurisdiction bestimmten Raumes am ersten Meilenstein, — nicht an der Mauer — genau so wie unter Pius. Eine hievon abweichende ältere Ordnung ist durch ausdrückliche Zeugnisse überhaupt nicht zu erweisen. Indess kennt doch die Auguraldisciplin und das römische Staatsrecht eine zweite durch den Mauerring oder eigentlich durch das Pomerium⁴⁾ gebildete

¹⁾ Über I. 6, 7 (A. ad Her. II c. 13 § 20) vgl. Dernburg Ztschr. f. R. G. Bd. II S. 80, 81, Karlowa Legisactionen S. 268—271, Bechmann L. A. sacramenti S. 26, 27.

²⁾ S. oben S. 248 N. 37.

³⁾ Vgl. Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. VI S. 392 N. 2 gegen Dernburg Ztschr. f. R. G. Bd. II S. 82, 83.

⁴⁾ Es liegt mir fern, in den schwierigen Streiffragen über das Pomerium Stellung zu nehmen. Litteratur bei Karlowa R. R. G. Bd. I

Grenze, die gewiss Niemand für jünger halten wird als die bei Gaius erwähnte. Vom Pomerium wissen wir, dass dessen Überschreitung den ausziehenden Magistrat zum Feldherrn machte⁵⁾ und dem heimkehrenden Promagistrat die Gewalt entzog (Ulp. D. 1, 16, 16, Liv. XXVI. c. 9), dass es die *auspicia urbana*⁶⁾ und die vier Servianischen Tribus⁷⁾ einschloss, und wir wissen endlich, dass in gewissem Sinn⁸⁾ auch die Provocation und die Intercession der Tribune in den inneren Stadtraum gebannt war, ohne diese Beschränkung jemals ganz abzustreifen. Im Wesentlichen scheidet freilich in geschichtlicher Zeit nicht mehr die Mauer sondern der erste Meilenstein das Friedens- und das Kriegsgebiet. Wenn dessen ungeachtet das Pomerium in mancher Beziehung wichtig bleibt, und der nächste Umkreis vor den Thoren der Stadt weder durchaus dem einen noch durchaus dem anderen Gebiet zugehört, so drängt sich unabweislich die Vermutung auf, dass einstmal eine ältere Ordnung vorhanden war, der gegenüber das neuere Recht nicht vollständig durchzudringen vermochte⁹⁾.

§ 8, Schiller in I. Müllers Handb. Bd. IV. 2 S. 507, dazu Mommsen St.R. I S. 63 N. 2.

⁵⁾ Belege bei Mommsen St.R. I S. 64. Vgl. noch Dio LIII c. 13 über den Proconsul der Kaiserzeit.

⁶⁾ Varro l. l. V c. 32 § 143. Weiteres bei Marquardt St.V. Bd. III S. 408 (2. A.).

⁷⁾ So Dionys IV c. 14, dazu Mommsen St.R. III¹ S. 162—164.

⁸⁾ Aus der Überlieferung ergeben sich grosse Schwierigkeiten. Eine annehmbare Lösung bietet Mommsens Darstellung: St.R. I S. 66—72.

⁹⁾ Darauf deutet wohl auch Mommsen St.R. I S. 63, 64, 67 hin. Geradezu ausgesprochen ist die obige Vermutung von Karlowa R. R. G. Bd. I S. 88, dazu S. 224. Ganz aussichtslos wäre der Versuch, die Zeit irgendwie zu bestimmen, wo die Änderung sich vollzog. Nach Liv. III c. 20 hätte schon im J. 294 der 1. Meilenstein die Provocationsgrenze bezeichnet.

Hiernach ist wahrscheinlich auch das ordentliche Gericht der frühesten Republik an die Urbs gefesselt gewesen, während später das Hinauswachsen der Stadt über den Mauerring eine Verschiebung der rechtlichen Grenze gegen das Kriegsgebiet notwendig machte, m. a. W. eine Ausdehnung des für die Amtsführung *domi* und die darin enthaltene Jurisdiction bestimmten Raumes.

Eine Spur dieses Wandels hat auch die Sprache bewahrt. *Urbs* hiess, wie noch Paulus¹⁰⁾ bemerkt, lediglich der mit Mauern umgebene Stadtteil, und *urbs Roma*¹¹⁾ durfte man in strenger Rede nur zur Vertretung desselben Begriffs verwenden. Für Das, was wir oben „Stadtbezirk“ oder „Bannmeile“ nannten, fehlt den Römern der Ausdruck. Ganz passend konnte dafür nur *u. R. propiusque urbem R. passus mille*¹²⁾ gesetzt werden. Dieser Mangel ist höchst auffallend und wäre kaum zu erklären, wenn die Unterscheidung der Amtsführung *domi-militiae* von vornherein an den ersten Meilenstein anknüpfte. Ist dagegen der „Stadtbezirk“ erst in späterer Zeit allmählich anerkannt, und galt er den Römern nicht als etwas Neues, Selbständiges, sondern bloß als erweiterte Altstadt, dann begreift man die Entstehung der angeführten Formel, in der zur *urbs* die *passus mille* hinzutreten. Natürlich war eine so

¹⁰⁾ D. 50, 16, 2, pr. — 3, 3, 6 — 40, 2, 17; vgl. auch D. 33, 9, 4, 4, ferner Varro l. l. V c. 32 § 143, Lael. Fel. bei Gell. XV. 27, 5.

¹¹⁾ Vgl. L. Jul. mun. Z. 20, 27, 50, 67, 68, 69, 77, Alfén D. 50, 16, 87, Gai. IV. 104. Dass man unter *u. R.* gelegentlich Anderes verstand, zeigt Paul. D. 33, 9, 4, 4.

¹²⁾ So häufig die L. Jul. mun. (N. 11), das S. C. bei Val. Max. II c. 4 § 2, Liv. III c. 20, XXXIV c. 1, XLIII c. 11 (13). Karlowa R. R. G. Bd. I S. 87 hält *u. et urbi continentia aedificia* für gleichbedeutend; dagegen Mommsen St. R. I S. 63 N. 2, S. 68 N. 2, II² S. 1035 N. 1.

schwerfällige Umschreibung, die man in Legaltexten hinnehmen mochte, durchaus ungeeignet, volkstümlich zu werden. Demnach blieb nichts Anderes übrig als die Umprägung der schon im Schwang befindlichen Ausdrücke. Am besten empfahl sich hiezu das Wort *Roma*, dessen Bedeutung nie scharf bestimmt war. Daneben aber gebrauchte man, dem eigentlichen Wortwert entgegen, auch *urbs* und *urbs Roma*. Doch wussten die Römer sehr gut, dass diese Redeweise von der ursprünglichen abweicht, und damit legen sie unwillkürlich Zeugnis ab über das geschichtliche Verhältniss der beiden Stadtgrenzen sowohl wie der an sie gebundenen Ordnungen.

Belege für das eben Gesagte wären leicht in ansehnlicher Zahl herbeizuschaffen. Uns gehen hauptsächlich diejenigen an, welche sich auf den Amtssitz des Bürgerpraetors beziehen¹⁸⁾. Wie bekannt heisst dieser Magistrat, mindestens seit dem Anfang des 6. Jh., *pr. urbanus*; so beispielsweise im S. C. gegen die Bacchanalien (568) und in der Caesarischen L. mun. (Z. 8, 11), wo indess die Bemerkung nachfolgt: *sei is Romae non erit*. Ähnlich spricht das Ackergesetz aus dem J. 643 (Z. 73, 74) vom *praetor, quei . . . Romae ious deicet*, das Rubriche (c. 22 II Z. 42, 43, 45, 48, 50) vom *praetor isue quei . . . Romae*

¹⁸⁾ Sonst sei nur hingewiesen auf Cic. De leg. III c. 3 § 6: . . . *aediles curatores urbis*, in Verr. V. c. 14 § 36, womit man L. Jul. mun. Z. 20—23 vergleichen möge; ferner auf Gell. III. 2, 11: . . . *tribuni plebei, quos nullum diem abesse Roma licet . . . in urbe Roma sunt*, dazu Dionys VIII c. 87: . . . οὐδενὸς γὰρ εἶσι τῶν ἐξῆς τῆς πόλεως οἱ τὴν δημαρχικὴν ἔχοντες ἐξουσίαν κύριοι· περιέγραπται γὰρ αὐτῶν τὸ κράτος; τοῖς τείχεσι, καὶ οὐδ' ἀπανλισθῆναι τῆς πόλεως αὐτοῖς θέμις. . . ; auf den *quaestor urbanus* der Inschriften (Mommsen St. R. II¹ S. 535 N. 2); und wegen der Vier- und Zweimänner für Strassenreinigung in Rom auf Mommsen St. R. II¹ S. 608, 604.

*i. d. praerit*¹⁴⁾ und demgemäss vom *uadimonium Romam* (c. 21 II Z. 21), desgleichen das Estenser Fragment (Z. 17) von der *Romae* (= *Romam*) *reuocatio*. Bei Livius¹⁵⁾ begegnet sehr häufig *prouincia (sors, iurisdiction) urbana*, auch *iurisdiction in urbe*; doch weist Mommsen zweimal die Verwendung von *Roma* statt *urbs* nach, einmal die Verbindung: *Romae i. d. urbana sors*. Wie sich Cicero (Phil. II c. 13 § 31) über die Anwesenheitspflicht des städtischen Gerichtsherrn äussert, das wissen wir schon aus dem Früheren (S. 247): als verboten bezeichnet er das *abesse . . ab urbe*. Aus den Gaianischen Institutionen ist I. 185 hervorzuheben: *tutor . . . datur in urbe Roma*¹⁶⁾ *ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis*, . . . und I. 20 über die Manumission nach dem Aelischen Gesetz, die übrigens nicht notwendig vor den Bürgerpraetor gehört. Als Schauplatz dieser Freilassung ist einmal die *urbs Roma* genannt, und dann sofort *Roma* ohne Zusatz. Ulpian endlich sagt im Regelbuch (XI. 18) von der L. Atilia: *Romae tantum locum habet*, und nach der Handschrift erwähnt er zweimal (XI. 20, 24) den *praetor urbis*, wo aber das letzte Wort vielleicht aus falscher Auflösung der Kürzung *urb* hervorging, so dass mit Schilling *urbanus* zu lesen wäre.

Nun ist es freilich unmöglich, überall den genauen Sinn zu ermitteln, den zunächst die angerufenen Autoren und weiter die alten Quellen, aus denen sie schöpften, mit

¹⁴⁾ Ebenso vom Peregrinenpraetor c. 20 I Z. 24, 25, 34: *is qui Romae inter peregrinos ius dolet*.

¹⁵⁾ Berücksichtigt sind die von Mommsen St. R. II¹ S. 196 N. 3, S. 197 N. 1, 3 angeführten Stellen.

¹⁶⁾ Vgl. auch Tryph. Dig. 27, 1, 45, 3.

*urbs*¹⁷⁾ und *urbanus* verbanden; indessen für den vorliegenden Zweck auch nicht erforderlich. Entweder denken unsere Gewährsmänner — vielleicht auch nur einige von ihnen — wirklich an die innere Stadt, die sie als ursprünglich vorgeschriebenen Gerichtsort ansehen; oder sie fassen auch den Umkreis bis zum ersten Meilenstein ins Auge und benennen den Stadtbezirk nach dem Kern, den er enthielt. Im ersten Fall wäre unmittelbarer Beweis erbracht für die einstmalige Verweisung der Jurisdiction in den Raum bis zum Pomerium; im zweiten Fall bleibt wenigstens der Wahrscheinlichkeitsschluss aufrecht, der aus dem Mangel einer passenden Bezeichnung für das spätere Friedensgebiet und aus anderen Umständen abgeleitet wurde.

Unter die Stellen, die vom Amtssitz des Praetors handeln, sind oben zwei nicht aufgenommen, denen besondere Bedeutung zukommt: Liv. VI c. 42:

. . . *concessum . . . a plebe nobilitati de praetore uno, qui ius in urbe diceret, ex patribus creando.*

und Pomp. l. 2 § 27 D. de O. I. (1, 2):

Cumque consules auocarentur bellis finitimis neque esset qui in ciuitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.

Beide betreffen die Einsetzung der ältesten Praetur (387 d. St.) und bestimmen die Aufgabe des neuen Beamten beinahe mit denselben Worten, indem sie sagen: er sollte das Recht weisen *in urbe*. Dieser Bericht klingt

¹⁷⁾ Nachweislich steht *urbs* in der engeren Bedeutung z. B. bei Ulp. D. 1, 16, 1, Paul. D. 40, 2, 17, Marcian D. 1, 16, 2, pr.; vgl. Dio LIII c. 13, Mommsen St.R. II¹ S. 257, dazu aber St.R. I S. 67 N. 3.

fast wie ein Citat aus dem Gründungsgesetz. Und in der That kann sehr wohl ein Satz überliefert sein, der aus dem Licinischen Plebiscit selbst herstammt, auch wenn dessen Text in den Zeiten des Livius und Pomponius längst verschollen war. Wer das aber zugiebt und keine Kürzung des Legalsatzes behauptet, der wird auf die *urbs*, wo der Praetor Recht sprechen soll, grosses Gewicht legen müssen. Konnte doch ein Plebiscit von 387 das Wort schwerlich anders als in seinem eigentlichen Sinn gebrauchen. Somit hätte die Lex Licinia, die den ständig gewordenen Stadtpraefecten durch einen vom Volk gewählten Magistrat ersetzen wollte¹⁸⁾, für die Jurisdiction des neuen Gerichtsherrn noch denselben Raum innerhalb des Pomeriums vorgeschrieben, an den der stadtrömische Vertreter der Oberbeamten allezeit, selbst unter dem Principat, gebunden war. Die letztere Thatsache ersehen wir aus dem oben S. 249 N. 42, 43 erläuterten fr. 3 D. de off. (1, 12) von Ulpian. Der Ausspruch dieses Juristen dürfte deutlicher als irgend ein anderes Zeugniß auf die älteste Jurisdictionsgrenze hinweisen, an der man später bloß für den Praetor nicht festhielt.

Wichtig ist der weitere Gewinn, den wir aus den übereinstimmenden Erzählungen des Livius und Pomponius ziehen können. Allem Anschein nach wurde die Rechtspflege des Praetors im Jahr der Errichtung dieses Amtes gesetzlich an Rom gefesselt (*qui ius in urbe diceret*). Gewohnheitsrechtlich stand die Norm von Alters her fest; jetzt wurde sie, vielleicht zum ersten Mal, legalisirt, um

¹⁸⁾ S. Mommsen St. R. I S. 666. Dass das Rechtsprechen die Hauptaufgabe des Stadtpraefecten war, zeigt M. a. a. O. S. 673, 667 N. 1.

fortan Geltung zu bewahren, so lang überhaupt der Praetor urbanus im Besitz der Gerichtsbarkeit verblieb. In gewissem Umfang war damit von selbst für den Gerichtsherrn die Anwesenheitspflicht gegeben. Gesteigert und näher bestimmt ist diese Obliegenheit wohl erst in der Folgezeit, nach Einsetzung der zweiten Praetur¹⁹⁾. Dagegen haben wir eine wiederholte Einschärfung des Gebots, in Rom Recht zu sprechen, durch die Gerichtsordnungen, namentlich durch die Aebutia und Julia gewiss nicht anzunehmen. Dafür bietet weder die Überlieferung einen Anhalt, noch wäre der Grund ausfindig zu machen, der dazu geführt hätte. Das Gebot war also nicht wiederholt, wohl aber in allen Processordnungen vorausgesetzt. Beide Leges, die Aebutia wie die Julia, wandten sich an den in der Bannmeile zwischen Bürgern sprechenden Beamten, und fanden daher lediglich auf stadtrömische Prozesse Anwendung. Hiemit dürfte das Gaianische Erforderniss der *urbs Roma* völlig aufgeklärt sein.

So lang für römische Bürger nur ein einziges Gericht vorhanden war, konnte sich die Lex gar nicht auf andere als auf die in Rom anwesenden Magistrate beziehen. Dunkel bleibt nur die Geschichte der Gesetzgebung über den Privatprocess in der Epoche von der Errichtung der ersten italischen Praefectur bis gegen den Ausgang der Republik. Wir wissen nicht, ob es auch in Capua, in Cumae und anderer Orten vor den Vögten und den einheimischen Beamten *Judicia legitima* gab, d. h. solche, die auf römischer Lex beruhten²⁰⁾. Sicher bezeugt ist die Übertragung

¹⁹⁾ S. oben S. 247, 248.

²⁰⁾ S. oben S. 236 N. 3.

des gesetzlichen Verfahrens in italische (und provinciale) Landstädte erst durch die Tafeln von Ateste und Veleia; wahrscheinlich ist der Bestand von Legalordnungen für den Process vor den Ortsbehörden einzelner Municipien und Colonien bereits für eine frühere Zeit. Demnach ist es gar nicht unmöglich, dass schon in der Epoche, welcher die Aebutia angehört, mit römischen Legisactionen auch ausserhalb Rom litigirt wurde. Trotzdem richtete das Reformgesetz seine Vorschriften ohne Zweifel lediglich an den in der Bannmeile die Jurisdiction beschaffenden Magistrat der Volksgesamtheit. Der Rückschluss von der Lex Julia auf die Aebutia ist in dieser Sache schlechthin zwingend. Wenn noch Augustus dem stadtrömischen Bürgergericht eine besondere Ordnung verlieh, so muss die gleiche Beschränkung um so mehr für das ältere Reformgesetz angenommen werden. Was für Umstände die Trennung der Ordnungen für das hauptstädtische und für die municipalen Gerichte bewirkten, das ist schon oben S. 221—223 dargelegt. Sicher hat dabei zunächst das Herkommen eine Rolle gespielt: die neuen Leges sollten nur dieselbe Tragweite haben wie die alten über das Verfahren mit Spruchformeln; nicht weniger aber die innere Verschiedenheit der stadtrömischen und der municipalen Gesetze. Jene waren bestimmt für das allgemeine Bürgergericht oder, mit Mommsens Ausdruck, für ein Reichsgericht, diese für particuläre, für Ortsgerichte mit beschränkter Competenz.

Die erste zusammenfassende Ordnung für den landstädtischen Bürgerprocess in Italien oder im ganzen Reich ist m. E. von Augustus im J. 737 erlassen. Die Vorteile der hiedurch vollzogenen Verschmelzung aller Sondergesetze

liegen auf der Hand. Nur einer sei hier erwähnt. Die einzelnen Statuten der römischen Gemeinden galten zunächst bloß für die Ortsbürger. Wenn nun ein *Municeps* vor seiner Obrigkeit einen *Incola* (römischen Rechts) verfolgte, oder umgekehrt dieser jenen, so war im Statut eine eigene Norm erforderlich die das Processrecht der Ortsangehörigen auf die Insassen ausdehnte. Ebenso, wenn ein auswärts wohnender Römer einen römischen *Municeps* in der Heimat des letzteren belangte. Vermutlich war in solchem Fall das Recht des Magistrats und des Beklagten massgebend. Indess bedurfte es auch hier einer besonderen Bestimmung. Alle Schwierigkeiten dieser Art fielen weg in dem Augenblick, wo eine einzige *Lex* für sämtliche Municipalgerichte des ganzen Reiches in Kraft trat. Anscheinend spricht diese Erwägung sehr dafür, das zweite Augusteische *Judiciargesetz* nicht auf Italien zu beschränken²¹⁾.

Damit würden wir das *Judicium legitimum* auch in die Provinzen übertragen, ohne doch gegen Gai. IV. 105, 109 zu verstossen. Denn der genannte Jurist denkt an den Process vor den Reichsbeamten, wir dagegen an das Verfahren vor dem *Duovir* in einer provincialen Römergemeinde. Auch ohnedies ist es kaum zweifelhaft, daß z. B. die *Colonen* von *Genetiva* unter einander vor ihrer Ortsbehörde *ex lege Romana* agirten, vielleicht sogar vor 737 mit Schrift- oder mit Spruchformel(?). Dagegen ist das Verfahren im Statthaltergericht nach Gaius, d. h. in der Zeit des Pius und bis dahin, immer honorarisch. So weit hiebei Streitsachen in Betracht kommen, in denen eine

²¹⁾ Vgl. ferner oben S. 284 N. 37.

peregrinische Partei auftrat, versteht sich das ganz von selbst. Befremden aber könnte es, dass auch der Bürgerprocess vor dem Praeses nicht legitim war²²⁾. Weshalb ist zur Regelung dieses Verfahrens kein Volksgesetz ergangen nach dem Muster der Lex Julia et Titia (Gai. I. 185)?

Vermutlich war die Zahl der Rechtshändel unter Römern gering im Vergleich zu denjenigen zwischen Personen verschiedenen Rechts, und ausserdem konnte der Statthalter helfen durch Verweisung der Sache vor das hauptstädtische Gericht²³⁾. Als sich dann unter dem Principat die Bürgergemeinden in den Provinzen erheblich vermehrten, hatte dies in Anbetracht der eigenen Jurisdiction, welche den Städten zukam, kaum eine bedeutende Vermehrung der Bürgerprocesse vor dem Praeses zur Folge. Ob der letztere in grösseren Streitsachen provincialer Ortsbürger römischen Rechts ebenso competent war wie in Italien der Praetor urbanus, das ist noch durchaus unklar²⁴⁾. Sicher galt die Norm der l. 28 D. ad munic. (Paulus, Bd. I S. 203) auch für die überseeischen Municipalgerichte, und das von den Parteien begehrte *Romam reicere* mochte durch einzelne Stadtrechte dem Provincialregenten geradezu

²²⁾ Dass die oben S. 256 N. 60 angerufenen Stellen von Proc., Ulp., Marc. nicht die Bedeutung haben: alle Leges, die sich an den *Romas ius dicens* wenden, sind so zu verstehen, als ob auch die Statthalter darin genannt wären, brauche ich kaum zu bemerken.

²³⁾ Vgl. oben S. 256 u. N. 60.

²⁴⁾ Wenn c. 69 der L. Malacitana (Bd. I S. 199, 200 N. 50, 52) von Mommsen richtig ergänzt und der Schluss vom *iudicium pecuniarum communis* auf Privatprocesse erlaubt ist, so war doch Malaca eine bundesgenössische, keine Römerstadt. Fraglich bleibt es, ob beide Arten von Gemeinden gleich behandelt wurden.

vorgeschrieben sein²⁵⁾. Freilich mussten solche Einrichtungen undurchführbar werden, je mehr die Verallgemeinerung der römischen Civitaet im Reiche fortschritt. Seitdem sich aber die Statthalterschaften, wenigstens in den Kaiserprovinzen, regelmässig über mehrere Jahre ausdehnten²⁶⁾, seitdem ferner — noch vor Hadrian — das Honorarrecht wie die darauf beruhenden Verhältnisse für die Beamten thatsächlich unantastbar wurden²⁷⁾, nicht weniger als die legitimen Rechte, wird man die Nachteile des Imperiumsprocesses gegenüber dem gesetzlichen nicht mehr so stark empfunden haben wie noch in der Zeit der beiden Julier.

Die vorstehenden Bemerkungen über die Rechtspflege in den Provinzen beruhen nicht auf besonderer Untersuchung der Quellen. Sie sind nur hinzugefügt, um das Bild der Jurisdictionsverhältnisse im Römerreich zu vervollständigen. Um aber die Lehre vom Processort, so weit sie hergehört, zum Abschluss zu bringen, haben wir noch einen Punkt genauer zu erörtern, der oben auf S. 262—264 nur flüchtig berührt ist. Wir müssen schliesslich fragen, welche Stücke des *Judicium legitimum* an den stadtrömischen Boden gebunden waren?

²⁵⁾ Ist etwa Lenel Pal. I p. 189 dieser Ansicht? Er stellt D. 2, 11, 1 und 2, 1, 11 aus Gai. *ad edictum provinciales* unter die Rubrik: *De vadimonio Romanum faciendum*. Übrigens nennt das eine Fragm. den *praetor*.

²⁶⁾ S. Mommsen St.R. II¹ S. 259, dazu S. 255—257, Karlowa R. R. G. Bd. I S. 569.

²⁷⁾ Aus diesem Gesichtspunkt darf man wohl Paul. D. 5, 1, 49, 1 beurteilen: *Judices a praeside dati solent etiam in tempus successorum eius durare et cogi pronuntiare easque sententias servari. in eundem sensum etiam Soauiola respondit*. Anders Mommsen in der letzten Aufl. d. St.R. I S. 632 N. 2 nach einem Vorschlag von Pernice.

Im Bisherigen ist das Erforderniss der *urbs Roma* lediglich nach Gai. IV. 104—109 dargestellt. Zur Ergänzung sind jetzt einige Inschriften heranzuziehen, die alle der Decurienrichter gedenken. Von solchen Urkunden ist eine beträchtliche Menge erhalten. Eine Aufzählung an diesem Ort wäre zwecklos; doch muss ich allerdings angeben, wie weit meine Kenntniss reicht. Benutzt sind in erster Reihe alle Bände des C. I. L. (I—V, VII—X, XII, XIV), welche Register haben. Diese weisen im Ganzen 69 Inschriften nach, die uns hier angehen. Dazu gesellen sich noch aus dem VI. Band zwei (nr. 1635, 2169), aus dem XI¹. drei (nr. 393, 1836, 1926), und je eine aus dem III. Corpusband (nr. 770²⁸), aus Orelli (II nr. 4949), aus Boissieu²⁹) (p. 163), aus dem Bulletin de corr. hellénique (X p. 456³⁰)—1886) und aus der Ephem. epigr. (V p. 367). Nicht überall ist der Decurienrichter mit derselben Wendung angezeigt. Am häufigsten steht *adlectus in V decurias* und (*index*) *ex V decuriis*. Der Ort der Judication ist ganz deutlich nur³¹) zweimal erwähnt: in der oben S. 194 bis 204 besprochenen Inschrift von Tarraco (C. II nr. 4223):

adlectus in V decuri[as le]gitime Romae iudicantium

— worin man den vollen Titel dieser Richter sehen möchte — und in dem Anaunerdict (C. V nr. 5050) von Kaiser Claudius, der berichtend bemerkt:

nonnulli [a]llecti in decurias Romae res iudicare.

In der Lyoner Urkunde bei Boissieu (p. 163) eines

²⁸) Diese Nummer steht nämlich nicht im Index, weder unter *index* noch unter *ex V dec.*

²⁹) Inscriptions de Lyon (Lyon 1854).

³⁰) Auf diese Inschrift macht Mommsen St. R. III¹ S. 528 N. 2 aufmerksam.

³¹) Anders anscheinend Mommsen St. R. III¹ S. 528 N. 2.

adlectus Romae in [quinque] d[ec]urias ist der Ort der *Adlectio*, nicht der Spruchthätigkeit genannt, und die gleiche Auffassung empfiehlt sich auch für die im Bulletin X p. 456 mitgeteilte Urkunde aus Tralles: τῶν ἐκλεκτῶν ἐν Πώμῃ δικαστῶν, während die Inschrift aus Terventum im IX. Corpusband (nr. 2600, p. 242): *iudex CCCC Romae decur(iarum) V* — noch unbestimmter — „die Decurien“ in Beziehung zur Stadt Rom bringt, und endlich die spanische im II. Bd. nr. 4617 (p. 613) überhaupt ausser Anschlag bleiben muss, weil die Ergänzung von Hübner ganz willkürlich³²⁾ ist. Mithin sind unter 79 nur zwei, welche unverkennbar Rom als Processort anführen, während in den allermeisten (74) Inschriften jede Ortsbezeichnung fehlt. Demnach erscheint es mindestens unerwiesen, ob wirklich ein ausführlicherer Titel der Decurienrichter im Gebrauche war, der so gelautet hätte, wie ihn die oft genannte Urkunde von Tarraco überliefert.

Indess soll keineswegs gezeugnet werden, dass es in der That Regel war, die in Rom contrahirten Prozesse auch in Rom der Urteilsfällung zuzuführen. Selbst ohne die klaren Worte des Marcellus (S. 48, 49) in l. 30 D. de iud. (5, 1) wäre daran nicht zu zweifeln. Gewiss hatte der Beklagte, der in der Hauptstadt zur Streitbefestigung angehalten wurde, ohne Weiteres nur hier, nicht anderswo, die Verpflichtung zur ferneren Defension. Auch konnte die Aufsicht³³⁾, welche dem Magistrat über alle unter seiner³⁴⁾

³²⁾ Und nach der Zusammenstellung, deren Ergebnisse oben verwertet sind, auch höchst unwahrscheinlich.

³³⁾ Vgl. Keller Civilprocess § 68.

³⁴⁾ Oder auch unter seines Vorgängers Autorität; denn die Julische Processverjährung war erst in 18 Monaten vollendet. Wegen Ulp. D. 2, 1, 13, 1 vgl. Mommsen St. R. I S. 632.

Autoritaet entstandenen Prozesse zukam, nur dann wirksam sein, wenn der Rechtshandel seine Erledigung in der Bannmeile fand, die ja der Praetor für längere Zeit gar nicht verlassen sollte. Endlich erzählt Plinius⁸⁵⁾ (Nat. h. XXIX c. 1 § 18) einmal vom Decurienrichter, der *a Gadibus columnisque Herculis arcessitur*, um *de nummo* zu judiciren. Mithin steht die Berufung der provincialen Geschwornen nach Rom fest, mochte es sich um Straf- oder um Privatprocesse handeln. Trotzdem darf man wohl fragen, ob Rom wie der regelmässige so auch der schlechthin notwendige Ort war für das Verfahren vor dem Judex, und ob Dies insbesondere zutrifft für das durch legitimen Vertrag geschaffene Judicium?

Zur Bejahung zwingt uns weder Gaius (IV. 104) noch die Inschrift von Tarraco. Die letztere deutet blos auf das weitaus Gewöhnlichste hin, und der Jurist sagt: *legitima sunt iudicia* (genau: „Processrechtsverhältnisse“) *quae in urbe . . . accipiuntur* („begründet werden“). Wenn Mommsen⁸⁶⁾ als Wortführer der herrschenden Lehre von Processen spricht, die im Amtsgebiet *domi* und solchen, die *militiae* „entschieden“ werden, so ist das etwas wesentlich Anderes, als was Gaius berichtet. Von jeher hat man Zweierlei übersehen: dass die Institutionenstelle *accipiuntur* bietet, nicht *iudicia quae accepta sunt*⁸⁷⁾, und dass *iudicium* keineswegs blos das Geschwornenverfahren ausdrückt. Das m. E. Richtige ist oben im 4. Capitel ausführlich dargelegt. Jetzt haben wir nur die Summe zu ziehen und müssen hiernach Gaius' Worte lediglich von

⁸⁵⁾ S. auch Ulp. Dig. 5, 1, 2, 3.

⁸⁶⁾ St. R. I S. 186, vgl. II¹ S. 220.

⁸⁷⁾ S. oben S. 28, 48, 49, 77, 78.

der Streitbefestigung verstehen. Diesem Acte pflegten verschiedene andere voranzugehen, wovon einer, das *iudicere* des Magistrats, durchaus unentbehrlich war. Ohne Formelgenehmigung und — was darin mitenthalten ist — ohne Genehmigung des durch Formelübergabe zu begründenden Processes keine Litiscontestatio. Wäre nicht schon dieses unlöslichen Zusammenhangs wegen das *iudicem iudicium dare* in die Bannmeile zu verweisen, so müsste es doch geschehen mit Rücksicht auf die Zeugnisse, denen zufolge der Praetor zur Jurisdiction *in urbe* verpflichtet war (S. 271—273). Dagegen darf das Gleiche für sonstige Handlungen der Parteien wie des Magistrats, die das legitime *Judicium* vorbereiten⁸⁸⁾, sicher nicht behauptet werden (S. 263, 264); und ebenso wenig, allem Anschein nach, für das Verfahren, welches der Streitbefestigung nachfolgte. Jedenfalls ist unschwer darzuthun, dass der Ausspruch von Marcellus (S. 48, 49, 279): *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet* nur eine Regel anzeigt, die Ausnahmen zulässt. Zur Aufklärung dient vor Allem Ulp. l. 59 D. de iud. (5, 1):

Si locus in iubendo iudicare non est comprehensus, uidetur eo loco iudicare iussisse quo solet iudicari, sine incommodo litigantium.

⁸⁸⁾ Nach Gell. XX. 10 § 7—9 müsste die von den Zwölf Tafeln geordnete Grundstücksvindication sehr häufig ausserhalb der Bannmeile stattgefunden haben; später wäre in diesem Raum nur ein die (städtische) Streitbefestigung vorbereitender Parteienact möglich gewesen; vgl. besonders Karlowa Legisactionen § 8. Jüngst aber hat Bechmann *Legis actio sacramenti* § 15 sehr mit Recht die Erzählung des Gellius angefochten. Das 10. Cap. des 20. Buchs enthält auch sonst ungläubliche Dinge, d. h. solche, die unverträglich sind mit anderen zuverlässigen Nachrichten.

Bleibt es auch ungewiss, ob der Jurist hier von der Grenze des 1. Meilensteins absieht, oder ob er blos an Gerichtsstätten innerhalb der Bannmeile denkt, so lehrt er uns doch die magistratischen Decrete, welche das *iudicare* anordnen (S. 56 N. 10 a. E.), unterscheiden: in solche, die den Ort des Schwurgerichts feststellen und solche, die ihn unbestimmt lassen. Offenbar ist der Satz des Marcellus auf Fälle der letzteren Art zu beziehen.

Num aber forschen wir weiter, ob der Praetor befugt war, unter besonderen Umständen und nach dem Antrag der Parteien für das Judicium im engeren Sinn einen Ort jenseits des 1. Meilensteins zu bestimmen? Bekanntlich (S. 249, 272) sagt Ulpian (D. 1, 12, 3) von dem Stadtpraefecten, der nur *in urbe* Potestas hatte, ausdrücklich: *extra urbem potest iubere iudicare*. Selbstverständlich reichte die Macht des Ersatzmanns nicht weiter wie die des vertretenen Gerichtsherrn selbst. Da der letztere in der späteren Republik nicht mehr an die innere Stadt gebunden war, so galt wohl für ihn, d. h. für den Praetor der Grundsatz: *extra primum urbis Romae miliarium potest iubere iudicare*. Damit stimmt auch Paulus ad Plautium lib. XVII (D. 5, 1, 28, 4) völlig überein. In einer Erörterung über den Umfang des *beneficium reuocandi domum*³⁹⁾, welches den in Rom verweilenden städtischen Abgesandten (*legati*) zukam, bemerkt er:

*Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita aduersus eum (näml. legatum) iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in prouinciam transferatur*⁴⁰⁾.

³⁹⁾ S. Lenel Paling. I p. 1173; dazu etwa Ulp. D. 4, 6, 28, 4.

⁴⁰⁾ Vgl. Wlassak Litiscontestatio S. 31, 32.

Nach diesem Text ist an der Befugnis des Praetors nicht zu zweifeln, eine in Rom contestirte Streitsache zur weiteren Verhandlung in die Provinz zu verweisen. Nur durch die Annahme, dass die beiden letztgenannten Fragmente in der Sammlung Justinians in gekürzter Fassung stehen, während die Urschrift deren ausschliessliche Beziehung auf den Imperiumsprocess irgendwie hervorhob, könnte ihre Beweiskraft gebrochen werden. Indess lese man die ganze l. 28 pr. — § 4 cit! Nichts lässt auf eine Verstümmelung schliessen; eine Behauptung aber von der man nur sagen kann, dass sie nicht schlechthin unmöglich sei, ist auch als Hypothese wertlos. Die Wahrscheinlichkeit spricht in unserem Fall nicht gegen, sondern für die Vollständigkeit des Pandektentextes und damit auch für die Beziehung der beiden Stellen auf den unter Bürgern die Regel bildenden Legalprocess⁴¹⁾.

Somit bleibt nur die Frage übrig, ob die in Rom *ex lege Julia* contrahirte Processobligation und der daselbst angenommene Judex legitimus das Gepräge der Gesetzlichkeit einbüssten, sobald eine Überleitung („Transferiren“) des Verfahrens in das Gebiet *extra primum urbis miliarium* eintrat? Hiebei handelt es sich keineswegs um einen blossen Titelstreit. Wenn das Judicium ausserhalb Rom nicht mehr „gesetzlich“ war, so will das sagen: das Verfahren vor dem Judex stand jenseits des 1. Meilensteins nicht unter der Herrschaft der „hauptstädtischen“ Lex Julia, sondern eines anderen „Ortsrechts“; in der Provinz also, der Regel nach, unter der Herrschaft eines provincialen Honorarrechts. Wo-

⁴¹⁾ So hinsichtlich der l. 28 § 4 D. (5, 1) schon Busse De legitimo iudicio p. 44.

hin wäre dann aber das gesetzliche Processverhältniss geraten? Die Loslösung vom stadtrömischen Boden war ja gewiss kein Erlösungsgrund. Und doch hätte der Geschworne in der Provinz gar nicht die Macht gehabt, die in Rom geschaffene Streitobligation durch seinen Spruch aufzulösen⁴²⁾. Selbst die Verjährung hätte den Untergang nicht herbeigeführt, da das Julische Gesetz nach der hier bekämpften Meinung am Stadtbezirk von Rom haftete. Weiter müsste man fragen, woher die amtsrechtliche Processobligation stammen soll, mit der die Parteien und der Judex nach der Übersiedelung in die Provinz zu thun hatten? Dass auch nach römischer Anschauung legitime Verhältnisse durch blossen Ortswechsel ihre Natur änderten, davon wissen wir nicht das Geringste. Bekannt sind im Gegenteil die übereinstimmenden Äusserungen von Labeo (bei Ulp. D. 17, 1, 8, pr.) und Paulus (D. 14, 6, 12), die da lauten: *cuiusque contractus in initium spectandum*. Nur wer sich von modernen Vorstellungen leiten lässt und das Processrecht statt auf die Menschen zunächst auf Erde und Luft bezieht, kann in Versuchung kommen, die Geltung der Julischen Gerichtsordnung durchaus auf Rom und den Umkreis zu beschränken. Nach der oben ausgeführten Ansicht ist aber die Localisirung der legitimen Streitbefestigung keineswegs ein Ausfluss des „Territorialgedankens“, sondern lediglich die Folge der Sesshaftigkeit des Gerichtsherrn in Rom⁴³⁾. Dagegen lässt sich eine gleichartige Fesselung der anderen Stücke des Verfahrens nicht nachweisen, weder der vor-

⁴²⁾ Das nur amtsrechtlich wirksame Urteil hätte sich zu der legitimen Processobligation genau so verhalten wie z. B. das *praetorische pactum* zu der civilen *obligatio* des Privatrechts; s. Bd. I S. 62.

⁴³⁾ Daher bitte ich im I. Bd. S. 91 Z. 5—11 v. oben zu streichen.

bereitenden Acte noch der Judication des Geschwornen. Mithin werden wir wohl die Antwort auf die obige Frage in folgende Worte fassen dürfen. Das in der Stadt Rom begründete Judicium war legitim, oder was Dasselbe bedeutet, es war vom Anfang bis zum Ende dem Aebutisch-Julischen Recht unterworfen, auch wenn das Verfahren vor dem Judex nach der Weisung des Praetors ausserhalb der Bannmeile stattfand. Insbesondere hatte das Urteil des gesetzlichen Richters volkrechtliche Gültigkeit, gleichviel an welchem Ort es gefällt war.

§ 36. IV. Der Einzelrichter im Judicium legitimum. —
Judex und Arbitr. — Arbitri im alten Recht.

Als drittes Erforderniss des legitimen Processvertrags nennt Gai. IV. 104 den Einzelrichter: *iudicia quae . . . sub uno iudice* (S. 79—83) *accipiuntur*. Die Erörterung dieses Gegenstands kann kurz gehalten werden, weil einerseits die Grundlagen schon durch die Ausführungen in den §§ 11 und 32 gesichert, andererseits die Fragen, welche hier Antwort heischen, durch den Gang der bisherigen Darstellung deutlich vorgezeichnet sind. Vor Allem wird es jetzt kaum Widerspruch finden, wenn wir, Gaius folgend, den *unus iudex* sofort in eine Reihe stellen mit den übrigen Merkmalen des gesetzlichen Verfahrens und demgemäss im Einzelrichter eine sachliche Voraussetzung oder Daseinsbedingung des Judicium legitimum erkennen, genau so wie vorher in den *civis Romani* eine persönliche und in der *urbs Roma* eine örtliche¹⁾. Unnötig scheint es, diese Annahme noch besonders zu erweisen. Um aber

¹⁾ Vgl. oben § 22 S. 75.

Missverständnisse abzuwehren, empfiehlt sich eine Wiederholung des Gesagten in anderer Ausdrucksweise. Wir behaupten also, dass beide Gerichtsordnungen, die Aebutia wie die Julia, blos für solche Prozesse Geltung beanspruchten, welche mit einer *Judexformel*²⁾ begründet wurden. Ein hypothetischer Aufbau des betreffenden Capitels der Reformgesetze ist oben auf S. 212, 213, 245 versucht. Vermutlich war das *ius ratumque esto*, vielleicht die (grundsätzliche) Gleichstellung mit der alten *Legisactio*, nur für diejenigen Prozesse ausgesprochen, welche die Parteien mit einer Formel *sub uno iudice* (S. 81) contrahirten.

Die eben angeführten Worte verwendet Gaius dreimal auf eng begrenztem Raume. Trotzdem darf man sie schwerlich aus dem Legaltext ableiten. Als Einzelrichter (*unus*) bezeichnet das Lehrbuch den *Judex* ausdrücklich, um den Gegensatz zu den *Recuperatoren* zu betonen, von denen die nächsten Sätze handeln. Dagegen war der Text der Gerichtsordnungen wohl anders gestaltet; entweder hiess es da blos *iudex* oder *iudex arbiterus*. Schon in den Zwölftafeln kommt diese Doppelbezeichnung zweimal (II. 2 u. IX. 3) vor; sodann kehrt sie wieder am Ausgang der Republik im Julischen Repetendengesetz von 695 (bei Macer Dig. 48, 11, 7, pr.) und auf der Tafel von Ateste (Z. 7³⁾). Wenn Gaius, wie wir annehmen müssten, in IV. 104, 105, 109 den *arbitr* wegstrich, so

²⁾ Man gestatte der Kürze halber diesen Ausdruck, welcher der „recuperatorischen Formel“ (*iudicium recip.*) im Venafr. Ed. Z. 65, 66 (S. 82) u. a. anderen Orten nachgebildet ist.

³⁾ In Z. 15 steht unverbunden *iudicis arbitri recuperatorum*; wie oben *iudex arbiterus* bei Prob. 4 nr. 8, Festus v. *taxat* p. 356 (nach der sicheren Ergänzung von Bruns-Mommsen Font. p. 275 — ed. V.), Just. I. 4, 6, 1.

ist das weder auffallend — denn dieselbe Wortkargheit begegnet in IV. 12, 20⁴⁾, 141⁵⁾ — noch auch eine „Nachlässigkeit⁶⁾“. Offenbar wäre dieser Vorwurf nur aufrecht zu halten, wenn nach römischem Sprachgebrauch *iudex* den *arbiter* aus- nicht einschloss. Nun geben aber die Quellen über das Verhältniss der beiden Worte ganz klare Auskunft. Nicht jeder *iudex* ist auch *arbiter*, denn der letztere ist ein besonders schattierter Richter, wohl aber ist jeder *arbiter* zugleich *iudex*⁷⁾, sofern ihn die Parteien unter magistratischer Autoritaet angenommen haben⁸⁾. Daher ist in den genannten Leges das *ue* hinter *arbiter* statt mit „und“ genauer mit „beziehungsweise“ zu übersetzen. Der Beweis hiefür könnte im Anschluss an Savigny⁹⁾ aus den Institutionen (IV. 42, 163) des Gaius erbracht werden. Indess mag dieser Zeuge, der heutigen Tags als „Provinciale“ schlechten Ruf genießt, diesmal ausser Spiel bleiben. Gleich guten Dienst leisten z. B. Cic. de off. III c. 16 § 66:

. . . *Calpurnius . . . arbitrum illum adegit, 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'. M. Cato sententiam dixit . . . is igitur iudex ita pronuntiauit: . . .*
de off. III c. 17 § 70:

⁴⁾ Zu vergleichen mit Prob. 4 nr. 8; s. A. Schmidt Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 147, 159, 160 N. 1. Zu Cic. p. Mur. c. 12 § 27 Bd. I S. 90 N. 10.

⁵⁾ Vgl. mit Gai. IV. 163—166 a.

⁶⁾ So Baron in den Festgaben f. Heffter S. 32.

⁷⁾ So auch Festus-Paul. p. 15: *Arbiter dicitur iudex . . .*; dazu Mayer Litiscontestatio I S. 79—85.

⁸⁾ Missbräuchlich nennen die Juristen zuweilen selbst den Schiedsrichter *iudex (compromissarius)*; s. Baron Conditionen S. 139 N. 2.

⁹⁾ System Bd. V S. 104 N. g. Übereinstimmend Keller Civilpr. § 7 S. 35, A. Schmidt in Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 150 N. 3, S. 159, 160 u. A. Vgl. auch Lenel Edict S. 163 N. 1; verfehlt Huschke Multa S. 397.

Q. Scaeuola . . . *summam uim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona' . . . in iis magni esse iudicis statuere . . .*

Ulp. l. 2 § 1 D. fin. reg. (10, 1):

Iudici finium regundorum permittitur . . .

Paul. l. 4 pr. § 3, 5 D. eod.: *iudex*,

verglichen mit Cic. Top. c. 10 § 43: . . . *finibus regundis adigere arbitrum* u. De leg. I c. 21 § 55,

Pomp. Ulp. l. 3 § 13 D. ad exh. (10, 4):

. . . *iudicem per arbitrium*¹⁰⁾ *sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare . . .*

endlich Paul. I. 18, 1:

Arbiter familiae herciscundae,

verglichen mit Paul. I. 18, 3 u. 4 (aus App. I. 13 u. 14):

iudex familiae herciscundae.

Hiernach hat es Streitsachen, in denen der Geschworne richtig nur als *arbiter* zu bezeichnen war, überhaupt nicht gegeben. Überall findet sich neben dem besonderen auch der allgemeinere Name; in den klassischen Schriften sogar der letztere weit häufiger als der erstere. Es kommt also Nichts darauf an, ob im Aebutischen und Julischen Gesetz bloß vom *iudex* oder — was immerhin wahrscheinlicher ist — vom *iudex arbiterue* die Rede war. In keinem Fall ist daran zu zweifeln, dass der in Rom unter Bürgern *sub arbitro* abgeschlossene Processvertrag unter das massgebende Capitel der beiden Gerichtsordnungen fiel und folglich legitimes Gepräge hatte. Hinsichtlich der L. Julia

¹⁰⁾ Hiezu etwa Ulp. Inst. V, verglichen mit Gai. IV. 163 (*iudicis arbitrio*), der es offenbar vermeidet, *arbitri arbitrio* zu schreiben.

ist sogar bei Paul. Vat. 47^a (S. 191, 192) ein ausdrückliches Zeugniß erhalten.

Trotzdem läßt es Keller in seiner Bearbeitung der Caeciniana (p. 362) unentschieden, ob nicht zur Zeit Ciceros *omne iudicium, quod non iudicem sed arbitrum haberet*, zu den Imperiumsprocessen gehörte¹¹⁾. Allein diese Äusserung beruht, wie die Note 55 (l. c.) zeigt, zum einen Teile auf der Verwechslung von Formel und Process bei Cic. p. Rosc. com. c. 5 § 15, vor der Savigny¹²⁾ vergeblich gewarnt hatte, zum anderen auf der in unserer Litteratur sehr verbreiteten Überschätzung des Abstandes zwischen dem Judex im e. S. und dem Arbitr. Die Überlieferung bietet in Wahrheit nicht den geringsten Anhalt dafür, das Verfahren vor dem Praetor, sei es nach gesetzlichem sei es nach honorarischem Recht, verschieden¹³⁾ zu denken, je nachdem als Spruchrichter ein Judex oder ein Arbitr in Aussicht genommen war. Erst das festgestellte Processprogramm macht die Unterscheidung überhaupt möglich; daher trat sie nicht im ersten sondern nur im zweiten Abschnitt des Judiciums hervor, insbesondere bei der Urteilsfällung. Belanglos muss auch der Name gewesen sein, dessen sich die Parteien in Jure bei der Postulation des Richters bedienten. Ein altes, peinlich genaues Spruchformular (Prob. 4, 8) schrieb ihnen vor, (in gewissen Fällen) *iudicem arbitrumue* zu erbitten. Diesen Wortzwang hat die Processreform sicher beseitigt; sachlich zutreffend aber

¹¹⁾ Im Civilprocess § 45 ist diese Vermutung nicht wiederholt.

¹²⁾ System Bd. V S. 102 N. b. Auch Eisele Abhandl. S. 103 (1889) hat sich nicht warnen lassen.

¹³⁾ Beleglose Aufstellungen von Savigny, O. E. Hartmann, Schulin, Ubbelohde oben S. 196 N. 16.

war die von Cicero (pro Mur. c. 12 § 27) mit billigem Spott verfolgte Redeweise auch im neueren Verfahren, und ihr Sinn war der: die Parteien begehrt nicht von vornherein das Eine oder das Andere, sondern im Allgemeinen einen Judex, der jedoch gegebenen Falls, wenn sein Programm ihn hiezu ermächtigte, das Urteil als Arbitr finden sollte¹⁴). Übrigens scheint der Praetor die für seine Jurisdiction in der That bedeutungslose Spaltung des Judexbegriffs im Album nicht weiter beachtet zu haben. Wenigstens beginnt die Bonaefideiformel der Actio depositi¹⁵) bei Gai. IV. 47 mit den Worten: *iudex esto*. Daraus erklärt sich vielleicht das Vorwalten dieses Ausdrucks in den Schriften der Juristen, die sich auch wohl niemals bemüht haben, eine scharfe Grenzlinie zwischen dem Hauptbegriff und seiner Abart zu ziehen.

Wenn dem Gesagten nach das Aebutisch-Julische Recht nur diejenigen Streitsachen betraf, welche *sub iudice arbitroue* contestirt wurden, so ist demnächst die Herkunft und die Bedeutung dieser Schranke auszuforschen. Hat etwa die Lex Aebutia den Einzelrichter neu eingeführt, und wenn sie das nicht that, hat sie ihn bei allen oder nur bei gewissen Privatrechtssachen vorgefunden? Bekanntlich nehmen Puchta, Keller und Andere an, dass in der sog. Legislationenzeit die Zehn- und die Hundertmänner die gewöhnlichen Richter gewesen und nur allmählich durch den Einzelgeschwornen verdrängt seien. Diese den Quellen

¹⁴) Vgl. noch Ulp. D. 2, 11, 2, 3: . . . *si iudex* mit dem Gesetzwortlaut bei Capito-Fest. p. 273: . . . *iudici arbitroue*; Zimmermann Civilpr. S. 24, 25.

¹⁵) Vgl. Pap. D. 16, 3, 24 über *A. depositi*: . . . *in bonae fidei iudiciis . . . officium arbitri*.

geradezu widersprechende Lehre, die den (*unus*) *iudex* der Zwölf Tafeln¹⁶⁾ und den Gaianischen Bericht über das alte Spruchverfahren einfach übersieht oder nicht sehen will, ist im I. Bd. § 11¹⁷⁾ ausführlich bekämpft¹⁸⁾. Nach dem dort Gesagten hat es im Bürgerprocess der alten Zeit — geringe Ausnahmen abgerechnet — überhaupt kein anderes Gericht gegeben als das des Einzelgeschwornen. Alle anderen sind späteren Ursprungs und haben die Regel in keinem einzigen Fall dermassen durchbrochen, dass seither die Bestellung eines *Judex* unzulässig gewesen wäre. Was nun die Liste der *Centumviri* und *Decemviri* anlangt, so ist die erstere nicht vor dem 6. Jh. aufgestellt (I § 10 N. 35), vielleicht gerade durch die *Aebutia* geschaffen¹⁹⁾

¹⁶⁾ Bei Bruns: II. 2 u. IX. 3 (im I. Bd. S. 144 verdruckt); s. ferner I. 8: .. *litum addidit* (Einzahl!, die letzte Äusserung über diese Stelle bei Bechmann L. A. sacr. S. 26, 27) und Sextus Caecilius bei Gell. XX. 1, 38: *iudicis talionem imperanti . . . aestimata lite iudex* (an den Magistrat ist nicht zu denken; vgl. Huschke Gaius. Beiträge S. 125, Voigt XII Tafeln Bd. II S. 534). Nicht unbefangenen scheint Bechmann zu urteilen in den Münch. Sitzungsberichten (Phil. Cl.) 1890 Bd. II S. 167.

¹⁷⁾ Dazu oben S. 211 N. 52 a. E. Bechmann Sitzungsber. 1890 Bd. II S. 169, 170 vernämlicht wieder die Zehnmänner bei Liv. III c. 55 und die späteren *dec. stit. iudicandis*.

¹⁸⁾ Loth. Seuffert hat mir die „Gesetze der historischen Entwicklung“ entgegengehalten. Sind es nicht die bei Keller Civpr. § 4 codificirten, dann gestehe ich, diese „Gesetze“ nicht zu kennen. Dagegen hat, wie ich glaube, Mommsen im „Staatsrecht“ Folgendes nachgewiesen: Die Entscheidung überall in der Hand eines Mannes, Collegien nur zur Beratung; erst in der späten Republik Mehrheitsentscheidung. Das Meisterwerk des grossen Forschers findet leider bei unseren Juristen nicht die gebührende, ja unerlässliche Beachtung. — Für das hohe Alter des *Judex* beruft sich schon Savigny Geschichte des R. R. Bd. I S. 101 N. b. (2. A.) auf Gai. IV. 104.

¹⁹⁾ Etwas anders habe ich mich im I. Bd. S. 126, 127, 138 geäussert. Indess glaube ich mich jetzt zu der Bd. I S. 126 Abs. 2 a.

vielleicht etwas früher, die letztere entweder zur selben Zeit oder noch später (Bd. I S. 146, 147, 149, 151). Dürfte man die genannten Collegien der nachaebutischen Epoche zuweisen, so kämen sie hier gar nicht in Betracht, sondern erst für den Julischen Process. Sind sie aber gleich alt oder etwas älter als das Reformgesetz der Republik, so wäre unsere Ansicht, derzufolge legitimer Process mit Judexformel vom Anfang an in allen Sachen eintreten konnte, nur gefährdet, wenn man dem Gericht der Zehn oder der Hundert ausschliessliche Competenz in irgend welchem Rechtshandel zuschreiben müsste. Hiezu sind wir aber keineswegs gezwungen. Für die Vindicationen des Eigentums und der Servituten ist die Concurrenz des Judex erwiesen, für die Erbschafts- und Freiheitssachen ist die gleiche Annahme kaum zu vermeiden (Bd. I § 10 u. S. 151, 152). Viel besser unterrichtet sind wir über den Rechtszustand der Kaiserzeit. Unter Augustus verschwindet das selbständige Judicium des Zehnercollegs, und den Centumvirn kommt nach klaren Äusserungen der Quellen in keiner Sache ausschliessende Gerichtsbarkeit zu (Bd. I S. 177, 178, 206—235). Diese letztere Ordnung hat die Lex Julia meiner Überzeugung nach sicher vorgefunden. Andernfalls müsste sie selbst durch eine besondere Be-

E. bezeichneten „Möglichkeit“ bekennen zu dürfen. — Schon A. Augustinus und Siccama De iud. centumvirali I c. 8 (ed. Zeperniek Halae 1776 pag. 62, 63) haben arg. Gell. XVI 10, 8 den Ursprung der Hundert im Aebutischen Gesetz gesucht. Bedenkt man die Gleichartigkeit des 1. u. 2. Reformgesetzes, so liegt diese Hypothese ziemlich nahe. Die Julia handelte ja in einem Cap. von der Processform, im andern von den Centumvirn. Gell. l. c. freilich scheint mir noch immer besser zu dem Bd. I S. 126 Gesagten zu passen; Gai. IV. 30, 31 aber lässt in gleichem Maasse beide Anstellungen zu.

stimmung vorerst die durchgängige Concurrenz des Einzelrichters hergestellt haben, um sodann für die Streitbefestigung mit Judexformel, die nun allgemein verwendbar war, das *ius ratione esto* auszusprechen.

Neben den Zehn- und Hundertmännern führt Puchta²⁰⁾ als Vorgänger des Einzelgeschwornen die Arbitri auf, die seiner Meinung nach „ursprünglich wohl meistens in der Mehrzahl gegeben wurden“. Andere Gelehrte²¹⁾ äussern sich vorsichtiger, ohne indess Puchta entgegenzutreten. Keller ersetzt das Wörtchen „meist“ durch „zuweilen“; doch sollte man richtiger sagen: „ganz ausnahmsweise“.

Soviel ich sehe, sind Arbitri in der Mehrzahl für das alte Recht²²⁾ nur durch zwei Leges der Zwölftafeln bezeugt: VII. 5 u. XII. 3 (Brunns). Die eine lautet bei Festus (ap. Laetum p. 376):

Si uindiciam falsam tulit, si uelit is, [prae]tor²³⁾ arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidit.

²⁰⁾ Institutionen Bd. I § 154 S. 443, dazu S. 440—442 (S. A.).

²¹⁾ Vgl. Savigny System Bd. V S. 643, Keller Civpr. § 7 S. 34, § 16 S. 79, Karlowa Legisactionen S. 57, 142, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 261, Schulin Gesch. d. R.R. S. 553.

²²⁾ Die Arbitri des späteren Kaiserrechts kümmern uns nicht. Eben so wenig die in den klassischen Schriften vielfach begegnenden (nicht eigentlich richtenden) Sachverständigen zur „Erledigung nicht juristischer Fragen und Geschäfte“; s. Bekker Actionen Bd. II. S. 208 bis 210. Übrigens ist auch hier durchaus die Bestellung in der Einzahl üblich. — Zu Modestin D. 10, 1, 7: *De modo agrorum arbitri dantur . . . idque ita rescriptum est* vgl. Rudorff Ztschr. f. g. R.W. Bd. X S. 382.

²³⁾ So füllt Mommsen die Lücke aus. Handschriftlich ist überliefert: *si uelit is . . . tor*. Andere Conjecturen bei Brunns Font. p. 376 n. 28.

Über die andere berichtet Cic. de leg. I c. 21 § 55: *controuersia est nata de finibus, in qua . . . e XII tres arbitri fines regemus.*

Bleibt man mit Mommsen-Bruns bei dem hier aus Festus mitgeteilten Texte²⁴⁾ stehen, so macht das erstere Gesetz keine Schwierigkeiten. Die Worte *si uelit is* können nicht überflüssig und ihr Sinn muss wohl sein, dass der Magistrat drei Arbitri nicht immer und ohne Weiteres zu geben habe, sondern nur auf besonderen Antrag desjenigen, der *uindiciam falsam tulit*. Ähnlich verhiess auch ein Verrinisches Edict [Cic.²⁵⁾ Verr. III c. 14 § 35] Recuperatoren: *si uter uolet*. Was sonst die Zwölf Tafelnorm²⁶⁾ bedeutet, geht uns nicht weiter an. Jedenfalls handelt sie von einem Nachverfahren, nicht von der Vindication selbst. In das spätere Recht ist aus unserer Lex nur der Doppelpersatz der Früchte übergegangen, u. z. in das Recht der Cautio pro praede litis et uindiciarum²⁷⁾, während die Arbitri vermutlich durch den concurrirenden Einzelrichter völlig verdrängt sind. Wenigstens erscheint bei Ulpian in zwei Stellen (D. 4, 8, 36 — 50, 16, 68), die Lenel²⁸⁾ mit gutem Fug auf die erwähnte Caution bezieht, ein einzelner Arbitr.

²⁴⁾ Den Schoell Leg. duod. tab. reliquiae p. 110, 111 wegen des zweimaligen *si* beanstandet.

²⁵⁾ Leider ist aus den irreleitenden Vorwürfen des Anklägers die Tragweite des Edicts nicht klar zu erkennen.

²⁶⁾ Eine neue Auslegung giebt Bechmann L. A. sacram. S. 31—35.

²⁷⁾ S. Lenel Edict S. 411—413.

²⁸⁾ Edict S. 409 N. 2, S. 411, 414, Pal. II p. 869. Lenel denkt sich dieselbe Person (*L. Titius*) als Judex im Sponsionsprocess und als Arbitr betreffs der Restitution. Das dürfte auch richtig sein. Nur fragt es sich, woraus für *L. Titius* Recht und Pflicht zum *restituere iubere* erwuchs? Die Erwähnung in der Cautio p. p. l. et

Nicht viel anders ist es dem zweiten Richtercolleg ergangen, welches in den Zwölfafeln zur Grenzberichtigung — und hier wohl mit ausschliessender Competenz — berufen war. Durch eine Lex Mamilia, die man ins 6. Jh. zu setzen pflegt⁸⁹⁾, wurden nämlich, wie Cic. de leg. I c. 21 § 55 bemerkt, *singuli arbitri* angeordnet, wenn nicht statt⁸⁰⁾ der Dreirichter, so doch neben ihnen, und in den Schriften⁸¹⁾ der klassischen Juristen begegnet nur dieser neuere Einzelgeschworne. Die Norm der Zwölfafeln ist wohl später ganz ausser Anwendung gekommen. Weshalb aber das ältere Gesetz gerade für die Actio finium regundorum⁸²⁾ mehrere Arbitri forderte, das ist natürlich nicht auszumachen. Vielleicht sollte ein sachverständiger Mensor⁸³⁾ mit anderen Vertrauensmännern der Parteien zusammenwirken. Für uns wären übrigens die eben genannten Dreirichter, die zur Zeit der Aebutischen Reform schwerlich noch allein judicirten, nur dann wichtig, wenn wir Grund hätten, ihre Verwendung auch in anderen als in Grenzstreitigkeiten anzunehmen.

Was nun zunächst die Belege anlangt, welche Puchta⁸⁴⁾

u. konnte doch nicht genügen. Vielleicht steht bei Gai. IV. 93 nicht der ganze Wortlaut der Sponsio.

⁸⁹⁾ S. Rudorff Ztschr. f. gesch. R. W. Bd. IX S. 389, R. R. G. Bd. I S. 102, Lange Altert. Bd. II S. 617 (2. A.).

⁸⁰⁾ So Rudorff Ztschr. f. g. R. W. Bd. X S. 347, anders und wohl richtig Bekker Actionen Bd. I S. 235; vgl. im Allgemeinen Karlowa R. R. G. Bd. I S. 190 N. 1.

⁸¹⁾ S. Dig. 10, 1 (aber oben N. 22), Gai. IV. 42; auch Cic. Top. X § 43.

⁸²⁾ Wie weit sie reichte, zeigt Karlowa Beiträge S. 141—162; vgl. Bekker Actionen Bd. I S. 235—245.

⁸³⁾ S. Frontin Lachm. p. 34 Z. 20, p. 43 Z. 23—25, Voigt Zwölf T. Bd. II S. 640.

⁸⁴⁾ Institut. Bd. I § 154 N. c—f S. 440, 441 (8. A.). Auf Scaev.

und die ihm Folgenden anführen, um die *Actio aquae pluviae arcendae*, das „*Arbitrium tutelae*“ und die *Actio fam. herciscundae* einem Collegium mehrerer Arbitri zuzuweisen, so steht es damit recht eigentümlich. Keine von diesen Stellen beweist Etwas; die meisten sogar genau das Gegenteil. So bezeugt z. B. für die *A. aquae pl.* Cic. Top. IX. 39, X. 43 und Alfen D. 39, 3, 24, pr., § 1, 2 (dreimal) den *arbiter* in der Einzahl, Labeo-Jul.-Ulp. D. 39 3, 4, pr., § 1 den *iudex*; für das *Arbitrium tutelae* Cic. de off. III c. 17 § 70 und ebenso Ulp. D. 27, 4, 1, 4 u. 27, 4, 3, pr. den *iudex*, Scaev. D. 49, 1, 28, 2 den *arbiter*; für die *A. fam. herc.* Jul. D. 10, 2, 51, pr., Pomp. D. 10, 2, 47, pr., Pap. Vat. 296 den *arbiter*, Paul. Sent. I. 18 den *arbiter* und den *iudex*. Demnach ist der Quellenbeweis sowohl für die Aebutische wie für die Julische Epoche durchaus missglückt. Indess können wir noch weiter gehen und darthun, dass die Dreirichter auch in der alten Zeit und nach dem Recht der Zwölf Tafeln nur in wenigen Ausnahmefällen vorkamen.

Von den Gesetzen der Decemviri liegt uns eines vor: II. 2, dessen Fassung kaum vereinbar ist mit der Annahme regelmässig urteilender Collegien von drei (od. 5) Geschwornen; und ein zweites: I. 8 schliesst diese Annahme schlechterdings aus⁸⁵⁾. Vollends widerlegt wird Puchta ferner durch den Namen der alten Processform, die sich viele Gelehrte gerade für die Arbitria bestimmt denken.

D. 20, 5, 14: *arbitri divid. her.* beruft sich Puchta nicht. Dasselbe Responsum kehrt wieder in D. 20, 5, 11; doch steht hier *arbiter d. h.* Nur eine Überlieferung kann richtig sein, und nur die letztere stimmt überein mit den Äusserungen (oben im Texte) älterer wie jüngerer Juristen.

⁸⁵⁾ S. oben S. 291 N. 16.

Sie heisst bei Gai. IV. 12 u. 20: *legis actio per iudicis postulationem*; und bei Probus 4 nr. 8 finden wir ein zugehöriges Spruchformular, das folgende Worte enthält: *te practor iudicem arbitrumue postulo uti des*. Die Einzahl also steht hier und dort. Dass es aber dreiste Willkür wäre, dem Namen wie dem Formular Ungenauigkeit vorzuwerfen, oder gar zu behaupten, *iudex* sei mit „Gericht“ zu übersetzen und könne auch ein Collegium anzeigen⁸⁶⁾, darüber sollte wohl Einverständniss walten. Dieselbe Bemerkung müssen wir wiederholen hinsichtlich des *iudex*, den Gaius bei der L. A. *sacramento* (IV. 15) sechsmal, bei der L. A. *per conditionem* (IV. 17, 18) zweimal erwähnt. Mithin ist uns wenigstens keine Processform bekannt, in der die Bestellung von Dreirichtern üblich gewesen wäre.

Übereinstimmend mit dem oben Gesagten hat auch Ad. Schmidt der L. A. *per iudicis postulationem* sehr bestimmt das Puchtasche Richtercollegium abgesprochen; nur fügt er⁸⁷⁾ die Bemerkung bei: „die in der Mehrzahl vorkommenden Arbitri gehören einer späteren Entwicklung an“. Die Zeit ist nicht näher bezeichnet. Doch kann es die Aebutisch-Julische nicht sein; denn das legitime Verfahren verlangt unbedingt den *unus iudex*, und für den amtsrechtlichen Process sind m. W. neben dem Einzelgeschwornen blos Recuperatoren nachweisbar. An die Arbitri des späten Kaiserrechts aber denkt wohl A. Schmidt nicht. Übrigens will ich für alle Fälle noch auf Cic. pro Rosc. com. c. 4 § 11—13 aufmerksam machen, woraus sich klar ergibt, dass in der Zeit des Aebutischen Processes

⁸⁶⁾ S. Bd. I S. 133 N. 4.

⁸⁷⁾ Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XV S. 160 N. 1.

der *arbiter* (im Gegensatz zum *iudex* im e. S.) vielleicht ausnahmslos, mindestens aber in aller Regel einzeln judicirte. Eine Epoche, in der man hievon abwich, hat es innerhalb der hier massgebenden Zeitgrenzen überall nicht gegeben.

§ 37. Die Recuperatoren als Richter unter Römern. — Das *Judicium legitimum* mit praetorischer Formel. — Der Einzelrichter neben Recuperatoren.

Nach den grösseren Collegien und den drei Arbitri sind noch die Recuperatoren in Betracht zu ziehen, die bekanntlich immer in der Mehrzahl bestellt wurden. Hätten diese letztgenannten Richter schon vor der Aebutischen Reform auch in Bürgerprocessen gesprochen, so wäre wegen des vorausgesetzten *unus iudex* legitimes Verfahren für die Sachen unmöglich gewesen, wo durchaus Recuperatoren urteilen sollten. Offenbar müssen wir zuerst fragen, wie alt wohl in Rom diese Art von Geschwornen sei? O. E. Hartmann (Ordo I § 24) hat ihren Ursprung im römischen Bürgerrecht gesucht und sie für älter erklärt als die Zwölfafeln; Beides dem augenscheinlich schlechten Machwerk eines Byzantiners zu Lieb, — sei es immer des Theophilus — dessen Bericht (zu § 4 I. qui quib. 1,6) in mehr als einem Punkt mit den Angaben besserer Quellen unverträglich ist. Die ganze Hypothese wird sich wohl den Einwendungen von A. Schmidt¹⁾ gegenüber nicht länger behaupten. Indess hat uns glücklicher Weise Hartmann²⁾ selbst ermächtigt, von ihr abzusehen. Seiner Meinung nach

¹⁾ S. oben S. 216 N. 67.

²⁾ Ordo I S. 261, 262.

ist nämlich der Einzelrichter „frühzeitig an die Stelle der ursprünglichen Recuperatoren gesetzt“; denn „die *iudicia* vor dem *unus iudex* (*iudicia legitima*)³⁾ seien vermutlich schon in den Zwölftafeln“ als die allein berechtigten anerkannt. Nun lassen wir aber die vermeintlichen Spruchcollegien der Urzeit bis zum Beginn des 4. Jh. billig auf sich beruhen; sie kümmern uns hier nicht.

Im Gegensatz zu Hartmann hat man bisher allgemein⁴⁾ aus den Worten des Aelius Gallus bei Fest. p. 274 auf den Ursprung des Recuperatorengerichts im Internationalverkehr geschlossen. Und gewiss mit gutem Grund. Denn *reciperatio* heisst nach Aelius zunächst der Rechtshilfevertrag zwischen zwei Staaten, der dem Bürger des einen das *res recipere* vor dem Gerichte des anderen zusichert. Wenn dann in Rom die den Staatsverträgen zufolge bestellten Richter nach der *reciperatio* „*reci(u)peratores*“ benannt wurden, um sie von den *iudices* des Bürgerprocesses zu unterscheiden, so erscheint das ebenso natürlich wie die umgekehrte Ableitung, die Hartmann vertreten muss, unbegreiflich ist, abgesehen davon, dass sie zu höchst gewagten Aufstellungen nötigt. Demnach haben wir die ältesten Recuperatoren der geschichtlichen Epoche jedenfalls nur als Richter im Fremdenprocess anzusehen.

³⁾ Das ist freilich irrig. Richtig sollte es heissen: die Legislationen mit dem u. f., deren getreue Nachbildung, insonderheit betreffs der Voraussetzungen (*unus iudex* u. s. w.) die *Judicia leg.* sind.

⁴⁾ Vgl. Huschke Anal. p. 210 und in Richters Jahrb. Jg. I S. 904, 905, Zimmern Civp. § 17, Puchta Inst. Bd. I § 154 S. 441, 442 (S. A.), Keller Civp. § 8, Rudorff R.G. § 8, Voigt J. nat. IV. 2 S. 136—143 u. XII Taf. Bd. I S. 637, Bethmann-Hollweg Civp. Bd. I § 25, Karlowa Legisact. S. 224—230, u. R.R.G. Bd. I S. 292, Mommsen St.R. III¹ S. 601, 603, A. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 133, Jörs R.R.W. I S. 126, 127, 131, 134, Schulin Gesch. d. R.R. S. 509.

Allein diese Beschränkung blieb nicht immer bestehen. In der Ciceronischen Zeit urtheilen die bisherigen Internationalrichter nachweislich auch *inter ciues*, und anscheinend war diese Judication damals nicht gerade neu⁵⁾. Daher müssen wir wohl die Möglichkeit ins Auge fassen, dass Privatprocesse unter Bürgern mit Recuperatoren schon vorkamen, als die Lex Aebutia erging (Bd. I S. 126). Leider will es nicht gelingen, die Zeit des wichtigen Gesetzes etwas näher zu bestimmen. Zwar hat sich jüngst P. F. Girard⁶⁾ für die ersten Jahrzehnte des 7. Jh. (u. z. 605—640 d. St.) entschieden; doch fehlt noch die Begründung dieses Ansatzes, die uns hoffentlich nicht vorenthalten wird. Wie dem auch sei, um keiner Schwierigkeit auszuweichen, nehmen wir einen Rechtszustand an, den man mit Fug bezweifeln darf, und fragen nun weiter, weshalb die Aebutia blos die Bürgerprocesse *sub iudice* legalisirte, während es doch daneben schon andere mit Recuperatoren gab? Für müssig kann man die Erörterung dieses Punktes gewiss nicht erachten. Denn die Lex Julia von 737, die ebenfalls am Judexerforderniss festhält, hat ja unwidersprechlich jene Rechtslage vorgefunden, die für das Ende des 6. Jh. als blosse Möglichkeit in Anschlag kommt. Ich betone diesen Umstand im Voraus, weil natürlich eine Antwort für die hell beleuchtete Epoche des ersten Kaisers eher zu finden ist als für die unbekante Zeit des älteren Reformgesetzes. Freilich mag es Bedenken erregen, wenn die gleiche Frage für verschiedene Zeiten gleich beantwortet wird. Indess müssen wir bei dem Stillschweigen der Quellen über die Vorgeschichte der Aebutia zufrieden

⁵⁾ S. oben § 22 S. 74 zur N. 4.

⁶⁾ Nouv. Revue hist. de droit t. XIII p. 299.

sein, wenn sich durch die Betrachtung des frühkaiserlichen Rechtes Anhaltspunkte für Rückschlüsse ergeben, die nicht aller Wahrscheinlichkeit entbehren. Vor Allem aber sind in aller Kürze ein paar Vorfragen zu berühren.

Mit den alten Legisactionen war nach den Zwölf Tafeln, nach Probus, Gaius und Pseudo-Asconius (Bd. I S. 134 N. 6) das Gericht des *unus iudex* verbunden. Kann es dann überhaupt im 6., 7. Jh. Streitsachen unter Bürgern mit Recuperatoren gegeben haben? Wer an die einstige Alleinherrschaft der Legisactionen glaubt, muss das unbedingt in Abrede nehmen. Diesen Standpunkt braucht auch Derjenige nicht aufzugeben, dem die praetorischen Interdicte uralte Gebilde sind, da das anfänglich allein stehende Verfahren mit Sponsionen sehr wohl in einen Spruchformelprocess ausmünden konnte⁷⁾. Wie aber, wenn das Verfahren mit Schriftformeln älter ist als die Aebutia? Diese Thatsache ist zwar nicht streng zu erweisen, doch spricht für sie ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit wie für die wenigsten Hypothesen, die unsere Lehrbücher füllen und die allgemein ohne Widerstand nacherzählt werden.

Dass die Schriftformel nicht über Nacht erfunden ist, räumt man ein. Aebutius hat das neue Processmittel irgendwo entlehnt. Vielleicht unmittelbar von den Griechen Unteritaliens? Gewiss ist das nicht unmöglich. Doch bedenke man Folgendes. Nach der L. Aebutia wurde im Fremdenprocess *per concepta verba* litigirt. Niemand bezweifelt das. Allein das Verfahren vor dem Peregrinenpraetor beruhte keineswegs auf der Aebutia; denn es war *iudicium im-*

⁷⁾ S. Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 112, 121.

perio continens. Was ist nun wahrscheinlicher: die Nachbildung des von Aebutius eingeführten, in Rom bisher unbekanntem Formelverfahrens Seitens der Praetoren des Fremdengerichts, oder umgekehrt die gesetzliche Reception des zuerst im Peregrinengericht entstandenen und von den Praetoren ausgebildeten Processes? Man beachte wohl, dass die Fremden und selbst Römer im Streite mit Fremden⁸⁾ nicht lege agiren konnten; dass für den Geschwornen im Peregrinengericht eine magistratische Rechtsweisung unerlässlich, und dass endlich die Streiturkunde wie geschaffen war zur Aufnahme der für den einzelnen Fall massgebenden Rechtsvorschrift. Darum, glaube ich, verdient Huschkes⁹⁾ scharfsinnige Vermutung: die Voraebutische Schriftformel im Fremdengericht, vollen Beifall, zumal da keine Spur einer dritten Processart erhalten ist, in der die Parteien weder *per legis actiones* noch *per concepta uerba* litigirt hätten.

Die Formeln, mit denen der Streit im Peregrinenprocess befestigt wurde, gehörten wohl in der Zeit des Aebutischen Gesetzes, wenn nicht durchaus doch überwiegend, dem praetorischen¹⁰⁾ Recht an, waren also *Judicia*

⁸⁾ Natürlich konnte für die eine Vertragspartei nicht anderes Recht gelten als für die andere. Der Römer contestirte die *Lis* mit einem Peregrinen nach röm. Fremdenrecht.

⁹⁾ *Analecta litt.* p. 216, 217; s. P.G. Bd. I S. 20, 21, 165, dazu Eisele *Abh.* S. 75—77, 105. Beigetreten ist jüngst (1889) auch Sohm *Inst.* S. 160 (d. 4. A.); s. P.G. Bd. I S. 64 N. 3.

¹⁰⁾ Gegen das Ende des Freistaats (s. Bd. I S. 69 N. 1) haben die meisten Geschäftsklagen des *Jus gentium* eine *Intentio* mit dem Zusatz *ex fide bona*, welchen aber Cicero anscheinend als etwas ziemlich Neues behandelt. Ursprünglich waren vermutlich alle *Judicia* dieser Art praetorisch und *in factum* concipirt. Näheres über die Reception ins Volkrecht (*i. civile*) durch Gewohnheit in meiner *Neg.*

mit Fiction oder *in factum* concipirt. Das Urteil mochten in aller Regel Recuperatoren sprechen. Unsere Frage aber geht dahin, ob es zulässig ist, in der sog. Legisactionen-epoche praetorische Bürgerprocesse mit praetorischer Formel anzunehmen, die bald von Einzelrichtern bald von Recuperatoren entschieden wurden? Die moderne Wissenschaft antwortet bekanntlich mit einem einstimmigen Nein. Denn vor der Aebutia habe es noch kein praetorisches Recht gegeben¹¹⁾; nur etwa Interdicte, jedenfalls keine Klagformeln *in factum*. Allein diese Lehre ist Nichts als eine auf allgemeinem Einverständnis beruhende Fabel, zu der man lediglich durch falsche¹²⁾ Auslegung von Gell. XVI. 10, 8 gelangte, während die Quellen in Wahrheit nicht den geringsten Anhalt bieten. Schon nach dem Früheren steht so viel fest, dass die Rechtsverfolgung im Fremdengericht gewiss durch keine Lex geregelt war, weder der Process noch das Processmittel. Für beide ist anfänglich eine andere Ordnung als die durch das consularisch-praetorische Imperium gesetzte gar nicht denkbar. Erst später konnte die internationale Gewohnheit den Inhalt der bereits vorhandenen Geschäftsklagen feststellen

gestio § 12; dazu die treffende Ausführung von Bekker Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVII S. 148. Unverständlich ist es, wie man trotz dem *oportere* der Formel u. trotz ausdrücklichen Zeugnissen (z. B. Paul. V. 6, 10: *ciuilis actio*) immer wieder den volkrechtlichen Charakter der Bonaefideiactiōnen leugnen kann: Krüger Quellen S. 44, 45. Vgl. noch § 1 I. de. obl. 3, 13 (Kr. — m. E. klassischer Herkunft): *obligationes . . ciuiles . . quae aut legibus constitutae aut certe iure ciuili comprobatae sunt*. — Mit Spruchformeln wurden wohl die Bonaefideisachen nie geltend gemacht. Möglich wäre nur Sponsion mit folgender L. A. gewesen.

¹¹⁾ S. Bd. I S. 159 z. N. 3, 4; dagegen aber Bd. I S. 161 und fast gleichzeitig Jörs R. Rechtswissenschaft I S. 179.

¹²⁾ S. Bd. I S. 102, 103, 154, 155 N. 41.

und so einige Formeln ins Volksrecht hinüberführen¹³⁾. Demnach ist zum Mindesten das Amtsrecht des Peregrinenpraetors als voraebutisch anzuerkennen. Gilt aber Dasselbe auch für das bürgerliche Honorarrecht? Anscheinend liegt darüber eine Äusserung von Gaius vor, IV. 11¹⁴⁾:

Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), uel ideo...

Der Jurist handelt von den Legisactionen, mithin von den Actionen der Bürger; und demgemäss kann er unter den *edicta praetoris* nur die des Magistrats, der *inter ciues* Recht spricht, verstehen. Offenbar sind die erwähnten Edicte mit Absicht blos einem Praetor zugeschrieben (nicht: *praetorum*¹⁵⁾. Welcher von beiden es sei, das ist durch keinen Zusatz besonders ausgedrückt; doch denkt ein römischer Jurist im Zweifel immer an den Bürgerpraetor¹⁶⁾. Darnach scheint aber Gaius deutlich zu sagen, dass das Album des Urbanpraetors in der „Legisactionenzeit“ noch keine Edicte enthielt, die *Judicia* verhiessen. Freilich hält es schwer, dem Juristen diese Ansicht zuzumuten, weil für die Aebutische Epoche (Cap. II) durch Cicero das Nebeneinandersein von Legisactionen (alten Styls) und praetorischen Klagformeln in Bürgerprocessen sicher bezeugt ist. Und wer näher zu-

¹³⁾ S. oben S. 302, 303 N. 10.

¹⁴⁾ Vgl. statt Aller Jhering Geist II. 2 § 47^c S. 650 N. 896, dazu S. 631, 632 (S. A.).

¹⁵⁾ So will P. Krüger den handschriftlichen Text ändern; vgl. im Übrigen meine Misc. IV Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XXII S. 386, 387.

¹⁶⁾ Vgl. oben S. 225 N. 12.

sieht, bemerkt auch sofort, dass Gaius das Unrichtige gar nicht sagt. Nur der Zeit (*tunc*) spricht er die klagverheissenden Edicte des Urbanpraetors ab, wo die Gesetze zu Stande kamen, auf die sich die Legisactionen gründen (*actiones . . . proditae erant*). So aufgefasst könnte die gelegentliche Zwischenbemerkung buchstäblich wahr sein. Keinenfalls steht sie der Annahme eines Vor-aebutischen Honorarrechts für Bürger entgegen.

Endlich ist noch ein letzter Einwand zu beseitigen. Für uns sind die praetorischen und recuperatorischen Formeln, deren sich streitende Bürger in alter Zeit bedienen mochten, nur dann wichtig, wenn das Reformgesetz den neuen Urkundenprocess nicht bloß für civile sondern auch für etwaige Honorarformeln legalisirte. Meine Ansicht über diesen Punkt ist schon aus dem hypothetischen Gesetzcapitel auf S. 212 zu entnehmen, dessen Text nach dem dort Gesagten unverändert aus der älteren Gerichtsordnung in die jüngere übertragen wurde. Betreffs der Julischen steht es ausser allem Zweifel (Gai. IV. 104, 107, 109), dass sie ihr *ius ratumque esto* für jede Litiscontestatio zwischen Bürgern aussprach, ohne etwas Anderes zu fordern als eine Judexformel. Es war also gleichgültig, ob die Parteien den Processvertrag mit Actio civilis oder A. praetoria abschlossen; die Processobligation war im letzteren Fall nicht minder legitim als im ersteren. Nur Das kann fraglich sein, ob diese Ordnung erst aus der L. Julia von 737 her stammt? Nach meinem Ermessen war schon der Aebutische Process in keiner Weise beschränkt auf gewisse Arten von Rechtsmitteln. Oben im 2. Capitel ist zunächst gezeigt, dass das schriftliche Judicium ge-

setzlich sofort für sämtliche Civilklagen¹⁷⁾ ins Leben trat. Alle¹⁸⁾ Legisactionen wurden durch die Aebutia entbehrlich, nicht bloß einige. Denn Gaius hätte sonst den § 30 (IV) nicht so fassen können, wie er überliefert ist; vielmehr hätte er etwa sagen müssen: *aliae (legis actiones) per legem Aeb., aliae per l. Iuliam sublatae sunt*¹⁹⁾. Andererseits richtet der Jurist a. a. O. sein Augenmerk allerdings nur²⁰⁾ auf die Civilklagen; die amtsrechtlichen lässt er bei Seite, wobei für ihn dieselbe Erwägung massgebend war, welche uns im 2. Cap. (Bd. I S. 66) abhielt, aus Ciceros Werken auch die honorarischen Klagen heranzuziehen. Der Grund aber ist klar. Gaius stellt im 4. Buch § 11—29 die Legisactionen dar; im § 30 und 31 schildert er den Übergang zu den Schriftformeln. Dasselbst wird berichtet, wie weit das neue Processmittel an die Stelle des alten trat. Hiebei blieben natürlich diejenigen Klagen ausser Betracht, wo Legisactio und Formula gar nicht concurrirten, m. a. Worten die praetorischen Actionen, mit denen man im gesetzlichen Spruchverfahren überhaupt nicht litigieren konnte²¹⁾. Schweigt doch unser Gewährsmann in der erwähnten Stelle auch vom Julischen Process mit Actio in factum, während er später in IV. 107, 109 diesen Fall ausdrücklich hervorhebt.

Waren übrigens zur Zeit, als das erste Reformgesetz

¹⁷⁾ Vgl. aber Bd. I S. 166 und oben S. 213 N. 60.

¹⁸⁾ Auch Gell. XVI. 10, 8 nimmt nur die L. A. in Centumvirsachen aus; vgl. ferner Bd. I § 16.

¹⁹⁾ Ich wiederhole hier das im I. Bd. S. 154 z. N. 40 Gesagte, weil Eisele Abhandl. S. 105—109 auch über diese Bemerkung, die sich schon bei Puntchart findet, mit Stillschweigen hinweggeht.

²⁰⁾ Ausgedrückt ist übrigens diese Beschränkung nicht; sie ergibt sich aus dem Inhalt der Stelle.

²¹⁾ Vgl. oben S. 303 N. 10 a. E.

erging, *Judicia in factum* zwischen Bürgern noch ungebrauchlich — was ich unentschieden lasse — dann versteht man eben so leicht wie im entgegengesetzten Fall, weshalb die *Aebutia* in dem massgebenden Capitel das Erforderniss der Civilformel nicht aufstellte. Der Verfasser der *Lex* kann sehr wohl blos an die volksrechtlichen Klagen gedacht haben, weil er *inter ciues* keine anderen kannte; doch vermied er es weislich, den neuen Process auf die damals im Gericht verfolgbaren Sachen zu beschränken. In Folge dessen wurde sein Gesetz später, als *Judicia in factum* unter Bürgern aufkamen, auch auf diese neuen Sachen erstreckt, u. z. ohne gezwungene Auslegung, weil ja der Legaltext keine Grenze gezogen hatte (Gai. IV. 103, 104²²).

Wenn wir sodann die zweite Möglichkeit erwägen: Honorarformeln im Verfahren zwischen Römern vor der Reform, so zeigen sich auch hier keine stichhaltigen Gründe, die den Urheber der *Lex* veranlassen konnten, das *Judicium* mit praetorischer *Actio* von der Legalisirung auszuschliessen, d. h. zu unterlassen, was doch Augustus ohne Zweifel gethan hat. Bedenken von der Art, wie beispielsweise die Befürchtung, das „untergeordnete“ Honorarrecht in allzu nahe Beziehung zum vornehmen Volksrecht zu bringen, oder dem praetorischen Anspruch durch den Legalprocess eine ihm nicht gebührende legitime Geltung zu verschaffen, solche Bedenken, die bei der bekannten Studierlampe ausgeheckt sind, haben natürlich Roms nüchterne Gesetzgeber

²²) Dass Gai. l. c. auch das *Aebutische* *Judicium* definirt, ist oben S. 219, 220, 222 gezeigt. — Ein Process mit praetorischer Formel (*A. metus causa*; s. Krüger *Cons.* S. 90 N. 6) war der gegen Plotius bei Cic. p. Flacco c. 21 § 50. Nur weil dem Kläger das Bürgerrecht fehlte, *iudicium lege non erat*; vgl. oben S. 220 N. 2.

zu keiner Zeit beschwert. Ebenso nichtig wären etwaige Hinweisungen auf vermeintliche Schwierigkeiten, die dem Aufsetzen von Schriftformeln entgegenstanden, und die es ratsam erscheinen liessen, das neue Processmittel zunächst nur für einfache Fälle, etwa für *Actio certae pecuniae* und dergleichen, einzuführen. Offenbar ist es verkehrt, für die Erfindung geschriebener Formeln eine grössere Kunstfertigkeit zu verlangen als für die Abfassung der alten Spruchformeln.

Nach dieser unvermeidlichen Abschweifung kehren wir zurück zum Einzelrichter als Voraussetzung des *Judicium legitimum*. Was in Wahrheit unwahrscheinlich ist: das Vorhandensein praetorischer Bürgerprocesse mit *Recuperatorenformel*²⁸⁾ vor der *Aebutia*, soll hier für sicher gelten, während es in der That erst für die Zeit Ciceros erwiesen ist. Daran schliessen wir wieder (S. 300) die Frage, warum das erste und später das zweite Reformgesetz nur éine Art von Processen, nur die mit *Judexformeln* contrahirten legalisirt hat? Um die Antwort vorzubereiten, muss gezeigt werden, dass die *Recuperatoren* nirgends ausschliesslich zur *Judication* berufen waren. Wenn es gelingt, dies darzuthun, ändert sich sofort die Bedeutung des *Judexerfordernisses*. Trotz des unerlässlichen Einzelrichters wäre doch der Weg zum gesetzlichen Process in keiner Sache versperrt gewesen.

Die Nachrichten, welche die Quellen über den *Wir-*

²⁸⁾ Plautus erwähnt zweimal *Recuperatoren*: *Bacch.* II. 3 v. 36, *Rud.* V. 1 v. 2. Hält man einen Schluss überhaupt für zulässig, so könnte er nur lauten: um das Jahr 562 urteilen in Rom *Recuperatoren* im *Fremdenprocess*; vgl. etwa Sell *Recuperatio* S. 410, 411, *Bethmann-Hollweg Civp.* Bd. I S. 68 N. 5. S. noch *Liv.* XXVI c. 48, XLIII c. 2.

kungskreis der Recuperatoren geben, sind nicht allzu spärlich. Dennoch haben Keller²⁴⁾ und Andere offen gestanden, das „Princip, demzufolge einzelne Klagen oder Arten von Klagen an Recuperatoren . . . gewiesen wurden“, nicht finden zu können. Und allerdings ist dieses Ziel, welches der Forschung immer vorschwebte, wirklich unerreichbar. Allein es war eben verfehlt, von vornherein eine bestimmte Lösung der Frage ins Auge zu fassen, als ob eine andere gar nicht denkbar wäre. Nach meinem Ermessen fügen sich alle Äusserungen der Quellen aufs Beste dem im I. Bd. S. 107, 108 angedeuteten Wahlprincip. Den Gang der Entwicklung aber haben wir uns etwa folgender Massen vorzustellen.

Anfänglich giebt es in Rom Recuperatoren nur im Fremdenprocess. Nach Quiritenrecht urteilt Einer; die Richter mehrheit, vielleicht herkömmlich in den Internationalgerichten Italiens, mochte durch Staatsverträge vorgeschrieben sein, und zwar allgemein, ohne Unterscheidung der Rechtssachen. Verlangte aber der Vertragsfremde selbst statt der mehreren einen Judex, so stand der Zulassung des Einzelrichters²⁵⁾ Nichts im Wege. Seine Ordnung empfang der Fremdenprocess durch das Imperium des römischen Beamten, dem völkerrechtlich gewiss keine engen Schranken gesetzt waren. Auch die Formeln beruhten ursprünglich durchaus auf dem Amtsrecht; das Verfahren war im Vergleich zum rein bürgerlichen beschleunigt²⁶⁾,

²⁴⁾ Civilpr. § 8 S. 40, 41; vgl. Bethmann-Hollweg Civpr. Bd. II S. 63, Lenel Edict S. 21 N. 3, S. 361, Jörs R. R. W. I S. 164 N. 1.

²⁵⁾ S. Gai. IV. 105: *Imperio continentur (iudicia) . . . quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona . . . litigatoris;* dazu IV. 37: *iudex esto.*

²⁶⁾ S. Bd. I S. 108 N. 11.

ähnlich und anscheinend aus demselben Grund wie im deutschen Gastgericht²⁷⁾. Ganz ungebunden muss das Imperium im Streit zwischen Römern und Unterthanen gewesen sein. Ob hier ein²⁸⁾ oder mehrere Richter gegeben wurden, das hing vom Antrag der Parteien ab, zunächst wohl des Klägers, und von der Entscheidung des Praetors. Doch ist als Regel im Fremdenprocess überall die Judication von Recuperatoren anzunehmen.

Ungefähr das umgekehrte Verhältniss hat sich im Lauf der Zeit im Bürgerprocess festgestellt. Für die alte Legisactio ist nur der Geschworne in der Einzahl bezeugt. In welchen Fällen dann zuerst Recuperatoren unter Bürgern zum Spruch berufen wurden, das unterliegt kaum einem Zweifel. Mit den Honorarformeln, die aus der Tafel des Peregrinenpraetors in das Album des Stadtpraetors übergangen, dürften auch die Recuperatoren übernommen und demnächst noch für andere²⁹⁾ Sachen amtsrechtlicher Herkunft zugelassen sein. Sehr wahrscheinlich hat es einige Fälle gegeben, wo das kleine Collegialgericht sogar in erster Linie angeboten war, sicher aber keinen einzigen, wo der Magistrat die Ernennung eines Judex für ausgeschlossen erklärte. War doch die Absicht, welche der Verheissung eines Judicium recuperatorium zu Grunde lag, schwerlich eine andere als die, dem Actor eine Begünstigung

²⁷⁾ Litteratur bei Stobbe Deutsches Privatrecht Bd. I S. 317 N. 33 (2. A.).

²⁸⁾ S. oben S. 309 N. 25.

²⁹⁾ Die aestimatorische Injurienklage möchte man nach Labeo bei Gell. XX. 1, 13 für eine Erfindung des Bürgerpraetors halten. Lenel Edict S. 321 N. 4 glaubt eine Anspielung auf ihre Formel schon bei Plaut. Asin. II. 2 v. 104 zu erkennen. Dieselbe Entstehungszeit nimmt Huschke Gaius. Beitr. S. 128 an.

zu gewähren, insbesondere eine rasche Durchsetzung des Klaganspruchs zu ermöglichen. Verzichtete der Kläger auf diesen Vorteil, so hatte der Praetor keinen Anlass, ihm das strengere Ausnahmegericht aufzuzwingen, selbst nicht in den Fällen, wo es sich um gefährliche Delicte handelte; denn auch diese führen ja vor dem Stadtpraetor nur zum Privatprocess. Andererseits konnte der Kläger seit der Ausdehnung des legitimen Verfahrens auf praetorische Sachen füglich schwanken bei der Auswahl des Gerichtes. Erbat er sich Recuperatoren, so durfte er die Urteilsfällung in kurzer Frist erwarten; allein der Spruch war dann nicht unumstösslich, er entbehrte der legitimen Geltung, die nur der Sentenz des Judex zukam.

Gegen den Ausgang der Republik urteilen in Rom kleine Richtercollegien nachweislich auch in Processen mit Civilformeln. So hielt bekanntlich Cicero seine Rede für Caecina in einem durch Interdict eingeleiteten Sponsionsverfahren vor Recuperatoren; dagegen die Rede für Quinctius, wo die Actio auf einer Praejudicialsponson ruhte, vor einem Geschwornen⁸⁰⁾. Sodann bezeugt Gai. IV. 141 allgemein den Gebrauch von recuperatorischen Formeln für das Verfahren mit Interdict und Sponson; Pomponius (Dig. 42, 1, 36) und Andere⁸¹⁾ für Freiheitsprocesse; endlich für Civilklagen überhaupt Gai. IV. 109. Um nämlich zu zeigen, dass Judicia mit legitimer Formel zuweilen zu den *imperio continentia* gehören, bemerkt der Jurist Folgendes:

⁸⁰⁾ Vgl. Cic. de off. III c. 19 § 77. Beispiele von Recuperatoren in Sponsonssachen (zw. Bürgern) aus der sicilischen Praxis: Cic. in Verr. III c. 58—60 § 135—140, V c. 54 § 141.

⁸¹⁾ S. die Belege bei Lenel Edict S. 20 N. 5 u. 4.

... *si uerbi gratia ex lege Aquilia uel ... in prouinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus.*

Die Erwähnung des Aquilischen Gesetzes darf nicht irre machen. Weder dieses noch die meisten anderen mit privatrechtlichem Inhalt haben die Frage des Gerichtes besonders geregelt, und gewiss haben sie kein *Judicium recuperatorium* angeordnet. Allein dem Praetor stand es frei, statt des éinen eine Mehrheit von Geschwornen zu gewähren, und er war hiebei, wie die Gaiusstelle ergibt, nicht beschränkt auf das Gebiet der honorarischen Actionen. Wie weit aber die praetorische Praxis thatsächlich in dieser Richtung vorschritt, das ist nicht auszumachen³²⁾. Halten wir uns an die Beispiele, welche die Überlieferung bietet³³⁾, so fielen in Rom in den Kreis der gewöhnlich recuperatorischen Sachen fast nur honorarische Actionen,

³²⁾ Wo die Formel das Gericht anwies, Manches nach freiem Ermessen zu entscheiden, insbesondere Schätzungen vorzunehmen, da möchte man wegen der Schwierigkeit, durch Abstimmung im Collegium das Urtheil zu gewinnen, die Judication Mehrerer am ehesten ausschliessen: so bei *As. arbitrariae* — was Gai. IV. 141: ... *cum arbiter petitur* unterstützt — und bei *As. bonae fidei*. Allein zur Vorsicht mahnt doch sehr die Judication von Recuperatoren in Processen mit praet. Formeln, die *in bonum et aequum* concipirt waren; vgl. wegen der *A. iniuriarum* Gell. XX. 1, 13, wegen der *A. sep. uiolati* Ulp. D. 47, 12, 3, 8 (woraus wir zwar keine Ankündigung im Album, wohl aber die thatsächliche Berufung von Recuperatoren folgern müssen; insofern ist Lenel Edict S. 181 gegen Rudorff Ed. § 92 im Unrecht). Zudem werden bei der arbitratischen *A. metus causa* neben dem *Judex* (Ulp. Dig. 4, 2, 14 § 4, 5, 11) auch Recuperatoren erwähnt (Cic. in Verr. III c. 65 § 153 — für Sicilien).

³³⁾ S. Cic. p. Tull., p. Caec., p. Flacco c. 4 § 11, Suet. Vesp. c. 3, Gai. IV. 46, 141, 185 u. die Anführungen in den vorstehenden Noten 29—32. Zu Tac. Ann. I c. 74 u. Suet. VI c. 17 vgl. Mommsen St. R. II¹ S. 122 N. 4, S. 462 N. 4.

zu denen man in gewissem Sinn⁸⁴⁾ auch die durch praetorische Stipulation geschaffenen zählen mag. Demnach bestand wohl ausser dem geschichtlichen noch ein anderer Zusammenhang zwischen der Beschaffenheit der Formel — ob civil- oder amtsrechtlich — und der Art des Gerichtes. Worauf aber die dauernden Beziehungen der Richtercollegien zur A. praetoria beruhten, das ist unschwer zu erraten. Unter den *Judicia imperio continentia* hatte das recuperatorische deutlich das Gepräge eines summarischen Rechtsganges, und demgemäss war auch die Wirkung des Processes nicht endgültig, weder die negative noch die positive. Nun eignete sich begreiflich das minder gründliche und deshalb raschere Verfahren am besten für Sachen von geringerem Gewicht; und als solche erscheinen in der That im Grossen und Ganzen die praetorischen gegenüber den civilen. War doch der Gedanke, der die Rechtssatzung der Praetoren beherrschte, wesentlich der, nur die Lücken auszufüllen, die das Volksrecht aufwies. Es leuchtet ein, wie daraus notwendig das eben bezeichnete Verhältniss zwischen *Jus civile* und *Jus honorarium* hervorgehen musste.

Mit diesen Andeutungen über Geschichte und Geschäftskreis der einstigen Internationalrichter können wir uns begnügen. Doch ist allerdings ein Punkt noch genauer zu begründen: die Concurrrenz des *unus iudex* in denjenigen Fällen, wo die Quellen Recuperatoren nennen. Vor Allem soll erwogen werden, ob ein Einzelgeschworne zulässig war, wo die Edicte ausdrücklich ein *Judicium* mit mehreren Richtern verhieszen? Dass die Gerichtstafeln in Rom in

⁸⁴⁾ Vgl. aber Wlassak Krit. Studien S. 25.

der That solche Clauseln enthielten, dafür kann man Prob. 5 nr. 8 anrufen:

q. e. r. e. t. p. iudicium recuperatorium dabo...
und Labeo bei Gell. XX. 1, 13:

... praetores ... iniuriis aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.

Dies letztere Edict stammt vermutlich aus dem Album des Stadtpraetors⁸⁵⁾; dagegen könnte Probus die mitgeteilten Worte ebenso gut in Edicten des Fremdenpraetors gefunden haben. Andere Nachrichten gleicher Art liegen überhaupt nicht vor. Namentlich gestatten die Zeugnisse über die von Recuperatoren in gewissen Sachen gefällten Urteile durchaus keinen Schluss auf den Text der entsprechenden Edicte⁸⁶⁾. Wenn in diesen das neutrale *iudicium dabo* den Auslaut bildete, so war zwar in erster Linie an den Einzelrichter gedacht, doch stand die Ernennung von Recuperatoren mit der so gefassten Verheissung keineswegs im Widerspruch. Auch gab vielleicht der Praetor hie und da seine Absicht betreffs der Richter nur dadurch kund, dass er dem Formelschema die Worte vorschrieb: *recuperatores sunt*⁸⁷⁾. Ein Fall von solcher Beschaffenheit ergibt sich aus der Zusammenstellung des Edictes bei Ulp. D. 2, 4, 4, 1 und der Formel bei Gai. IV. 46; nur drückt freilich das erstere ein Verbot aus, kein Versprechen eines Judiciums. Endlich wäre noch eine

⁸⁵⁾ S. oben S. 310 N. 29.

⁸⁶⁾ Dies beachtet Lenel Edict S. 20, 21 nicht. Neuerdings schaltet er sogar in der Paling. II p. 764⁸, 765⁸ (s. auch p. 760⁸, 761⁸) zweimal vor *iudicium dabo* das Wort *recuperatorium* ein (ohne Fragezeichen!), obwohl sich die Quellen über das übliche Gericht gar nicht äussern. Vgl. übrigens oben S. 227 N. 20.

⁸⁷⁾ Prob. Eins. nr. 2.

besondere Clausel im Album denkbar, die für mehrere Actionen zusammen die Frage des Gerichtes geregelt hätte. Ein Beispiel hiefür aus der Verrinischen Praxis ist weiter unten (S. 321, 322) anzuführen.

Fragt man nach allem dem, ob auf der Tafel des Bürgerpraetors recuperatorische Gerichte ausdrücklich angekündigt waren und in welcher Weise, so ist eine zuverlässige Antwort gar nicht möglich. Am besten beglaubigt erscheint durch Labeo ein Iniurienedict mit den Worten *recuperatores dabo* oder *iudicium recuperatorium dabo*. Allein mag die Clausel wirklich so gelautet haben, oder aber *iudicium recuperationem dabo*, jedenfalls ist gerade für die A. iniuriarum die Judication des Einzelrichters durch klare Quellenäusserungen (Bd. I S. 107 N. 10) ausser Zweifel gesetzt, und zwar sowohl für das letzte Jahrhundert der Republik⁸⁸⁾ wie für das zweite (Gai.) und dritte (Ulp.⁸⁹⁾ der Kaiserherrschaft. Sollte also im Edict jede Andeutung der Wahl zwischen den Richterarten gefehlt haben, — was durchaus nicht feststeht — so muss es ein selbstverständliches Recht der Parteien gewesen sein, überall einen Judex zu erbitten. Durch das Versprechen des Praetors war eben keine Bindung der Bürger beabsichtigt; ein Kläger, der auf das raschere Verfahren verzichtete und das

⁸⁸⁾ Durch A. ad Her. II c. 13 § 19 (um d. J. 672 geschrieben); während Cic. (nicht viel später) de inuent. II c. 20 § 59, 60 vom *recuperatorium iudicium* spricht.

⁸⁹⁾ Im Regelbuch Coll. II. 2, 1 (m. E. ist das überlieferte *non* vor *sine* unentbehrlich. Mommsen Collectio III p. 143 versetzt es vor *est*; vgl. aber die Ausgaben von Huschke und Krüger Collectio II p. 38); dazu Paul. V. 4, 7. Aus den Zeugnissen für den *iudex* folgert Huschke Gai. Beiträge S. 198, 199 unrichtig, dass die Recuperatoren nur für ein Aestimationsvorverfahren gegeben wurden.

legitime mit dem Einzelgeschwornen vorzog, verlangte Nichts, was das Edict versagen wollte. Wenn aber die Quellen in dem einzigen Fall, für den ein *recuperatores dabo* (ohne vorausgehendes *iudicium*?) geradezu bezeugt ist, zur Annahme der Concurrenz des Einzelrichters nötigen, so darf Dasselbe gewiss auch für die anderen Actionen behauptet werden, die etwa in ähnlicher Weise vom Stadtpraetor angeboten waren. Wollte Jemand diese Verallgemeinerung nicht gelten lassen, dann dürfte man füglich begehren, dass er zuvor die vorausgesetzten, blos recuperatorischen Edicte im Bürgeralbum nachweise. Meines Wissens ist nur eine Clausel⁴⁰⁾ zu nennen, die hergehört, mag auch ihr Text völlig unsicher sein: die aus Gai. IV. 185 bekannte, in der der Praetor *quibusdam ex causis* Vadimonien zuließ *recuperatoribus suppositis*. Wenn hier des Einzelgeschwornen nicht gedacht war, so erklärt sich Dies aus der Eigentümlichkeit des in Rede stehenden Vadimoniums, welches eine möglichst schleunige (*protinus*) Verurteilung sichern sollte, und aus dem Rechte des Klägers, ein minder strenges Vadimonium (ohne sofortige Processbegründung) zu beantragen. Oder glaubt man im Ernst, der Magistrat habe seine Mitwirkung verweigert, wenn die angreifende Partei in den *quibusdam causis* ein milderes Verfahren vorschlug⁴¹⁾? Selbst ein Gestellungsversprechen *iudice supposito* dürfen wir nicht für ausgeschlossen erachten; nur war es wohl unzuweckmässig und daher kaum im Gebrauch.

In zweiter Reihe sind die Nachrichten zu prüfen, welche Recuperatoren betreffen, ohne dass ersichtlich wäre,

⁴⁰⁾ Vgl. Lenel Edict S. 68, 69.

⁴¹⁾ Vgl. übrigens Ulp. Dig. 46, 5, 1, 10.

ob ihre Spruchthätigkeit auf einer Edictalnorm beruhte. Eine solche fehlt auch bei dem auf S. 314 erwähnten Musterschema, dessen Text wir Gai. IV. 46 verdanken. Das am Eingang stehende *recuperatores sunt* war sicher eben so wenig unveränderbar wie andere Stücke der Formel. Der Magistrat konnte es nach dem Antrag des Klägers durch ein *iudex esto* ersetzen. Lediglich zu wiederholen ist diese Bemerkung für die Actio vi hominibus armatis, wenn das Formular wirklich mit Recuperatoren proponirt war, was man vermuten, nicht behaupten darf. Übrigens hat sich zufällig in Ciceros Rede pro Tullio, aus der das *Judicium recuperatorium* hergeleitet wird, eine deutliche Hinweisung auf die Statthaftigkeit des Einzelrichters erhalten. Die Stelle (c. 17 § 41) lautet:

Etenim, recuperatores, non damno commouentur magistratus, ut in haec uerba iudicium⁴²⁾ dent. Nam <si> id esset, nec recuperatores potius darent quam iudicem, nec in uniuersam familiam sed in eum <qui> cum nominatim ageretur, nec in quadruplum sed in duplum, et <ad> DAMNUM adderetur INIURIA.

Viermal ist „das Strengere dem Milderem gegenübergestellt“⁴³⁾, und der Redner verschmäht es nicht, den Gegensatz wiederholt mit denselben Worten: *nec — sed* hervorzuheben. Nur das erste Mal ersetzt er das *sed* durch *potius*, und dieses *potius* kehrt im Folgenden nicht wieder. Offenbar dient der nur einmal gebrauchte Ausdruck dazu, den zuerst genannten Gegensatz abzuschwächen. Cicero durfte nicht sagen: „Die Magistrate würden nicht Rec., sondern (*sed*) einen *Judex* geben“, weil den Beamten

⁴²⁾ S. Bd. I S. 79 N. 5*.

⁴³⁾ So Degenkolb Lex Hieronica S. 8 N. 1.

der Gedanke fern lag, durch das Anbot des einen Gerichts die Gewährung des anderen schlechthin abzulehnen. Richtig konnte er nur sagen: „Die Magistrate würden nicht lieber (*potius*) Rec. als einen Judex geben“; denn bei der A. vi hom. arm. war die Ernennung eines Judex keineswegs ausgeschlossen.

Wie es mit den Geschwornen im Interdictenverfahren stand, das kann der unbefangene Leser leicht aus Gai. IV. 141 ersehen. Durch den Ausspruch des befehlenden oder verbotenden Interdicts ist das Verfahren nicht abgeschlossen, *sed ad iudicem recuperatoresue itur* ... Bald wird *cum poena*, bald *sine poena* agirt; *sine poena, ueluti cum arbiter petitur*. Demnach war es üblich, über arbitrarisches Formeln nur einen⁴⁴⁾ Geschwornen entscheiden zu lassen, während die Parteien im Process *cum poena* zwischen Recuperatoren und Einzelrichter zu wählen hatten. Letzteres: den *iudex* im Sponsionenverfahren bezeugt Gaius nochmals ausdrücklich in IV. 166^a.

Von den übrigen Rechtshändeln, in denen Recuperatoren überliefert sind (S. 312 N. 33), wären hier noch die Freiheitsprocesse⁴⁵⁾ zu besprechen. Indess ist schon im I. Bd. S. 179 N. 12 gezeigt, dass bei der *Petitio in libertatem* und *in seruitutem* genau dieselbe Concurrenz der Richterarten stattfand wie bei der praetorischen A. iniuriarum. Nun liegen aber noch andere Zeugnisse vor, die unzweideutig das behauptete Wahlprincip bestätigen; das älteste in dem Ackergesetz von 643. Dasselbst ist wiederholt die

⁴⁴⁾ Vgl. aber oben S. 312 N. 32 a. E.

⁴⁵⁾ Eine Mehrzahl von Richtern setzt die L. Junia Petronia (Hermog. D. 40, 1, 24 pr.) aus dem Jahre 19 p. Chr. voraus; s. Mommsen St. R. III¹ S. 346 N. 1, Karlowa R. R. G. Bd. I S. 624.

Rede vom *iudicium iudicem recuperatores(ue)*⁴⁶⁾ *dare* Seitens der Magistrate und Promagistrate (Z. 30), des Consuls und Praetors (Z. 33—35), endlich (Z. 35, 36) Seitens dieser Beamten und des Censors⁴⁷⁾. Wie ein Blick auf den Legaltext lehrt, spricht das Gesetz nicht von einer Mehrzahl ungleicher Sachen, so dass ein Judex die einen, und ein Colleg von Recuperatoren die anderen zu entscheiden hätte; vielmehr ist es den Magistraten anheimgegeben, Streitigkeiten derselben Art bald einem bald mehreren Richtern zur Beurteilung zuzuweisen⁴⁸⁾. Hiebei waren ohne Zweifel die Anträge der Parteien zu berücksichtigen.

Einen Beleg für das Vorkommen beider Richter-gattungen in derselben⁴⁹⁾ Sache liefert auch das 5. (55.) Cap. der sog. Lex Mamilia (Julia agr. — 695), welches zuerst das Delict der Grenzverrückung mit einer festen Mult bedroht und weiter verordnet:

deque ea re curatoris, qui hac lege erit, iuris dictio reciperatorumque datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus in ea colonia . . . iure dicundo praerit, eius magistratus de ea re iuris dictio iudicisque datio addictio esto.

Nach meinem Ermessen ist übrigens dieser Text, den die Feldmessersammlung bietet (Lachm. p. 265), moderni-

⁴⁶⁾ Dagegen ist ein Recuperatorengericht ohne Concurrenz des Judex angeordnet in Z. 36—39 (zwischen Publicanen u. Zinspflichtigen); vgl. auch Lex lat. Bant. Z. 9, 10, L. Urson. (oben S. 82 N. 23), Ed. Venaf. Z. 65—69.

⁴⁷⁾ Vgl. Mommsen St.R. II¹ S. 462, 465, 467 N. 1.

⁴⁸⁾ S. auch Zimmern Civpr. S. 101, Huschke in Richters Jahrb. Jahrg. I S. 907.

⁴⁹⁾ Wegen der A. metus causa vgl. oben S. 312 N. 32 a. E.

sirt und ohne Verständniss gekürzt. In der Lex selbst war wohl dem römischen Commissar und dem landstädtischen Beamten gleichmässig⁵⁰⁾ *iurisdictio (iudici) iudicis recuperatorum(ue) datio addictio* zugesprochen. Natürlich will das nur eine Vermutung sein; allein so Viel lässt sich aus beiden Ackergesetzen zuverlässig erschliessen, dass die Beschaffenheit der Rechtssache keineswegs ausschlaggebend war für die Bestimmung der Zuständigkeit des Recuperatorengerichtes. Wenn daher Z. 15 des Atestiner Fragments die *iurisdictio iudicis arbitri recuperatorum datio addictio* in den von römischen Ordnungen beherrschten Latinergemeinden des cisalpinischen Gebietes erwähnt, so hat keine andere Auslegung grössere Wahrscheinlichkeit als die Annahme eines electiven Verhältnisses zwischen den Geschworenen dieser und jener Art. Im selben Sinn ist eine Vorschrift der L. Antonia für Termessos (683) II Z. 1—5 und, wenn Mommsens⁵¹⁾ Auflösung zutrifft, auch der vielerörterte⁵²⁾ Schlusssatz des c. 21 der L. Rubria zu verstehen. Dort werden die Magistrate und Pro-

⁵⁰⁾ Mommsens Ansicht Ephem. ep. II p. 141, dass die Worte *iudicis datio* die Gewährung von Recuperatoren einschliessen, scheint mir unannehmbar. Doch ist allerdings die Lehre der Neueren höchst seltsam, derzufolge röm. Gesetze den Municipalbeamten, die „nur *iurisdictio* nicht *imperium* hatten“, die *recup. datio* verweigern mussten. Als ob Schulbegriffe (um von der Frage ihres Daseins im J. 695 abzusehen) eine Fessel für den souveränen Gesetzgeber gewesen wären! Und weshalb soll denn das *dare recuperatores* seiner Natur nach eine grössere Machtvollkommenheit voraussetzen als das *dare iudicem*? Vgl. übrigens L. Urson. c. 95, L. Rubr. c. 21 in f., auch Fr. Atest. Z. 15.

⁵¹⁾ Im C. I. L. I p. 117 (ed. I) unter Verweisung auf L. Ant. de Term. II Z. 4. Ebenso Bruns Font. p. 98, Girard Textes p. 67. Dirksen u. A. haben: *iud. recuperatorium*.

⁵²⁾ Am eingehendsten von Schrutka in d. Wiener Sitzungsab. Jg. 1884 S. 463—476, der auch *iud. recuperatorium* liest.

magistrate angewiesen, den Termessern, die wegen der *leiberi serui, quos bello Mitridatis ameiserunt*, Rechts-hülfe begehren sollten: *ita de ea re ious deicunto iudicia recuperationes danto, utei ie[ä] eos recupe-rare possint*; hier die landstädtischen Beamten in Gallien ermächtigt, gegen Denjenigen, der es unterliess, *uadimonium Romam ex decreto promittere aut uindicem locupletem dare „ob e(am) r(em) iudicium recup(erationem)“* zu bewilligen. Wäre *iudicium* nur auf den zweiten, der Richterernennung nachfolgenden Teil der Formel zu beziehen, so würde man eher *recuperatores* erwarten. Auch Das ist schwerlich richtig, in der *reciperatio* lediglich eine genauere Bestimmung des voraufgehenden *iudicium* zu erkennen; viel-mehr muss wohl übersetzt werden: „eine Judexformel oder eine Recuperatorenformel“.

Am deutlichsten bezeugt ist die Wahlbefugniss, die den Parteien hinsichtlich des Schwurgerichts zusteht, durch ein Verrinisches Edict für Sicilien und durch zwei Fälle, die Cicero aus der Praxis des Verres⁵⁸⁾ mitteilt. Das erstere (in Verr. III c. 14 § 35), welches für alle *controuersiae inter aratorem et decumanum* gelten sollte, lautet so:

Si uter uolet, recuperatores dabo.

Begreiflich darf man in den höhnnenden Bemerkungen, die aus dem Munde des Anklägers kommen, keine Erläuterung dieser Worte suchen. Indess ist ihr Sinn ohne Weiteres klar. Beiden Parteien wird das Recht eingeräumt,

⁵⁸⁾ S. auch Degenkolb L. Hieronica S. 29—31; entschiedener Rudorff R.R.G. Bd. II S. 36: „die austrägale und internationale Com-petenz (der Rec.) kann aber durch Privatwillen ausgeschlossen werden: die Parteien können statt der Rec. um einen Judex bitten und um-gekehrt,“ . . .

Wl assak, Röm. Processgesetze II.

statt des Einzelrichters Recuperatoren zu erbitten, und wenn nur eine von dieser Befugniss Gebrauch macht, verspricht der Praetor dem Antrag Folge zu geben. Woher Verres die Clausel nahm, ob sie auch dem stadtrömischen Bürgeralbum angehörte und hier etwa Bezug hatte auf eine ganze Reihe von Edicten, das wissen wir nicht. Allein als Erfinder dürfen wir den habgierigen Statthalter von Sicilien doch nicht betrachten; denn Cicero schickt dem Citat folgenden Satz voraus: *Deinde in hoc homo luteus etiam callidus ac ueterator esse uult, quod ita scribit: Si . . .* Sonach war, wie es scheint, die im Verrinischen Album enthaltene Clausel für die Römer, an die sich der Redner wendet, nichts Neues.

Aus der Frumentaria ist noch anzuführen: c. 11 § 28, wo das Edict *de iudicio in octuplum* erörtert und der Vorwurf erhoben ist, dass Verres in dieser Sache⁵⁴⁾ *de conuentu nullum unquam iudicem*⁵⁵⁾ *nec recuperatorem dedit*⁵⁶⁾,

und c. 58 § 135 (s. c. 60 § 197):

Cum eodem Apronio postea P. Scandilius, eques Romanus, . . . eandem sponsionem de societate fecit, quam Rubrius facere uoluerat. Institit, oppressit, non remisit; facta est sponsio HS \bar{v} ; coepit Scandilius recuperatores aut iudicem postulare.

Das *Judicium in octuplum*, welches wohl mit Recuperatoren proponirt war (in Verr. III c. 13 § 32), hätte hauptsächlich zwischen Römern und sicilischen Bauern

⁵⁴⁾ So auch Degenkolb L. Hieronica S. 30, der aber diese Auslegung nicht „für unumstößlich“ hält.

⁵⁵⁾ Wegen des Einzelrichters in Sicilien vgl. Cic. in Verr. II c. 13 § 32—34.

⁵⁶⁾ Vgl. Cic. pro Caec. c. 21 § 61.

stattfinden müssen; dagegen wurde die Sponson (c. 58) zwischen zwei Römern contrahirt. Für beide Fälle bezeugt Cicero ausdrücklich die Concurrrenz des Judex und der Recuperatoren; aus dem letzteren ersehen wir überdies, dass zuweilen auch der Parteienantrag alternativ gefasst war.

Die hier und weiter oben benutzten Stellen aus Gesetzinschriften und aus dem 3. Buch der Verrinen handeln nicht vom stadtrömischen Verfahren oder doch nicht vom gemeinen Privatprocess in Rom; zum Teil beziehen sie sich auf den Rechtsgang in Sicilien und wieder nicht blos auf den Bürgerstreit in der Provinz. Alle aber führen uns römische Ordnungen vor, teils legale teils obrigkeitliche, die ohne Zweifel ihr Vorbild im gemeinen Bürger- und Fremdenprocess der Hauptstadt hatten. In der That wäre es fruchtlose Mühe, den Gründen nachzuforschen, aus denen gerade in den Provinzen das elective Verhältniss zwischen den beiden Geschwornenarten hervorging, und ebenso fruchtlos wäre es, die Besonderheiten jener Rechts- händel aufzusuchen, wie der Injurien- und der Erpressungs- klage, der Klage wegen Grenzverrückung, der *Petitio in libertatem* und *in scruitatem*, bei denen zufällig der Stand der Überlieferung den Nachweis der Richterconcurrrenz gestattet. Vielmehr sind wir vollauf befugt, alle hier an- gereihten Nachrichten zusammenzufassen: aus den zuerst (S. 314—319) besprochenen, die den Bürgerprocess in Rom betreffen, dürfen unmittelbar, aus den weiterhin (S. 319—323) genannten mittelbar Beweisgründe für unsere These ent- nommen werden, derzufolge der Judex *unus* in Rom ganz regelmässig neben den Recuperatoren vor- kam, wo immer diese letzteren vom Stadtpraetor aus eigener Macht angeboten waren. Wenn die Parteien in der Provinz

und im Fremdenprocess ein beschränktes Wahlrecht hatten, so konnte der Bürgerpraetor zu Rom am allerwenigsten das nationale, von der Urzeit her übliche und legitime Gericht verweigern, wo es von streitenden Römern einhellig begehrt wurde. Nur ein anderer Ausdruck für diesen Gedanken ist es, wenn wir sagen: die recuperatorischen Formeln des stadtrömischen Albums, deren Gebrauch das Verfahren dem Amtsrecht unterwarf, waren nicht zur „Correctur“ sondern bloß *adiuvandi uel supplendi iuris civilis gratia* proponirt; die Praetoren hatten nirgends die Absicht, den Weg zum *Judicium legitimum* schlechthin abzuschneiden.

Zum Schluss ist noch auf Folgendes aufmerksam zu machen. Die römischen Volksgesetze konnten für Sachen, die sie besonders regelten, auch das Gericht bestimmen⁵⁷⁾, und sie konnten zum Spruch natürlich auch „Recuperatoren“ berufen, ohne eine Abweichung von dieser Norm zu gestatten. Beispiele bietet uns das lateinische Gesetz der Bantinschen Tafel Z. 9, 10⁵⁸⁾ und die *Lex agraria* von 643 Z. 36—39. Im letzten Jahrhundert der Republik⁵⁹⁾ mag noch manches andere Gesetz mit ähnlichem Inhalt ergangen sein, von dem wir heute keine Kunde haben. Wie viele von diesen *Leges* zur Zeit der Augusteischen Processreform noch in lebendiger Geltung standen, darüber sind kaum Vermutungen erlaubt. Wenn Gai. IV. 103—109 von den gesetzlichen *Recuperatoren* Nichts zu berichten weiss, so

⁵⁷⁾ Vgl. oben S. 2 N. 3.

⁵⁸⁾ Vgl. Bruns *Ztschr. f. R.G.* Bd. III S. 356, 364—366, 369.

⁵⁹⁾ Die Nachjulische Zeit bleibt ausser Betracht. Auch das *Venafr. Edict* ist jünger als die *L. Julia* von 737; s. Bd. I S. 185 N. 23, dazu Girard *Textes* p. 146.

ist damit die Frage ihres Daseins keineswegs schon entschieden. Gaius hatte eben nur die Julische Gerichtsordnung zu berücksichtigen, deren wichtigstes Capitel nach dem Vorbild der Aebutia keine andere Streitbefestigung legalisirte als die mit *Judex* formeln. Forscht man aber weiter, weshalb das Gesetz an dieser Schranke festhielt, so muss zwischen den honorarischen und den daneben etwa vorkommenden legitimen *Recuperatoren* unterschieden werden. Die letzteren dürfen wir auf Grund der Bantianischen und der Tafeln von Urso hauptsächlich als Richter in Multsachen⁶⁰⁾ ansehen, mithin als Richter in einem hybriden Verfahren, welches mit den Formen des Privatprocesses gewisse Elemente des Strafprocesses verband. Dass Augustus die so beschaffenen Rechtshändler den Sondergesetzen überliess und seine Gerichtsordnung auf *iudicia privata*⁶¹⁾ im strengen Sinn des Wortes beschränkte, wird man wohl begrifflich finden. Sehr irrig aber wäre es, um deswillen das Multverfahren mit *Recuperatoren* zu den *Judicia imperio continentia* zu zählen. Allerdings sind die in kleineren Collegien und in summarischer Weise⁶²⁾ urteilenden Geschworenen eine ursprünglich honorarische Einrichtung. Allein zwischen dieser und ihrer Quelle war natürlich kein notwendiger Zusammenhang. Das Litigiren

⁶⁰⁾ S. auch Mommsen St.R. I S. 182 zur N. 1. Über dictirte und feste Mult vgl. P.G. Bd. I S. 106, 107.

⁶¹⁾ *Quod privatim ambigitur* sagt das Atestiner Gesetzfragment Z. 14.

⁶²⁾ Diese zwei Punkte dürften die wesentlichen Merkmale des *Recuperatorenengerichtes* sein. Selbstverständlich konnten die *Leges* das zum Vorbild dienende Honorarrecht beliebig abändern. Wenn sie aber ihre Richter als „*recuperatores*“ bezeichneten, dann mussten diese doch einige Ähnlichkeit haben mit den so benannten amtsrechtlichen Geschworenen.

mit recuperatorischen Formeln konnte ebenso gut legalisirt werden wie die Streitbefestigung *sub uno iudice*. Wenn sich also die erwähnten Sondergesetze nicht etwa damit begnügten⁶⁸⁾, die Auswahl der Geschwornen, ihre Zahl, die Abstimmung und Ähnliches zu regeln, wenn sie Anordnungen auch über Processbegründung und Urteil trafen, dann war Judicium wie Judicat ohne Zweifel volkrechtlich gültig, beide waren *ex lege* oder legitim.

Anders müssen wir die zweite Frage beantworten, warum der Urheber der Julia das Verfahren *inter ciues* mit recuperatorischen Formeln auch in reinen Privatsachen von der Legalisirung ausschloss und als Judicium *imperio continens* fortbestehen liess? Zunächst möchte man auf die dualistische Gestaltung des bürgerlichen Privatrechts hinweisen, an der weder Augustus gerüttelt hat noch irgend ein Nachfolger in den nächsten fünf Jahrhunderten. Was sich im Gebiet des materiellen Rechtes so lang zu behaupten vermochte, hat schwerlich ein Römer im Gerichtsverfahren je für unnatürlich oder gar für schädlich erachtet. Allein so richtig diese Bemerkung ist, so befriedigt sie doch nicht völlig, weil die Kaiser vor Justinian eine Revision des gesamten Privatrechts kaum ernstlich versucht haben, während dem Processrecht schon unter Augustus eine umfassende Neuordnung zuteil ward. So hat vielleicht die Scheu vor der Beeinträchtigung des Jus honorarium den „Wiederhersteller der Republik“ veranlasst, das Julische Judicium legitimum genau nach dem Muster der Aebutia und der älteren Gerichtsordnungen zu begrenzen. Doch kann auch diese Antwort gewiss nicht genügen. Viel-

⁶⁸⁾ Wie die stadtrömische Lex Julia; s. oben S. 198, 199.

mehr waren es wohl überwiegend Zweckmässigkeitsgründe, denen der amtsrechtliche Bürgerprocess seinen Fortbestand in der Kaiserzeit verdankte. Neben dem Verfahren, das durch Volksgesetz eingehend geregelt war, wollte man ein anderes haben, welches dem Ermessen des leitenden Beamten grösseren Spielraum gewährte und insbesondere rascher zum Ziel führte als jenes. Dass der Imperiumsprocess trotz der Vorteile, die er bot, den legitimen nicht ganz verdränge, dafür war hinreichend gesorgt; nicht etwa durch Missgriffe der das Amtsrecht gestaltenden Praetoren, sondern durch die Schranken ihrer Verordnungsgewalt, durch die Unfähigkeit, echtes *ius*⁶⁴⁾ zu schaffen. Wie Gai. III. 180, 181, IV. 106 lehrt, konnte die honorarische Streitbefestigung eine civile Actio weder consumiren noch ein vollgültiges Processverhältniss erzeugen, und demgemäss konnte auch das Urteil des praetorischen Gerichtes nicht die Kraft des volkrechtlichen Judicats haben. Mithin entsprachen die Wirkungen durchaus dem Thatbestand, aus dem sie hervorgingen. War das Verfahren im Vergleich zum legitimen gegen die Willkür der Gerichtsmagistrate weniger geschützt und im Allgemeinen summarischer, so waren auch Judicium und Judicat mehr oder minder provisorisch. Mit Fug kann man sagen: der amtsrechtliche Process hatte die Fehler seiner Tugenden.

Dies Alles aber ist schwerlich auf einen wohlüberlegten Plan der für die Rechtsbildung massgebenden Personen zurückzuführen. Was Augustus vorfand, das hatte sich aus gegebenen Voraussetzungen mit einer gewissen Notwendigkeit entwickelt, und es war im Wesentlichen so

⁶⁴⁾ Vgl. oben S. 125 zur N. 16 u. S. 126.

gut geraten, dass selbst ein erleuchteter Staatsmann kaum etwas Besseres schaffen konnte. Offenbar befriedigte der vom praetorischen Recht gebotene Summarprocess ein sehr fühlbares Bedürfniss, dem sonst vielleicht die Volksgesetzgebung hätte abhelfen müssen durch Regelung eines zweiten Verfahrens neben dem ordentlichen Rechtsgang. Kein Wunder also, dass die Julische Gerichtsordnung das *Judicium legitimum* in dieselben Grenzen bannte, die es nach der *Aebutia* hatte, und dass sie insbesondere das Erforderniss der *Judex*formel beibehielt. Dadurch aber war dem recuperatorischen Privatprocess das amtsrechtliche Gepräge gewahrt, seine Fortdauer als *Judicium imperio continens* gesichert.

§ 38. Das gebotene Spruchgericht im stadtrömischen Bürgerprocess.

Hat die vorstehende Ausführung ihr Ziel nicht verfehlt, so wäre nunmehr der Einzelgeschworne im *Judicium legitimum* genügend erklärt, und zugleich die Auffassung des gesetzlichen Formelprocesses als eines Verfahrens für Privatsachen jeglicher Art gegen Anfechtungen geschützt, die man allenfalls aus Gaius' Worten: *sub uno iudice* herleiten möchte. Weder die Zehn- und die Hundertmänner, noch die altcivilen *Arbitri*, noch die praetorischen *Recuperatoren* waren berufen, den Einzelrichter irgendwo auszuschliessen. Sehen wir von den *Arbitri* ab, so kannte das Volksrecht anfänglich überhaupt nur das *Judex*gericht, und auch später war nur dieses allgemein anwendbar; bei den *Vindicationen* concurrirten in neuerer Zeit die *Collegien*. Das honorarische Recht bevorzugte zwar dem Anschein

nach in manchen Fällen die Recuperatoren, indess nicht so, dass es corrigierend dem Jus civile gegenübertrat. Sollte aber diese Regel doch nicht schlechthin beobachtet sein, so sind die (bei praetorischen Actionen) etwa vorkommenden Ausnahmen gewiss niemals von grösserem Belang gewesen. Hiernach konnte die Aebutia wie die Julia das neue Verfahren als *actio generalis* an die Voraussetzung des Gebrauchs von Judexformeln binden, ohne vorher die bisherige Ordnung betreffs der Spruchgerichte abzuändern, und selbst ohne den Praetor besonders zu ermächtigen oder zu verpflichten, einen Judex in allen Privatsachen zuzulassen. Trotzdem bleibt eine Bestimmung, wie sie eben angedeutet wurde, im Text beider Leges sehr wohl denkbar. Einer Wiederholung Dessen, was schon früher Rechtens war, stand ja natürlich Nichts im Weg. Es ist sogar wenig wahrscheinlich, dass dem Capitel, welches die Streitbefestigung *sub uno iudice* legalisirte, kein anderes voraufging, welches vom *dare iudicem* handelte¹⁾. Eine zuverlässige Behauptung lässt sich freilich, zumal für das ältere Gesetz, kaum aufstellen. Übrigens ist dieser Punkt auch von geringerer Bedeutung; weit wichtiger die Frage, wie beschaffen der Rechtssatz war, der die *iudicis datio* im bürgerlichen Formularverfahren beherrschte, mochte er nun in der Aebutia und Julia wiederholt sein, oder, auf älteren Ordnungen beruhend, seine Geltung ohne besondere Bestätigung auch im neueren Process bewahrt haben. Flüchtig berührt ist unser Problem schon oben im § 22 und 32. An dieser Stelle soll nun entschieden werden, was dort in Schweben blieb: ob eine

¹⁾ Vgl. hierüber oben S. 213, 214.

Ermächtigung oder eine gesetzliche Verpflichtung der Praetoren anzunehmen sei, streitenden Römern ein Schwurgericht zu gewähren?

In der deutschen Litteratur tritt in neuester Zeit mehr und mehr die Neigung hervor, die freie Wahl des Beamten zwischen eigener Cognition und Ernennung eines Spruchgerichts mit Bestimmtheit zu verneinen. Die älteren Gelehrten²⁾ suchen, wenn ich recht vermute, einen klaren Ausspruch thunlichst zu vermeiden. Anders schon Bethmann-Hollweg³⁾, der in den meisten Streitsachen die Judication des Magistrats theils durch „Edict“ theils durch „Gesetze“ für ausgeschlossen erklärt. Noch weiter in der Annahme einer Legalverpflichtung scheint die heute vorwiegende Lehre⁴⁾ zu gehen, welche u. A. von Mommsen, O. Bülow, Karlowa („nach republicanischem Staatsrecht“), R. Sohm, und neuerdings (seit 1884) auch von Pernice vertreten wird, der in einer früheren Schrift⁵⁾ (1864) das Gegenteil verteidigt hatte. Geleugnet ist die Gebundenheit des Praetors besonders von Savigny⁶⁾ und mit einigen Vorbehalten auch von Rudorff⁷⁾.

²⁾ Vgl. Zimmern Civpr. § 88, Puchta Instit. Bd. I § 150 u. 176, Keller Civpr. § 1 u. 81 z. N. 981.

³⁾ Civpr. Bd. I. S. 54—56, 62, 65, 66 (dazu Demelius Krit. Viljschr. Bd. VIII S. 494—497), S. 202—204, Bd. II S. 93, 722, 767, 782, Bd. III S. 116 (dazu Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX¹ S. 105: „herrschende Meinung“).

⁴⁾ S. Mommsen St.R. I S. 172, 177, 228, 234, O. Bülow Ende des Actenversendungsrechts S. 34, 36 N. 26, Pernice Ztschr. f. R.G. R.A. Bd. XVIII S. 38, 122 u. Festg. f. Beseler S. 56, 72, Karlowa R.R.G. Bd. I S. 193, Sohm Inst. S. 145 (4. A.), auch Wieding Libellprocess S. 116, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 424, 521, Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 552.

⁵⁾ Observatiunculae p. 5, 6, 9, 15.

⁶⁾ System Bd. VI S. 286, 287.

⁷⁾ R. Rechtsgesch. Bd. II S. 3, 4.

Sowohl die Schriftsteller dieser wie jener Gruppe versäumen es, die bürgerliche und internationale, die städtische und ausserstädtische Rechtspflege, und überdies die beiden Richterarten auseinander zu halten. Doch darf man bei Mommsen⁸⁾ und Karlowa⁹⁾ vielleicht blos an Bürgerprocesse denken. Ausdrücklich hat m. W. nur Pernice die in Rede stehende Verpflichtung der Praetoren auf das Gaianische *Judicium legitimum* bezogen und wohl auch beschränkt. Die Unterscheidung zwischen *Judex* und *Recuperatoren* lehnt er freilich ab: denn „der Absicht des Gesetzes“ sei auch durch Richter der letzteren Art „genügt“. Ähnlich stellt Mommsen regelmässig „den und die Geschwornen“ neben einander. Über die *Jurisdiction militiae* bemerkt er im St. R. I S. 234 Folgendes: „Der formale Ausschluss der mit der des Mandatars concurrirenden Thätigkeit des Mandanten beherrscht den gesamten Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit, und ist also auch für das auswärtige Herrschaftsgebiet insoweit massgebend, als hier Geschwornengerichte niederzusetzen sind.“ Mommsen sieht also das Schwurgericht grundsätzlich auch im Kriegsgebiet für obligat an, vielleicht aber („insoweit“) *militiae* für einen kleineren Kreis von Sachen als in Rom.

Die Quellengrundlage der hier vorgeführten Ansichten ist nicht leicht festzustellen. Man scheint das Bewusstsein zu haben, dass aus den Äusserungen der Alten ein reines Ergebniss unmittelbar nicht zu gewinnen sei. So verschmäht zwar Mommsen (St. R. I S. 228) nicht jedes Citat, doch

⁸⁾ Vgl. P. G. Bd. I. S. 22—24.

⁹⁾ Vgl. K. *Legisactiones* S. 345 N. 1.

nennt er blos Cic. de re p. V c. 2 § 3 und Dionys IV c. 25, 36, X c. 1, die gewiss an und für sich wenig beweisen. Wenn die Justinianische Compilation unberücksichtigt bleibt, so hat das freilich seinen guten Grund. Wäre sie überhaupt massgebend, so könnte aus ihr weit eher auf das facultative, als auf das obligate Schwurgericht geschlossen werden. Hebt doch Ulpian (D. 2, 1, 3) in der *iurisdictio* die *iudicis dandi licentia* und das *dare posse* (D. 2, 1, 1) hervor, und ebenso Paulus (D. 5, 1, 12 § 1, 2) die Erlaubniss (*concessum est*) und das *iudicis dandi ius*. Allein der Verpflichtung entsprach ja offenbar ein Recht, und die Compileren durften nur Äusserungen aufnehmen, die das letztere betonten, weil für die Justinianischen Beamten in keinem Fall ein Zwang bestehen sollte, „Unterrichter“ zu geben¹⁰⁾. In der That ist kaum eine Stelle der Pandekten und des Codex geeignet, als sicherer Beleg für das Gebenmüssen zu dienen, weder Ulp.¹¹⁾ D. 1, 14, 4 — 1, 18, 5 — 26, 5, 4, noch Jul.-Callistr.¹²⁾ D. 1, 18, 8 u. 9, noch Diocl.¹³⁾ C. 3, 3, 2, pr. Auch die Constitution von Alexander im C. 7, 45, 4

¹⁰⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. III § 140.

¹¹⁾ Das Richtige hat Rudorff R.R.G. Bd. II § 1 N. 5 a. E.; vgl. im Übrigen Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX¹ S. 108, 109, und dagegen Ubbelohde bei Glück Ser. d. B. 43, 44 II S. 545—554.

¹²⁾ Genau entgegengesetzt werden diese Fr. von Pernice Observat. p. 6 und Wieding a. a. O. S. 116 aufgefasst. Gegen die neuere Auslegung von Pernice in d. Festg. f. Beseler S. 72 hat sich Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 521 N. 7, S. 524 N. 19 erklärt: Mit dem Dasein eines Kaiserrescripts, das bald diesen bald jenen Inhalt haben konnte, sei der gewöhnliche Formelprocess wohl verträglich. Diese Bemerkung scheint mir zutreffend. Doch haben wir freilich noch sehr ungenügende Kenntniss vom sog. Rescriptsprocess.

¹³⁾ S. Pernice Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XX¹ S. 105.

braucht nicht notwendig in diesem¹⁴⁾ Sinn verstanden zu werden.

Aus Ciceros Werken benutzt Bethmann-Hollweg einen Brief ad Quint. fr. (I ep. 2 c. 3 § 10), der blos darthut, wie ungewöhnlich die Urteilsfällung der Praetoren war. Gar keine Aufklärung bringt der Satz über den *ius disceptator* in Ciceros Verfassung (de leg. III c. 3 § 8); zum Mindesten ist er zweideutig. Dagegen hat die oben erwähnte Stelle aus der „Republik“ allerdings einigen Wert. Sie spricht der Epoche der Könige den Privatrichter ab, augenscheinlich im Gegensatz zur späteren Zeit:

*Nec uero quisquam priuatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regis*¹⁵⁾.

Hält man diese Worte zusammen mit der Erzählung bei Dionys, wo die Einführung der Geschworenen (durch Servius) als Minderung der Königsgewalt erscheint, und mit den Nachrichten über die Provocationsgesetze nach dem Sturz der Monarchie¹⁶⁾, so ist der Boden gefunden für die Aufstellungen von Mommsen. Dieser¹⁷⁾ betrachtet die Geschworenen als notwendige Gehülfen der Consuln, ungefähr wie die Quaestoren. Die Oberbeamten, später also die Praetoren, werden durch die Privatrichter nicht blos unter-

¹⁴⁾ Vgl. Dernburg Emtio bonorum S. 159 N. 2, Bethmann-Hollweg Civpr. Bd. II S. 722. Sind diese Schriftsteller im Recht, dann sollte c. 4 nicht im Just. C. stehen. Indess kann wohl schon Alex. an einen Verstoß gegen den *solitus ordo* der rein magistratischen Cognition (*iudiciorum*, s. oben § 21) gedacht haben.

¹⁵⁾ Vgl. auch Pompon. Dig. 1, 2, 2, 1.

¹⁶⁾ S. oben S. 149, 150 N. 21—23, dazu S. 120, 122.

¹⁷⁾ Ähnlich schon vor Mommsen Rubino Untersuchungen I S. 122 N. 1, Dernburg Heid. krit. Ztschr. Bd. I S. 459 u. A. bei Hartmann Ordo I S. 208, 209 in d. Noten, dessen Gegenausführung (S. 203—222) nicht überzeugend ist.

stützt, sondern auch beschränkt, da die Entscheidung der Prozesse den letzteren mit Ausschluss ihrer Auftraggeber zukommt.

Auf Gaius, und zwar auf den uns wohlbekanntesten Abschnitt der Institutionen, stützt Pernice seine neuere, in die Parerga II aufgenommene Lehre. Nun ist aber oben im § 22 und ausführlicher in den §§ 36, 37 der Nachweis versucht, dass die Worte *sub uno iudice* genau so wie die *ciues Romani* und die *urbs Roma* nur ein Stück des Thatbestands bezeichnen, den die Gerichtsordnungen bei der Legalisirung der Streitbefestigung voraussetzen. Zudem ist nach der hier vertretenen Ansicht das Gaianische *legitimum ius* (IV. 103) das Recht der Aebutia und Julia. Diesen Gesetzen aber darf man ein unbedingtes Gebot, den Parteien Einzelrichter zu geben, keinesfalls zuschreiben (S. 72—74, 210—214). Dessen ungeachtet ist, wie sich zeigen wird, die Hinweisung auf die Institutionenstelle durchaus nicht unnütz. Nur Das, was sie zunächst enthält, hat mit der Frage, die uns jetzt beschäftigt, Nichts zu thun. Dagegen scheinen in anderen Äusserungen von Gaius wirklich Anspielungen auf die Gebundenheit der Magistrate vorzuliegen. Vor Allem in dem verstümmelten § 15 (IV):

ad iudicem accipiendum uenirent; postea uero reuersis datur. ut autem <die> XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem (stat)im datur iudex.

Hiernach möchte man ein Gebot des Pinarischen Gesetzes annehmen, das ungefähr so gelautet hätte: . . . *die XXX iudicem dato*. Möglicher Weise war diese Bestimmung von dem Postuliren der Parteien abhängig gemacht.

Wenigstens ist es nach Pseudo-Asconius¹⁸⁾ p. 164 (Or.): . . . *poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem* wahrscheinlich, dass in dem unleserlichen Teil des § 15 vom Parteienantrag die Rede war. Vollen Beweis erbringt freilich Gaius' Bemerkung über die Pinaria nicht, weil nur darauf Nachdruck gelegt ist, die Herkunft der dreissigtägigen Frist zu erklären¹⁹⁾. Aus diesem Grund ist das Soll in dem mitgeteilten Text nicht unzweideutig.

Weiter gehört hierher Gai. IV. 12, 20 und Prob. 4 nr. 8. Ein *modus agendi*, der seinen Namen von der *iudicis postulatio* hat, setzt wohl eine Verpflichtung²⁰⁾ des Magistrats zum *iudicem dare* voraus. Ähnlich steht es nach Gai. IV. 18 mit der L. A. *per conditionem*²¹⁾. Nach meinem Ermessen durfte der Beamte die Ernennung des Geschwornen nicht mehr verweigern, wenn er diese Processart zugelassen hatte. Dazu führt die Erwägung, dass in alter Zeit jede Streitbefestigung auf einer Vereinbarung beruhte, die unter Zustimmung des Magistrats zwischen den Parteien zu Stande kam über die demnächst von ihnen und allenfalls auch vom Gerichtsherrn feierlich zu sprechenden Worte²²⁾. War aber die L. A. *per con-*

¹⁸⁾ Vgl. Bd. I S. 134 N. 6, dazu Mommsen in Bekkers Jahrb. Bd. III S. 2 N. 3^a, Kipp L. D. S. 76.

¹⁹⁾ S. Bechmann Bayer. Sitzungsber. v. 1890 Bd. II S. 171.

²⁰⁾ So nach Bethmann-Hollweg Karlowa Legisactionen S. 57, Ad. Schmidt Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XV S. 155, 156, 159 u. (über die L. Pinaria) S. 160.

²¹⁾ Dass die *condictio* in Jure erfolgte, ist m. E. unbestreitbar; s. die Litteratur bei Kipp L.D. S. 147 N. 1. Schon Gai. IV. 29 (Wach bei Keller N. 242) beseitigt die Gegenansicht. Auch ist die Person, welche die Ladung ausspricht, noch lange nicht *actor* (so Gai. IV. 18); vgl. meine L.C. S. 40.

²²⁾ Vgl. Wlassak L.C. S. 84, 85.

dictionem gewählt, so denuncierte der Kläger dem Gegner: *ut ad iudicem capiendum die XXX adesset*. Nun versteht es sich doch von selbst, dass der Beamte im zweiten Termin gewähren musste, was er früher durch Bewilligung der mit der *Condictio* verbundenen *Liticonstatatio* versprochen hatte. Damit ist keineswegs seine Befugnis gelehnet, die Mitwirkung zur *Legisactio* von vornherein zu versagen²³⁾. Vielmehr konnte der Magistrat, mit Recht oder Unrecht, den Processweg überhaupt abschneiden oder wenigstens den erbetenen, vielleicht einmütig vorgeschlagenen *modus agendi* für unpassend erklären²⁴⁾. War es doch gewiss seine Sache, zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen für den Abschluss eines Processvertrags vorlagen. Missbrauchte er hiebei sein Recht der Denegation, so musste er wohl eine Anklage (wegen Justizverweigerung) fürchten, nicht anders wie im Fall partieller Rechtspflege. Mithin hatte die gesetzliche Verpflichtung, einen *Judex* zu geben, nur den Sinn, die magistratische *Cognition* auszuschliessen, wo die Sache vom Beamten selbst als geeignet anerkannt war zur Verhandlung in der Gestalt einer *Legisactio* und später des *Judicium legitimum* mit legitimer Formel.

Endlich ist der notwendige Eintritt eines besonderen Spruchgerichts zwar nicht allgemein, doch für einzelne Fälle ganz ausdrücklich durch mehrere Legaltex te bezeugt. Davon beziehen sich einige auf stadtrömische Prozesse vor

²³⁾ S. Bd. I S. 124 N. 33; dazu Demelius Krit. Vtjschr. Bd. VIII S. 501—503, Wlassak L. C. S. 83, 84. Die Auffassung des Magistrats als Maschine, die nach dem Wunsch der Parteien assistiren, mitunter auch sprechen musste, halte ich für unmöglich.

²⁴⁾ S. Bd. I S. 104—106, 124, 125, 156, 234, Wlassak L. C. S. 67, 68.

Reichsmagistraten, andere auf das Municipalverfahren. Natürlich kommt für unsere Zwecke den ersteren grösseres Gewicht zu als den letzteren. Das älteste hier einschlagende Zeugniß ist das Zwölftafelgesetz XII. 3: *Si iudiciam falsam tulit, si uelit is, (prae)tor*²⁵⁾ *arbitros tres dato, . . .* Dieser Imperativ muss für beweiskräftig gelten, mag auch die Lex weder vom Hauptverfahren handeln, noch vom Einzelrichter. Auf die anderen Legalstellen soll nur kurz verwiesen werden. Sie enthalten alle ein Gebot (*dato, datio addictio esto*): *iudicium iudicem*, zuweilen auch *recuperatores* zu geben. Besondere Beachtung verdient die L. Julia municipalis, die sich in den Z. 44, 45 an stadtrömische Beamte wendet. Ausserdem sind noch folgende Gesetze anzuführen:

L. lat. Bant. Z. 9, 10, L. agrar. a. 643 Z. 34, 35, 37, L. Jul. agr. c. [5]5, L. Rubr. I Z. 15—17, II Z. 57, 58; dazu L. Ant. de Term. II Z. 4, 5 und L. Malac. c. 65.

Zuletzt darf auch die Rupilische Gerichtsordnung für Sicilien genannt werden, obwohl sie weder ein römisches Volksgesetz war, noch als *decretum P. Rupili, quod is de decem legatorum sententia statuit*, die Statthalter gleich einer Lex rechtlich zu binden vermochte²⁶⁾. Nach Cicero (in Verr. II c. 13 § 32) enthielt die Provincialordnung die Bestimmung: *quod Siculus cum Siculo non eiusdem ciuitatis (agat), ut de eo praetor iudices . . . sortiatur.*

Nach allem dem sprechen, wie es scheint, überwiegende Gründe für die Annahme einer grundsätzlichen Gebundenheit der republicanischen Magistrate. Wann das

²⁵⁾ S. oben § 36 S. 293 N. 23.

²⁶⁾ S. oben S. 106, 107, 128 N. 4. S. 137, 138 u. N. 26, 27.

besondere Spruchgericht zuerst obligat wurde, ob durch ungesetztes Herkommen²⁷⁾ oder sofort durch eine Legalnorm, das bleibt besser unentschieden. Doch weist Cicero auf eine sehr frühe Zeit hin, Gaius jedenfalls auf die Voraebutische Epoche und auf gesetzliche Bindung. Von den Leges, die den Spruchformelprocess betrafen, dürften die nach Silius und Calpurnius benannten, vielleicht auch die Pinaria das schon bestehende Gebot der Judexernennung erneuert haben. Denkt man ferner an den Satz der Zwölf Tafeln über die *tres arbitri*, so liegt es nahe, den Decemviren ähnlich lautende Vorschriften auch über den Einzelrichter zuzuschreiben. Aus den vorgeführten Nachrichten aber und aus den obigen Erörterungen (§ 23—31) über die Tragweite der Leges ergibt sich eine nähere Bestimmung der den Beamten auferlegten Verpflichtung. Nur streitenden Bürgern gegenüber war der Magistrat gesetzlich gebunden. Das internationale Verfahren unterlag durchaus der Regelung durch das Imperium, selbst wenn ein Römer beteiligt war. Demnach bestand im Fremdenprocess niemals ein gesetzlicher Anspruch auf Gewährung eines Geschwornengerichts; ein völkerrechtlicher aber bloß für Foederirte, nicht für Unterthanen, und auch für die ersteren nur unter der Voraussetzung, dass der Bündnisvertrag die Rechtshilfe ordnete und die Entscheidung der Prozesse durch die römischen Beamten irgendwie ausschloss. Indess war natürlich eine Be-

²⁷⁾ Nach Paul. D. 5, 1, 12, 1 wäre dem *praefectus urbi* und *ceteris Romae magistratibus* das Recht der *iudicis datio more* verliehen *propter vim imperii*. Doch versteht der Jurist vermutlich unter der *lex*, die er im vorhergehenden Satz neben der *constitutio* u. dem *S. C.* nennt nur die neueren, ihm bekannten Gesetze. „*Mos*“ ist wohl die alte republicanische Rechtsordnung.

schränkung des freien Imperiums durch den Magistrat selbst wohl denkbar. Wenn dieser auf seiner Tafel *iudicium*, d. h. ein Spruchgericht und eine Formel verhiess, so hatte dieses Wort zwar nicht die Bedeutung einer unzerbrechlichen Fessel, — am wenigsten den Fremden gegenüber — doch war es auch nicht wertlos; denn das *ius dicere contra edictum* konnte den Vorwurf pflichtwidriger Amtsführung begründen.

Passend folgt nun sofort die andere Frage, ob der Praetor nach gesetzlicher Vorschrift auch in solchen Fällen einen Richter geben musste, wo streitende Bürger eine amtsrechtliche Formel erbat. Für das Legisactionenverfahren haben wir die Gebundenheit des Magistrats angenommen, ohne weiter zu unterscheiden. Allein die Legisactio war eben nicht blos legitimer Process, sie verlangte auch die Verwendung legitimer Processmittel. Anders das gesetzliche Verfahren *per concepta uerba*. Darin konnte die Actio entweder volks- oder amtsrechtlich sein. Im letzteren Fall beruhte Gericht und Schriftformel häufig auf einem edictalen *iudicium dabo*, wenn nicht etwa Beides ohne vorherige Ankündigung vom Praetor „aus freier Hand“ gegeben ward. Mithin bezog sich anscheinend die gesetzliche Verpflichtung des Magistrats, einen Judex zu bewilligen, auf einen engeren Kreis von Sachen als der gesetzliche Process selbst. Wo zwei Bürger mit amtsrechtlicher Formel litigiren wollten, da durften sie zwar ein *Judicium legitimum* begehren; wenn es aber der Praetor verweigerte, so machte er sich keiner Gesetzverletzung schuldig; nur gegen sein eigenes Justizprogramm hätte er meist verstossen. Freilich könnte man auf den Gedanken kommen, der Lex Aebutia-Julia oder wenigstens dem

jüngeren Gesetz eine Vorschrift beizulegen, die den Magistrat dazu anhielt, auf Verlangen der Parteien überall einen Judex zu gewähren, wo das Jahresalbum *iudicium* verhiess. Eine Bestimmung dieser Art hätte den Bürgern den legitimen Process auch bei Verwendung der ständigen Formeln des Honorarrechts gewährleistet. Indess hat vermutlich die Praxis der Praetoren niemals Anlass gegeben zu einer besonderen Vorsorge in der gedachten Richtung. Vielmehr erhielten wohl die Parteien auf einmütiges Ansuchen überall einen Judex, auch ohne gesetzlichen Zwang, selbst für solche Sachen, wo das Album in erster Linie recuperatorische Formeln anbot.

Ein *Judicium legitimum* und in älterer Zeit eine Streitbefestigung mit *Legisactio* war vor Magistraten des römischen Volkes nur in der Hauptstadt möglich und in der Bannmeile. Sollen wir demgemäss das in Rede stehende Legelgebot auf die Beamten beschränken, die in Rom *inter ciues* Recht sprachen und insofern sie dies thaten, oder aber dem gesetzlichen Imperativ auch jenseits des ersten Meilensteins Geltung zuerkennen? Mommsen nimmt nach seiner oben (S. 331) mitgetheilten Äusserung obligate Schwurgerichte auch im Kriegsgebiet an. Denkt er hiebei an gesetzliche Befehle und nicht bloss an das *iudicium dabo* und an proponirte Civilformeln (mit *iudex esto*) im Album der Statthalter, so kann man ihm schwerlich zustimmen, obgleich das Stillschweigen der Quellen sehr zur Vorsicht mahnt. Ausschlaggebend aber dürfte folgende Erwägung sein. Seit Alters regelte die Volksgesetzgebung bloss das *litum contrahere* in Rom, mit dem in Voraebutischer Zeit bald die Richterbestellung selbst, bald eine Hinweisung auf

diesen Act verbunden war, während später im Formelverfahren die Annahme des *Judex datus* Seitens der Parteien immer als Bestandteil der Streitbefestigung erschien²⁸⁾. Wenn also die *Leges* durchaus nur die *Litiscontestatio* in Rom ordneten, wenn sie selbst den Process vor den ständigen Statthaltergerichten dem Amtsrecht überliessen, so ist es in hohem Grad unwahrscheinlich, dass durch irgend welches Volksgesetz für alle Reichsbeamten, wo immer sie Gericht halten mochten, der Ausschluss von der Urteilsfällung und die notwendige Zuziehung eines Geschwornen festgestellt war. Andererseits ist es ohne Weiteres verständlich, weshalb die Processgesetze dem Magistrat innerhalb des Gebiets, welches sie beherrschen wollten, die Ernennung eines Spruchgerichtes zur Pflicht machten. Offenbar musste das Zustandekommen der legitimen *actio*, an deren Stelle dann das legitime *iudicium* trat, thunlichst gegen die Willkür der Beamten gesichert werden. Hiezu diente gerade der, vermutlich mehrmals wiederholte Legalbefehl.

Aus dem Vorstehenden ist auch zu entnehmen, wie der Inhalt des gedachten Imperativs genauer zu bestimmen sei. Ursprünglich kann er nicht anders gelautet haben als *iudicem dato*, so lang dieses Gericht für Streitsachen unter Bürgern überhaupt das einzige war. Möglich, dass schon das erste Gesetz, welches das Gebot aussprach, die Postulation Seitens der Parteien als Bedingung hinzufügte. Allerdings hätte dieser Zusatz zunächst etwas Selbstverständliches ausgedrückt, weil die Parteien in aller Regel gar nichts Anderes erbitten konnten als einen Einzelrichter.

²⁸⁾ S. oben S. 197 N. 18, S. 202 zur N. 32, 33.

Später, als für Vindicationen die concurrirenden Richtercollegien aufkamen, musste die Postulation grössere Bedeutung gewinnen, und neuere Gesetze konnten seitdem das *iudicem dato* absichtlich vom Parteienantrag abhängig machen, um hiedurch die Verpflichtung des Beamten als eine bloß bedingte hinzustellen. In ähnlicher Weise war wohl auch die Zulassung der Hundert- und der Zehnmänner zur Judication gesetzlich angeordnet, doch so, dass dem Praetor die entscheidende Stimme bei der Wahl zwischen dem Einzelrichter und den Collegien gewahrt blieb²⁹⁾. Sehen wir aber ab von den Vindicationen, so hat das Legalgebot auch nach Einführung der Schriftformel seinen Inhalt gar nicht geändert. Wie vorher so lautet es noch unter der Herrschaft der Aebutia-Julia, in deren Text es vielleicht in bedingter³⁰⁾ Fassung wiederkehrte, *iudicem dato*, keineswegs *iudicem recuperatoresue dato*. Diese Behauptung beruht wiederum auf Gai. IV. 104—109. Legitim war wie nach älterem so nach neuerem Recht nur die Streitbefestigung *sub uno iudice*. Litigirten die Parteien mit recuperatorischer Formel, so brachten sie kein volksrechtlich gültiges Processverhältniss zu Stande. Demnach wird auch keines der beiden Reformgesetze den Stadtpraetor zur Gewährung eines Recuperatorengerichtes verpflichtet haben, weder schlechthin (für besondere Fälle) noch alternativ.

Hinsichtlich der Aebutia dürfte diese Aufstellung kaum bestritten werden; eher könnte man in dem jüngeren Gesetz eine Vorschrift suchen, wie wir sie hier im Auge haben,

²⁹⁾ Vgl. R.P.G. Bd. I S. 125, 233—235.

³⁰⁾ S. oben S. 73, 74, 213, 214.

weil das Venafraner Edict Z. 67—69, allem Anschein nach, ein Capitel der stadtrömischen L. Julia anführt über *recuperatorum reiectio inter eum qui aget et eum quocum agetur*³¹⁾. Diese zufällig überlieferte Norm betrifft freilich, wie der Wortlaut zeigt, nur Handlungen des künftigen Klägers und Beklagten. Doch liegt es sehr nahe, in der Augusteischen Gerichtsordnung auch eine Bestimmung über die vorbereitende Thätigkeit des Magistrats, über *sortitio*³²⁾ und Ähnliches zu vermuten. Stillschweigend hätte so die Lex das von den Beamten längst geübte Recht anerkannt, statt des Judex Recuperatoren zu bewilligen. Dagegen sind wir durch Nichts gezwungen, einen Befehl des Julischen Gesetzes anzunehmen. Und nicht minder verfehlt wäre es, die förmliche *datio iudicii* selbst legalisirt, d. h. mit volksrechtlicher Geltung ausgestattet zu denken. Hatte doch der Amtsact, durch den der Praetor die fertige Formel — mit dem darin genannten Gericht — zur Streitbefestigung zuliess, für sich allein überhaupt keine Wirkung. Erst die der *datio* nachfolgende und durch sie bedingte Litiscontestatio, erst Amts- und Parteienhandlung zusammen, begründeten das *iudicium*, das Gericht³³⁾ sowohl wie den Process. Damit stimmt denn auch die von Gaius gegebene Schilderung des nachjulischen Rechtes überein. Auf's Deutlichste bezeugen die Institutionen (IV. 105, 106, 109) den Mangel der Legitimitaet, indem sie alle recuperatorischen Judicia zu denjenigen stellen, *quae imperio continentur*, und als Eigentümlichkeit der letzteren

³¹⁾ Vgl. dazu oben § 32 S. 198, 199.

³²⁾ Schwer bestimmbar sind die *sortitiones iudicium* bei Suet. Augustus c. 29.

³³⁾ Vgl. oben S. 197 N. 18 u. S. 341 N. 28.

den Satz hervorheben: *tamdiu ualent, quamdiu is qui ea praecepit, imperium habebit*. Hiernach haben die Juristen der Kaiserzeit die Recuperatoren gewiss niemals als gesetzliche Richter aufgefasst; mithin kann ihr Charakter durch die Lex Julia nicht verändert sein.

Von der Lehre, die Pernice in den Parerga (II S. 122) andeutet, weicht die hier vertretene Ansicht noch in zwei Punkten ab. Nach unserer Annahme konnte der Magistrat nicht im Sinne des Gesetzes statt des éinen Judex mehrere Recuperatoren geben; dagegen war seine Verpflichtung vermutlich auf das Verfahren mit Civilformeln beschränkt. Sonst entsprachen Umfang und Inhalt des Legalgebots genau der Begrenzung des *Judicium legitimum*. Daher verlangte das Gesetz vom Praetor die Zulassung eines aus der Bürgerschaft gewählten Einzelrichters; andererseits galt diese Norm nur für den Bürgerstreit und nur für das Verfahren in Rom.

Auf den ersten Blick scheint das Ergebniss, zu dem wir gelangen, wohl geeignet, die bekannte Behauptung von Pernice⁸⁴⁾ zu stützen, dass die Schwurgerichte in den Provinzen niemals „feste Wurzeln“ hatten und hier auch weit früher durch die Beamtencognition verdrängt wurden als in Italien. Die Statthalter, könnte man sagen, verzichteten auf die Verwendung von Geschworenen, weil ihnen kein Volksgesetz das Selbsturteilen verwehrt hatte. Allein sie waren doch in anderer Weise gebunden, u. z. an ihr eigenes Album, das den Process mit Spruchrichtern mindestens als Regel voraussetzte, und dessen wesentlicher Inhalt vermutlich schon vor Hadrian unabänderlich fest-

⁸⁴⁾ In der Festgabe f. Beseler S. 74—77 (1885).

stand. Auch hätten in Rom zuerst die *Recuperatoren* und die Geschwornen bei *praetorischen* Klagen verschwinden müssen, wenn wir dem Legalrecht noch im 2., 3. Jh. n. Chr. grössere Widerstandskraft beimessen dürften als dem Amtsrecht. Freilich könnte man aus den *Pandekten*⁸⁵⁾ mit einigem Fug den Schluss ziehen, dass in der That die stadtrömischen *Extraordinarcognitionen* zumeist in *Concurrenz* mit *Interdicten* und anderen *praetorischen* Rechtsmitteln aufkamen. Doch fehlt es wenigstens bei den *Interdicten* nicht an sonstigen Gründen, welche die besagte Erscheinung hinlänglich erklären. Daher ist es schwerlich erlaubt, auf die Verschiedenheit der Rechtsquellen grosses Gewicht zu legen, zumal wo es sich um die Beurteilung von Vorgängen handelt, die der späteren Kaiserzeit angehören. Ohnedies bot das Gesetz, welches dem Stadtpraetor die *Judication* entzog, nur so lang wirksamen Schutz gegen Uebergriffe, als die Beamten fürchten mussten, Widerstand zu finden oder wegen Gesetzverletzung angeklagt zu werden. Endlich ging nach dem oben S. 336 Bemerkten die Gebundenheit der Magistrate niemals so weit, die Verweigerung des von den Parteien erbetenen *Judiciums* schlechthin auszuschliessen. Das Recht der *Denegation* aber konnte dazu missbraucht werden, den Parteien die amtliche *Cognition* aufzudrängen. Allerdings ist es sehr unwahrscheinlich, dass die Praetoren der spätclassischen Zeit wirklich das Bestreben hatten, die volle *Judication* an sich zu ziehen. Eher mochte der Anstoss

⁸⁵⁾ Belege oben S. 66, 67 in N. 15 a. E. Neben einer *Actio civilis* ist die *cognitio praetoria* genannt bei Pomp.-Ulp. D. 6, 1, 1, 2. Zu Ulp. D. 11, 7, 14, 2 vgl. Ubbelohde bei Hartmann *Ordo* I S. 424 N. 19^a wider Pernice *Festg. f. Beseler* S. 57.

zur Übertragung des kaiserrechtlichen Verfahrens in das Gebiet der Ordinarsachen von den Parteien ausgehen. War doch der Verfall der Schwurgerichte in einer Epoche tief gesunkenen Gemeinsinns unausbleiblich, selbst ohne alles Zuthun der kaiserlichen Regierung. Dass es nach wie vor bloß den Geschwornen zustand, legitime Urtheile zu fällen, das hatte zur Zeit Ulpian's kaum noch besonderen Wert. War aber das Vertrauen der Rechtsuchenden zu den alten Volksrichtern verringert, so lag es nahe, durch Parteienantrag dem Magistrat neben der Einleitung auch die Entscheidung der Prozesse anzuhängen. Besonders in Fällen, wo Eile Not that, mag Dies nicht selten geschehen sein. Sonach ist das, durch die Pandekten hie und da bezeugte Nebeneinander von amtlichen Cognitionen und Schwurgerichten auch in Rom wohl denkbar, und daraus kein ausreichender Gegengrund abzuleiten wider die Annahme eines Legalgebots, welches den Praetor verpflichtete, streitenden Bürgern eine Judexformel zu gewähren.

Siebentes Capitel.

Aufgaben und Ergebnisse.

§ 39. Schluss. — Die Lex Aebutia und das praetorische Recht. — Die processualische Consumtion.

Die Fragen, zu deren Lösung die mitgeteilten Forschungen beitragen möchten, sind nun alle beantwortet: die grundlegenden Bestimmungen der Lex Aebutia und Julia sind im Vorstehenden dargelegt. Beide Leges haben sich als Gerichts- und Processordnungen erwiesen. Vorschriften daraus, die ein anderes Gepräge zeigen, sind in den Quellen nirgends angedeutet. Trotzdem stimmt die hier vertretene Auffassung der Aebutia keineswegs überein mit der in unserer Wissenschaft herrschenden und kaum je angefochtenen Lehre. Dieser zufolge wäre die ältere Lex überhaupt keine Processordnung oder doch nicht in erster Linie; vielmehr ein Verfassungsgesetz, welches die Gewalt der Gerichtsmagistrate erweitert und so auch Vollmacht gegeben hätte zur Umgestaltung des Verfahrens. Weiter soll die Aebutia die Grundlage des gesamten praetorischen Privatrechts sein; ehe sie erlassen war,

habe es ein solches nicht gegeben, allenfalls Interdicte, sicher keine praetorischen Klagformeln. Demnach bezeichne das erste Reformgesetz einen ganz „entscheidenden Wendepunkt“ in der Entwicklung des römischen Rechtes¹⁾.

Diese Hypothese, welche ungeprüft aus einem Buch ins andere übergeht, obwohl nirgends ein ernstlicher Beweis vorliegt, ist oben S. 1—3, 301—308 und besonders im 1. Bd. an verschiedenen Stellen bekämpft. Eine ausführliche Widerlegung an diesem Ort liegt nicht im Plane meiner Arbeit; die Frage gehört in die Theorie der Rechtsquellen und wäre dort dem Capitel über das Jus honorarium zuzuweisen. Doch wird es sich empfehlen, hier wenigstens Alles zusammenzustellen, was schon früher gesagt ist. Nur ein paar ergänzende Bemerkungen sollen noch hinzutreten.

Was zunächst die Belege anlangt, welche die verworfene Ansicht unterstützen sollen, so dürfen wir Gell. XX. 10, 9 sofort ausscheiden, weil der handschriftliche Text zweifellos unhaltbar ist, während der berichtigte weder von der Processreform noch von der praetorischen Jurisdiction handelt (I S. 26, 162). Eine andere Bewandniss hat es mit Gell. XVI. 10, 8. Diese Stelle (I S. 59) konnte die modernen Gelehrten am ehesten dazu verleiten, einen Zusammenhang zwischen der älteren Gerichtsordnung und dem Aufkommen des Amtsrechtes anzunehmen. Durch die wenig genauen (I S. 59, 60, 155, 273) Bemerkungen des Anonymus, der nur sein Recht wahren will, vom Altertum Nichts verstehen zu müssen, schien der Einfluss der Aebutia auf die Form wie auf den Inhalt mancher Zwölftafel-

¹⁾ S. Bd. I S. 25, 26, 159, 160 und oben S. 303 N. 11 (Jörs).

klagen bezeugt. Da man nun im neueren Recht hie und da legitime Actionen, z. B. die wegen *iniuria* auf *uiginti quinque asses* und die auf Talionsstrafe, durch praetorische ersetzt fand²⁾, glaubte man sich befugt, die Ermächtigung der Praetoren zu Neubildungen auf das oft genannte Gesetz zurückzuführen. Allein in Wahrheit berichtet der Jurist bei Gellius gar nicht, was man aus seiner Rede herauslesen wollte (I S. 103, 155 N. 41). Er unterscheidet l. c. zwei Gruppen von Antiquitäten. Von den zuerst erwähnten, die er namentlich aufzählt, sagt er blos: *euanuerunt*, und erst im zweiten Satzteil heisst es von „dem gesammten Formelkram der Zwölf tafeln“: er sei unpraktisch geworden (*consopita sit*) *lege Aebutia lata*. Diese letzten Worte ergänzt man allgemein auch bei den voranstehenden Antiquitäten, als ob der Text das besondere *euanuerint* nicht enthielte, und lässt demgemäss die Actio auf die *XXV asses*, die *taliones* und Anderes in Folge der *Aebutia* ausser Kraft treten. Nun ist aber diese Auslegung nicht blos willkürlich, sondern sicher verwerflich, u. z. schon deshalb, weil die Ausnahme, die der Jurist von dem *consopiri lege Aeb. l.* macht, unmöglich auch auf die Altertümer des vorhergehenden Satzes bezogen werden kann. Mag doch Jemand ermitteln, was es bedeuten soll, dass den *XXV asses*, den *taliones* und der *furtorum quaestio cum lance et licio* die Geltung vorbehalten war *in legis actionibus centumuiralium causarum!* Somit beschränkte zweifelsohne der Anonymus die Einwirkung der *Aebutia* auf *omnis illa XII tabularum antiquitas*, und seine Äusserungen beweisen hiernach keines-

²⁾ Dass diese Erscheinung mit der Processreform Nichts zu schaffen hat, zeigt Bd. I S. 245—249.

wegs die Entstehung praetorischer Actionen in Folge einer Ermächtigung, die das Gerichtsgesetz den Beamten erteilt hätte.

Alle übrigen Zeugnisse, die weiter angeführt werden, bieten in der That nicht das Geringste, was zu Gunsten der herrschenden Ansicht spräche. Gai. IV. 11 ist oben auf S. 304, 305 erläutert, Gai. IV. 30 im zweiten Capitel (I S. 158—166). Durch Verbindung dieser letzteren Stelle mit Gell. XVI. 10 musste man zur Annahme eines honorarischen³⁾ Processes gelangen, den die Lex Aebutia ins Leben gerufen und durch Beseitigung einiger Legislationen gefördert hätte. Diese Behauptung klingt zu abenteuerlich, um glaubwürdig zu sein (I S. 161). Man erwäge nur: eine Gesetzgebung, die auf Regelung des Privatprocesses, den sie bisher beherrscht hatte, ausdrücklich verzichtet und zu diesem Behuf das alte gesetzliche Verfahren für einige Fälle aufhebt! So hätte die Lex den Bürgern die Möglichkeit entzogen, gewisse Rechtshändel zu legitimer und, was daraus folgt, zu endgültiger Erledigung zu bringen; fortan sollten sich die Parteien mit amtsrechtlicher Streitbefestigung und eben solchem Urteil begnügen!

Zuletzt ist noch eine gelegentliche Bemerkung Ciceros in Verr. I c. 44 § 114 zu prüfen, weil ihr Punschart⁴⁾ Beweiskraft beilegen will. Sie lautet:

³⁾ So Huschke Gaius. Beitr. S. 112 N. 16, Rudorff, Punschart, Brinz u. A.; s. P. G Bd. I S. 60 N. 3, 4, S. 159 u. N. 4. Punschart leugnet „directe Aufhebung“ einer L.A. durch die Aebutia; das Gesetz habe ein *tollere iure honorario* bewirkt; vgl. aber dagegen Bd. I S. 62, 162.

⁴⁾ Grundgesetzl. Civilrecht S. 118, 120.

Posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure uti sumus: . . .

Der Ausdruck *constitutum est* soll einen „besonderen Act der Begründung des praetorischen Rechts“ anzeigen; man müsse hinzudenken: „*scil. lege*“. Weshalb gerade diese Ergänzung notwendig sei, darüber äussert sich Puntchart nicht. Cicero aber drückt durch das Wort *constituere* keineswegs bloß die gesetzliche Begründung aus. Er sagt z. B. in Verr. III c. 11 § 27 von dem Urheber des Edictes *de iud. in octuplum*: . . . *ea iura constituebas*. Indess mag man immerhin die grundlegende Lex einräumen, so geht doch l. c. die Absicht des Redners sicher nur dahin, das hohe Alter der von Verres veränderten Satzung recht nachdrücklich zu betonen. Darum ruft er, vermutlich übertreibend, aus: „seit es eine praetorische Rechtsprechung [*ius*⁵⁾ *praetorium*] giebt, stand immer folgende Regel fest“, . . . und bald darauf: *omnes antea ius ita dixisse, et hoc uetus edictum translaticiumque esse*. Demnach hat Cicero wahrscheinlich an die Einsetzung der Praetur gedacht, welche allerdings durch ein Volksgesetz bewirkt war, durch das Licinische vom J. 387. Dennoch weicht unser Ergebniss durchaus ab von Puntcharts Ansicht. Während dieser Gelehrte das Honorarrecht für jünger hält als die Praetur, ist nach meiner Überzeugung die praetorische Jurisdiction, u. z. so, wie sie Cicero vor Augen hatte, nicht erst durch die Aebutia begründet, sondern gleichen Alters wie die Gerichtsmagistratur selbst. Ferner dürfen wir uns den Praetor keineswegs als einen Beamten vorstellen, der im Laufe

⁵⁾ Wie hier so steht *ius praetorium* für *iurisdictionis* auch in Verr. II c. 12 § 31; s. Bd. I S. 116.

der Zeit zu immer grösserer Macht gelangte. Vielmehr ist das Gegenteil richtig: mit der wachsenden Zahl der Volksgesetze wurden die Magistrate mehr und mehr beschränkt, in älterer Zeit die Consuln, dann auch die Praetoren. Selbst das Edictum perpetuum, das wohl jüngeren⁶⁾ Ursprungs ist, bedeutet mit Nichten eine Gewalterweiterung, sondern ebenfalls eine Fesselung, nur eine, die minder drückend war als die Gebundenheit an die Lex. Wie gut die römische Überlieferung zu dem Gesagten stimmt, das wissen wir bereits aus dem Früheren⁷⁾. Gerade die älteste Zeit, die der Könige und der vordecemviralen Consuln ist eine Epoche des allein herrschenden oder doch weit überwiegenden Amtsrechtes. Erst mit den Zwölftafeln gewinnt das Volksgesetz die Oberhand; vom 4. Jh. an werden immer mehr Sachen gesetzlich geordnet, und im selben Masse sinkt allmählich die Macht der Regierung. Wo früher das Imperium entschieden hatte, d. h. die Willkür der Magistrate, da gebietet später die mit dem Volk vereinbarte Lex. Der Gang der Entwicklung war also wesentlich anders, als man gemeinhin anzunehmen pflegt: zuerst war das Imperium dann die Lex, und die Volksbeschlüsse der republicanischen Zeit haben nicht Regierungsrechte verliehen, sondern umgekehrt der Beamten-gewalt Schranken gesetzt.

Enthalten diese Andeutungen etwas Wahres, dann erscheint die übliche Auffassung der Aebutia schon an sich höchst bedenklich, auch wenn man absieht von dem Mangel jedes Belegs aus den Quellen. Wozu soll denn eine Lex

⁶⁾ Vgl. Wlassak Edict u. Klageform § 13.

⁷⁾ S. oben S. 101—103, 108, 109, 120—126, 149, 150, 166, 182.

erlassen sein, die dem Praetor freies Verordnungsrecht erteilte oder doch das neue Recht, Klagformeln *in factum* zu geben? Das seiner Natur nach unbegrenzte Imperium konnte ja gar nicht gesteigert werden, und überflüssige Gesetze, die den Rechtszustand in keiner Weise änderten, sind in den Volksversammlungen kaum beschlossen worden. Damit ist übrigens die Erlassung von ermächtigenden Leges durchaus nicht geleugnet. Möglich war es allerdings einem Beamten mit Imperium Vollmachten zu geben und hiedurch eine Neuerung einzuführen; allein nur in folgenden zwei Fällen. Entweder wurden dem Magistrat Pflichten abgenommen, die ihm ein älteres Gesetz auferlegt hatte, oder die Lex verband mit der Einräumung von Befugnissen die Legalisirung der entsprechenden Amtsacte. Wo dies Letztere geschah, da trat eine Änderung ein in den Wirkungen der auch früher zulässigen Amtshandlung. Ward sie jetzt *ex lege* vorgenommen, so schuf sie volksrechtlich gültige Verhältnisse, während sie vorher nur provisorische Wirkung erzeugt hatte. Nun kann aber die herrschende Auffassung der Aebutia weder in der einen noch in der anderen Weise verteidigt werden. Die Pflicht der Consuln und des Praetors für gewisse Ansprüche *Legisactio* zuzulassen, schloss natürlich die Gewährung gerichtlicher Hülfe in anderen (gesetzlosen) Sachen nicht aus. Und eben so wenig liegt hier ein Fall der zweiten Art vor. Das vermeintliche Verfassungsgesetz soll ja die Praetoren ermächtigt haben, Amtsrecht zu schaffen. Mithin dürften auch die Anhänger der bekämpften Lehre keine Legalisirung der magistratischen Verordnungen annehmen, und die Aebutia würde sich hiernach als ein völlig inhaltsloses Gesetz erweisen.

Wenn ich schliesslich versuche, die Folgen der Process-

reform von dem Standpunkt aus zu beleuchten, der in diesem Buch vertreten ist, so bedarf es hiezu nur weniger Worte. Die Aebutia war kein Verfassungsgesetz, sondern eine Gerichts- und Processordnung. Das *Judicium legitimum* in den uns bekannten Grenzen ist eine Schöpfung dieses älteren Gesetzes⁹⁾, nicht erst der Julia, welcher Gai. IV. 103, 104 deutlich bloß die Processverjährung als Neuerung zuschreibt. Daraus aber folgt unmittelbar die Zulässigkeit des Legalverfahrens mit praetorischen Actionen schon in der Zeit des Freistaats; und von hier aus gelangen wir sofort zu einer befriedigenden Erklärung der aus Gai. IV. 11 zu erschliessenden „Veränderlichkeit“ der Schriftformel. Unser Gewährsmann sagt nämlich von den solennen Sprüchen: man habe sie für *inmutabiles* erachtet *proinde atque leges*, und Ulpian (Vat. 318) scheint ein *non ualere* der *Legisactio* zu behaupten, *si quid fuisset adiectum uel detractum*. Ganz anders verhielt es sich offenbar mit den Streiturkunden des praetorischen und Aebutischen *Judiciums*. Sollte freilich das Processmittel volksrechtlich (civil) bleiben, so war auch nach der *Lex Aebutia* keine wesentliche⁹⁾ Umgestaltung des hergebrachten Wortlauts statthaft. Allein der Praetor konnte jetzt Zusätze und Auslassungen bewilligen, ohne hiedurch die Legitimität des Processes zu gefährden; und nur darauf, nur auf die Gesetzlichkeit des Processvertrags und des Urteils konnten die Parteien verständiger Weise Gewicht legen, während es für sie Nichts ausmachte, ob die durch Litis-

⁹⁾ S. oben S. 219, 220, 222, 307 und N. 22.

⁹⁾ Vgl. Jhering *Geist II*² S. 432, 483, 648, 649 (S. A.), Wlassak *L. C.* S. 85.

contestatio zerstörte Actio dem Civilrecht oder dem praetorischen zugehörte.

Was dieser letzte Satz hervorhebt: die Verwandlung des honorarischen Klaganspruchs in eine civile Process- und Judicatsobligation, eine Wirkung die überall eintrat, wo der Streit nach Aebutisch-Julischer Ordnung befestigt wurde, das haben unsere Schriftsteller seltsamer Weise ganz übersehen. Durch die Abkehr vom Novationsgedanken und das Ableugnen des römischen Processvertrags¹⁰⁾ ist den Neueren das Verständniss der klassischen Consumtion mehr und mehr abhanden gekommen. In der vorliegenden Arbeit dürften die Grundlagen bezeichnet sein, auf denen der Aufbau der seit Keller viel verhandelten Lehre leicht und sicher gelingen wird. Nur das Wichtigste darf ich vielleicht noch erwähnen.

Vernichtet wird die Actio nach römischer Anschauung bloß durch legitime Contestation, nicht¹¹⁾ durch Begründung eines *Judicium imperio continens* oder gar amtsrechtliches Urteil. Wie die aussergerichtliche, zu Verkehrszwecken dienende Novation, so verlangt auch die gerichtliche unbedingt einen volkrechtlich gültigen Vertrag. Beruht die Streitbefestigung auf Honorarrecht, so fehlt ihr natürlich die Kraft, einen Civilanspruch aufzuheben (Bd. I S. 62); doch kann sie auch den praetorischen¹²⁾ nicht beseitigen, weil die Nachfolger des jetzigen

¹⁰⁾ Vgl. meine *Litiscontestatio* S. 59—69, S. 57 N. 1.

¹¹⁾ So erklärt sich der oben S. 220 N. 2 mitgeteilte Ausspruch Ciceros.

¹²⁾ Zudem anerkennen die älteren Juristen gar keine praetorische *actio* (Anspruch, Forderung). Waren doch die Formeln meist *in factum concipit*; s. Bd. I S. 72—84, ferner oben S. 57 und meine *L.C.* S. 16 N. 1.

Gerichtsherrn blos die legitimen Amts- und Parteienacte aus früheren Jahren beachten müssen. Mithin besteht nach einem Imperiumsprocess die civile wie die honorarische Actio an sich fort, und nur nach billigem Ermessen mag der Beamte, vor dem die Erneuerung des Verfahrens über dieselbe Sache stattfindet, *Exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae* bewilligen. Dagegen tritt die Consumtion durch gesetzlichen Processvertrag immer kraft Legalrechts ein, ohne Unterscheidung der Actionen nach Herkunft und Fassung. Einzig die Logik der Formel fordert in dem Fall eine besondere Clausel, wenn die Parteien nicht mit persönlicher Civilklage, sondern mit Actio *in rem* oder *in factum concepta* litigiren. Doch hängt unter diesen Voraussetzungen die Gewährung der *Exceptio* nicht von der Willkür des Praetors ab; vielmehr durfte sich der Beklagte im zweiten Process auf die volksrechtlich geordnete Consumtion berufen; seine Einrede war also „civil“, oder, wie Gaius IV. 118 sich ausdrückt, eine *exceptio, quae ex legibus substantiam capit*¹³⁾.

Die genauere Ausführung dieser Skizze gehört in eine Schrift, die es unternimmt, das legale Processrecht mit allen Einzelheiten darzustellen, worauf hier zu verzichten ist. Dagegen soll in einem letzten Abschnitt die Ausbeute zusammengestellt werden, die sich aus den Untersuchungen im ersten (1888) und zweiten Bande ergibt. Dabei darf ich wohl meine im J. 1889 veröffentlichte „Litiscontestatio“, die in engster Beziehung zu den P. G. steht, mit berücksichtigen. Durch die neuere Abhandlung ist, wie mir scheint, eine Berichtigung mancher Äusserungen¹⁴⁾ im

¹³⁾ Vgl. Wlassak Krit. Studien S. 19, 20.

¹⁴⁾ Die Bd. I S. 83 aufgeworfene Frage, ob Gaius und Andere

1. Band des vorliegenden Werkes notwendig geworden. Endlich sei noch bemerkt, dass den hier folgenden Thesen ein paar Bemerkungen beigelegt sind über die Aufgaben, die wir demnächst angreifen müssen, wenn die in meinen Arbeiten vorgetragenen Ansichten die Probe bestehen sollten.

§ 40. Die Ergebnisse.

I. Sprachliches.

1. Der römische Privatprocess heisst bald *actio* bald *iudicium*. Beide Ausdrücke schliessen die Streitbefestigung ein; der erstere bezeichnet den volkrechtlich geordneten Process mit Spruchformeln (*legis actio*), der letztere den amtsrechtlichen mit Streiturkunden, später, seit der Lex Aebutia und Julia, auch das gesetzliche Formularverfahren (*iud. legitimum*). Dieselben Worte zeigen das Kampfmittel an, womit die Parteien litigiren: *actio* ist der solenne Spruch, *iudicium* die Schriftformel. *Iudicium accipere* drückt zunächst die feierliche Handlung des Beklagten bei der Streitbefestigung aus: das Entgegennehmen der Processurkunde aus den Händen des Klägers, der seinerseits „agirt“ (*agit = petit = intendit*). Durch dieses zweiseitige Geschäft wird das Processverhältniss begründet, welches selbst wieder *iudicium* genannt wird. Für den ganzen Act der Streitbefestigung verwenden die Quellen

streng richtig vom Kläger im Formularprocess sagen konnten: *intendit*, ist durch meine L.C. beantwortet. Der Ausdruck ist völlig (nicht blos „zur Not“) zutreffend. Der Kläger mit einer *Actio civilis* „behauptet“ (trotz dem *si parat*) ein eigenes Recht oder eine Pflicht des Gegners, indem er diesem die Formel bei der L.C. feierlich übergiebt oder dictirt.

litis contestatio und *actio* im e. S.; daneben bezeichnet *iudicium accipere* den Abschluss des Processvertrags in der neueren Form; in Legaltexten steht nicht selten *iudicium fit*. Bei Gai. IV. 104, 105, 109 bedeutet *iudicium quod accipitur sub uno iudice* das Processverhältniss, welches durch Geben und Nehmen einer Judexformel begründet wird. Endlich vertritt *iudicium* wie den ganzen Process, so insbesondere die Streitbefestigung. Beispielsweise sind Ereignisse *ante iudicium* solche, die der Zeit vor der Streitbefestigung angehören. Der Kunstausrück für den nachklassischen Process ist ebenfalls *iudicium*, nicht *cognitio*.

2. „Legitim“ oder *ex lege* ist ein Vorgang und ein Verhältniss, dem volksgesetzliche Regelung zu Teil ward.

3. Das legitime Processmittel, die *actio* (auch = Forderung) steht der Partei zu (*competit*); das Gesetz giebt die *actio* (*actio lege data, prodita*), nicht der Magistrat. Dagegen wird das amtsrechtliche Processmittel (*iudicium*, später auch *actio*) vom Praetor aus Eigenem gegeben (*a praetore datur*), entweder nach edictaler Verheissung oder ohne solche. In einem anderen Sinn gebrauchen die Römer *dare actionem*, *iudicium* von der magistratischen Zulassung der Formel zur Streitbefestigung. Bei praetorischen Rechtsmitteln ist das „Geben“ und das „Zulassen“ nicht zu unterscheiden, bei volkrechtlichen aber findet ein *dare* nur in der letzteren Bedeutung statt, nicht in der ersteren.

II. Rechtsquellen.

1. Das Volksgesetz regelt grundsätzlich nur die Beziehungen der römischen Bürger zu einander und zum Staate. Auch die Augusteischen und späteren *Leges* machen

hievon keine Ausnahme. Ebenso gelten die meisten Privatrechtsordnungen, die der Senat der Kaiserzeit als Erbe der Comitien beschliesst, blos für Bürger. Die Peregrinen des Reiches, Bundesgenossen und Unterthanen, desgleichen die Sklaven stehen ausserhalb der Legalordnung. Die Fremden beherrscht (neben ihrem eigenen Recht) das Imperium der Magistrate, m. a. W. römisches „Amtsrecht“. Das sog. *ius honorarium* ist kein Recht, sondern Beamtenwillkür, die nur Foederirten gegenüber beschränkt war; doch banden sich die Magistrate selbst immer mehr an die Gerichtsübung.

2. Das *Jus gentium* im eigentlichen Sinn ist römisches Fremdenrecht, welches zunächst und hauptsächlich den Verkehr zwischen Römern und Peregrinen regelt. Erzeugt wird es theils durch internationale Übung, theils durch Verordnungen der Magistrate, nicht durch Leges. Auch die Latiner werden von den Römern als Fremde behandelt; das römische Gesetz ist für die Bürger der latinischen Städte nicht bindend. Doch sind die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Stammesgenossen vielfach einem besonderen Fremdenrecht unterworfen.

3. Die römischen Privatrechts- und Processordnungen sind keine Territorialgesetze; auch dem römischen *Jus gentium* kommt nicht „territoriale“ Geltung zu. Das Recht beherrscht nach graecoitalischer Anschauung nicht das Land, sondern das Volk (Personalprincip). Der Personenkreis, für den das Recht gilt, bestimmt sich in geschichtlicher Zeit durch die Zugehörigkeit zu einer *civitas* (*populus*), zu einer städtisch organisirten Bürgerschaft (System der persönlichen Gemeinderechte). Die meisten uns be-

kannten Processgesetze der Römer wenden sich an Beamte, die zur Rechtsprechung in Rom verpflichtet waren.

III. Rechtslitteratur.

1. Die Processlitteratur der Römer ist der privatrechtlichen nicht ebenbürtig. Anscheinend hat es nur wenig Schriften mit rein processrechtlichem Inhalt gegeben. Eindringend behandelt sind die Spruch- und Schriftformeln, ferner die Lehre von der Processobligation. Gellius berichtet von Commentaren des Sabinus und anderer Juristen zur L. Julia *iudiciorum priuatorum*.

2. Gaius hat seine Institutionen in Rom geschrieben.

IV. Gerichtsverfassung.

1. Die Jurisdiction des städtischen wie des Peregrinenpraetors war für die Regel an Rom gebunden. Ein gesetzlicher Processvertrag vor Reichsbeamten konnte nur in der Hauptstadt abgeschlossen werden. Seit der L. Julia von 737 ist kraft Parteienvertrags auch der Fremdenpraetor¹⁾ befugt, unter Bürgern Recht zu sprechen. Die Municipalbehörden der römischen Landstädte sind durch ein Augusteisches Gesetz auf die Niedergerichtsbarkeit unter Bürgern beschränkt. Ihre Rechtsprechung ist durchaus gesetzlich geregelt; es giebt keinen Imperiumsprocess vor römischen Municipalbeamten. Die Jurisdiction der Statthalter bezog sich überwiegend auf Rechtshandel zwischen Römern und Fremden und zwischen Angehörigen verschiedener Peregrinengemeinden (*non eiusdem ciuitatis*).

2. Das älteste und (mit geringen Ausnahmen) überall

¹⁾ Ob auch andere Praetoren?, s. African Dig. 2, 1, 18.

zulässige Schwurgericht ist das des *unus iudex*. Das Gericht der Centumvirn und Decemvirn ist frühestens im 6. Jahrh. eingesetzt. Die Zehnmänner des Valerisch-Horatianischen Gesetzes von 305 sind eine plebejische Behörde unbestimmbaren Charakters. Sie haben keinen Zusammenhang mit den zuerst im 7. Jahrh. nachweisbaren *dec. stlitibus iudicandis*. Zur Competenz der letzteren gehören die Freiheitsprocesse, zur Competenz der Centumvirn die volkrechtlichen Vindicationen. Ausschliessende Gerichtsbarkeit hatten weder die Hundert- noch die Zehnmänner. Mit ihnen concurrirt allezeit der *unus iudex*. Die selbständige Judication der Decemvirn ist durch die Lex Julia beseitigt. Die Competenz der Centumvirn hat das Julische Gesetz nicht auf Erbschaftssachen beschränkt. Zu den Vindicationen trat die Testamentsquerel hinzu. Der Arbitrator ist lediglich eine besondere Spielart des Judex. Die Auswahl, die (praetorische) Ernennung und die Bestellung (durch die Parteien) erfolgte bei beiden Richterarten nach denselben Regeln. Die Auswahl des Geschworenen war niemals schlechthin an die Liste der Senatoren und später der Decurienrichter gebunden. Die Geschworenen des kaiserlichen Albums sind bloss zur legitimen Judication in Privat- und Strafsachen berufen. „Gesetzlich richten“ kann nur ein Römer. Mehr verlangen die Gesetze nicht, insonderheit keinen Geschworenen aus der Liste.

3. Die Recuperatoren kommen ursprünglich nur im Fremdenprocess vor; in der Ciceronischen Zeit ist ihre Judication unter Bürgern nicht mehr neu. Auch mit den Recuperatoren concurrirt der Judex. Eingeführt ist das Recuperatorengericht von den Praetoren für praetorische Sachen (Formeln); doch war es für volkrechtliche nicht

ausgeschlossen. Die Recuperatoren des gemeinen Privatprocesses judiciren niemals *ex lege*, mochte auch ihre Auswahl durch die L. Julia geordnet sein. Zur Urteilsfallung im amtsrechtlichen Verfahren können auch Fremde berufen werden.

V. Privatprocess.

1. Die moderne Wissenschaft des röm. „Civilprocesses“ ist auf falsche Wege geraten, weil sie Actionen- und Processrecht verwechselt und weil sie nie nach den Quellen des Processrechts gefragt hat. Die Formellehre ist ungebührlich bevorzugt, dagegen das rein Processualische vernachlässigt; selbst der römische Processbegriff ist bisher nicht aufgestellt. Der „Civilprocess“ aber, den die Lehr- und Handbücher vorführen, hat in Rom nie bestanden. In alter wie in in klassischer Zeit — auch nach dem J. 212 p. C. — hat es immer zwei²⁾ Prozesse neben einander gegeben: den legitimen Bürger- oder Civilprocess mit endgültiger Wirkung und den amtsrechtlichen (*sud. imperio continens*). Letzterer ist in der uns bekannten Gestalt zunächst als Fremdenprocess ausgebildet, später als summarisches Verfahren mit einigen Abweichungen in das Bürgerrecht übernommen. Was dem einen und dem anderen System angehört, das lässt sich in den nichtjustinianisirten Quellen leicht, im Corpus Juris nur schwer erkennen. Jedenfalls ist ein der Wirklichkeit entsprechendes Bild des römischen Processrechts ohne Sonderung der beiden Massen nicht zu gewinnen. Gaius muss hiebei unser Führer sein.

²⁾ Einen anderen Dualismus im röm. Process (*lites-iurgia*) nimmt Karlowa an; vgl. insbesondere K. Legisactionen S. 244—246, dazu R. E. G. Bd. I S. 129—131.

Seine Institutionen geben auch über Einzelheiten des gesetzlichen Processes klaren Aufschluss. Neben den gerügten Grundfehlern war es noch die Verkennung der processualischen Rechtsgeschäfte, besonders der Streitbefestigung, und die (trotz Bülow) nicht genügende Beachtung der Processobligation, was den Fortschritt der Wissenschaft hemmen musste. Ein Neubau vom Grund aus ist erforderlich. Vielleicht aber empfiehlt es sich, zuvörderst den genauer bekannten Legalprocess eingehend zu schildern, ehe der Versuch einer Gesamtdarstellung unternommen wird.

2. Unter *iudicium legitimum* ist der Privatprocess zu verstehen, der in Rom unter praetorischer Autorität durch einen gesetzlich geordneten Vertrag, u. z. durch Übergabe einer Judexformel zwischen bürgerlichen Parteien begründet wird. Das Gesetz, welches die Streitbefestigung *per concepta verba* zur Zeit der Republik regelt, ist die L. Aebutia, in der Kaiserzeit die L. Julia *iud. priuatorum*. Die jüngere, sehr ausführliche Gerichts- und Processordnung ist ein von Augustus im J. 737 rogirtes Plebiscit. In dasselbe Jahr dürfte die Julische Municipalgerichtsordnung fallen, auf der die (legitimen) Privatprocesse in allen Bürgerstädten Italiens, vermutlich auch der Provinzen beruhten. Ein Caesarisches Gesetz über das Verfahren in Privatsachen ist nicht nachweisbar. Die Begründung eines leg. Iudicium hängt bis auf einen Punkt von denselben Voraussetzungen ab wie die Streitbefestigung mittels *Legisactio*. Beide setzen als Parteien wie als Richter röm. Bürger voraus, beide den Abschluss des Processvertrags in Rom (ursprünglich wohl innerhalb des Pomeriums, später in der Bannmeile), beide die Berufung eines Einzelrichters zur Fällung des Urteils,

die L. A. mindestens als Regel (wenn die Centumvirn älter sein sollten als die Aebutia — S. 291 N. 19). Dagegen sind im Legisactionenverfahren nur legitime Processmittel zulässig, im Aebutisch-Julischen sowohl volks- wie amtsrechtliche. Durch die Aebutia ist in den bezeichneten Grenzen das Formularverfahren für alle Actionen eingeführt. Der Jurist bei Gellius schliesst von der Reform blos die Legisactionen in Centumviralsachen aus, und nur mit dieser Annahme ist auch Gai. IV. 30 vereinbar. Zudem bezeugen die Quellen ausdrücklich die Concurrenz der L. A. und des Aebutischen Formelverfahrens, nicht blos bei Vindicationen sondern ebenso in Fällen der — nach Legalrecht — ausschliesslichen Competenz des Einzelrichters. Beseitigt ist die Legisactio, so weit sie mit dem Formelverfahren concurrirte, erst durch die L. Julia. Wo die L. A. solennes Rechtsverfolgungsmittel war, ohne zugleich Form zu sein für den Abschluss eines Processvertrags, da konnte sie durch die Streiturkunde nicht ersetzt werden. Solche Legisactionen mussten auch nach der L. Julia in Geltung bleiben, wenn sie nicht durch concurrirende praetorische Rechtsmittel überflüssig wurden. Gaius nennt als einen Fall dieser Art die L. A. *damni infecti*.

3. Die legitime Streitbefestigung und sie allein bewirkt eine wahre Novation. An die Stelle der Actio (auch der praetorischen) tritt die civile Processobligation. Wesentlich auf der Litiscontestatio beruht auch die Kraft der Sentenz, welche das Processverhältniss auflöst. Die Verurteilung im legitimen Process erzeugt die civile Actio iudicati (auf *iudicatum facere oportere*), die Verurteilung im praetorischen Process (*iud. imp. cont.*) den praetorischen Judicatsanspruch.

4. Wie in Rom so ist auch in anderen Städten des graecoitalischen Rechtskreises der Bürger- und der Fremdenprocess gesondert. Nur der erstere war durch *Leges* der einzelnen *Civitates* geordnet.

5. Die Formel ist als schriftliches Processprogramm auch nach der Beseitigung der Geschworenen im Gebrauch geblieben.

VI. Staatsrecht.

1. Ursprünglich verpflichtet die *lex* die Bürger zum Gehorsam gegenüber dem Herrn der Gemeinde; in der Republik wird sie eine Schranke der Beamtenallmacht. So weit die *Lex* das *Imperium* nicht ausschliesst, regiert das letztere auch die Bürger. Das *Imperium* kann durch ein Gesetz nicht erweitert werden. Daher ist das praetorische „Recht“ nicht durch die *L. Aebutia* begründet.

2. Wo der Beamte *ex lege* handelt, da führen die Römer die Wirkung der Amtshandlung blos auf das Gesetz zurück, nicht daneben auf das *Imperium*. Das letztere weicht vollständig der *Lex*. Hiernach ist der Name *iudicium legitimum* keineswegs ungenau, und wohl gerechtfertigt ist auch die Gegenüberstellung des *iud. imperio continens*. Übrigens kann kein Process, auch kein Legalprocess (weder *Judicium leg.* noch *Legisactio*), ohne oder gegen den Willen des Magistrats zu Stande kommen. Doch macht sich der Beamte verantwortlich, wenn er den gesetzlich gebotenen Act verweigert.

3. Zur Ernennung eines Geschworenen waren die Reichsmagistrate kraft Gesetzes nur streitenden Bürgern gegenüber und nur in Rom verpflichtet. Gesetzlich angeordnet war die Ernennung eines Einzelrichters.

VII. Strafrecht.

1. Das legitime Strafrecht galt nur für Römer. Auch der Schutz der Strafgesetze kam, wie es scheint, der Regel nach bloß der Bürgerschaft zu Gute. Wenn die Sklaven von den klassischen Juristen möglichst dem legalen Strafrecht unterworfen wurden, so sollte hiedurch das Eigenthum der römischen Herren vor willkürlichen Eingriffen der Beamten bewahrt werden.

2. Augustus hat im Jahre 737 eine allgemeine Strafprocessordnung erlassen (*Lex Julia iudiciorum publicorum*), die verschieden ist von den *Leges Juliae publicorum*.

Die hier aufgezählten Behauptungen, von denen einige nach meinem Ermessen gesichert, andere doch wahrscheinlich gemacht sind, wollen den Inhalt von Bd. I u. II der „Processgesetze“ nicht erschöpfen. Nur das Wichtigste sollte herausgehoben werden, um die Übersicht zu erleichtern.

Die grösseren arabischen Zahlen bezeichnen die Seite, die kleineren die Note. Die römische Ziffer bedeutet den Band; doch ist bei dem ersten Bande die Zahl fortgelassen.

I.

Sachliches Register.

- A.**
- accipere iudicem* II 197¹⁸, 212, 334, 341; *iudicium*, s. *iudicium*.
- acta* des Augustus 173 fg., 178, 187; des Pompeius II 107, 108.
- actio*, ursprüngliche Bedeutung 250, II 4⁸, s. 57; Definitionen 82 fg.; = Process 30, 31, II 12 fg., 52¹, 57, 357; = Spruchformel 27¹, 72 fg., II 13 fg., 52¹, 56, 57, 357; = civile Schriftformel 76 fg., II 52¹; = Schriftformel, zunächst die civile, später auch die praetorische 27¹, 77⁴, 78 fg., II 358; = civile Forderung 43, 82, 83, II 355¹⁸, 358; *legitima* 42 fg., 74¹, II 117, 147 fg., 358; *praetoria* 42 fg., 80 fg., II 358; volkrechtliche, verdrängt durch praetor. Rechtsmittel 245 fg.; *competit* 45 fg., II 358; *datur*, s. *dare*; *servatur*, s. Praetor; *arbitraria* II 312²²; *in bonum et aequum conc.* II 312²²; *stipulatio*, s. Fiction; *in factum* II 149, 198¹⁹, 213⁶⁰, 302¹⁰, 303, 306, 353, 355¹², 356; *in ius conc.* II 198¹⁹; *legis*, s. *legis actio*; *in rem* II 356; und *cognitio extra ordinem* II 66¹⁸; und *iudicium*, s. *iudicium*.
- Actio*, privat- und processrechtliche II 2²; *aquae pluviae arc.* 244, 263, 265, 266⁵⁹, II 296; *de arbor. subluccandis* 249, 249¹⁹; *de arbor. suocisis* 248; *arborum furtim cass.* 248; *autoritatis* 88, 89; *certaine creditas pecunias* 108, 109, II 308; *damni infecti*, s. *Legis actio d. inf.*; *empti* II 143¹⁸; *familias her.* 87, 128, II 296, 296²²; *finium reg.* II 294 fg.; *furti*, s. Furtumklagen; *de glande leg.* 249¹⁷, 19; *iniuriarum* 107, 108, 247, 248, II 17, 291¹⁶, 310²⁹, 314 fg., 323, 349; *iudicati* (in Schriftform), die volkrechtl. 97 fg., 128, II 227, 355, 364, die amtsrechtliche 98, II 364; *metus causa* II 307²², 312²², 319²⁰, 323.

- Actio de pauperie* 88, 128; *de pecunia const.* 108, 109; *rationibus distrah.* 87, 88, 128, 158; *de sepulchro uiol.* II 312^{ss}; *tutelas* II 296; *ui homin. armatis* 52^s, II 317 fg.
- Actionenrecht im Gegensatz zum Processrecht 28 fg., 42, 53^s, 163, 164, II 1 fg., 15 fg., 362.
- Actiones*, Formelsammlungen u. Schriften der Juristen II 4 fg., 360.
- actor* II 335^{ss}.
- Adoption II 229^{ss}; *per populum, praetorem* II 136^{ss}.
- Aedilen, curulische II 212^{ss}.
- Aelius Gallus über Interd. uti poss. 74^s; über Reciperatio II 94^s, 299.
- Aelius, Sextus II 4.
- ager* II 260 fg.; *Romanus* II 242 fg. *agere* 29, 80^s, II 80^{ss}, 357; *ex lege* bei Gaius II 26^{ss}, 148; *iudicio* II 14^{ss}; *iudicio actum est* = der Process ist begründet 29, II 29 fg.; *iudicium* II 36^{ss}; *cum populo* II 57; *cum reo* II 57.
- Agnation II 150.
- album iudicium*, s. Decurien.
- Album, praetorisches des Fremdenpraetors. 261^{ss}, II 314; Verhältniss der beiden stadtrömischen Gerichtstafeln 204^s, 261^{ss}; Julians Bearbeitung II 6, 7^{ss}; Feststellung durch Hadrian II 227, 277, 344; enthält keine Legisactionen 204^s, 272; Rubrik: *de ordin. lib. causa* II 67^{ss}; *actionem non dabo* 77; *iudicium dabo* 47, 48, 77 fg., II 53 fg., 53^s, 314, 339 fg., 358; die Musterformeln 68—70, II 314, 317; in den Formeln *iudex* (nicht *arbitr*) II 290; die Formel mit Fiction der pign. capio 254^{ss}; s. ferner Edicte, praet. *animaduersio* II 182.
- Anonymus bei Gellius XVI. 10: 59 fg., 155, 273, 274, II 348 fg.
- Antium, Gesetze für A. II 106^s.
- Appellation gegen Geschworenurtheile 218, 219; gegen magistr. Decrete 52^s, 118, II 141, 172; Verfahren II 64^{ss}.
- Appius Claudius Caecus II 4.
- Arbitr II 196^{ss}, 286 fg., 318, 361; *ex compromisso* II 209.
- arbitri* II 293 fg., 293^{ss}, 296^{ss}, 328; *tres* der Zwölfstafeln 144, II 293 fg., 295, 337, 338.
- Aristoteles II 190, 190^{ss}; über Gesetze u. Obrigkeit 5, 6; über den Begriff d. Bürgers II 190.
- Arrogation, s. Adoption.
- assignatio liberti* II 174.
- Atestinum, *fragm. legis* 95^{ss}, 198^{ss}, II 55^{ss}, 56^{ss}, 212^{ss}, 228 fg., 258 fg., 270, 286, 320^{ss}, 321.
- Attribuirte Orte II 236^s.
- auctoritas patrum* II 96.
- auguria impetratiua* II 94^s.
- Augustus, Kaiser, Consul 187; als Gesetzgeber 173 fg., 198, II 221 fg.; beschränkt die Municipien auf die Niedergerichtsbarkeit 194 fg. II 221; nimmt den Municipien die Criminalgerichtsbarkeit 195^{ss}.
- auspicia urbana* II 267.
- Ausweisung II 111, 172^{ss}, 182^{ss}.
- Autonomie II 127, 215; der Bundesgenossen II 103, 104, 153, 154 fg., 156 fg., 179^{ss}, s. ferner Latiner.

B.

Bannmeile v. Rom, Geltungsgebiet der Processgesetze? II 242 fg.; Gerichtsort II 218 fg., 245fg., 266, 273, 274, 278 fg., 282 fg., 363; Name II 268 fg.; Urgebiet? II 242 fg.

bonae fidei iudicia 69¹⁰, 73, 74, 85, II 90^s, 287, 288, 290, 302^s, 312^{ss}.

Bundesgenossen, s. Autonomie, Latiner, *peregrini*.

Bürger, römische, Gesetze nur für B. II 86 fg., Processgesetze II 183 fg.; Senatusconsulte für B. II 173 fg.; der bürgerliche Richter II 192 fg.

Bürgerrecht, römisches, Anmassung II 118¹; Bedingung für den Geschwornendienst II 192 fg.; Entziehung durch Sulla II 186, 187; *eius suffragio*, s. Halbbürger; Verleihung II 118¹.

C.

Caesar, der Dictator als Gesetzgeber 193, 198, 198^{4s}, II 228^{ss}, 234, 249, 363, seine Gesetze von 695 und 708: 168 fg., 185^{ss}, 189, 190; das Richtergesetz 170⁷; u. Pompeius II 108.

capere iudicem II 297^{1s}, 336.

Capua, Gesetze für C. II 105, 106^s.

Caracalla, Antoninus, Verleihung des Bürgerrechts II 124, 126, 164, 362.

cautio damni infecti 241 fg.; im Album des Urban- u. Peregrinenpraetors 261^{ss}.

cautio pro praede litis et vindicta. 227 fg., II 294, 294^{ss}.

centumviri (Geschworne), Alter 124 fg., 136 fg., 151, II 291, 361, 363; Auswahl II 201 fg.; Be-

Wlassak, Röm. Processgesetze II.

stellung II 202, 342; Competenz 87, 87¹, 88, 110 fg., 130, 131, 194st, II 292, 328, 349, 361, nach Julischem Recht 202, 206 fg., II 292, 293, 361, nicht bestimmt durch eine Streitsumme 208, 209, 226 fg.; Concurrenz mit dem Einzelrichter 110 fg., 151, 206 fg., II 292, 293, 361; Consilia 207; und Decemviri 177, 178; Legitimität II 201, 202, 203; Zahl 207.

certare iudicio II 141^s.

Cicero De legibus 4 fg.; Kenntniss des Aristoteles 5^s; Repetunden-, nicht Stadtpraetor 6¹¹; Statthalter von Cilicien II 127; als Zeuge für den Aebutischen Formelprocess 63 fg.

civis Italicus II 154 fg.; *urbanus* II 154 fg.

civitas = Bürgerschaft II 132, 135; *legibus continetur* II 118 fg., 122, 144; = πόλις II 134.

cognitio II 59, 62 fg., 358; *extra ordinem* II 65, 66¹⁴, 330, 333, 344 fg.; *iudicia* 216, 217, II 65¹²; *praetoris* II 65.

Cognitor II 33^{1s}, 35²¹, 49, 50. *colonia* II 259 fg.

comitia, Gesetzgebung II 94 fg.; *tributa* u. *concilium plebis* II 98^{1s}.

commercium der Latiner II 359; *peregrinorum commercium* nach M. Voigt II 138^{ss}.

concilium plebis, Gesetzgebung II 97 fg., 119.

condemnatio als Formelteil 100; *pecuniae* 245¹⁰.

condictio certae rei 109.

condictio (Legisactio) 99²¹, 105, 106, 128, 129, 134, 157, 164¹¹, 251²⁴, II 297, 335 fg.

confessio in iure II 229.

Constantius verbietet die Processformel II 61, 61a.

Consul, Gerichtsbarkeit II 250, im Lager II 250^{4a}.

Consumtion, processualische II 29, 30, 227, 355 fg., 364.

contrahere iudicio II 41, 42; s. ferner Processvertrag.

Criminaljudication, römische II 53⁴; über Foederirte II 92¹⁷.

D.

dare actionem 42 fg., II 358, 365; *iudicium* II 55, 55¹⁰, 56, 197¹⁸, 199²⁸, 207^{4a}, 212, 281, 319 fg., 332, 334 fg., 337, 338²⁷, 343; *iudicium* II 55, 55¹⁰, 56, 212, 264, 281, 319 fg., 358; *iudicium* im Album, s. Album praet.

debitum 82.

decemviri der L. Valeria-Horatia 139 fg., II 291¹⁷, 361.

decemviri stlitibus iudicandis 131, 132², 139, 177, 178, 179, II 186; Alter 146, 147, 151, 290 fg., 342, 361; Competenz 87, 88², 130, 131 fg., 148, 155, 177, 290 fg., 328, 361; Name 150.

Decrete, magistratische 52⁶, 118, II 197¹⁸, 264; des Aemilius Paullus (Hasta) II 107, 109¹²; des Rupilius II 106, 107, 128⁴, 136 fg., 337; des Verres II 138²⁰, 141.

Decurien der Geschwornen 170, 175, II 193 fg., 278 fg., 361; *adlectus in V decurias* II 278; *ex (quinque) decuriis* II 278; s. ferner Excusation.

Dedition II 250.

de eadem re alio modo 89.

defendere se iudicio II 15¹², 47⁵⁴, vgl. 229²⁸, 279.

Delict des Sklaven II 114 fg.; legitime Actionen aus D. II 116, 117, 147 fg.

Demosthenes über das Gesetz II 133, 134.

denegatio actionis 42⁶, 124, 124²⁸, 233, 234, II 335 fg., 345, 365.

Deportation II 112²⁴.

Dionys v. Halicarnass, Glaubwürdigkeit 137¹¹, II 98¹⁵.

domi, imperium 51 fg., II 267 fg.

Dositheus, Jurist bei D. II 164, 225¹⁴.

E.

edere formulam vor dem Geschwornen II 34¹⁹; vor dem Praetor II 60².

Edicte, praetorische, gesetzte Willkür II 125; binden den Magistrat II 330, 338 fg., 344, 352, 359; Alter der Judicia-Edicte II 304, 305; Quelle d. Jus gentium II 89⁸, 302 fg., 302¹⁰, vgl. 152; die Recuperatoren verheissen II 54⁶, 7, 310 fg., 314 fg.; Carbonianum II 48; über Excusation d. ernannten Richters II 207, 208, Text dieses Edictes II 208^{4a}; über Iniurien II 310²⁰, 314 fg.; des Verres über Wahl des Gerichts II 315, 321, 332; s. ferner Album praet.

Edicts commentare II 6, 7, 224⁹. *edictum (Augusti) Venafranum* 185²⁸, II 82, 198, 199, 286², 319^{4a}, 324²⁰, 343.

Ehe, römische, bürgerrechtlich II 171, 172, 174.

Ehe- und Kinderprivilegien 185, II 161, 162, 177, 193².

Ehescheidung II 171.
eligere iudicio II 97, 38st.
 Erbrecht, römisches für Bürger II 175, 177 fg.
exceptio legitima II 356; *quod praesudicium her.* II 47, 48; *rei iudicatae uel in iudicium deductae* 71, 72, II 356.
 Excusation der Geschwornen II 207, 208, 207⁴⁶; von der Tutel II 162⁵⁷.
 Execution, personale mit L. A. 91, 92; ohne L. A. 93 fg.; in das Vermögen 95 fg.
 Exil II 111¹⁹, 142, 143.
executio = Rechtsverfolgung II 11a.
extra ordinem II 66¹⁴; im Gegensatz zu *actio*, *interdictum* II 66¹⁵.

F.

Facultative Processformen und Gerichte, s. Wahlrecht.
feriae 174, 174⁴, s. ferner *prae-fecti*.
 Fiction in Klagformeln II 26²⁹, 117^{as}; *Actio praet.* mit Fiction der L. A. *p. pign. cap.* 251 fg.; des Bürgerrechts II 147 fg., 185⁴, 303, in Sicilien II 149¹⁹.
fines coloniae II 261, 263; *oppidi coloniae* II 261^{es}.
foedus II 103, 104, 124, 124¹⁴, 144, 214, 338.
 Formel, die schriftliche, für Prozesse ohne *Legisactio* bei Cicero 62 fg.; Functionen II 59 fg., 302; als Beweisurkunde (?) 64; als Processmittel II 13 fg.; als Processprogramm 85¹⁶, II 14, 15; untanglich, gewisse *Legisactionen* zu ersetzen 238 fg.; als solche nicht *praetorisch* 162, 163,

262; veränderlich II 354; *praetorische* mit *Recuperatoren* II 310 fg.; *civile* mit *Recuperatoren* II 311 fg.; Herkunft II 301; in nachklassischer Zeit II 60 fg.; die Aquilischen Dolusformeln 73¹; *petitorische* der *rei vindicatio* bei Cicero 70, 71, 112, 115 fg., 118⁵⁷, II 18¹⁹.

Formelsammlungen, s. *Actiones*.
 Formularverfahren, Grenzen 238 fg.; ohne Spruchformel 62 fg.; *amtrechtliches* vor der L. *Aebutia* 21, 75, 165, 166, II 52, 185⁴, 301 fg.; *legalisirt* durch die *Aebutia* 159 fg., II 58; *obligat* nach der L. *Julia* 205, 206, 245; *nachklassisches* II 59 fg., 365; s. ferner *Judicium legitimum*, *imp. continens*, *Lex Aebutia*, *Julia iud. priu.*

Fragmentum *de iudiciis* II 5e, 81⁵, 55¹⁰.

Freiheitsprocess 131, 133³, 148, II 64¹¹, 186, 187, 292, 311, 318, 323, 361; Vorbereitung (*ordinare iudicium*) II 50, 51.

Fremdenprocess II 138 fg., 365; in Athen II 131; in Sicilien II 135 fg.; in Rom II 126, 127, 138, 185⁴, 216, 241, 254, 299, 300, 301 fg., 309 fg., 338, 362; *Rechtsquelle* II 137 fg.; *Geschworne*, s. *Recuperatoren*; s. ferner *Judicium imp. cont.*

Fremdenrechte, auf dem Imperium beruhend II 124 fg., 149, 152, 153; im Gegensatz zu den *leges populorum* II 132; Verhältnis zum Bürgerrecht II 130 fg.; in Hellas II 130 fg.; in Sicilien II 129 fg., 134 fg.; s. ferner *peregrini*.

Furtumsklagen, die altcivilen 246, 247, 259, 264; in Spruchform 87, 128, 152, 158; mit Fiction II 117^{ss}, 147 fg., 185⁴.

G.

Gainus schreibt in Rom 200, 201, II 224¹⁰, 360; Institutionen II 224 fg., 225¹⁶, 235; Inst. 4. Buch II 5 fg., benützt eine geschriebene Quelle 134, II 22, 32, 225¹⁰, 235; fälschlich der Unwissenheit u. Nachlässigkeit beschuldigt 246¹², II 179²⁰, 287⁶; sagt IV. 11 nichts Unrichtiges II 304, 305; Zuverlässigkeit seiner Berichte 59, 134, 135, II 205; Styl II 219; von Pseudo-Asconius ausgeschrieben 134⁶, II 335¹⁸.

Gallia cisalpina 198⁴⁸, 199, II 227 fg., 246, 247.

Gauverfassung II 214.

Gellius, A. 59, 246¹², II 7¹², 281^{ss}; Bericht über die L. Aebutia 59 fg., 102, 103, 154, 155, 160, 245¹¹, 248, 259⁴⁴, 273, 274, II 31¹⁵, 217, 303, 306¹⁸, 348 fg., 364; Noct. Att. XX 10, 9: 26, II 348; s. ferner Anonymus.

Geschworene, Altersgrenze 176; Auswahl II 194 fg., 196 fg., 197¹⁸, 343, 361, in den Provinzen II 344 fg.; ausserhalb der Decurien II 195 fg., 196¹⁶, 203 fg.; Beseitigung II 61, 67, 68; Bestellung II 39³⁰, 197¹⁸, 199²², 202³², 340, 341, 343, 361, s. ferner *accipere, capere iudicium*; Bürgerrecht II 192 fg., 204, 205 fg.; Dienst Bürgerpflicht II 192, 207 fg., s. ferner Excusation; Ernennung, praetorische (*dare*) II

197¹⁸, 199²², 361, s. ferner *dare iudicium*; Gehülfe des Beamten II 197¹⁸, 333 fg.; peregrinische II 205, 206 fg., 210, 211^{ss}, 213, 216, 362; Verfall II 346; Verhältniss zum Recht II 215; s. ferner Arbiter, *centumviri, decumviri*, Decurien, Judex, Recuperatoren, Senatoren, *sortitio*.

Gesetz, Ausführung durch den Praetor, s. Praetor; das formelle der Römer II 91, 92, 118; königliche, s. König; wirkt nicht zurück 13, 14.

Gewalt, väterliche, bürgerrechtlich II 162⁵⁰, 170¹⁸, 174⁵.

Gracchus, Gaius Sempronius II 92, 106⁸.

Griechisches Recht II 129 fg.; Personalität II 129 fg.

Gründungsgeschichte Roms II 120, 121.

H.

Hadrian, der Kaiser 195 fg.; s. ferner Album praet.

Halbbürgergemeinden II 105², 255.

hasta der Centumvirn 137, 138.

Heimatsrecht, s. Ortsbürgerrecht.

homo liber der L. Numae II 169.

hostis, auctoritas aduersus h. II 91; *status dies cum h.* II 91.

I.

Imperium, *iustum* II 108; *legitimum* II 92, 108; im Gegensatz zur Lex II 92, 101, 102, 125, 365; vor der Lex II 101, 102, 121, 352; im Gegensatz zur *iurisdictionis*, s. *iurisdictionis*; beherrscht die Fremden, s. *peregrini*; beschränkt und ersetzt durch die Lex 1 fg., 17, II 101 fg., 122 fg.,

- 352, 365; Bindung durch Edict II 330, 338, 339; nicht steigerungsfähig 161, II 352 fg., 365; der Municipalbeamten 196, II 226, 232, 360; im Privatprocess, s. *Iudicium imp. cont.*; s. ferner *domi, militiae*.
- incola* II 261, 275.
- indefensus* II 229.
- intendere* 83, II 356¹⁴, 357.
- intentio* 83, vgl. II 356¹⁴, 357.
- Intercession 51, 52, 117; auf Appellation v. Nichtbürgern 52; tribunicische: örtl. Grenzen II 267 fg.
- Interdicte, Alter und Bedeutung 73¹, II 301, 303, 348; Verfahren 107, II 311, 318, 345; *de arboribus caed.* 248; *de glande leg.* 248¹⁶, 249; *uti possidetis* 74¹.
- interdictio aquae et ignis* II 111, 112²⁴, 173²².
- Internationales Privatrecht, moderne Theorie 18, II 238, 239.
- Interpretation der Zwölftafeln 33, 246¹².
- Italien II 154, 155, 156, 157, 161, 167⁸, 221, 222, 249, 250; und Rom II 220.
- Italiker, Bundesgenossen II 153²⁴, 154²⁸, 156; röm. Bürger II 154, 155, 193, 232.
- Judex, *arbitrus* II 286 fg.; *accipere, capere iud.*, s. *accipere, capere*; *dare iud.*, s. *dare*; *ex quinque decuriis*, s. *Decurien*; *iudicare iubere iud.* II 56¹⁰, 281, 282; *pedaneus* 216²⁷, II 64; *sub uno iudice* II 28, 39³⁰, 72 fg., 79 fg., 285 fg., 290, 328, 334; Benennung der Consuln und Praetoren 139 fg., II 53, 63, 64, 225¹⁰; der Justinianische II 332; der Einzelrichter (*unus iudex*) in der alten
- Legisactio* 133 fg., II 211⁵², 214 fg., 291, 297, 301, 310, in der nachaebutischen *Legisactio* 87 fg., 130, 133 fg., im *Jud. legit.* II 28, 71 fg., 210 fg., 285 fg.; 325 fg., 329, 363, in *Centumviralsachen* nach der *L. Julia* 206 fg., im *Freiheitsprocess* 179¹², im *Querelprocess* 110, 214 fg., in den *Zwölftafeln* 144, 151, II 291¹⁶, 301, überall zulässig II 360, 361, *Alter* 127, 151, II 291, 361, *Bürgerrecht* II 192 fg., 361, 363, in *Concurrenz* mit *arbitri* II 293 fg., mit *Centumvirn*, s. *centumviri*, mit *Recuperatoren*, s. *Recuperat.*, *Verpflichtung* zur Ernennung, s. *Praetor*; s. ferner *Geschworne*.
- iudicantes, legitime* II 194⁹, 194 fg., 197¹⁹, 199²², 204, 361.
- iudicare* II 63; = *ius dicere* II 53; *iud. iubere* II 56¹⁰.
- Judicatsobligation*, s. *Actio iudicati*, *volks- und amtsrechtlich*.
- iudicis postulatio* (*Legisactio*) 105, 134, II 297, 325; nach der *L. Aebutia* 90, 128, 157.
- iudicium, absolutorium* II 35; *accipere* II 36, 40²⁸, 48, 49, 60², 212, 230, 263, 280, 281, 357; *agere*, s. *agere*; *adgnoscerere* II 209⁴⁹; *ante iud.* II 38, 39, 40, 358; *coeptum* II 32 fg.; *contestatum* II 36; *diclare* II 41, 61⁴; *edere* II 60²; *exercere* II 56¹⁰, 228; *fit, factum* II 39, 40, 47, 48, 56¹⁰, 212, 228, 230, 358; *inchoatum* II 32 fg.; *pendens* II 34; *populi* 107, II 110; *privatum* II 325⁶¹; *quod accipitur* II 77 fg., 358; *recuperatorium* II 79, 81, 82, 286², 314 fg.; und *actio* 27 fg., II 13 fg.; und *lis* II 12.

iudicium, geschichtliches Verhältniss der verschiedenen Bedeutungen II 51 fg.; = Gericht 29, II 54 fg., 68¹⁸; = Schriftformel 70, 72 fg., 117, II 13 fg., 54 fg., 82, 357; = praetor. Process mit Schriftformel II 52, 357; = Privatprocess mit Schriftformel 37, 54 fg., II 58, 59, 188, 357; = der ganze Process 27 fg., 54, 55, II 12 fg., 26 fg., 69, 82, 188, 357; = Process ohne Formel in klassischer Zeit II 64; = nachklassischer Process II 62 fg., 358; = Processrechtsverhältniss II 35, 35²⁰, 39, 50, 77, 280, 357; = Streitbefestigung II 37 fg., 56, 57, 78, 358.

Judicium imperio continens 20, 22, 29, 38 fg., 53⁹, II 17, 20 fg., 25, 26, 58, 71, 72, 79, 84, 85, 126, 127¹, 136, 138, 140, 185⁴, 199, 200, 200²⁴, 201, 207, 216, 220², 225 fg., 232, 249 fg., 275 fg., 289, 297, 301 fg., 309 fg., 325 fg., 341, 342, 343, 355, 356, 362, 364, 365; s. ferner Fremdenprocess, Recuperatoren.

Judicium legitimum, I. das Gai-anische, in der modernen Litteratur 19 fg.; Begriff 37, 56, II 128⁵, 362, 363; Name 18, 27 fg., 37, 38 fg., II 54 fg., 70, 223, 357, 365; Gesetz ausschliessl. Grundlage 37 fg., 48—50; Jud. leg. und die Verfassung 38 fg., 50 fg., II 252 fg.; Fortdauer nach Wegfall des Magistrats 48 fg.; nach der Lex Aebutia 20, 159 fg., 272, 273, II 58, 59, 71, 183, 219, 220, 222, 307²², 354, 363; nach der Lex Julia 206, 272, 273, II 71, 183, 363; nach Aebutisch-Julis-

schem Recht 57, 276, II 84; Jud. leg. und Legisactio 37¹², 54 fg., 164, II 32, 58, 59, 188 fg., 202, 213⁵⁰, 217, 222, 299², 306, 364; Gains' Beschreibung II 70 fg.; Grenzen II 75 fg., 83 fg., Cap. VI., 363; unter Bürgern II 75 fg., 86 fg., 126, 183 fg., 362, 363; der bürgerl. Richter II 87, 192 fg., Herkunft dieses Erfordernisses II 210 fg., als Voraussetzung des gesetzl. Processes II 212 fg.; stadtrömisch II 218 fg., 225, 278 fg., 360, 363; mit Judexformel II 285 fg., 300, 308, 326 fg., 363; Beschaffenheit der Formel (ob civil oder praetorisch) gleichgültig 166, II 76, 193¹⁹, 213⁵⁰, 305 fg., 339, 354, 364.

Judicium legitimum, II. nach röm. Gesetzen, ausserhalb Rom II 222, 273, 274, 360, in den Provinzen II 275 fg., nach dem Gesetz d. Atestiner Tafel II 227, 228, 274, nach dem Rubrischen II 230, 231, 274, nach der Augusteischen Municipalgerichtsordnung 272, II 17¹⁹, 223, 226, 227, 232 fg., 235, 237, 360.

Judicium legitimum, III. der gesetzliche Strafprocess 34, 35, II 203, 223.

Judicium legitimum, IV. peregrinische II 127 fg., 235, 365. Julianus, Salvius, Bearbeitung d. praet. Albums II 71⁹.

iuridici, kaiserliche Rechtspfleger in Italien 196, 197.

iurisdicatio II 55¹⁰, 271, 272, 281, 320, 321, 351⁵; an Rom gebunden II 245 fg., 266, 269 fg.; und Imperium II 20²¹, 227⁵⁰, 320⁵⁰.

Juristenschriften, römische, Inhalt II 224, 234.

ius = Volksrecht II 125¹⁶, 229²⁶, 327; *ipsium* II 125¹⁶; und *lex* II 229²⁶; Gerichtsort in den Pand. II 43⁴², 45.

Jus civile, das Recht der Bürger II 132 fg., 146, 147, 158, 187.

Jus extraordinarium 219, 220²¹, II 11⁶, 66¹⁴, 15.

Jus gentium, römisches = Fremdenrecht II 359, s. Fremdenrechte; im Gegensatz zum *ius legum* II 143 fg., 192; im Gegensatz zum Bürgerrecht II 132; „gemeinsames“ Recht II 134, 135²⁰, 144⁵; nicht „Weltrecht“ II 239; Quellen II 89⁸, 90, 143 fg., 359; Ursprung II 131¹⁵; nicht territorial II 359; für Foederirte II 91; Privatprocess II 301 fg., s. Fremdenprocess.

Jus honorarium, s. Praetorisches Recht.

Jus naturale II 109¹³, 144⁶, 146, 167.

Jus ordinarium II 11⁶, 66¹⁴.

ius praetorium = *iuridictio praetoria* II 351⁵.

Jus Quiritium 118 fg.; §118²⁷, II 161, 177, 240.

Jus Romanum 119²⁷.

iustus, s. *legitimus*; *matrimonium* II 171, 172; *sacramentum* II 186.

K.

Kaiserrecht 219, 220²¹.

König, der römische, Auffassung der Königsherrschaft II 122, 124¹³, 352; *imperium legitimum* II 120, 121; Gerichte II 333; Gesetzgebung des Romulus II 120, 121, des Servius 137¹¹;

Verhältniss zur Bürgerschaft II 95, 103.

L.

Lagerprocess 53¹⁰, 54, II 250⁴⁶.

Landrecht, röm. II 239 fg.

Latiner, der Stamm vor der Zerteilung in *populi* II 169, 170, 214, 215; latin. Stammesrecht II 169; geschützt durch die *L. Numae* II 169, 170; Colonien II 105²; Municipien lat., s. *Municipium*; Stadtrechte 192²⁴, II 105², 179²⁰, 320; autonom, nicht gebunden an röm. Volksgesetze 192²⁵, II 104, 152, 158, 179²⁰, 215⁶³, 359, und Senatsgesetze II 178 fg.; Überwachung ihrer autonomen Satzung II 179²⁰; Verkehr mit Römern II 154, 214; ihr Fremdenrecht II 152 fg., 359; processfähig in Rom II 133; agiren nicht mit röm. *Legisactio* II 139²⁸; unfähig, röm. Vormund zu werden II 151; latinische *Legisactionen* 92¹⁶, 106, 192²⁴; latinische Freilassung II 163⁵⁸.

Latini coloniarum II 150²⁵, 26, 178 fg.; s. ferner Latiner.

Latini Iuniani II 150²⁵, 152²², 164, 167², 174⁸⁻¹⁰, 177, 178, 180.

Legalstyl, röm. II 53⁶, 110, 159, 165.

Legat, römisches, bürgerrechtlich II 162, 176¹².

Legisactio, ursprüngliche Bedeutung 250; = gesetzlicher Process 164, II 341, 357, mit gesetzlichem Processmittel II 306, 339, 364; = Spruchformel 75, II 357; Anwendungsgebiet II

- 185, 191, 217, 222, 274, 291, 299^s, 301, 339, 340, 363; bürgerrechtlich 115^{aa}, 204, II 87, 88, 93, 138^{ss}, 183 fg., 216, 302, 304, 363; das Gericht, s. *Judex*; unveränderlich II 354; setzt Vereinbarung voraus II 335 fg.; Mittel zur Verschaffung gerichtlich verfolgbarer Ansprüche 250 fg.; unersetzlich durch Schriftformeln 240 fg., 250 fg., II 364; die *modi agendi* 267 fg., s. ferner *Sacramentum*, *Condictio* u. s. w.; vermeintliche Alleinherrschaft in Rom II 215, 216, 301; die streitige ausserhalb Rom 95^{ss}, II 274, 275; die streitlose 250, 255^{ss}, II 264; L. A. und *Judicium leg.*, s. *Jud. leg.*; unverträglich mit der Schriftformel (als Processmittel) 64, 65, 68; die nachaebutische 85 fg., II 306, 364; verschwindet allmählich 155 fg.; die nachjulische 206, 207; beseitigt in den röm. Landstädten 192 fg., II 221, 234, 235; *damni infecti* 110, 155, 206, 238 fg., II 364, in den Pandekten 241 fg., 259 fg.; lateinische, s. *Latiner*.
- Legitim* 31 fg., 38 fg., 50, 54, 56, 223, 224, II 358; = *ex lege* 28, 29, II 23 fg., 358; = *iustus* II 108¹¹, 123.
- Lex*, verschiedene Bedeutungen II 133¹⁷, 144; im weiteren u. engeren Sinn 188^{so}; *curiata* II 95^s; *data* II 91¹², 105 fg., 121^a, 179²⁰, 233^{ss}; *fenebres* II 152, 153^{ss}; *naturae* II 133¹⁷, 167; *lex* und *ius* II 103, 125¹⁶, 229²⁶; Begriff, ältester und späterer II 93 fg., 118, 122 fg., 142^a, 365; setzt der Obrigkeit Schranken II 101 fg., 118, 122 fg., 338, 365; im Gegensatz zum *Magistrat* II 125, 126, 136²⁴; eine Bürgerordnung II 88 fg., 93 fg., 118 fg., 142 fg., 183, 358, 359; nicht Territorialordnung II 240 fg., 359.
- Lex Acilia repet.* 106, 172^s, 176, 205⁴, II 39^{ss}, 45^{4a}, 118¹, 143⁴, 185 fg.
- *Aebutia*, Bericht des *Gaius* u. *Gellius* 58 fg., 102, 103, 153 fg., 160 fg., II 306, 306¹⁸, 364, s. ferner *Gellius*; Alter 86, 126, II 300, älter als *Cicero* 63 fg.; kein Verfassungsgesetz 161, 162, II 347 fg.; schafft keinen praetorischen Process 60, 61, 159 fg., II 350; begründet nicht d. praetorische Privatrecht, s. *Praetor*. Recht; kein Territorialgesetz II 238 fg., 284, 359; eine Privatprocessordnung II 1 fg., 347; beseitigt keine Actionen und führt neue nicht ein 245 fg., II 1, 2, 18, 19; *sublatas . . . legis actiones* 60 fg., 104, II 184, 306; hebt den Spruchformelprocess nicht auf 86 fg., 104 fg., 154, II 364; führt den Schriftformelprocess unter Bürgern ein 159 fg., als gesetzlichen 164 fg., recipirt ihn aus dem röm. Fremdenrecht 165, II 301 fg., als facultatives Verfahren 125, 127 fg., 153, 163, 164, für alle civilen u. auch für die praetorischen Actionen 128 fg., 153 fg., 166, II 76, 292, 305 fg., 364; begründet das Gaiianische *Jud. legitimum* II 219, 220, 222, 307²², 363, vgl. 20, s. ferner *Judicium legitimum*; ordnet (*legalisirt*) die Richterernennung,

- Streitbefestigung und das Urteil II 30, 31, 199^{ss}, 212, 213, 231; Anwendungsgebiet II 183, 191, 212, 218, 238, 273, 274, 283 fg., 285, 286, 305, 306, 363; für das stadtrömische Bürgergericht II 273, 274, 360; verlangt bürgerliche Richter II 211, 217, 218, u. z. Einzelrichter (*iudex arbitrorum*) II 285 fg.; über die Voraussetzungen des *Judic. legit.* II 212, 213, 245; begründet das Centumviralgericht (?) II 291, 292¹⁰; verglichen mit L. Rubria II 246, 247.
- Lex Aelia Sentia II 163, 181, 270.
- Aemilii Pauli *Maedoniae data* II 107.
- *agraria* (a. 643): 252^{ss}, II 55¹⁰, 106^s, 124¹⁴, 212^{ss}, 57, 269, 318 fg., 324, 337.
- *agraria* des K. Nerva II 113.
- *Antonia de Termessibus* II 55¹⁰, 91¹³, 320 fg., 337.
- Appuleia (Bürgerschaft) II 156 fg.
- Aquilia II 22, 25, 26, 110¹³, 147, 148, 149, 312.
- Aternia Tarpeia II 101.
- Atilia *de tutelis* II 151, 270.
- Atinia II 158.
- Aurelia (a. 684) 170⁷.
- Bantina latina 106, II 319⁴⁶, 324, 325, 337; *osca* 91¹⁶.
- Calpurnia (*L. A. per cond.*), 105, 164¹¹, II 2^s, 197¹³, 335 fg., 338.
- Calpurnia *repet.* (a. 605): 106, 172, 204⁴, 274, II 186 fg.
- Cincia 180, II 110¹³.
- Claudia II 176¹³.
- *coloniae Genetivae* (a. 710): 192, 196, 274, II 39³², 45⁴⁶, 55¹⁰, 82²³, 213⁶¹, 229²⁶, 259 fg., 260⁶⁵, 319⁴⁶, 320⁵⁰, 325; *actio petitio persecutio* 81, 82; *leg. act. per manus iniectionem* 91 fg., 171, 190, 192, 193^{ss}.
- Lex Cornelia *de adulteriis* (?) II 170¹¹.
- Cornelia *de edictis* (a. 687): 124²¹.
- Cornelia *repet.* 205⁴.
- Cornelia *de falsis* II 112²⁴, 158.
- Cornelia *de sicariis* II 110 fg., 112²⁴, 168, 169.
- Crepereia 209, 210, 226.
- Didia *sumpt.* II 154 fg.
- *duodecim tabularum* 33, 102³⁴, 103, 143, 144, 151, 192³⁵, 246, 247¹², 248, 249, 252³⁶, 264, II 111¹³, 224, 243, 266, 286, 291¹⁶, 293 fg., 299, 337, 338, 349, 352; enthält nur Bürgerrecht II 90⁹, 91, 146 fg., 150; als *lex data* II 91¹²; und das *consul. Imperium* II 102.
- Fabia *de plag.* II 112²⁴, 167.
- Falcidia II 158, 159, 165.
- Fannia *sumpt.* (a. 593): II 154 fg.
- Fufia Caninia II 163.
- Furia *de sponsu* II 21²³, 156 fg.
- Furia *de testam.* II 158.
- Fusia? II 158.
- Horatia-Valeria (a. 305): 139 fg., II 95 fg., 99¹⁶, 119, 149⁴⁴.
- Hortensia (a. 465/468): II 95, 96, 98 fg., 119.
- Julia *de adulter. coorc.* II 111¹³, 22, 112²⁴, 170 fg., 172²¹.
- Julia *agraria* (a. 695): 81⁹, 185²², 274, II 55¹⁰, 258 fg., 319 fg., 337.

- Lex Julia (*altera* bei Gai. IV. 30), s. L. Jul. *iud. priv.* für die röm. Landstädte.
- Julia *de ambitu* (a. 736): 181.
- Julia *de cessione bon.* 93, 173¹¹, II 239.
- Julia (*Caesaria*) *de iudiciis* 169, 170⁵, 7.
- Julia *iudiciorum privatorum*, Urheber 167 fg. (nicht Caesar), 173 fg. (Augustus); Alter 184 fg., 363; ein Plebiscit 187; kein Territorialgesetz II 238 fg., 284, 359; eine Gerichts- und Processordnung II 1 fg., 347; ändert nicht die Actionen II 1 fg., 18, 19; beseitigt das Spruchformelverfahren 104, 135, 154, 188, 205, 206, II 184, 364; auf ihr beruht das stadtrömische Judic. legitimum der Kaiserzeit, s. Jud. legit.; legalisirt die Richterernennung u. die Streitbefestigung mit Schriftformeln II 212, 213, 329, 334, auch mit praetor. Formeln II 305, 307, und das Urteil II 199²², 231¹²; Anwendungsgebiet II 191, 212, 218, 238, 273, 274, 283 fg., 285, 286, 305, 306, 363; Capitel über die Voraussetzungen des Jud. legit. II 212, 213, 245; für das stadtröm. Bürgergericht II 218, 222, 273, 274, 360; fordert einen Geschworenen aus der Bürgerschaft II 211, 212, 218; verlangt den Gebrauch einer Judexformel II 285 fg., 326 fg.; Verhältniss zur L. Aebutia 273, 274, II 219, 220, 222; Inhalt 129, 174, 174⁴, 175, 176, 177, 178, 180, 183, 184, 186, 189, 202¹, 206, II 1—3, 199²², 201, 202, 211, 238², 273, 288, 329, 343, 347; über den Geschwornendienst II 207⁴; Competenz der Centumvirn 206 fg.; über Rejection der Recuperatoren II 198, 199, 207, 342, 343; über L. A. *damni infecti* 238 fg.; Processverjährung 49, 50, 186, II 28, 29, 77, 79, 219, 220, 279²⁴, 284, 354; Prorogatio fori 125, 202 fg., II 185⁵, 200, 360, 360; schafft den Vindex bei der Execution ab 93; über *cessio bonorum*, s. L. Julia *de cessione b.*; verglichen mit der L. Rubria II 246, 247; commentirt von Sabinus u. Anderen 201¹, II 7, 8.
- Lex Julia *iudiciorum privatorum* für die röm. Landstädte 190 fg., 272, II 221 fg., 234²⁷, 249, 274 fg., 360, 363.
- Julia *iudiciorum publicorum*, Urheber 181, 184, 188; Alter 184, 185; ein Plebiscit 187; führt keinen Process mit Schriftformeln ein 191; hebt nicht Legisactionen auf 191; eine allgemeine Strafgerichtsordnung 181, 182, 183, 366; Inhalt 175, 180, 182¹⁶, 183, II 111, 112²².
- Julia (*Caesaria*) *de maiestate* 170.
- Julia *de marit. ordinibus* 174², 185²¹, II 160 fg., 165⁴.
- Julia *municipalis* 81⁹, 193, 195, II 105², 233, 234²⁷, 268¹¹, 12, 269, 269¹², 337.
- Julia *repetundarum* (a. 695): 169, 172, 173, 274, II 39²², 56¹⁰, 286.
- Julia (*Caesaria*) *de vi* 170.
- Julia (*Augusti*) *de vi publica et priuata* 182¹⁶, II 170, 172, 173.
- Julia *de uicesima* II 88, 89, 164, 262²⁰.
- Julia et Titia II 151²², 276.

- Lex Junia (Norbana) II 163, 164, 167a.
- Junia Petronia (a. 19 p. C.): II 318₄₆.
- Junia repet. 106, 172, 204₄, 274, II 186 fg.
- Junia Vellaea II 111₁₈, 164₆₂, 165.
- Licinia (Praetur — a. 387): II 271, 272, 351.
- Licinia sumpt. II 155, 156.
- Malacitana 199₅₀, 200, II 55₁₀, 179₂₂, 260₆₅, 261, 276₂₄, 337.
- Mamilia (6. Jh.): II 295.
- Mamilia, s. L. Julia agraria.
- *metalli Uipascensis* 158₁.
- Narbonensis II 213₆₁.
- Numae II 168, 169.
- Ollinia (?) II 21₂₈.
- Oppia (a. 539): II 154.
- Papia Poppaea II 160 fg.
- Pedia (a. 711): 35.
- Pinaria 131 fg., II 197₁₈, 334 fg., 338.
- Pompeia *Bithynia data* II 107₈.
- Pompeia Strabonis (a. 665): II 105₂.
- Leges Porciae II 149, 150₂₈.
- Lex Publilia (a. 415): II 95, 96, 119.
- Quinctia *de aquaed.* (a. 745): II 213₆₁.
- Roscia (a. 705): 95₂₂, II 227₂₈, 228.
- Rubria 79, 94₂₀, 195, 198 fg., 261₄₆, II 55₁₀, 56₁₀, 212₂₈, 213₆₁, 228 fg., 229₂₈, 246, 247, 258 fg., 264_{78, 75}, 269, 270, 320₅₀, 320 fg., 337; Personalexecution ohne Legisactio 94 fg.
- Rupilia II 106, 107, 127 fg., 128_{4, 5}, 135 fg., 137, 138, 140, 337.
- Lex Salpensana II 152₂₂, 179₂₂, 259 fg.
- Sempronia *iudiciaria* (a. 632): 170₇, II 118₁, 193₈.
- Sempronia *de prouincia Asia* II 106₈.
- Sempronia *de prouoc.* (a. 631): II 150₂₈.
- Sempronia (Wucher — a. 561): II 90, 152 fg.
- Silia (*L. A. per cond.*) 105, 106, 164₁₁, II 2₈, 197₁₈, 335 fg., 338.
- Titia, s. L. Julia et Titia.
- Ursonensis, s. L. col. Gen.
- Valeria-Horatia (a. 305), s. L. Horatia.
- Valeria M. Corvi (a. 454): II 149.
- Valeria P. Publicolae (a. 245): II 101, 149.
- Vallia 92₁₈.
- Voconia II 158.
- liberalis causa*, s. Freiheitsprocess.
- lis* = Process II 12, 68, 79; *litem addicere* II 291₁₈; u. *iudicium* II 127.
- litigare* II 31₁₈.
- Litiscontestation Vorw. p. VII fg., II 29 fg., 36 fg., 60₂, 77 fg., 95, 197₁₈, 199₂₈, 202₂₈, 212, 213, 228 fg., 263 fg., 279 fg., 325, 329, 334, 336, 340, 341, 343, 350, 354 fg., 357₁₄, 358, 363, 364; *l. c.* = Processverhältniss II 27₈, 35₂₀; ausgedrückt durch *iudicium* II 37 fg.; die nachklassische II 59 fg.
- Localisirung d. Rechtspflege II 245 fg.
- Loosung, s. *sortitio*.
- ML.**
- Magistrate, der Gemeinde 145, 146; der Plebs 144, 145; municipale, s. Municipalmagistr.; Ver-

- hältniss zur Bürgerschaft II 94 fg., 101 fg.
- Mailänder Fragment 1071.
- Mandirung der Amtsgewalt 50, 51; der Jurisdiction II 249 fg., 282.
- Manumission II 163, 164, 181.
- manus iniectio (legisactio)* 96 27, 192 25, 251 22, 275, II 23; nach der L. Aebutia 91 fg., 128, 157, 255.
- Meilenstein, erster als Grenze, s. Bannmeile.
- miliarium, primum*, s. Bannmeile.
- militiae, imperium* 51 fg., II 267 fg., 331, 340.
- multa* II 111, 325; arbiträre 106, 107; feste 106, 107, II 319; Multirungsrecht II 261; Provocation im Multiprocess 106, 107; Geschworne II 325.
- Municipalbeamte II 224 10, 225, 258 fg., 337; in Gallia cisalp. 94 fg., 228, 229, 247, 320, 321; Competenz 193 fg., 203, II 152 22, 221, 222, 234, 237, 255, 262, 263, 274, 319 fg., 320 50, 360; ohne Imperium II 226, 232, 360, vgl. Imperium; ohne Fremdengerichtsbarkeit II 236 5, 255, 360; streitige Legisactio 95, 191, 192, 274; streitlose Legisactio II 225 16; gesetzlicher Formularprocess 192 fg., II 221, 223, 226, 227, 232, 275, 360, 363.
- municipium* II 258 fg.; *ciuium Romanorum* II 154 fg.; *latinum* II 152 22, 179 29, 259; keine Volkstribune II 262.
- munus, ciuile* II 151; *iudicandi* 183 18, II 192, 205 fg.
- N.**
- negotium* = Process II 127, 68.
- Novation durch Processvertrag im alten L. A. Process II 197 18, 364; im Jud. legit. II 355 fg., 364; praetorischer Ansprüche II 307, 355; das Sprichwort der *ueteres* 98 fg.
- nuntiatio, operis noui* 258.
- O.**
- obligatio* 82, 83, II 115, 117; *ciuilibus* II 117; *naturalis* II 115, 117; *rei* II 115; *serui* II 114 fg.; und *debitum* 82.
- Ofilius, Aulus, Actionen II 4 fg.; unter Caesar u. Augustus II 234.
- oppidum* II 259 fg.
- ordinare iudicium* II 50, 51, 67 17.
- ordo cognitionum* II 67 17; *iud. priuat.* II 11; *solutus* II 333 14.
- Ort der Jurisdiction, s. *iurisdicatio*; der gesetzlichen Processbegründung, s. Jud. legit.; des Spruchgerichts II 48, 49, 278 fg.
- Ortsbürgerrecht II 224, 225, 247 25, 275.
- P.**
- parricidium* II 169 7.
- Patricier, Verhältniss zur Plebs II 98 fg.
- Paulus, *actiones* II 4 fg.; *liber sing. de centum. iudiciis* und *liber sing. de inoff. testam.* 235 fg.; *liber sing. de conc. form.* II 6; *ad municipalem* II 224 9; *sententias* II 224 9, 225 16.
- peregrini*, Bundesgenossen II 103, 104, 152 fg., 160, 359; Unterthanen II 103, 105 fg.; dem Imperium unterworfen, nicht der Lex II 92 17, 103, 105 fg., 123 fg., 182, 303, 309, 310, 338, 359; unfähig, mit legitimer Actio zu klagen od. geklagt zu werden II

- 117, 147 fg., 185⁴, 216; unfähig der *Legisactio*, s. *Legisactio* bürgerrechtlich; Verkehr mit Römern II 157, 162; Geschworne in Rom, s. *Geschworne*; Strafsachen II 92¹⁷, 166, 168, 172²¹.
- persecutio* neben *actio*, *petitio* II 11⁶.
- Personalität des Rechtes, graecitalisch II 129, 240 fg., 359; der deutschen Stammesrechte II 129⁶, 240; des römischen Rechts II 129 fg., 240 fg., 284, 359; der sicil. Stadtrechte II 128, 129.
- petere* 29, 81, II 33¹⁶, 264¹⁵, 257; *iudicio* II 14¹¹; *plus p.* II 33¹⁶.
- pignoris capio*, *legisactio* 251 fg., 265 fg., 270⁶⁸, 271, 275; nach der L. Aebutia 90, 91, 92¹⁶, 128, 157, 158, 254; nach der L. Julia 254 fg., 255²²; die formlose 158, 255 fg.
- Platon über Gesetze u. Obrigkeit 5.
- Plebiscite, Begründung ihrer Rechtskraft II 98 fg.
- Plebs, *concilium plebis*, s. *concilium*; plebejische Beamte 144 fg.; Ständekampf II 98 fg.
- Polizeistrafrecht 106, 107.
- Pomerium II 249⁴³, 266 fg., 363.
- Pompeius, Magnus II 107, 108.
- populus*, *lege tenetur* II 95 fg., 119, 240; *lege utitur* II 240; und *Lex* II 220 fg.
- potestas*, *patria*, s. *Gewalt*.
- praecudioia* bei Paul. V. 9, 1: s. 227 fg.
- praefecti*, *Capuam Cumas* beseitigt 797 d. St.: II 237; *iure dicundo* II 220, 232, 235, 236, 250, 251, 255, 256, 262¹⁰, 273; *urbi* II 248⁴⁰, 249, 272, 282, 338²⁷, *feriarum Latinarum* II 249⁴².
- praescriptio pro aatore* bei Cicero 71.
- praetor*, schlechthin der Stadtpraetor II 225¹², 304; *dare actionem*, *iudicem*, *iudicium*, s. *dare*; *denegare actionem*, s. *denegatio*; *conseruare actionem* 44⁷; *iudicare iubere* II 56¹⁰, 281, 282; Gesetzausführung 3 fg., 16, 17, 40 fg., 262⁴⁷, II 123; Verhältniss zum Volksgesetz 1 fg., 40 fg., II 101 fg., 122 fg., 352, 356; Verordnungsrecht 8 fg., 45 fg., 77 fg., 262⁴⁷, II 74, 327, 353; Vergleich mit dem modernen Richter 8 fg.; Aufsicht über das Spruchgericht II 279, 280; Auswahl der Geschwornen II 195, 200, 201, 204; Eingreifen in die Wahl der Processform und des Gerichtes 124, 233 fg., II 141, 202, 310 fg., 314 fg., 319, 323, 324, 335 fg., 342; Ort der Jurisdiction II 250 fg., 269 fg., 360; im Legislationenprocess II 336²²; verpflichtet zur Ernennung eines *Judex* II 72 fg., 210 fg., 329 fg., 341 fg., 344, 365.
- praetor*, *hastarius* 177¹⁰, 207; *qui inter cives Romae ius dicit* II 212; *inter peregrinos* 52⁶, 73, II 198²², 212⁶⁸, 253 fg., voraebutisches Amtsrecht II 303, 304, Gerichts-ort II 253, 254, 270¹⁴, 360, spricht Recht unter Bürgern 202 fg., II 200, 360, Auswahl der Geschwornen II 200, Name in der Kaiserzeit II 185⁸; Statthalter 116, 117; *urbanus* 115, 118, II 151, 157, 200, 201, 225, 247, 250⁴⁸, 254, 270, Anwesenheitspflicht II 247 fg., 254, 270, 273, 280, 284; Stellenzahl 200⁵³; s. ferner *Praetor*. Recht.

- Praetorisches Recht**, Beamtenwillkür II 125, 126, 359; der Ausdruck *ius honorarium* II 125; bürgerliches und internationales II 303, 304; zur Ergänzung des Volksrechts II 313, 324; in Concurrenz mit dem Volksrecht 240 fg., II 364; secundär-*praet.* Recht 219st; in der Kaiserzeit thatsächlich dem legitimen gleichgestellt II 277, 344, 345; die Schriftformel als solche nicht praetorisch 162, 163^s; Klagformeln im Fremdenprocess II 302 fg.; Klagformeln im Bürgerprocess II 310 fg.; hat die *Lex Aebutia* eingewirkt? 25, 26, 69¹², 103, 159 fg., 261, 262, II 301 fg., 347 fg., 365; Alter II 351.
- Process**, römischer Privatp., Acte, an die Stadt gebunden II 262 fg., an Rom gebunden II 263, 264, 277 fg.; Begriff II 3, 10 fg., 325st, 362; Kunstworte II 10 fg.; Theorie II 3 fg., 360; Verhältniss zur Formel, s. Processmittel; Verjährung, s. *Lex Julia iud. priu.*; der nachklassische II 60 fg., 67, 68, 365; praetorischer mit volkrechtl. Formel II 20 fg.; recuperatorischer, summarisch u. amtsrechtlich II 325 fg.; volkrechtlicher mit praetorischer Formel II 20 fg.
- Processmittel** (Formel), Verhältniss zum Process II 13 fg., 76¹¹, 213^{so}, 217, 289, 305, 308, 357.
- Processrecht** im Gegensatz zum Actionenrecht, s. Actionenrecht; Dualismus 53^e, II 138 fg., 326 fg., 362; praetorisches, s. Fremdenprocess, *Jud. imp. continens*.
- Processverhältniss** (*Processobligation*) II 87, 183, 233 fg., 305, 357, 260, 363, 364; s. ferner *iudicium*, *Litiscontestation*.
- Processvertrag** II 41, 42, 60^s, 78, 81 fg., 95, 199, 218, 220, 230, 238, 280, 283, 286, 302^s, 305, 308, 335 fg., 340, 341, 343, 355 fg., 357, 360, 363.
- Procurator** im Process II 49, 50.
- Promagistrat** II 267, 319.
- pronuntiatio** der Privatrichter 217.
- prorogatio fori** 123, 124 fg., 202 fg., II 276.
- provincia** (Competenz) II 156, 157, 225¹⁰, 254, 270.
- Provinzen**, Ordnungen II 106 fg.; Schutz der Provincialen II 92; tolerirte Autonomie II 124^{1s}; Conventstädte II 262⁷⁰; Geschworne II 206, 323; Provincial-Römer als Geschworne II 193^e; Recuperatorenliste II 200^{2s}; *iudicia legū.* II 275, 363; *transfere iudicium in pro.* II 282 fg.; s. auch Statthalter.
- provocare ad iudicium** II 42 fg.
- Provocation**, örtliche Grenze II 267 fg.
- ¶
- quaestio furtorum per lancem** 247^{1s}, 258, 259, II 349.
- quaestiones publicae** 114^{1s}, II 110, 166, 203; Geschworne 118¹, 195, 201, 203.
- quando rex conitavit fas** II 39, 40.
- querela inoff. testamenti**, Centumvirsache 211, 212 fg., 236 fg., 361; mit Einzelrichtern 110, 214 fg.; mit Sponsio 214^{2s}, 216.
- Quirites** 118²⁷, II 96, 101, 119, 160.

R.

Rechtswissenschaft, römische, den Privatprocess betreffend II 1 fg., 360.

recuperatio, Rechtshülfevertrag II 299; Gericht und Formel II 315, 320, 321.

Recuperatoren, Album II 200^{ss}, 208⁴⁶; Alter II 298 fg.; Auswahl II 198, 199, 326, 343, 362; Concurrenz mit dem Einzelrichter 107, 108, 179, II 141, 309 fg., 323, 340, 343, 361; in Edicten des Praetors, s. Edicte praetor.; Formel II 199, 305, 308, 310 fg., 314 fg., s. ferner *iudicium recup.*; im Fremdenprocess II 299, 309, 361; gesetzliche II 55¹⁰, 324, 325; honorarisch II 325 fg., 342, 343, 344, 362; kein Legalgebot, Rec. zu ernennen II 331, 341 fg.; Merkmale II 324, 325; bei Plautus II 308^{ss}; unter Römern 108, II 73, 74, 205, 211, 213, 216, 300, 308, 310 fg., 361; Verfahren 108, II 195, 199, 207, 252, 309 fg., 326 fg.

referre ad senatum II 96.

regio, s. *ager*.

relegatio, s. Ausweisung.

Repetundengericht Ciceros 611; Catos (700 d. St.): 169.

Revision nach R. C. O. II fg.

reuoare domum II 282.

Richter, der moderne und das Gesetz 9 fg.; s. ferner Geschworne, *centumuirii*, *decemuirii*, Judex, Recuperatoren.

Rittergerichte II 193, 194, 196¹⁶.

Roma, *urbs*, Begriff der *urbs* II 248, 265, 268 fg., 282; *termini urbis* II 249⁴⁸; *Roma* II 269;

Roman reicere II 276, 277; *communis patria* II 225, 257; die ältere und jüngere Stadtgrenze II 266 fg.; als Gerichtsort II 73, 75, 83, 218 fg., 245 fg., 278 fg.; Recht von Rom II 224, 239; Urzeit II 214; Verfassungsnormen für Rom II 252, 253, 256.

S.

Sabinus, Masurius, Commentar z. Jul. Gerichtsordnung 202¹, II 7, 8¹⁴, 360.

Sacertät 139, 144.

sacramenti actio 105, 106, 110, 133, 157, 209, 210, 268, II 202, 248, 266, 297; im Repetundenprocess 106, 172, 204, II 186 fg.; nach der Lex Aebutia 89, 90, 128, 129.

sanatus II 91¹².

Schiedseid 109, II 42.

Senat, *senatus populusque Rom.* II 108¹⁰; Gesetzgeber II 159, 173 fg., 359; Mitwirkung beim *leges dare* des Beamten II 105 fg., 128⁴, 134¹⁹, 138²⁶; Verwaltungsbehörde II 159; Zustimmung zum Plebiscit II 161.

Senatoren als Geschworene II 193, 194, 216^{ss}, 361; Stand II 161.

Senatusconsulte II 134¹⁹, 144, 152, 173 fg., 268¹², 359.

S. C. de Bacchanalibus (a. 568): II 182^{ss}, 269.

— Calvisianum II 174.

— Claudianum, mehrere II 174, 175.

— Cotta et Messala cons. (a. 20 p. Chr.): II 112.

— *ex auctoritate Hadriani* II 163, 181.

— unter Hadrian (a. 875): II 176.

- S. C. Largianum II 180.
 — Macedonianum II 176.
 — *de mathematicis* (a. 770): II 181, 182.
 — Neronianum II 175, 176.
 — aus Neros Zeit II 175.
 — Orfitianum II 177 fg.
 — Ostorianum II 174.
 — Pernicianum II 174.
 — Plancianum II 176, 177.
 — Silanianum II 181.
 — Tertullianum II 177.
 — unter Tiberius II 181.
 — Trebellianum 42s, II 181.
 — Vellaeianum II 176.
sententia iudicis, s. Urteil.
 Sicilien, eigene Gesetze II 127 fg., 128s, 134 fg.; Fremdenrechte II 129 fg., 134 fg.; Gerichtswesen II 127 fg., 135 fg., 139 fg., 206s, 255 fg., 321 fg., 337; Klagformeln mit *Civitaetsfiction* II 149 19; s. ferner *Lex Rupilia*.
siremps lex etc. II 213s1.
 Sklaven II 114ss; ausserhalb der Legalordnung II 103, 105, 108 fg., 168 7, 169; Freilassung II 115, 116, 160, 163 fg.; im legalen Strafrecht II 109 fg., 366; Obligation durch *Delict* II 114 fg.
socii, s. Bundesgenossen.
sortitio der Geschworenen 169, 180, 184, II 137, 1971s, 198, 337, 343.
sponsio, Verfahren 821s, 107, 108, 109, 113, 114ss, 116, 2101s, 214ss, 216, 224, 226, II 1717, 7711, 301, 30310, 311, 318, 322, 323.
 Stadt, im Gegensatz z. *ager* Gerichtsort II 246, 260 fg.; s. ferner *Roma, urbs*.
 Statthalter, Amtsdauer II 277; ihre Gerichtsbarkeit 200ss, II 157, 255 fg., 275 fg., 340, 341, 344, 360; übernehmen die Fremdengerichtsbarkeit II 135 fg., 140, 255 fg.; s. auch *Praetor*.
 Stipulationen, praetorische II 313; s. ferner *cautio*.
 Strafrecht, römisches, das honorarische II 9217; das legitime II 165 fg.; die geschützten Güter II 92, 166 fg., 181, 182, 366; für Bürger II 92, 110 fg., 158, 166 fg., 366; s. ferner *Sklaven*.
sub iudice, s. *Judex*.
scriptio in *Centumviralsachen* 234
 Sulla im Bürgerkrieg vor Rom II 264; Ordnung des *Municipalwesens* II 232.
 Symbola II 13010.
 T.
 Territorialprincip II 238 fg., 284, 359; Bürgerschaftsgesetze II 156, 157; Processgesetze II 242 fg.; Sumptuargesetze II 155; Wuchergesetze II 90.
 Territorium II 259s4, 262 fg.
 Testament, ältestes II 116ss; bürgerrechtlich II 150ss, 162, 163, 165; der Name II 60s.
 Trebatius Testa 186, 187.
 Tribunal II 253ss, 2647s, 265, 266.
tribuni plebis, Anwesenheitspflicht II 2691s; Gesetzgebung II 118; s. ferner *Intercession*.
tribus, Gemeindeterritorium (?) II 253ss; die *Servianischen* II 267.
 Tuder, *Municipalgesetz* 1067.
tutor praetorius II 190, 191; s. ferner *Vormundschaft*.
 U.
 Ulpian, *lib. sing. reg.* II 2261s.
 Unterthanen, s. *peregrini*.

urbs, s. *Roma*, *urbs*.

Urteil der Geschworenen:
des *arbiter* II 289; Verhältniss
zur Streitbefestigung II 230, 231,
354, 364; volks-amtsrechtlich II
227, 311; amtsrechtlich II 277st,
284st, 327, 350, 364; volksrecht-
lich II 229 fg., 229st, 285, 326,
354, 364.

V.

Vadimonium 231, II 45 fg., 264,
270, 277st, 316, 321.

Valens, Aburnius II 4a.

uenire ad iudicium II 44 fg.

uenire ad vadimonium II 45 fg.

Venuleius Saturninus II 4 fg.,
4a.

ueteres bei Gaius 100, 101.

Vigintisexviri II 237.

Vindex, bei der Execution 93,
102, 103st, 192st; bei der Voca-
tion 103st, II 321.

Vindicationen, Competenz der
Centumvirn 111 fg., 132, 133,
156, 157, 206 fg., II 342, 361, 364;
caducorum II 162; der Gewalt-

rechte 88, 111st, 221; der Grund-
stücke II 231st; *hereditatis* 87st,
111 fg., 208 fg., II 292; *rei* 87st,
111, 115 fg., 221, 222 fg., II 292;
seruitutis 87st, 112, 121, 224, 226,
233, II 292.

uocare ad iudicium II 43 fg.

uocatio in ius 103st, II 263.

Vormundschaft, bürgerrechtlich
II 150 fg., 181; legitime II 23,
24, 224; Bestellung II 226st; s.
ferner *tutor praet.*

W.

Wahlrecht der Parteien, betreffs
der Processart 61st, 103 fg., II
310 fg., 318, 364; betreffs des
Praetors 124, 125, 360, 360st; be-
treffs des Schwurgerichts 110 fg.,
151 fg., 156, 157, 206 fg., 233—235,
II 141, 291 fg., 294, 295, 309 fg.,
315 fg., 321 fg. 361.

Weltrecht II 239 fg.

Z.

Zwölftafelgesetz, s. *Lex XII
tabularum*.

II.

Verzeichniss der Beiträge zur Texteskritik.

Lex Julia agraria (sog. L. Mamilia) Lachm. p. 265	II 319, 320
Cicero pro Caec. c. 34 § 100	II 149 _a
Aelius Gallus bei Fest. p. 233	74 ₁
Suet. Aug. c. 32	176
Gai. IV. 11	II 304 ₁₅
Fragm. de formula Fabiana I, 3 in f.	II 43 ₄₂
Ulp. Coll. II. 2, 1	II 315 ₂₉
Ulp. Coll. XIV. 3, 4	II 167 ₈
Sin. 20 Z. 6, 7.	II 152 ₂₃
Dig. 2, 10, 1, 2	II 44—47
Dig. 2, 10, 1, 3	II 44—47
Dig. 2, 10, 3, 3	II 44—47
Dig. 2, 11, 2, 2	II 44—47, 46 ₄₇
Dig. 2, 11, 2, 9	II 44—47, 46 ₄₇
Dig. 2, 11, 5, 1	II 46, 47
Dig. 2, 11, 10, 2	II 47
Dig. 2, 12, 1, pr.	II 44—47, 46 ₄₇
Dig. 3, 5, 37, 1 (Mo. 36, 1)	II 161 ₆
Dig. 5, 1, 79	II 43 ₄₂
Dig. 5, 2, 8, 16	218 ₂₀
Dig. 5, 3, 7, 1	II 36 ₂₆
Dig. 5, 3, 24	II 44—47
Dig. 9, 3, 1, pr. (praet. Edict)	79 _{5a}
Dig. 10, 1, 4, 2	II 40 ₂₆
Dig. 17, 2, 65, pr.	II 41 ₂₃
Dig. 24, 3, 14, 1	123 ₂₀

Dig. 26, 7, 28	II 43 ⁴³
Dig. 26, 7, 51	II 43
Dig. 36, 1, 1, 2 (S. C. Trebellianum)	42 ⁶
Dig. 40, 2, 16	II 200 ²⁴
Dig. 40, 12, 7, 5	II 64 ¹¹
Dig. 43, 16, 1, 2	182 ¹⁶
Dig. 45, 1, 102	II 43, 44
Dig. 48, 8, 3, 5	II 112 ²⁴
Dig. 48, 19, 32	182 ¹⁶



Ex. J. M.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.





