Sitzungsberichte
der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften
Philosophisch-philologische und historische Klasse
Jahrgang 1926, 3. Abhandlung

Praetor und Formel

von

Leopold Wenger

Vorgetragen am 5. Dezember 1925

München 1926
Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften
in Kommission des Verlags R. Oldenbourg München

Inhalt.

Seite

I. Der Verfasser der Formel 8
II. Dare und denegare actionem 33
III. Dare-Dekret und Richterwahl 59
IV. Agere iudicati 84
V. Die Besserstellung des Beklagten 98
VI. Die Respondierjuristen 101

So bekannt die Zweiteilung des römischen Privatprozesses der klassischen Zeit in ein Verfahren in iure und ein solches apud iudicem[1]) ist, so wenig Sicherheit herrscht auch in der neuesten Prozeßwissenschaft über wesentliche Grundfragen dieser Erscheinung[2]). Ich brauche an dieser Stelle nicht noch einmal auf frühere Arbeiten Wlassaks hinzuweisen, die uns die Litiskontestation als einen Formalvertrag zwischen den Parteien ansehen gelehrt haben, die uns immer wieder auf die eigenartige Zwiespältigkeit des

---

[1]) Vgl. zu dieser sich nach Wlassaks Vorgang doch allmählich gegen das „in iudicio" der landläufigen Schultradition durchsetzenden Terminologie Wenger, Zivilpr. (u. S. 5[1]) 181[1]. Cornils Bemerkung in seiner freundlichen Besprechung meines Buches, Rev. de l'Univ. de Bruxelles XXX, No. 4 (1924/5) p. 602 ss. 604, daß man dann ja auch korrekter statt „in iure" „apud praetorem" o. ä. sagen müsse, kann ich aber nicht beipflichten. Ius als Gerichts ort ist schon durch die in ius vocatio allein quellenmäßig hinlänglich gesichert: Tab. 1, 1; Dig. 1, 1, 11. Iudicium dagegen heißt nie der Ort, wo der Spruchrichter judiziert. Zu Cic. pro Tull. 16, 38 neuestens sehr fein Wlassak, Prozeßformel I (unten S. 5 N. 2) 113[20]. Auch Cic. orat. part. 28, 99, worauf Buckland, The Class. Rev. 1926, 83 hinweist, ist m. E. durch Wlassaks Ausführungen hinlänglich geklärt.

[2]) Über den Grund dieser eigenartigen Erscheinung bestehen nur einander widerstreitende, aber vielleicht doch in Einklang zu bringende alte und neue Hypothesen. Ich habe zuletzt darüber in meinem Aufsatz Wandlungen (so kurz im Folgenden zitiert) im Römischen Zivilprozeßrecht in der Festschr. f. Gustav Hanausek (Graz 1925), 5 ff. gehandelt. Im Anschluß an meinen Vortrag machte Herr von Amira einige rechtsvergleichende Bemerkungen, die er auf meine Bitte folgendermaßen schriftlich niederlegte. Indem ich sie hier anfüge, behalte ich mir vor, darauf, namentlich auf die m. E. für die Erschließung der römischen Frühzeit bedeutsame Schlußbeobachtung, an anderer Stelle zurückzukommen. Herr von Amira schreibt mir: „Ein Germanist beim Anblick des römischen Zivilprozesses. Die Spaltung des Prozesses in ein Verfahren in iure und ein Verfahren apud iudicem befremdet. Es sieht so aus, als habe sie in keinem anderen indogermanischen Recht ihre Parallele. Um so auffälliger, als außerhalb des Prozesses insbesondere zwischen römischem und germanischem Recht eine Menge Analogien vorhanden sind, die auf urgemeinschaftlichen Besitz zurückweisen.

römischen iudicium[1]) hinweisen, das einerseits von den Parteien vertragsmäßig begründet wird, das aber anderseits auch der Magistrat „dat“ oder „denegat“. Ich habe, soweit dies im Rahmen eines auch mit für die Schule bestimmten Buches tunlich war,

---

Obiger Gegensatz scheint jedoch seine Schärfe zu verlieren, wenn man die Grundgedanken des römischen und des germanischen Prozeßrechts ernstlich analysiert. Worauf läuft eigentlich die Trennung von ius und iudicium hinaus? Der Praetor weist den iudex an, gemäß der von den Parteien vereinbarten Formel zu verurteilen oder freizusprechen, wenn gewisse Tatsachen sich so oder anders verhalten, d. h. in Wahrheit: nicht der iudex soll urteilen, nämlich sagen was Rechtens ist, sondern der Praetor urteilt unter einer Bedingung, der iudex löst nur die Bedingung aus, indem er über den Ausgang des Beweisverfahrens entscheidet.“ (Inwieferne ich von dieser Formulierung abweiche, darüber vgl. unten S. 7 f.)

„Bis hierher stimmt die Grundanlage des germanischen Prozesses mit der des römischen überein. Das germanische Gericht (gleichgiltig wie organisiert) befaßt sich lediglich und allein mit der Rechtweisung. Die Feststellung der Tatsachen geschieht unabhängig von ihm, nach Rechtssätzen und in Formen (s. unten). Auch das germanische Gericht kann das Recht in einem bedingten Urteil (Beweisurteil) weisen und tut dies oft genug.

Aber nun zeigt sich ein Unterschied. Das germanische Beweisurteil macht jedes Endurteil überflüssig. Gemäß dem Beweisurteil hat die beweisführende Partei den ihr zukommenden Beweisschritt in einem Beweisvertrag übernommen. Ob sie diesen Beweisschritt genau so, wie er im Beweisurteil beschrieben, getan oder nicht getan hat, wissen die Solemnitätszeugen des Beweistermins. Anders im römischen Prozeß. Hier erläßt der iudex, seinen Namen rechtfertigend, ein Endurteil, indem er den Auftrag des Praetors erfüllt.

Dieser Unterschied erklärt sich aus einer abweichenden Grundanlage nicht des Prozesses überhaupt, sondern des Beweisverfahrens. Im römischen Prozeß wird der Beweis dem iudex, im germanischen wird er dem Gegner geführt, — allerdings dort wie hier gemäß Vertrag unter den Parteien. Und so ist auch der dabei sich ergebende Unterschied kein fundamentaler. Denn das Verfahren apud iudicem findet vertragsmäßig statt und entspricht so dem vertragsmäßigen Beweistermin des germanischen Rechts.

Wissen möchte man jetzt, ob im römischen Prozeß der Beweis d. h. die Stoffvorlage von jeher vor einem Schiedsrichter geschah, m. a. W. ob es nicht auch im römischen Prozeß einmal ein Beweisverfahren nach strenger Legaltheorie gegeben hat. Wenn ja, so brauchte man auch dort keinen iudex und war die Übereinstimmung von römischem und germanischem Recht vollständig.“

[1]) In seiner Besprechung von Wlassaks Prozeßformel (s. u. S. 5 N. 2 deutet Kübler, Philol. Woch. 1926, 453 darauf hin, daß Wlassak nunmehr vermeide iudicium mit „Formel, Schriftformel“ wiederzugeben und vielmehr die Ausdrücke „Gericht, Prozeß, Gerichtsverhandlung“ gebrauche. Ohne

den heutigen Stand unserer Forschung kürzlich zusammenzufassen versucht[1]). Aber das Buch erschien gleichzeitig mit einem neuen Buche Wlassaks[2], zu dem ich auch in einer kurzen anderen Abhandlung[3]) nicht mehr Stellung nehmen konnte. Wlassaks Ausführungen sind nun zu einem nicht unbeträchtlichen Teil gegen Aufstellungen gerichtet, die ich vor 25 Jahren in meiner Erstlingsschrift[4]) und an verschiedenen Orten gemacht habe[5]), wogegen eben mein Zivilprozeßbuch Wlassak noch nicht vorlag. „Die klassische Prozeßformel" bringt, wie wir dies ja von jedem Werke dieses Gelehrten nachgerade so gewöhnt worden sind, unsere Erkenntnis um ein großes Stück weiter und vertieft insbesondere durch Eindringen in die letzten Einzelheiten und eine unerbittliche Konsequenz der Gedankenführung unsere Vorstellungen vom klassischen Prozeß von neuem wesentlich. Das gleichzeitige Erscheinen beider genannten Bücher hat diesen Vortrag und seine Niederschrift veranlaßt[6]). Ich wollte meine Stellungnahme nicht in die Form eines Referates, aber auch nicht in die einer Replik kleiden, schon darum nicht, weil ich in einer Reihe von, wie ich

---

Wlassaks eigener Stellungnahme vorgreifen zu wollen, habe ich doch durchaus nicht den Eindruck, als ob dieser Gelehrte von seinen seinerzeitigen Ausführungen zu diesem umstrittenen und vieldeutigen Worte irgend abrücken wollte. Im Ganzen habe ich aus Küblers und Steinwenters (Ztschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. [Sav. Z.] 46, 373 ff.) gelehrten Referaten den erfreulichen Eindruck einer Klärung der allgemeinen Meinung über die Grundfragen des klassischen Prozeßrechts.

[1]) Institutionen des Römischen Zivilprozeßrechts (1925); im Folgenden zitiert mit Zivilpr.

[2]) Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit. I. Teil. Wien. Akad. Wiss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 202. Bd. 3. Abh. 1924; im folgenden zitiert mit P. F.

[3]) Wandlungen, nur S. 14[1] konnte ich dort eine knappe Bemerkung nachträglich zufügen.

[4]) Zur Lehre von der actio iudicati (1901), im Folgenden zitiert A. i.

[5]) So in den Artikeln Editio (Ed.) und Formula (Form.) in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie; dann aber auch in der von mir herausgegebenen und zu vertretenden 17. Aufl. der Institutionen von Sohm-Mitteis. Ich will mich dabei gar nicht auf die milde Entschuldigung zurückziehen, die Steinwenter, Sav. Z. 46, 376, dem Herausgeber eines Lehrbuches zuzubilligen geneigt ist.

[6]) Einige bis zur Drucklegung (Juli 1926) nachträglich erschienene oder doch mir erst bekannt gewordene Literatur ist verarbeitet.

glaube, nicht unwesentlichen Punkten bereits in meinem neuen Buche eine andere Stellung eingenommen habe, als in den Wlassak bei der Drucklegung seines Buches bekannten älteren Schriften, und weil ich es mir darum ersparen durfte, mich bei einzelnen aufgegebenen Stellungen noch weiter aufzuhalten; auch werde ich zur neuen Schrift Wlassaks in prinzipiellen Fragen nunmehr vielfach nur meine Zustimmung mit vielleicht kleinen Modifikationen auszusprechen haben. Aber auch wo noch Differenzen bleiben, halte ich es für richtiger, meine jetzigen Anschauungen positiv zum Ausdruck zu bringen und beim Leser Kenntnis der klassischen Prozeßformel sowie der früheren Bücher Wlassaks vorauszusetzen. Manchmal mag wohl auch der Unterschied der Meinungen bedeutender scheinen, als er in Wirklichkeit ist. Denn gerade bei Arbeiten, die auf einem Gebiete, wo wir heute nur mehr die Resultierende der Kräfte sehen, die Rekonstruktion einer der beiden Komponenten versuchen, ist es naheliegend, daß die andere Komponente nicht immer so stark gezeichnet erscheint, wie die vom Forscher gerade untersuchte. Man darf diese Tatsache bei scharfen Formulierungen, die zuweilen einseitig scheinen mögen, nicht übersehen[1]).

Die Litiskontestation als Parteienvertrag, das Judizium als ein von den Parteien vereinbartes Schiedsgericht, diese als grundlegend erwiesenen Tatsachen[2]) eines nicht offizialen Verfahrens, eines Verfahrens mit Parteienbetrieb, führten folgerichtig zu einer anderen Auffassung über Natur und Herstellung der Prozeßformel,

---

[1]) Vgl. Steinwenter, Sav. Z. 46, 376.

[2]) Diese und andere Ergebnisse der romanistischen Forschungen im klassischen römischen Prozeßrecht hat neuerdings James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens (1925) in eingehenden Ausführungen zu erschüttern versucht; vgl z. B. gegen den Vertragscharakter der Litiskontestation 86 ff. u ö. Ich kann hier demgegenüber nicht die ganzen Beweisführungen Wlassaks und anderer wiederholen, die in der romanistischen Literatur der letzten vier Jahrzehnte niedergelegt sind und die ihrerseits freilich wieder Goldschmidt nicht überzeugt haben. Bemerkungen insb. auch methodologischer Art zu einer neuerdings beliebten Art philosophisch-historischer Betrachtung der Dinge stehen in meinem — nichts weniger als erschöpfenden — Referate über das genannte Buch, Sav. Z. 46, 438–458. Vgl. auch Rob. Neuner, Der Prozeß als Rechtslage, Ztschr. f. Deut. Zivilproz. 51 (1926) 44 f. Zu Einzelnem im Folgenden passim.

als sie bisher im Gange war. Wlassak hat diese neuen Folgerungen schon in früheren Arbeiten angedeutet[1]), jetzt aber seine Lehre nach jeder Seite hin ausgebaut und gesichert.

Danach ist die Schriftformel, welche im einzelnen Prozeß als Prozeßmittel in Verwendung kommt, ein von den Parteien untereinander vereinbartes Schiedsgerichtsprogramm, das vom Judex in der dritten Person, nicht zum Judex in der zweiten spricht[2]), und das wie jeder Schiedsvertrag bestimmt, daß unter diesen und jenen Voraussetzungen, deren Vorhandensein erst noch zu untersuchen ist, der von den Parteien erwählte und bestellte Schiedsrichter so oder so zu urteilen habe. Da aber die Parteien dem zum Schiedsrichter erkorenen Mitbürger nichts zu befehlen haben und auch der Spruch des Bereitwilligen jeder staatlich irgendwie gewährleisteten Erzwingbarkeit entbehrte, so muß der in der Schriftformel niedergelegte Parteienschiedsvertrag ergänzt werden durch einen, vom Gerichtsherrn, dem Magistrat, an den Judex ergehenden Judikationsbefehl[3]). Um ihn zu erreichen, müssen die Parteien ihr Prozeßprogramm vom Praetor genehmigen lassen. Davon wird im Folgenden hauptsächlich zu handeln sein. Der Judikationsbefehl verhilft der in der Formel niedergelegten Parteivereinbarung so erst zu ihrer vollen, den Richter

---

[1]) So die Vorstellung von der Formel als Parteienrede, nicht als prätorischen Befehls. Die früheren diesbezüglichen Andeutungen sind jetzt zitiert P. F. 13[21].

[2]) Dazu und besonders über das in den Formeln dann korrekt statt condemna — absolve einzusetzende condemnato — absolvito vgl, Zivilpr. 131[18]. Wenn Kübler, Philol. Woch. 1926, 376 f., seine Bedenken gegen die Annahme von Textverderbnissen in der gajanischen Überlieferung vor allem auf Gai. 4, 46 stützt, wo man nicht bloß ein condemna — absolve in condemnato — absolvito, sondern condemnate — absolvite in condemnanto — absolvunto verbessern müßte, so scheint es mir doch noch schwieriger um das überlieferte recuperatores sunto an derselben Stelle herumzukommen, was in estote zu verwandeln m. E. doch noch größere Bedenken gegen sich hätte. — Ohne Andeutung eines Gegenbeweises stellt Goldschmidt, a. a. O. S. 88 N. 493 seine Zweifel hin.

[3]) Dieses Stück des klassischen Prozeßrechts behandelt Wlassaks Buch Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse, Wien. Akad. Wiss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 197. Bd. 4. Abh. 1921; im Folgenden zitiert mit J. B. Das Gesamtergebnis dieses Werkes hält auch Steinwenter, Sav. Z. 46, 376[1] für „unanfechtbar".

zur Übernahme des Amtes zwingenden Wirksamkeit; anderseits setzt aber der Judikationsbefehl die Formel voraus und schwebte ohne sie bei der in den Quellen so und so oft ausgesprochenen Vertragsnatur des Judiziums in der Luft[1]).

Ich halte diese Dinge für soweit geklärt und sichergestellt, daß eine weitere neuerliche Überprüfung derselben sich erübrigt. Nichtsdestoweniger harren eine Reihe von Fragen auch des klassischen Prozeßrechts noch der Antwort und können bei neuerlicher Überlegung von verschiedener Seite her wo nicht erledigt, so doch vielleicht gefördert werden.

I. Der Verfasser der Formel.

Man hat in der bisherigen Literatur — wie mir scheint, freilich ohne viele und reifliche Uberlegung, sondern mehr als ein selbstverständlich Ding — den Prätor als den Verfasser[2]) der Formel hingestellt. Diese Auffassung ist, jedenfalls in so grundsätzlicher Allgemeinheit, wie ich wenigstens vermuten möchte, durch Wlassaks Ausführungen endgiltig berichtigt[3]). Dazu nur vorweg ein Gedanke[4]), der im Folgenden wiederholt wiederkehren wird und der meine ganzen Ausführungen maßgebend beeinflußt, der aber — wie ich annehmen darf — nirgends her prinzipiellen Widerspruch erhalten wird. Direkt aufdrängen kann der Prätor dem Kläger gewiß keinen Formeltext. Wenn der Kläger — oder der Beklagte — nicht will, kommt keine Formel zustande. Aber indirekt

---

[1]) Über die Formel als „Beilage" des Judikationsbefehls s. Wlassak J. B. 17 u. o. P. F. 9[8].

[2]) Natürlich nach verständiger Ansicht in dem Sinne, wie auch heute ein Verwaltungschef „Verfasser" aller von ihm unterzeichneten Verordnungen, ein Gesetzgeber „Verfasser" der von ihm erlassenen Gesetze genannt zu werden verdient. Ich habe, Form. 2865 f., ausdrücklich von Besorgung der Redaktion durch die prätorische Kanzlei gesprochen. Die Bemerkung im Recht der Griechen und Römer (Kultur d. Gegenw. II, VII, 1, 1914) 287 wird dagegen von Wlassak, P. F. 10[13], mit Recht gerügt. Daß „die Bestimmung der Formel in die Hand des Magistrats gelegt" wäre, ist, wenn nicht geradezu falsch gedacht, so doch sicher irreführend ausgesprochen. Gegen Sohm richtig Wlassak, P. F. 11[14].

[3]) So auch Kübler, Philol. Woch. 1926, 453 f. Steinwenter, Sav. Z. 46, 374 f.

[4]) Ich habe ihm schon, Wandlungen a. m. O., Ausdruck gegeben. In der Bewertung des tatsächlichen Einflusses des Prätors darf ich mich auch der Übereinstimmung mit den Ausführungen Steinwenters, a. a. O. 376 f. erfreuen.

wirkt der Prätor. Schon wenn er eine Formel nur dann zuzulassen[1]) sich bereit findet, falls eine Exceptio hineinkommt, sonst aber mit dem denegare actionem droht, so bedeutet das immerhin eine Beeinflussung des Klägers, der vor die Wahl gestellt ist, die vom Prätor für annehmbar erklärte Formel anzunehmen oder auf Formel und Judizium überhaupt zu verzichten. Wenn es sich aber um den Schutz des Beklagten handelt, so verdanken wir den Ausführungen Wlassaks selbst den Hinweis auf eine starke Einwirkung des Prätors im Sinne der Offizialmaxime[2]).

Der Kläger, bezw. der von ihm zu Rate gezogene Jurist[3]) entwirft die Formel und der Kläger schlägt diesen Entwurf vor. Wenn sich der Gegner einverstanden erklärt[4]), so kann sofort der Entwurf zum Schiedsgerichtsvertrag erhoben werden. Im Übrigen ist aber der Formelentwurf eine im Laufe des Verfahrens bis zur Litiskontestation abänderbare Offerte an den Gegner. Indess Offerte und Vertragsabschluß stehen unter der gesetzlichen Voraussetzung der Genehmigung durch den Prätor. Hier steckt, wie jetzt wohl übereinstimmend als gesichertes Ergebnis vieler widerstreitender Forschungen angenommen werden darf, die starke Macht des Prätors. Wlassak formuliert[5]) durchaus zutreffend: „Dazu freilich ist die angreifende Partei nicht stark genug, die vorgeschlagene Formel auch gegen den Einspruch des Magistrats durchzusetzen; ebensowenig aber kann dieser dem Kläger einen unerwünschten Text aufdrängen, gleichviel, ob er ihm dadurch nützen oder schaden will. Um es kurz zu sagen: der Beamte kann den Prozess zwar verhindern, niemals aber an des Klägers Statt den Formeltext festsetzen“. Gewiß der Prätor als „Verfasser“ der Formel, wo er als solcher noch im Schriftum begegnen mag, ist erledigt. Aus der erdrückenden Fülle der Belege greife ich hier nur Gai. 4, 35. 41. 68. 86 heraus und verweise auf das

---

[1]) Über dieses schwierige actionem dare vgl. unten, besonders unter II.

[2]) Vgl. unten V. Einstweilen Gai. 4, 57: Facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Wlassak, P. F. 16[29]; 105 ff.

[3]) Vgl. unten VI.

[4]) Endgiltig gebunden sind die Parteien allerdings stets erst mit der Litiskontestation. Die Form von Angebot und Annahme mag man dabei als sekundäre Frage zurückstellen. Vgl. Wlassak, P. F. 14[26] und die dort Zitierten.

[5]) P. F. 16. Vgl. auch 105—112.

von Wlassak hierzu Gesagte[1]). Indess wollen wir die Frage, wer, wenn wir so sagen dürfen, nicht juristisch, sondern rechtspolitisch betrachtet, den Hauptanteil an der endgiltigen Formelgestaltung hat — eine Frage, deren Beantwortung ja nur einen, wenn auch sehr wichtigen Teil der großen Frage: „Parteienbetrieb oder Offizialmaxime“ bedeutet — einstweilen zurückstellen und uns nur zunächstein Bild vom tatsächlichen Hergang beim Zustandekommen der Formel zu machen versuchen.

Ich muß dabei mit einer Berichtigung früherer eigener Anschauungen beginnen, schon darum, weil Wlassak dazu ausführlich ablehnende Stellung genommen hat[2]) und eine genauere Ausführung zu einigen von ihm gestellten Fragen wünscht[3]). In den Artikeln bei Pauly-Wissowa[4]) habe ich Lenels[5]) Lehre von der außergerichtlichen Edition akzeptiert[6]) und Dig. 2, 13, 1, pr. § 1[7]) hierauf bezogen, dabei aber von einem „Anspruch“, den der Kläger dem Beklagten zu edieren habe, gesprochen. Gegen die Verwendung dieses modernrechtlichen und auch hier, wie zugegeben, nicht scharf umrissenen, ja vielleicht gar nicht hinreichend geklärten Ausdruck fürs römische klassische Prozessrecht wendet sich besonders Wlassaks Widerspruch[8]): nicht der Anspruch sei Gegenstand der Edition, sondern die Formel.

---

[1]) P. F. 67.

[2]) Schon Anklage [Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Wien. Akad. Wiss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 184. Bd. 1. Abh. 1917] 176[90] und jetzt P. F. 74 ff.

[3]) P. F. 79, vgl. 74[6].

[4]) Ed. 1961; Form. 2861 f.

[5]) Sav. Z. 28, 385 ff.

[6]) Ältere Andeutungen sind zustimmende Literatur Ed. 1962; seither Lenel, E. P. (Edictum perpetuum, 2. A. 1907) 60; Zivilpr. 91; Wlassak, P. F. 73[3]).

[7]) Zur korrupten Stelle zuletzt Wlassak, P. F. 72[2].

[8]) P. F. 73—82. 95 u. ö. Über die Form, in der die Edition des Anspruchs erfolgte, habe ich mich dagegen m. W. nirgends bestimmt geäußert, namentlich nicht von einem „in freier Rede vorgebrachten Anspruch“ — Wlassak 95 bekämpft diese Wendung — gesprochen; für das Edieren des Anspruchs habe ich in meinen Ausführungen im Artikel Ed. dagegen auf die Eventualitäten hingewiesen, die Dig. 2, 13, 1, § 1 aufgezählt sind. Damit ist doch auf eine Formulierung — wenn auch gegebenen Falles eine bloß mündliche — hingewiesen. Dagegen will ich Unklarheit meines Ausdrucks keineswegs in Abrede stellen. P. F. 74[6]. Auch Steinwenter, Sav.

Dabei muß nun zunächst eine Richtigstellung meiner Ausführungen vorweg genommen werden, die, wenn ich recht sehe, noch gar nicht besonders urgiert worden ist, sondern wohl im allgemeinen Widerspruch mit inbegriffen sein sollte. Es gibt, wie uns Wlassak an anderen Stellen wiederholt belehrt hat, im römischen Recht keinen dinglichen Anspruch[1]). Wollte man also im qua quisque actione agere volet, eam edere debet, womit Ulpian, Dig. 2, 13, 1 pr. beginnt, das „actione" schlechtweg und nur mit „Anspruch" wiedergeben, so könnte damit der Anschein erweckt werden, als sei das Fragment nur auf obligatorische, nicht auf dingliche Aktionen zu beziehen. Da aber eine solche Einschränkung natürlich niemand behaupten wird, so ist der Gebrauch des unserer Rechtssprache entnommen Wortes „Anspruch" hier jedenfalls zu eng und es müßte einer korrekten romanistischen Denkform entsprechend vielmehr heißen: Anspruch oder (subjektives) dingliches Recht. Nach dieser Feststellung mag es aber gestattet sein, um der Kürze willen eine Ungenauigkeit in Kauf zu nehmen und diesem selbsterhobenen Einwand gegenüber im Folgenden kurzweg von einem „Anspruch" im Sinne einer pars pro toto zu sprechen. Ja es mag noch mehr zur Vereinfachung beitragen, wenn wir nur den Fall des obligatorischen Anspruches in Betracht ziehen und die Betrachtung des dinglichen Rechts, das vom Berechtigten in rem verfolgt wird, beiseite lassen. Indess auch nach dieser Berichtigung und Einschränkung will ich gerne zugeben, daß die Verwendung des umstrittenen Terminus zu Unklarheiten führen, ja daß das wenig präzise Wort „Anspruch" selbst irreführend wirken kann. Wlassak[2]) bezeichnet das Wort mit Grund als mehrdeutig. Ich habe inzwischen über die Bedeutung des Wortes „actio"[3]) im Rechtsstreit kurz meine Ansicht zu formeln versucht[4]), und dabei zunächst auf die bekannte Tatsache hingewiesen, daß actio sowohl eine formelle als eine ma-

Z. 46, 378 ff. kommt unter sehr beachtlichen rechtsvergleichenden Beobachtungen am griechischen Prozeßrecht zu einem Ergebnis, das wenigstens in der Formulierung Wlassak näher steht als meinen Formulierungsversuchen.

[1]) S. Literatur Wenger, Zivilpr. 104[37] u. ö.

[2]) P. F. 74[6].

[3]) Dessen eine Bedeutung eben mit „Anspruch" wiederzugeben versucht wird.

[4]) Zivilpr. 11—13.

terielle Bedeutung hat. Actio im materiellen Sinn bedeutet, „freilich nicht ohne steten Ausblick auf die prozessuale Durchsetzung, den Anspruch, und hier wiederum zunächst nur den zivilrechtlichen obligatorischen Anspruch“, wie ihn Celsus, Dig. 44, 7, 51 definiert: nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi. Danach ist „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch)“ [1]) prozessual mit einer Formel [2]) geltend zu machen. Ich will Wlassaks Kritik nicht entgehen und die Basis der ganzen Fragestellung nicht verschieben: ich wiederhole vielmehr, daß „Edition des Anspruchs“ einen reichlich unbestimmten Inhalt hat [3]), und ich stelle gerne wiederholt fest, daß durch die Lehre von der Herstellung des Formelentwurfs durch den Kläger und von der Notwendigkeit, diesen Entwurf dem Beklagten zu edieren, unsere Vorstellung vom ganzen Vorgange bei der Einleitung eines Rechtsstreites ungleich klarer geworden ist. Aber ich habe mich bei allem Streben, die Sache vom gegnerischen Standpunkt aus zu betrachten, doch nicht von der Unrichtigkeit einer Behauptung überzeugen können, wonach der Kläger dem Beklagten den Anspruch, die actio im materiellen Sinne, edieren müsse; oder genauer: wonach diese Edition den personenrechtlichen Anspruch, die actio in personam, bezw. das subjektive dingliche Recht, die actio in rem, zum Gegenstand habe. Denn die actio im materiellen Sinne — Anspruch und dingliches Recht — ist doch das Entscheidende, die Schriftformel im klassischen Prozess aber nur das Gewand, in das sich die actio im Rechtsstreit kleidet; das ius quod sibi debetur ist das Primäre, das iudicio persequi eines solchen ius das Sekundäre, sowie überhaupt der Prozess das Sekundäre ist gegenüber dem materiellen Recht. Ich kann mir nicht vorstellen, warum dieser doch von jeder positiven Rechts- und Prozessordnung losgelöste Satz einer allgemeinen Rechtslehre gerade für die Römer nicht gelten solle. Dort, wo sich der Rechtssteit im Schriftformelverfahren abspielt,

---

[1]) Deut. BGB § 194.

[2]) iudicio übersetzt Wlassak „mit einer Schriftformel“ oder „durch Begründung eines Prozesses“. Literaturzitate s. Zivilpr. 13[23].

[3]) Wlassaks bessere, weil auch genauere Formulierung meiner Auffassung vom zu edierenden Anspruch P. F. 74 f. darf ich grundsätzlich annehmen. Vgl. das Folgende.

wird man ohne unzulässiger Synthese gegensätzlicher Anschauungen geziehen zu werden, von einer Bekanntmachung des Beklagten mit dem klägerischen Anspruch vermittelst einer Formel, bezw. wiederum ganz genau: zunächst vermittels eines Formelentwurfes sprechen dürfen. Also Edition des Anspruchs durch den Formelentwurf? Doch da gibt es gleich wieder Schwierigkeiten: der Formelentwurf, mit dem der Kläger seine Aktion beginnt, ist noch nicht die Formel[1]), fehlt doch die Namhaftmachung der Person des Richters[2]) und enthält dieser Entwurf doch nur die actio des Klägers, während actionis verbo non continetur exceptio[3]), eine Stelle, die übereinstimmend als Stück des paulinischen Kommentars zum Editionsedikt angesehen wird[4]). Ferner: dieser Entwurf unterliegt noch möglichen Korrekturen, zu welchen sich der Kläger herbeilassen muß, wenn er nicht die denegatio actionis des Prätors riskieren will, der etwa über den Entwurf anders denkt als er. Doch von dieser prätorischen Einflußnahme später. Wlassak rückt, trotz der eben genannten, von ihm selber hervorgehobenen Unterschiede zwischen Entwurf und — bei der Litiskontestation verwendbarer — vollendeter Formel, dennoch den Entwurf sehr nahe an die vollkommene Formel heran und wendet sich gegen eine Annahme, wonach der Gegenstand der außergerichtlichen Edition und der endgiltigen, die ein Stück der Litiskontestation ist, „etwas wesentlich Anderes sein könnte: das einemal der in freier Rede vorgebrachte Anspruch, das zweitemal eine dem herkömmlichen Typus entsprechende Formel“[5]). Daß dem im Formelentwurf bei der ersten Edition geltend gemachten Anspruch der in der endgiltigen Formel für die Litiskontestation formulierte Anspruch trotz aller Modifikationen, zu denen sich vielleicht der Kläger unter der steten Drohung der Denegation entschloß, im wesentlichen entsprechen mußte, wenn das Judizium für den Kläger überhaupt noch Sinn

---

1) Wlassak, P. F. 80.

2) Zivilpr. 130[12].

3) Dig. 50, 16, 8, 1; freilich vorbehaltlich solcher Exzeptionen, die „schon im Album dem als Muster gewählten Prozeß-Schema eingefügt sind“. Wlassak, P. F. 80.

4) Wlassak, P. F. 76[15].

5) P. F. 95. Vgl. aber oben S. 10. N. 8.

und Wert haben sollte, ist naheliegend genug. Wieweit hierbei der inhaltliche Unterschied zwischen Entwurf und Formel für den Kläger noch tragbar war, ist eine Frage, die sich jeder wissenschaftlichen Erörterung entzieht: ob der Unterschied wesentlich oder nicht war, bestimmte das eigene klägerische Ermessen. Unsere Debatte dreht sich nicht um den Inhalt des geltend gemachten Anspruchs, sondern um die Form der Geltendmachung einerseits bei der ersten Edition, anderseits bei der Litiskontestation. Und hier scheint mir allerdings — wenn ich zunächst von den Fällen absehe, in welchen mir der Entwurf einer Streitformel für die erste Edition überhaupt fraglich erscheint [1]) — ein so beträchtlicher Unterschied zwischen dem ersten Entwurf und der fertigen Formel zu bestehen, daß man ihn als „wesentlich" bezeichnen kann. Der Entwurf, dessen Abänderbarkeit Wlassak selbst so einläßlich geschildert hat, die edita actio der Konstitution Cod. Iust. 2, 1, 3 [2]), von der es heißt, daß sie speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, ist von der mit dem Richternamen ausgestatteten fertigen Formel soweit entfernt, wie jeder Entwurf einer Urkunde von dieser selbst. Überlegen wir uns die Vorbereitung eines auf Grund der Schriftformel als Prozeßprogramms abzuschließenden Formalaktes, wie es die Litiskontestation war, so spricht von vornherein die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Formzwang den Abschluß des ganzen Rechtsgeschäftes betraf, während für die Einleitung desselben mehrere Vorbereitungsmöglichkeiten offen standen, wenn sie nur alle demselben Endziele dienten. Denn wie jeder Entwurf selbst, so birgt auch jede Herstellung eines solchen etwas Unbestimmtes in sich, erst der Formalakt selbst — die Urkunde und ihr Vollzug — schließen jede Willkür aus. So scheinen die mehrerlei noch zu besprechenden Modi, die Dig. 2, 13, 1, 1 nebeneinander stehen, wohl als verschiedene Möglichkeiten erster Edition, nicht so sehr aber als verschiedene Möglichkeiten der Edition bei der Litiskontestation verwendbar. Denn für einen Formalvertrag, wie es die Litiskontestation ist, wäre es wohl möglich, daß, wenn ein Minus an Form gefordert wäre, ein Plus dieses Minus in sich

[1]) Vgl. unter IV.

[2]) In Verbindung mit 3, 9, 1. Vgl. zur Bezugnahme auf Formularverfahren Wlassak, Anklage 175 ff. P. F. 94[60].

schlösse[1]), nicht aber umgekehrt, daß man sich mit einem Minus begnügte, wenn ein Plus gefordert wäre. Jedenfalls bedeutet aber die labeonische Form der Edition ein Minus gegegenüber den vorher genannten Editionsarten. Für den Formalakt der Litiskontestation ist sie durchaus unbrauchbar.

Scheint schon nach dem Gesagten der Unterschied zwischen Formelentwurf und Formel, sowie zwischen der freieren Handhabung der ersten Editionspflicht und der Formstrenge des Litiskontestationsgeschäftes gegeben, so möchte ich hier nur noch auf den Spezialfall des Injurienediktes abstellen[2]), für den auch Wlassak die Gleichheit der für das Prozeßmittel der endgiltigen Litiskontestation geforderten Voraussetzungen auf die vorbereitende Editio in iure zu beschränken geneigt ist, während er die Antwort auf das Verhältnis zu der „vermutlich[3]) auch in Injuriensachen notwendigen Edition vor der Ladung und vor einem sie etwa vertretenden Vadimonium“ offen läßt.

Suchen wir nun dem Wesen der ersten Editionspflicht inhaltlich und formell näher zu kommen und das, was wir mit Anspruchsedition meinten, besser zu präzisieren. Wir gehen dabei von dem einfachen Falle eines von beiden Parteien in Aussicht genommenen Prozesses aus, wo also angefangen von der außergerichtlichen Edition das ganze vorbereitende Verfahren auf das einzige Ziel der Herstellung des zur Litiskontestation allein brauchbaren Prozeßmittels, nämlich der Formel, hinausläuft. Da mußte gewiß jede Edition schon die künftige Intentio certa, bezw. die Demonstratio + der Intentio incerta enthalten; ferner, um der zukünftigen Formel gerecht zu werden, auch schon die sich daran knüpfende Condemnatio[4]). Natürlich waren die Blankettwörter schon durch die Individualbezeichnungen ersetzt, und zwar, wenn bereits ein Schriftsatz vorlag, in diesem, im Falle eines bloßen producere adversarium ad album in der begleitenden Rede. In den genannten Formelteilen steckt materiellrechtlich wiederum das, was ich mit dem Worte „Anspruch“ bezeichnen wollte. Wie innig materielles Recht und Formel zusammenhängen, wie schil-

---

1) Vgl. etwa BGB. § 126 Abs. III.

2) Paul. Coll. 2, 6, 1; dazu Wlassak, P. F. 63—65. 96.

3) Von mir gesperrt. Zitat 96[65].

4) Vgl. Wlassak P. F. 74 f. 74[8] und dazu oben S. 10 N. 8.

lernd selbst die Römer hierüber sprechen, bezeugt nicht bloß die oben schon zitierte Definition der actio (Celsus, Dig. 44, 7, 51)[1]), sondern etwa auch Gai. 4, 41, wo die intentio als ea pars formulae bezeichnet, also ganz formell definiert wird, qua (mittels deren)[2]) actor desiderium suum concludit. Ist nicht in diesem Satze auch schon eine Synthese versucht, wie sie oben für unsere heutige Darstellung beansprucht worden ist? In dem Gesagten darf vielleicht eine Antwort auf die Fragen[3]) nach näherer Präzision des zu edierenden „Anspruchs" versucht, auch ein Grund angegeben sein für die Unsicherheit heutiger Darstellung. Auch das Wort desiderium[4]) ist, soweit mir bekannt, kein juristisch eindeutiger terminus technicus[5].) Gemeint sein dürfte wohl das, was Wlassak[6]) als Ziel schon der vorläufigen Edition bezeichnet: dem Gegner die Kenntnis der Formel so zu vermitteln, „wie sie als iudicium purum zu lauten hätte".

Haben wir bislang beschreibend dem Inhalt dessen näherzukommen versucht, was der Kläger dem Beklagten bei der außergerichtlichen Einleitung des Rechtsstreites mitzuteilen hat, so sind nunmehr trotz der Gefahr einer beim Stande der Dinge, wie mir scheint, allerdings unumgänglichen gewissen Weitläufigkeit einige Bemerkungen zur Form der ersten Edition nicht zu umgehen. Der ulpianische Ediktskommentar (Dig. 2, 13, 1 pr. § 1) sieht bekanntlich für die Edition mehrere Möglichkeiten vor, mit welchen sich die Kritik schon oft genug befaßt hat, zumal niemand die Unversehrtheit der Stelle behauptet, wohl aber die Meinungen über deren Heilung sehr auseinander gehen. Überliefert ist folgendes: Qua quisque actione agere volet, eam edere debet:

---

[1]) Ich möchte damit auch aussprechen, daß m. E. die Schwierigkeit den Aktionsbegriff zu erfassen, nicht bloß in der Unzulänglichkeit unserer derzeitigen Erkenntnis oder unseres Ausdrucksvermögens in heutiger Sprache gelegen ist, sondern im Wesen der actio selbst, die auch den Alten begriffliche und darstellerische Hemmungen bereitet hat.

[2]) Vgl. Wlassak, P. F. 75.

[3]) Wlassak, P. F. 81.

[4]) Wlassak, P. F. 67 übersetzt es mit „Begehren".

[5]) Ich will nicht gerade damit behaupten, daß schon Gaius hier Schwierigkeiten der Formulierung durch eine wenig klare Ausdrucksweise umgangen habe, aber auch Wlassak findet die ganze Begriffsbestimmung „recht mangelhaft": P. F. 67, allerdings aus anderen Gründen. 67[22].

[6]) P. F. 83.

nam aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur. (§ 1) Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo, quo uti velit. Statt dieses Schlusses denkt Naber[1]) etwa an: demonstret iudicium quod dictaturus est vel interdictum quo uti velit. Es ist schon aufgefallen, daß die Aufzählung der verschiedenen Editionsarten, welche hier als möglich hingestellt werden, und die wir alle mit dem Sammelnamen Formeledition zusammenfassen, mit *etiam* eingeleitet wird. Darnach sind die aufgezählten Möglichkeiten, das copiam describendi facere (Vorlage einer schriftlichen Aufzeichnung zur Abschriftnahme), das in libello complecti et dare (Überreichung einer schriftlichen Aufzeichnung), das dictare (Diktat des Formelentwurfs), endlich das labeonische Hinzuführen des Gegners zum Album und Hinweisen auf das Formelblankett *auch* zulässige Formen der Edition. Zwei Erklärungsmöglichkeiten bleiben: entweder das „etiam" weist, irrtümlich von einem Interpolator stehen gelassen, auf eine weggestrichene vorher genannt gewesene Form der Edition[2]) zurück, auf eine klassische Normalform, die ins byzantinisch-justinianische Recht nicht mehr hineinpaßte; oder — wenn man keine Lücke vermuten will — die Normalform ist im Principium in der allgemeinen Wendung Ulpians „qua quisque actione agere volet, eam edere debet" enthalten, aber sei es an anderer nicht erhaltener Stelle, sei es überhaupt nicht erklärt gewesen. Hinter beiden Erklärungsversuchen erhöbe sich nun natürlich sofort die schwierige Frage, wie denn — Schriftlichkeit des Formelentwurfs vorausgesetzt — jene Normalform der Edition ausgesehen haben mochte. Eine solche rekonstruierend zu ersinnen fällt umso schwerer, als die im etiam-Satze aufgezählten Methoden ja diejenigen sind, an welche man für Mitteilung eines schriftlichen Formelentwurfs mit einiger

[1]) Mnemosyne N. F. 22, 258; ihm sich anzuschließen ist Wlassak, PF. 72[4], geneigt.

[2]) Eine derartige Streichung ist Wlassak, PF. 78[19], anzunehmen nicht abgeneigt.

Phantasie normalerweise dächte. Anders stünde es, wenn man bei Editio schlechthin auch die Möglichkeit einer ohne schriftlichen Formelentwurf erfolgenden Mitteilung im Auge behalten dürfte. Dann wären natürlich, mag man den einen oder anderen Ausweg aus der Verworrenheit der Stelle suchen, andere Methoden der Edition vorstellbar. Indeß, es mag immerhin die erstangenommene Alternative gelten und es mag angenommen bleiben, daß vor dem „etiam“ noch eine andere — vielleicht normale — Methode, den konkreten Schriftformelentwurf dem Gegner im klassischen Prozesse mitzuteilen, angeführt gewesen und dann weggestrichen worden sei. Es soll also daraus kein sicherer Einwand gegen die Notwendigkeit der Verwendung eines Schriftformelentwurfs schon beim vorbereitenden edere erhoben werden. Dies umsoweniger, zumal die uns überlieferten Methoden des copiam describendi facere, des libello complecti et dare, des dictare zweifellos die gewöhnlichen Erscheinungsformen des edere darstellten und für sie Wlassaks Lehre allein eine ansprechende Unterlage bietet. Eine beachtlichere Schwierigkeit erwächst aber der Lehre von der Notwendigkeit des konkreten Schriftformelentwurfs bei der ersten Edition aus der auf Labeos Autorität gestützten Methode. Nach dem, was Ulpian da überliefert — oder doch was die Kompilation von Labeo-Ulpian uns erhalten hat — genügt der Hinweis auf das entsprechende Formelblankett im Album. Ich gestehe, daß hier Wlassaks[1]) Ausführungen mich über die Alleingiltigkeit der vorgenannten Regel nicht beruhigt haben. Der Vorgang ist in seiner Naivität eindrucksvoll genug: der Gläubiger zeigt dem Schuldner im Album das Blankett der actio certae creditae pecuniae mit beredtem Schweigen. Genügte das nicht oft genug, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat? Mochte nicht manchem Schuldner nun sofort das cedere ratsam erschienen sein? Ist er aber nicht dadurch auch schon für den Prozeß, wenn er sich nämlich aufs Leugnen verlegte, vom Kläger hinreichend aufgeklärt? Gewiß, man mag sich vorstellen, daß auch in solchen Fällen der Kläger außerdem noch erklären mußte, „wie das gewählte Schema dem vorliegenden Streitfall entsprechend auszufüllen sei,“[2]) aber über-

[1]) P. F. 80f.

[2]) Wlassak 80.

liefert ist hierüber nichts.[1]) Und auch wenn man die plausible Ergänzung demonstret iudicium (oder formulam), quod (quam) dictaturus est[2]), annimmt, so sind die Schwierigkeiten nicht behoben, da ja Labeos Methode eine Erleichterung der voranstehenden Diktiermethode bedeutet. Ich würde diese vielleicht übertrieben scheinenden Bedenken, die sich ja nur gegen die Ausnahmslosigkeit der auch von mir anerkannten Regel einer prozeßeinleitenden außergerichtlichen Formeledition richten, angesichts der Verderbtheit des besprochenen Textes vielleicht zurückgestellt oder ganz unterdrückt haben, wenn ich nicht für die actio iudicati mit Wlassaks Lehre mich noch immer nicht zurechtzufinden wüßte. Doch davon später[3]).

Dagegen muß hier rückhaltlos auf einen anderen Einwand verzichtet werden, der gegen die Annahme klägerischer Formeledition schon im außergerichtlichen Verfahren früher begegnete. Es ergibt sich nach Wlassaks[4]) Schilderung der Juristenarbeit an der Formelverfassung kein ernsthaftes Bedenken mehr gegen die Herstellung des Formelentwurfs durch den Kläger und eben in erster Linie durch den ihn beratenden Juristen aus den nicht seltenen Fällen, in welchen „das bisher geübte Recht den Dienst versagte und zugleich dringende Billigkeit die Abfassung eines noch niemals zugelassenen Formeltextes nötig machte.“[5]) Die Herkunft der Formeln, die wir als prätorische zu bezeichnen pflegen[6]), der Formeln mit Fiktion, mit Umstellung der Subjekte

---

[1]) Labeos Methode macht denn auch, wenn ich recht sehe, Wlassak die meisten Schwierigkeiten, P. F. 79 f.

[2]) Wlassak 72[2]; oben S. 17 N. 1.

[3]) Unten IV.

[4]) P. F. 84 ff.; vgl. unten VI. Unabhängig von Wlassak hat Lévi-Bruhl in einer Abhandlung Prudent et Préteur, Rev. histor. de Droit 4.e Sér. 5.e Ann. (1926), 5 ff. (vgl. schon ebd. 1925, 534 f.) [im Folgenden zitiert mit Lévy-Bruhl, Prudent] die Bedeutung der Jurisprudenz für zivile und prätorische Rechtsbildung sowohl als auch für Rechtsauslegung untersucht. So sehr sich die Abhandlung in einzelnen Ergebnissen mit den von Wlassak gefundenen deckt, so steht sie anderseits wie die mit ihr zusammenhängenden Arbeiten des Verfassers über Denegatio und Causae Cognitio (mehr unten) unter dem Banne der Vorstellung von der passiven Rolle des Praetors auch im Formularverfahren. Dagegen einiges unten.

[5]) P. F. 84.

[6]) Zivilpr. 150 ff.

und vor allem der actiones in factum, erscheint uns jetzt in anderem Lichte. Anstelle der Prätoren erscheinen die Juristen, die Berater der rechtsuchenden Parteien, als geistige Urheber jener Formeln. Den Prätoren freilich bleibt stets das Verdienst, die neuen Gedanken in diesen neuen Formelgebilden geprüft und, wenn sie geeignet schienen, die Aktionen zugelassen zu haben.

Wie stand es nun mit der Sanktion der Vorschrift einer regelmäßig für die Prozeßeinleitung notwendigen außergerichtlichen Edition? Ist der Rechtsweg ohne solche Edition versperrt? Die Frage ist unter allen Umständen aufzuwerfen, und für ihre Beantwortung kann es zunächst ganz dahingestellt bleiben, ob wir uns die Edition nur mit einem Formelentwurfe oder gegebenenfalls auch ohne diesen vorstellen wollen. Ist das „edere debet" nach der Sprache der Dogmatik unseres bürgerlichen Rechts also Mußvorschrift oder bloße Sollvorschrift? Vermutlich ist im zweiten Sinne zu antworten. Die Vorschrift gehört dem prätorischen Edikt an und noch nicht der zivilrechtlichen in ius vocatio. Bei dieser mochte oft genug sich eine formfreie außergerichtliche Mitteilung des Anspruchs ergeben haben, aber der Kläger war zu ihr in keiner Weise verpflichtet[1]). Und die Vorschrift des prätorischen Edikts scheint auch nur durch eine Poenalklage[2]) gesichert gewesen zu sein, also hierin auf einer Stufe mit jenen Ausführungsvorschriften gestanden zu haben, mit denen auch sonst der Prätor das zivile Vokationsrecht umgab[3]). Jedenfalls mußte — und das ist doch auch wohl wiederum allgemeine Anschauung — der in ius vocatio Folge geleistet werden, auch wenn der Kläger dabei seiner Editionspflicht gar nicht oder

---

[1]) Plaut. Persa 4, 9, 8: S. Age ambula in ius, leno. D. Quid me in ius vocas? S. Illic apud praetorem dicam: sed ego in ius voco Vgl. schon Zivilpr. 91; 93[12]. Vgl. noch Curcul. 5, 2, 22 und Poenul. 5, 6, 5 f., wo „der Anlaß nur formlos und untechnisch mitgeteilt" wird: Steinwenter, Sav. Z. 46, 378. Dieser Gelehrte wendet sich freilich gegen die Verwertbarkeit der genannten plautinischen Zitate für Erkenntnis des römischen ja auch des griechischen Rechts. Aber hat dann Plautus ein weder dem einen noch dem anderen entsprechendes Phantasierecht auf das Theater gebracht.

[2]) Vgl. Wlassak, P. F, 73[3], der auf Peters, Oströmische Digestenkommentare (Ber. Sächs. Ges. Wiss. ph. hist. Kl. 65, 1913), 107 und auf Naber, Mnemosyne N. F. 50 (1922), 27—29 verweist.

[3]) Zivilpr. 92[9].

— nach Behauptung des Gegners — nur mangelhaft und nicht gehörig nachgekommen war. Ob dem so war, mußte vor dem Prätor entschieden werden, und die Praxis mochte hier die normalen Editionsmethoden ausgebildet, Labeo etwa einmal das oben erwähnte Edieren durch producere ad album in einem dann allgemein rezipierten Falle für hinreichend erklärt haben. Was geschah aber, wenn nicht ediert worden war, mit dem so eingeleiteten Rechtsstreit? Denkbar wäre Denegation der actio des Klägers. Aber, da wir der Denegation keine Rechtskraftwirkung zuzusprechen geneigt sind[1]), so wäre dem Gegner damit wenig gedient gewesen: der Kläger hätte ja einfach die Vokation, und zwar diesmal korrekt nach außergerichtlicher Edition, zu wiederholen brauchen. Es scheint mir wahrscheinlicher, daß man es bei der Sanktion durch die vorgenannte Strafklage bewenden ließ, und in solchen Fällen die Edition eben erst in iure vorgenommen wurde[2]). Das würde gegenüber der entgegengesetzten Eventualität auch durchaus einer gesunden Prozeßökonomie entsprechen.

Die Lehre von der Herstellung der Formel durch den Kläger erleidet aber auch bei solcher Annahme einer minderen Sanktion der Vorschrift außergerichtlicher Edition des Formelentwurfs kaum eine nennenswerte Modifikation, denn mag auch die Formel im Entwurf im außergerichtlichen Vorverfahren noch gar nicht vorgelegen haben, jedenfalls mußte sie für den Prozeß in iure hergestellt worden sein und hier steht auf alle Fälle — ob der Formelentwurf schon in ius mitgebracht oder erst dort verfaßt wurde — die Frage so: wer macht die Formel? Der Kläger oder der Prätor? Sicher ist nun, daß bis zum Erscheinen vor dem Magistrat der Formelentwurf ein Werk des Klägers sein muß, bei dem allerdings gelegentlich schon der Beklagte mitgewirkt haben mag[3]).

---

[1]) Zivilpr. 99[21].

[2]) Bei anderem Anlaß, P. F. 64[15] zu Paul. Coll. 2, 6, 3 überlegt auch Wlassak eine noch nicht auf die außergerichtliche, sondern erst auf die (erste) in iure erfolgende Edition bezügliche Vorschrift.

[3]) Denn sollten sich die Parteien nicht schon außergerichtlich auf Einschaltung einer Exzeption haben einigen können? Ich glaube doch. Übrigens spricht auch Wlassak, der (P. F. 105) bis zum Zeitpunkt des Erscheinens vor dem Magistrat, die Prozeßformel „lediglich“ als ein Werk des Klägers oder des ihn unterstützenden Juristen bezeichnet, doch 83[28]

Die neuerliche Edition vor dem Magistrat richtet sich in erster Linie wiederum an den Beklagten, aber zugleich an den Prätor. Dieser tritt hier schon als Mitspieler, nicht bloß als untätiger Statist auf der Bühne uns entgegen. Der Kläger braucht den Magistrat, sei es — bei Einverständnis des Beklagten mit dem Formelentwurf — zur Herbeiführung des Judiziums, sei es — bei dessen Weigerung — zur Erreichung der Wirkungen mangelnder Defension. Der Kläger muß daher die Formel dem Beamten gegenüber postulieren. Dem Magistrate aber steht das Denegationsrecht zu, womit er die Herstellung des Judiziums von vornherein vereiteln kann. Der Magistrat wird sich desselben bedienen, wenn er durch eigene causae cognitio die Sache, sei es von sich aus[1]), sei es auf Antrag der Beklagten, genügend geklärt hat; der Magistrat kann auch im Wege der Exzeptionen diese Prüfung ins Verfahren vor dem Judex verweisen[2]). Im letzteren Falle wird dem Kläger eine Ergänzung des Formelentwurfs mit der Maßgabe vorgeschlagen, daß er auf diesen geänderten Entwurf eingehen muß, wenn er nicht eben auf die actio ganz verzichten will. Soweit der Prätor hiebei von sich aus den Beklagten schützt[3]), dürfte in der Literatur weitgehende Einigkeit der Ansichten erreicht werden: auch wer die Stellung des Magistrats stärker hervorzuheben geneigt ist[4]), wird in diesem Punkte die Ausführungen Wlassaks ohne weiteres als sichere Stütze seiner Ansichten annehmen dürfen.

Etwas anders steht es mit der Frage nach einem prätorischen Schutz des Klägers. Hier ist Wlassak[5]) zurückhaltender, als

---

nur davon, daß außergerichtlich natürlich noch keine Pflicht des Beklagten bestand, Exzeptionen zu edieren, und auch in iure es sich nur um ein Abwehrrecht handeln könne. — Vielleicht darf in unserem Sinne auch die Bemerkung S. 62 mit gedeutet sein, wonach „es sich zuweilen ergab, daß an der Abfassung der Formel, bevor sie zur Streitbefestigung reif war, statt einer mehrere Personen teilgenommen hatten."

[1]) Also im Wege eines „offizialen" Verfahrens. Vgl. Wlassak, P. F. 109 f., 111.

[2]) Über das jüngere Alter der exceptio als der denegatio vgl. Zivilpr. 128[8].

[3]) Unten V.

[4]) Vgl. unten II.

[5]) P. F. 107 f.

ich es noch kürzlich angenommen habe[1]). Aber ich habe dennoch den Eindruck, daß es sich hier mehr um graduelle Wertungsunterschiede denn um grundsätzliche Anschauungsgegensätze handelt[2]). Auch Wlassak räumt natürlich dem Prätor die Macht ein, dem Kläger schützend und helfend Unterstützung zu gewähren. Denn solche Macht liegt ja in der Jurisdiktion, die wiederum eine Erscheinungsform des Imperiums ist. Der Prätor kann gewiß ruhig zusehen, wie ein Kläger durch plus petitio sich um sein eigenes Recht bringt[3]); er wird so einem Kläger gegenüber, der 100 geliehen hatte und 120 zurückverlangte, jede Warnung bewußt unterlassen haben, weil sein prätorisches Auge diesen Mann gleich richtig einschätzte. Ihn sollte die gerechte Strafe treffen, nun dauernd nichts zu erhalten. Aber eine irrtümliche Demonstratio mag der Kläger in schwierigen Fällen, insbesondere wenn er der wirtschaftlich schwächere Teil war und ihm nicht schon ein Anwalt geholfen hatte[4], auch vom Prätor korrigiert erhalten haben. Denn unrichtige Demonstratio hatte ja nur zur Folge, daß der Prozeß erfolglos blieb, zwar bis zum ungünstigen Urteil gedieh, aber nicht die nachteiligen Folgen der Ausschlußwirkung zeitigte, mithin mit richtiger Demonstratio erneuert werden konnte. Daß ein solcher Vorgang mit der doch den Römern so selbstverständlichen Prozeßrechtsökonomie[5]) un-

---

[1]) Wandlungen 13 f. Dort ist 14[1] schon eine hieher gehörige Bemerkung nachgetragen. Vgl. jetzt Steinwenter, Sav. Z. 46, 377 f.

[2]) So kann ich den klärenden Bemerkungen zur österr. Zivilprozeßordnung von 1895, die Wlassak, P. F. 74[6] macht, beipflichten.

[3]) Sehr überzeugend bemerkt Wlassak, P. F. 134, daß man doch nicht den Kläger für ein plus petere (Gai. 4, 53) hätte büßen lassen können, wenn der Beamte den Formeltext verfaßt hätte, ja, wie wir zufügen dürfen, auch nicht, wenn der Beamte zur Rechtshilfe an den unberatenen Kläger verpflichtet gewesen wäre.

[4]) Über die leichte Erreichbarkeit solcher Hilfe vgl. im Anschluß an Jhering Wlassak, P. F. 83 f.

[5]) Belege aus dem Denegationsrecht und dem der Ausschlußwirkung brauchen nicht aufgezählt zu werden. Ich erinnere aber an die vortrefflichen Ausführungen Wlassaks über die Hintanhaltung leichtfertig angesponnener Prozesse, „deren Verhandlung nutzlose Verschwendung von Zeit und Kraft wäre". Dig. 12, 1, 21 kann dabei wegen der Unsicherheit, die sich immerhin auch auf die an sich sehr wohl für Julian mögliche Äußerung: ad officium (praetoris) pertinet lites diminuere erstreckt, außer Betracht bleiben. Wlassak, P. F. 109. 109 f.[10].

verträglich sein mußte, bedarf keines Wortes. In all dem liegt aber auch indirekt wenigstens ein Klägerschutz[1]).

Daß der Prätor überhaupt Änderungen im Formelentwurf herbeiführen kann[2]), haben Wlassaks Ausführungen uns neuerdings wieder klar vor Augen gestellt. Dabei mußte besonders[3]) die Rede pro Tullio in Betracht kommen, in der Cicero das zwischen dem Kläger M. Tullius und dem Beklagten P. Fabius zustandegekommene Prozeßprogramm (die Formel) behandelt und dabei auf das addere oder non addere eines Wortes in das iudicium (die Schriftformel) zu sprechen kommt. Pro Tull. 16, 38 f. steht dabei insoferne im Vordergrund, als es sich hier um die Verweigerung eines Zusatzes „iniuria" in die Formel handelt, den Fabius vergeblich anstrebt. Es gelingt ihm nämlich weder vom Prätor diesen Zusatz zu erreichen, noch die Volkstribunen zu einer diesbezüglichen Interzession zu bewegen. Wenn es nun sicher richtig ist, daß die Volkstribunen einen direkten Eingriff in die Formelherstellung schon aus dem Grunde nicht machen konnten, weil ihnen ja in dieser Zeit die Jurisdiktionsgewalt fehlte[4]), so kann man den Ausdruck se nihil addituros, soweit er sich auf die Tribunen bezieht, nur in dem Sinne verstehen, daß sie nicht durch ihre Intervention den Beklagten vor den Folgen der Nichtannahme einer Formel ohne diesen Zusatz schützen wollten[5]). Mit den zitierten Worten schließt Cicero aber auch die Ablehnung des beklagtischen Antrags durch den Prätor ein. Man muß deshalb Wlassaks scharfer Quellenauslegekunst auch hier zustimmen, wenn er die voraufgehende, nur auf den Prätor bezügliche Stelle .... quid attinuit te tam multis verbis a praetore postulare, ut adderet in iudicium „Iniuria" (daß er in die

---

[1]) Auch die Fürsorge, welche dem Magistrat für richtige Angabe der Personen- und Ortsnamen im rubrischen Gesetz vorgeschrieben ist, c. 20, I, 40 ff., wirkt sich ebenso zu Gunsten des Klägers wie des Beklagten aus. Vgl. unten S. 25 f. Mit Recht unterstreicht Steinwenter, Sav. Z. 46, 377 in der Stelle Gai. 4, 57: facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus.

[2]) Es ist hier zunächst absichtlich dieser die Art der Herbeiführung nicht andeutende Ausdruck gewählt.

[3]) P. F. 112 ff.

[4]) Zivilpr. 52 f. Wlassak, P. F. 118 f. 119[37].

[5]) Wlassak, P. F. 119.

Formel das Wort „Iniuria“ einschalte), et, quia non impetrasses, tribunos plebis appellare et hic in iudicio queri praetoris iniquitatem, quod de iniuria non addiderit? auch nur ganz allgemein in dem Sinne deutet, daß der Prätor auf eine Erweiterung der Formel sich nicht einließ, dagegen es ablehnt, aus der Stelle auf die Art und Weise, in der diese erwünschte Erweiterung herbeigeführt werden könnte, irgend welche Schlüsse zu ziehen. Dies zugegeben, wird man natürlich die Verschiedenheit der staatsrechtlichen Stellung des Prätors von der der Tribunen zur Entstehung einer Formel auch hier nicht vergessen wollen und Ciceros Ausspruch, der ja gewiß in der vollkommenen Koordinierung von Prätor und Volkstribunen nicht streng korrekt sein kann, nicht notwendig deshalb in einem Sinne interpretieren, der von der mehr vagen Bedeutung des addere, soweit die Tribunen in Frage kommen, schlechthin auch auf gleich vage Bedeutung bezüglich der zugleich ebenfalls als addere bezeichneten Einwirkungsmöglichkeit des Prätors schließt. Mit anderen Worten: es kann das addituros in einem zusammenfassenden Sinne gemeint sein, der bezüglich der Volkstribunen nichts weiter bedeutet als Schutz (bezw. Nicht-Schutz) gegen eine Formel ohne Zusatz, bezüglich des Prätors aber eine ganz anders geartete Einwirkung (bezw. Nicht-Einwirkung) auf Herstellung einer Formel mit dem gewünschten Zusatz. Wie aber der Prätor einen solchen Zusatz erreichen könnte, wenn er wollte, darüber erfahren wir aus dieser Stelle allerdings, wie ausgeführt, auch nichts Gewisses.

Bei der Umschau nach anderen Quellen, die uns etwa Aufschlüsse über prätorische Formelkritik, Formelergänzung, Formelkorrektur geben könnten, werden wir zunächst sprachlichen Anhalt beim eben genannten ciceronianischen Wort addere — auch bei adicere — suchen. Das sofort einfallende naheliegendste Beispiel, das der angehängten Noxalklausel ist freilich durch neuere Forschungen aus der Sphäre sicherer Klassizität herausgenommen[1]). Dagegen gibt die lex Rubria einen willkommenen Fingerzeig für unsere Beurteilung der Ergänzung von Partei-

---

[1]) Vgl. schon Wlassak, P. F. 120 f.[43]. Jetzt aber Biondo Biondi, Actiones noxales (Cortona 1925), wonach auch mein Zivilpr. 142 f. zu berichtigen ist.

formeln durch Magistrate. An den bekannten Stellen[1]), welche in uns so naiv scheinender Weise dem Munizipalmagistrat die Fürsorge dafür auftragen (curet)[2]), daß die richtigen Orts- und Personennamen eingesetzt werden, ist uns doch ein sicherer Beleg für die Unterstellung der Formelkonzeption unter die magistratische Aufsicht gegeben[3]). In seiner Analyse aller Stellen, die nur irgendwelchen Aufschluß über das Zustandekommen der Formel geben könnten, kommt Wlassak außerdem und zunächst mit dem Ziele, nachzuweisen, daß es nicht der Magistrat ist, der die Formel herstellt, auf diejenigen Aussprüche zurück, welche diesem eine anders geartete Einwirkung auf den bereits vorhandenen Formelentwurf zusprechen. Er leitet „den unleugbaren Einfluß des Gerichtsbeamten auf die Bestimmung des in die Formel aufzunehmenden Rechtssatzes“ aus dem diesem „zustehenden Aufsichtsrecht“ her[4]) und erinnnert an Cic. de leg. 3, 3, 8, wonach der Prätor iuris civilis custos esto. Wie nun im einzelnen diese Mitwirkung des Magistrats bei der Überführung des Formelentwurfs in die fertige Formel beschaffen gewesen ist, darüber mag man sich sehr verschiedentliche Vorstellungen machen. Ich kann auch da Wlassaks Ausführungen in allen Grundlinien zustimmen[5]). Da es hier an vorhandenen Quellen und an der Wahrscheinlichkeit, für das klassische römische Prozeßrecht[6]) je-

---

1) c. 20 I, 40 ff. vgl. oben S. 24 N. 1.

2) Vgl. einstweilen Wlassak, P. F. 59.

3) Dazu Wlassak, P. F. 58 ff. 122 f.

4) P. F. 141 f.

5) P. F. 123 f.; so auch der notwendigen Korrektur der seinerzeit von mir mit aller Reserve hingestellten Möglichkeit, daß die Formel selbst als Doppelurkunde auch geeignet gewesen sei, „Wille und Befehl des Prätors an den Judex“ zu übermitteln; über die Möglichkeit der Ausfertigung der Formel in Doppelurkundenform dagegen möchte ich mich auch heute nicht ablehnend äußern. Vgl. unten S. 29.

6) Anders für die Papyri. Da wäre es wohl nicht ausgeschlossen, daß wir aus diesen noch immer uns zufließenden Quellen — wenn wir uns anders das Verhältnis des Provinzialprozesses zum ordentlichen Verfahren etwa so vorstellen, wie dies Wlassak in seinem Buche Zum römischen Provinzialprozeß, Wien, Akad. Wisss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 190. Bd. 4. Abh. 1919 dargestellt hat — eine Möglichkeit zu Analogieschlüssen fänden, wie ja ein solcher für das *κριτὴν διδόναι* des P. BGU I 114 schon gezogen worden ist. A. i. 153 ff. u. unten III, Ende.

mals neue Quellen wiederzufinden fehlt, so ist natürlich der Phantasie ein reicher Spielraum gelassen, ohne daß sie aber darum angesichts der festen gefundenen Grundlinien ins Uferlose schweifen dürfte. Danach wird man mit Wlassak wohl zunächst zwischen zwei Urkunden zu unterscheiden haben: zwischen der Formel und dem Protokoll über die Vorgänge in iure. Wie heute, wenn vor einer Behörde ein Rechtsgeschäft vollzogen wird, ist doppelte schriftliche Fixierung, des Rechtsgeschäftes sowohl als auch des Vorgangs bei seinem Abschlusse, das Gegebene.

Die Sorge für das Protokoll über die Verhandlung in iure ist natürlich Sache des Magistrats, der es nicht selber schreibt, sondern durch seine scribae schreiben läßt. In dieser Niederschrift werden insbesondere diejenigen das endgiltige Dare-Dekret vorbereitenden[1]) Beschlüsse festzuhalten sein, welche eine Änderung des Formelentwurfs, sei es auf Wunsch des Gegners, den der Magistrat billigte, sei es, weil der Prätor von sich aus keinen anderen als einen in seinem Sinne verbesserten Entwurf genehmigen wollte, mit sich brachten; natürlich wird ebenso gegebenenfalls die denegatio actionis protokolliert. In diesem Protokoll ist das endgiltige[2]) dare actionem festgelegt, von dem noch (unten II und III) gesprochen werden soll. Das Protokoll[3]) wird dann auch den Bericht über die Richterwahl und über den Vollzug der Litiskontestation[4]), die ja ein Rechtsgeschäft in iure ist, sowie über die Erlassung des Judikationsbefehls enthalten haben. Denn da ein solcher nur dann erlassen wird, wenn die Parteien sich zur Litiskontestation auf Grund des prätorischen Dare-Dekrets bequemt haben, so ist der Judikationsbefehl der notwendige Schlußakt für den Prätor, der Schlußpunkt[5]) unter das Verfahren

---

[1]) Vgl. Wlassak, P. F. 185. 199.

[2]) Vgl. die vorige Anm.

[3]) Dabei spielt die formelle Frage keine Rolle, ob ein und dasselbe Protokoll etwa ergänzt oder für die einzelnen Akte je ein eigenes Protokoll verfaßt wurde — dies namentlich, wenn sie zeitlich auseinander fielen.

[4]) Sicher fand sich also auch im Protokoll — normalen Verlauf des Verfahrens vorausgesetzt — der Name des erwählten und zugelassenen, in der Litiskontestation bestellten Judex. S. dazu unten III.

[5]) Ich brauche nach all dem Gesagten wohl nicht zu erläutern, wie ich dieses Wort verstehe, vollends, daß damit nicht der Keller'sche „ideelle

in iure. Ganz entsprechend dem Imperium: der Prätor hat eben das letzte Wort darüber, ob ein verstaatlichtes Gericht zustande kommen kann oder nicht. Gewiß ist damit nicht die Person des Prätors zum Formelverfasser geworden: das muß mit aller Schärfe gegenüber früheren eigenen Vorstellungsbildern immer wieder betont sein. Aber der Prätor ist der durch die Macht der Denegationsbefugnis starke Formelberichtiger. Soweit er die Genehmigung erteilt, insofern der Formeltext Gegenstand des Dare-Dekrets ist und weiterhin die Formel in Abschrift als Beilage dem Judikationsbefehle angeschlossen worden sein dürfte[1]), wird der Prätor von sich aus und von Amts wegen auf die richtige Niederschrift geachtet haben. Insbesondere rechnet Wlassak auch das „Zusammenfügen der Teilstücke", die im Laufe des Verfahrens zum klägerischen Formelentwurfe dazugekommen sind, also insbesondere der zu Intentio und Condemnatio hinzutretende Exceptiones, auch der Repliken des Klägers auf die Einreden des Beklagten, zu den Aufgaben des Büros[2]). Ob die zur Litiskontestation verwendete Schriftformel selbst auch vom Büro hergestellt wurde, oder ob diese Ausfertigung Sache der Parteien war, mag nicht so sicher zu entscheiden sein. Man könnte annehmen, daß das Büro die mehrfachen Ausfertigungen des Formeltextes herstellte — „für das Protokoll und als Grundlage des Ermächtigungsdekretes, für die Kontestation der Parteien und für den Privatrichter"[3]). Aber es ist auch wohl möglich, daß nur die Niederschrift im amtlichen Protokoll von Amts wegen hergestellt wurde, während es den Parteien überlassen blieb, zum Zwecke der Litiskontestation sich das nötige Exemplar selbst zu beschaffen, hier also insbesondere Sache des Klägers, der ja mehr Interesse am Zustandekommen des Prozeßbegründungsaktes hat als der Beklagte. Und man könnte sich auch wohl denken, daß bei dieser Abschrift aus

---

Endpunkt" des Verfahrens in iure in anderer Gestalt wieder in die Litiskontestationsliteratur eingeführt werden soll.

[1]) Wlassak J. B. 17; weitere Zitate gesammelt ebd. 295.

[2]) P. F. 124.

[3]) So jetzt Wlassak in einer allerdings auch ganz unverbindlich ausgesprochenen Vermutuug über einen möglichen Geschäftsgang, P. F. 124. Wenn die Litiskontestation zu einem späteren Termine als das Dare-Dekret erfolgte, so war in der Zwischenzeit Gelegenheit zur Ausfertigung der Schriftstücke, in die zuletzt etwa der Richtername eingesetzt wurde.

dem im amtlichen Protokolle festgelegten Formeltext[1]) ein in manchen Punkten ähnliches Verfahren im Gang gewesen sein mochte, wie etwa bei der Herstellung der für die Parteien bestimmten beglaubigten Abschriften, die wir als Militärdiplome zu bezeichnen pflegen[2]). Ich möchte hierbei — in der nötigen Modifikation — auch, wie schon bemerkt[3]), den Gedanken an die Doppelurkunde nicht fallen lassen, den ich — insofern inkorrekt, als ich noch nach früher allgemein geteilter Keller'scher Auffassung in der Formel „Wille und Befehl des Prätors" verwirklicht sah — bei anderer Gelegenheit geäußert habe[4]). Wenn aus dem Formelentwurf durch die notwendige Ergänzung des Judexnamens, durch die häufig stattfindenden Erweiterungen (Exzeptionen, Präskriptionen, Repliken etc.), oder durch Berichtigungen, ohne deren Hinnahme der Prätor denegiert hätte, der endgiltige Formeltext geworden ist, und wenn dieser Text im Protokoll niedergelegt ist, so genügt doch diese eine schriftliche Redaktion des Formeltextes nicht für den Parteiakt der Litiskontestation. Zu dieser brauchen die Parteien vielmehr ein besonderes Exemplar. Man darf annehmen, daß dieses aus dem Entwurfsexemplar, das der Kläger ja regelmäßig von Anfang an bei der Hand und schon zur außergerichtlichen Edition bereit gehalten hatte, gewonnen werden konnte. Auf einer Wachstafel konnte die scriptura interior ja beliebig bis zur Versiegelung geändert werden. Die weitere Technik der Herstellung einer Doppelurkunde braucht hier nicht besprochen zu werden[5]). Dann wären die Zeugen der

---

[1]) Denn mit dem Dare-Dekret ist die Formelgestaltung der Einflußnahme der Parteien endgiltig entrückt.

[2]) Auf die tabelliones (Urkundenschreiber) verweist in anderem Zusammenhange Wlassak, P. F. 47[19]. Für Abschriftnahmen aus offiziellen Akten ist es lehrreich, sich der Ausführungen von Kubitschek zu den Militärdiplomen, Jahresh. öst. arch. Inst. 17, 148 ff. 193, zu erinnern. Natürlich könnte das dort für die Ausfertigung von Metalldiptychen Gesagte nur mit aller Reserve und allen mutatis mutandis für analoge Vorstellungen übers Formelrecht verwertet werden.

[3]) Oben S. 26 N. 5.

[4]) Realenz. Art. Signum 2427 ff.; Sav. Z. 42, 634.

[5]) Für die Doppelurkunde aus Wachstafeln s. Signum (vorige Anm.) 2419 ff.

Doppelurkunde nun natürlich zugleich die Litiskontestationszeugen[1]).

Indeß ist es immer Sache einer mehr oder weniger erfinderischen Phantasie, wenn wir uns von den Vorgängen im einzelnen eine Vorstellung machen wollen. Nur auf irriger juristischer Grundlage dürfen diese Vorstellungen nicht aufgebaut sein, und darum mußte hier insofern eine Korrektur früherer Erwägungen vorgenommen werden, als wir jetzt die Formel als Ausdruck des Parteiwillens erkennen, eines Parteiwillens allerdings, der die prätorische Genehmigung erlangt hat. Es sei nochmals wiederholt: wie keine Formel den Parteien vom Prätor aufgedrängt werden kann und wie, wenn die Parteien nicht wollen, kein Judizium zustande kommt[2]), so ist es ebenso sicher, daß die Parteien kein

---

[1]) Ich halte diese Anschauung auch verträglich mit Wlassaks Ausführungen, vgl. J. B. 244[5].

[2]) Wlassak, P. F. 104 f., betont gerade diese Seite ganz besonders gegen die Lehre von der Formelerteilung durch den Prätor, der „weder den Prozeß, noch die Formel, noch die im Text dieser Urkunde angedeutete Rechtsordnung in seiner Gewalt“ hatte (a. a. O. 140). Weder das Dare-Dekret noch das iussum iudicandi verändere die Natur der Formel als eines „kontestierten Prozeßplans“, der „für den Beamten ebenso unberührbar ist wie für den Judex“ (S. 141). Auch wer wie ich all das zugibt — und ich halte es für unbestreitbar — kann anderseits darauf verweisen, daß niemals die Parteien ein iudicium, nicht bloß kein imperiale, sondern auch kein legitimum, zustande bringen können, ohne prätorisches actionem dare, das ihrer Litiskontestation vorangeht, und daß kein Judex urteilen muß, ohne den Judikationsbefehl vom Prätor erhalten zu haben, ja daß selbst der dazu bereite Richter ohne die prätorische Mitwirkung ein gewöhnlicher Schiedsrichter bleibt, dessen Spruch erst durch Parteienvereinbarung Wirksamkeit verschafft werden muß (Zivilpr. 330 f.). Wir können auch noch bei der Sentenz der Judex die eigenartige Doppelnatur des Judiziums erkennen. Sie ist kein Amtsdekret und daher der Interzession nicht ausgesetzt. So sicher richtig begründet von Wlassak, J. B. 220[87]. Aber das Urteil des Spruchrichters im Formelverfahren ist nichtsdestoweniger mit überprivatrechtlichen Wirkungen ausgestattet, die ihm keine Parteienübereinkunft je verleihen könnte. Man mag es darum immerhin nur als einen „staatlich gesteigerten Schiedsspruch“ bezeichnen und den vorbehaltlosen Ausdruck „staatliches Urteil“ lieber vermeiden. Vgl. Wlassak, J. B. 221; P. F. 141[31]. Staatlich ist das Urteil des Beamtenrichters; das des Judex privatus ist ein Prozeßinstitut sui generis, dem man darum auch am besten einen besonderen Namen geben sollte. Vgl. auch Steinwenter, Realenz. Art. Judex 2465. Wlassak, J. B. 51.

Judizium zustande bringen können, wenn der Prätor nicht will. Gewiß erhält der erwählte Judex seine Potestas in der Litiskontestation von den Parteien, aber praktisch zeigt sich diese Potestas erst, wenn ihre Ausübung nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht ist: eine Potestas, die jemand nicht ausübt, ist und bleibt theoretisch. Sehr gut kann wiederum[1]) der private Schiedsvertrag verglichen werden, aber so richtig es ist, daß der Schiedsrichter schon durch das compromissum bestellt wird, so ist das compromissum ohne receptum ein Messer ohne Klinge.

Vergleichen wir endlich zusammenfassend die für die Herstellung der einzelnen Formel maßgebende Tätigkeit einerseits des Klägers, der den Formelentwurf unter entscheidender Beihilfe seines Juristen beigebracht hat, anderseits des Prätors, der seine Genehmigung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft und damit an dem Formelentwurf durch drohende Denegation bei Nichtbeachtung seiner Wünsche gebessert und geändert hat — natürlich auch er nicht allein, sondern mit Hilfe seines Konsiliarjuristen —, so wird es schon darum nicht leicht werden, ein allgemeines Werturteil über das Verhältnis der einen und der anderen Arbeit zu fällen, weil ja der Anteil, den die Partei nimmt, durchaus nicht immer im selben Verhältnis zum prätorischen Anteil steht. Für eine Höherwertung der Privatarbeit der Advokaten im Dienste ihrer Parteien mag die zweifellos größere Weite des ihnen zukommenden Betätigungsfeldes sprechen. Sie pflegten überall auch da konsultiert zu werden, wo der Fall verzweifelt lag und im Laufe der Besprechung mit dem Anwalte vom Kläger fallen gelassen wurde. Material aber boten auch solche Fälle und die eigene Rechtskenntnis und Rechtskunst der Juristen mochte — wie nicht anders heute — gerade auch an solchen Fällen, die gar nie dem Prätor zu Gesicht kamen, geschärft worden sein. Aber anderseits das objektive und unparteiliche Wägen und Überlegen, das Prüfen des pro und contra gegenüber dem Formelentwurf und den Intentionen des Klägers, gegenüber den Einwendungen und Exzeptionen des Beklagten, gab wiederum den Konsiliarjuristen des Magistrats und diesem selbst — vorausgesetzt, daß er nicht ein gar schlechter oder überhaupt

---

[1]) Wlassak, P. F. 146[43].

kein Jurist war[1]) — das Übergewicht, das auch heute das Gericht in der Beurteilung des Falles gegenüber dem pflichtgemäß parteilich eingestellten Anwalt hat. Aber sei dem, wie ihm wolle, daß wir die Tätigkeit der Juristen jetzt nicht bloß als Consiliarii von Magistrat und Richter[2]), nicht bloß als Helfer bei Rechtsgeschäften und vor Gericht als Gutachter, Schriftsteller und Lehrer, sondern auch als Formelentwerfer und -Verfasser kennen und mit ihrer Arbeit an der einzelnen Prozeßformel ihren für die Nachwelt so viel wichtigeren damit indirekt geübten Einfluß auf die stete Verjüngung des prätorischen Albums schätzen gelernt haben[3]), diese neue oder doch in diesem Ausmaße neue Wertung juristischer Römerkunst verdanken wir jedenfalls Wlassaks neuem Werke; und wenngleich neue Erkenntnisse gerade auf dem Gebiete der römischen Zivilprozeßwissenschaft sich nicht allzu rasch durchzusetzen pflegen[4]), so dürfte gerade dieses Ergebnis auf weniger Widerstand stoßen[5]).

---

[1]) Cic. pro Planc. 25, 62 übertreibt vielleicht etwas den herkömmlichen Mangel an rechtskundigen Magistraten, und ich weiß nicht, ob man dies Urteil so verallgemeinern soll, wie Wlassak, P. F. 19, zu tun geneigt ist, milder S. 22 f. Sicher aber darf man die Rechtskenntnis römischer Laien im Durchschnitt ungleich höher einwerten als die heutiger Laien, sei es, daß diese der Jurisprudenz gewollt und bewußt entraten zu können, sei es daß sie, was Recht ist und sein soll, besser als die Juristen zu verstehen glauben. Zum Verständnis der Römer für Recht und Rechtspflege vgl. E. I. Bekker, Sav. Z. 33, 35; Düll, Denegationsrecht (Münchn. Diss. 1915) (mehr unten) 46[67]. Lévy-Bruhl, Prudent 11. 18 unterschätzt m. E. den Juristen im römischen Prätor, wenn er in ihm nur den Verwaltungsbeamten sieht, dem es an technisch juristischen Kenntnissen fehlte (le Préteur était loin de posséder, sauf exception, les connaissances techniques nécessaires). Vgl. für Rechtskenntnis der Magistrate Wenger, Von der Staatskunst der Römer (Münchner Rektoratsrede 1925) 14 und zustimmend Ed. Fränkel, Die Stelle des Römertums in der humanistischen Bildung (1926) 41.

[2]) Zivilpr. 29 f. und die dort Anm. 9 zit. weiteren Stellen. Vgl. hier unten VI.

[3]) Wlassak, P. F. 25. 99.

[4]) Vgl. P. F. 8 und 8[6].

[5]) Vgl. die bisherigen zustimmenden Äußerungen von Kübler und Steinwenter, oben S. 5 N. 1 (aus S. 4) sowie die im Endergebnis allerdings zu weit führenden Anschauungen von Lévy-Bruhl, dazu noch öfter, bes. unten VI.

II. Dare und denegare actionem.

In den bisherigen Ausführungen ist das dare actionem und sein Negativum, das denegare, schon wiederholt begegnet, aber es wird noch eine mehr als bloß gelegentliche Stellungnahme zu diesem Staatsakt notwendig, schon weil ich von früher geäußerten Anschauungen[1]) infolge Wlassaks Prozeßformel nicht unerheblich abzurücken genötigt bin, anderseits aber doch auch jetzt nicht ohne jeden Vorbehalt Wlassak beizutreten vermag. Ich habe nämlich seinerzeit dem dare eine doppelte Bedeutung zugeschrieben und bin dabei, wie Wlassak mit Recht tadelt, unter dem Bann jener Vorstellungen gestanden, die dem Prätor die Formelherstellung zugeschrieben haben. Dann natürlich mußte es nahe liegen, eine formelle Handlung anzunehmen, in der der Prätor die konkrete körperliche Streiturkunde dem Kläger, bzw. den Parteien, behufs Vollzugs der Litiskontestation aushändigte. Diese Annahme einer sinnlichen Bedeutung des dare actionem als eines in die Augen fallenden formellen Darreichens der Urkunde durch den Prätor an den Kläger[2]) muß fallen gelassen werden. Sie war, der oben genannten Gedankenfolge entsprechend, aus der — richtigen — Vorstellung von edere actionem im engsten Sinne, d. h. im Sinne einer körperlichen Hingabe der Streiturkunde vom Kläger an den Beklagten erwachsen[3]). Seit wir aber wissen, daß die Schriftformel nicht ein Werk des Prätors, sondern des Klägers, bzw. beider Parteien ist, hat auch die Frage nach der faktischen Niederschrift der Formel und der eventuellen Mitwirkung der prätorischen Kanzlei an Bedeutung eingebüßt[4]). Nur wenn die Formel ein prätorisches Erzeugnis wäre, wäre ihre Herstellung und auch die Herausgabe der fertigen Urkunde an die Partei ein Amtsakt. Ist aber das Prozeßmittel des äbutischen Verfahrens Parteienwerk und steht so die Schriftformel auf gleicher Stufe wie die alte legis actio, so ist die Frage nach ihrer faktischen physischen Herstellung kaum juristisch bedeutsamer als

---

[1]) Actio iudicati (1901) 127 ff. (A. i.); vgl. auch Zivilpr. 129 ff.

[2]) So schon Bethmann-Hollweg, Zivilproz. 2, 482[16].

[3]) Vgl. A. i. 128 f., 148 f. Zivilpr. 131.

[4]) Vgl. die Vermutungen Wlassaks über tatsächliche Beihilfe der prätorischen Kanzlei bei Herstellung der Formelniederschrift, bzw. -Niederschriften (oben S. 28 N. 3) P. F. 124. 143. 162.

etwa die Frage, wie lange eine Partei brauchte, um eine Spruchformel auswendig zu lernen, oder welches Einsagers sie sich etwa versicherte, um nicht beim Spruch stecken zu bleiben oder sich zu versprechen. Mit anderen Worten die Frage nach der Formelherstellung ist in Hinkunft nicht mehr so sehr eine rechtsgeschichtliche, als eine rein antiquarische Frage.

Was bedeutet dann aber das wiederholt genug in den Quellen als juristisch hochbedeutsamer, ja für die Frage, ob die Parteien überhaupt einen solchen Streit kontestieren können, entscheidender Staatsakt bezeugte dare actionem? Daß sprachlich dare nicht auf körperliches Hingeben beschränkt sein muß, bedarf keines Wortes. Wir brauchen uns dabei gar nicht auf eine Position zurückzuziehen, die im edere actionem eine Mitteilung des „Anspruchs“ sieht; auch wer, wie Wlassak, einer derartigen Anschauung wenig freundlich gegenübersteht, braucht im actionem dare durchaus nicht ein notwendig konkretes „Geben“ zu sehen, sondern ein abstraktes „Geben“, ein „Verleihen, Gestatten, Macht Einräumen“. Wlassak[1]) verweist auf den Thes. L. L., wo p. 1678 s. v. dare erklärt wird als „permittere, concedere alicui aliquid, potestatem alicui facere alicuius rei“. Das wird sehr richtig damit verdeutscht, „daß keineswegs überall der, qui dat durch sein Handeln allein den Empfangenden ans Ziel bringt, daß vielmehr dieser oft noch eigene Tätigkeit aufwenden muß, um das zu erreichen, wozu ihm jenes dare nur den Weg geöffnet hat“. Und wer bei der Herstellung des staatlich autorisierten Judiziums die Mitwirkung des Prätors, das prätorische Vollwort[2]), stärker zu betonen geneigt ist, wird nach dem jetzigen Stande der Dinge nicht mehr behaupten dürfen, daß dare in dem Sinne aufzufassen sei, als ob der Prätor das Judizium von sich aus zustande bringe. Daß in diesem dare aber eine Mitwirkung gelegen ist und daß dieses Mittun des Prätors eine condicio sine qua non für das Zustandekommen des Judiziums, eine gesetzliche Voraussetzung desselben ist, steht ebenso fest. Ich möchte nun schon Gesagtes nicht wiederholen und nicht noch einmal ausführen, daß es schließlich mehr oder weniger eine Darstellungsfrage sein kann, ob man die von den Parteien ausgehende Schiedsgerichtsbegründung oder

[1]) P. F. 163.
[2]) Vgl. P. F. 162. 169.

die vom Prätor ausgehende Erhebung dieses privaten Schiedsgerichts zu einem staatlich autorisierten als das wichtigere Moment bezeichnen will.

Kehren wir vielmehr zum „dare“ zurück. Daß es ein körperliches „Geben“ bedeuten kann, ist gewiß. Daß es dort, wo es im vergeistigten Sinne ein „Zulassen“ bedeutet, nicht schlechthin eindeutig ist, ist ebenfalls sicher. Daß es sowohl ein Geben in dem Vollsinne bedeuten kann, daß der Gebende allein das Gegebene verschafft, aber auch in dem anderen oben genannten Sinne eines bloßen Ermöglichens, eines die Rechtslage[1]) Schaffens, in der ein anderer etwas herstellen kann, eines diesen dazu Ermächtigens, auch das lehrt die Philologie[2]). Die Entscheidung darüber, in welchem Sinne es im einzelnen Falle genommen und verstanden werden muß, kann bei solch indifferentem Sprachwert nur aus sachlichen Indizien erschlossen werden. Daß so beim verschiedenen Wesen des öffentlichen und des Privatprozesses das dare einen verschiedenen Sinn hat, leuchtet ein[3]): kräftiger, ursprünglicher ist die Bedeutung dort, wo der Magistrat der wirkliche Herr des Prozesses ist, wo er, sei es selbst, sei es durch

---

[1]) Daß die Rechtslage des Klägers in dem Sinne, daß er zum Prozesse auf Grund dieses Formeltextes — selbstverständlich unter der Voraussetzung des beklagtischen accipere iudicium — kommen kann, jetzt nach dem dare actionem eine andere, bessere, ist als vorher, bedarf keiner Ausführung. Im römischen Prozeß wechseln die Rechtslagen ab, nach der Litiskontestation ist sie wieder anders, wieder anders nach dem Urteil. Ob es demgegenüber für die Erkenntnis des römischen Zivilprozesses förderlich wäre, mit dem durch heutiges spekulatives Denken gewonnenen Begriffe der Rechtslage mit wechselnden Aussichten und Möglichkeiten zu operieren ist mir an sich sehr zweifelhaft. Manche in ihrer Allgemeinheit dabei zunächst unanfechtbar klingende Formulierungen zeigen bei näherem Zusehen die Gefahr der Erweckung ungeschichtlicher Vorstellungen. So wenn Goldschmidt, a. a. O. 56, schreibt: „Die actio, als Befugnis zum Betriebe (zur Erwirkung der Verurteilung eines anderen (zur Durchsetzung des condemnari oportere) ist ein — von der prätorischen Zulassung abhängiges — Gestaltungsrecht und zwar ein Recht zum Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen“. Privatrecht und Prozeß lassen sich in der römischen Actio eben nicht scheiden, was freilich Goldschmidt S. 32 N. 179; S. 77 N. 448 nicht gelten lassen will.

[2]) Vgl. auch die Ausführungen Küblers, Philol. Woch. 1926, 450 f., der Wlassaks scharfe Unterscheidung zwischen „bewilligen“ und „bestellen“ ablehnt. Meine Auffassung im folgenden Text.

[3]) P. F. 164 f.[26]. 182.

einen Unterrichter urteilen kann: Strafprozeß und Provinzialverfahren haben hiefür Beispiele geliefert; schwächlicher, farbloser ist die Bedeutung dort, wo der Magistrat nur das Schiedsgericht der Parteien zuzulassen hat und dadurch freilich auf eine höhere Stufe zu stellen vermag.

Für die äußere Form, in der das privatprozeßrechtliche Dare-Dekret erschien, beansprucht Wlassak gewiß zutreffend die mündliche formelle Erklärung pro tribunali und die damit natürlich gegebene Protokollierung im Amtstagebuch[1]).

Soweit dürften sich die Anschauungen zusammenfinden oder doch, wo Vorstellungen auseinandergehen, diese Verschiedenheiten mehr oder weniger gleichgiltige Äußerlichkeiten und nicht juristisch Wesenhaftes betreffen. Nicht so sicher scheint mir noch eine volle Einigung über den Inhalt des Dare-Dekretes erzielt zu sein, wenngleich ich nochmals ausdrücklich zugeben möchte, daß manchmal die gerade hier bestehende Schwierigkeit der Formulierung unserer Vorstellungen mehr als nötig Anlaß zu Differenzen gegeben haben mag.

Gehen wir von gemeinsamen Anschauungen aus. Wir dürfen uns übereinstimmend zunächst den Gang der Verhandlung in iure doch wohl bei einem werdenden Prozesse[2]) so vorstellen, daß auf die jetzt neuerlich erfolgende Edition[3]) des Formelentwurfs durch den Kläger und die darauf häufig folgenden Verhandlungen der Parteien über Einschaltung von Exzeptionen u. a. hin so oft der Magistrat selbst in die Sache eingreift, als er durch in Aussicht gestelltes dare oder denegare die Parteien im einen oder anderen Sinne zu dirigieren beabsichtigt[4]). So oft er z. B. den Beklagten

---

[1]) P. F. 169. 169[38]. 184. Dasselbe ist auch für die Denegatio zu sagen. Vgl. unten S. 41 f. N. 2.

[2]) Über den Fall, wenn nicht Prozeß, sondern Vollstreckung Ziel des klägerischen Vorgehens war (actio iudicati) und die dann gegebenen Eigentümlichkeiten s. unten IV.

[3]) Wenn die außergerichtliche Edition stattgefunden hatte, also die Regel befolgt worden war; jedenfalls war diese Edition in iure ein Essentiale des ganzen Vorverfahrens.

[4]) Ich brauche nun wohl nicht mehr ein Mißverständnis dieses ja auch unzulänglichen Ausdrucks zu befürchten. Es soll natürlich nicht eine direkte Beeinflussung in dem Sinne behauptet sein, daß der Prätor den Parteien oder einer von ihnen eine Formel aufdränge, sondern es soll nur der m. E.

durch Verweigerung einer von diesem begehrten Exceptio zum Aufgeben eines dann erfolglosen Widerstandes, den Kläger durch die Erklärung, er werde eine Formel nur zulassen, wenn sich dieser mit Einfügung eines Exceptio einverstanden erkläre, zum Verzicht auf den Prozeßweg veranlaßt, — ebenso oft bringt eben eine formlose Erklärung des Magistrats die eine oder andere Partei zur Besinnung und hält sie von der Litiskontestation durch — eventuell gegenseitiges — Nachgeben ab[1]). In derartigen, häufig genug begegnenden Lagen übt der Magistrat eine Tätigkeit aus, die derjenigen ähnlich ist, wie sie jetzt unser Güteverfahren des neuen deutschen Zivilprozeßrechts[2]) vorschreibt, und wozu wir für die antike Prozeßrechtsgeschichte bekannte Parallelen haben.

In dem einen Punkte treffen ferner Anschauungen, wie ich sie seinerzeit[3]) geäußert habe, mit den neuesten Ausführungen Wlassaks[4]) überein, daß einmal dieses formlose Hin und Her ein Ende nehmen und der Magistrat seine endgiltige Stellungnahme zu dem Vorbringen von Kläger und Beklagtem nehmen muß. Darüber also, was alles diesem endgiltigen Dare- oder Denegare-Dekret vorangehen konnte, dürfte sich eine ziemlich einheitliche Vorstellung erzielen lassen.

Dagegen kann ich an einigen Einzelfragen nicht vorübergehen, wo die Meinungen noch nicht zusammenstimmen[5]). Wie stand es dann, wenn der Kläger von der bewilligten Formel nicht Gebrauch machen wollte? Wir müssen da zunächst unterscheidend weiter fragen, wie weit das Verfahren in iure schon gediehen war. Hatte der Kläger einen Formelentwurf ediert, in

zweifellosen Tatsache Ausdruck verliehen sein, daß der Prätor, der das dare oder denegare in der Verhandlung in iure in Aussicht stellt, damit die Parteien in ihren Entschließungen beträchtlich und oft entscheidend tatsächlich beeinflussen wird. Vgl. jetzt Steinwenter, Sav. Z. 46, 377, der unter Hinweis auf P. F. 143 mit Recht bemerkt, daß eine solche Auffassung „im Grunde auch der Anschauung Wlassaks entspricht".

[1]) Vgl. auch Wlassak, P. F. 198 f. und über Zwischenbescheide 111 ff. 185.

[2]) ZPO. (in der Bekanntmachung vom 13. Mai, Geltung ab 1. Juni 1924) §§ 349. 495 a. 499 a—g. 500. 500 a.

[3]) A. i., etwa 142 und sonst.

[4]) P. F. etwa 188.

[5]) Es sind die von Wlassak, P. F. 188 f.[84] angeregten Fragen, die noch etwas weiter gesponnen werden können. Vgl. auch schon Lenel, Sav. Z. 24, 340 f.

dem eine Exceptio fehlte, und hatte der Prätor erklärt, eine solche Exceptio werde er dem Antrag des Beklagten entsprechend bewilligen, so blieb dem Kläger — wollte er überhaupt zu einem Prozeß kommen — nichts übrig, als sich zum Einverständnis mit der Exzeptionsformel zu bequemen und diese zu postulieren. Postulierte er trotzdem hartnäckig fort die exzeptionslose Formel, so denegierte der Prätor eben eine solche[1]). Erklärte aber etwa ein wankelmütiger Kläger, auf dessen Antrag hin eine bestimmte Formel vom Prätor schon bewilligt worden war, nach diesem Dare-Dekret nun doch sich zur Litiskontestation nicht entschließen zu können, so fehlte es für den Prätor an einem Anlaß zu neuerlichem Dekret. Ja, es fragt sich, ob er in einem solchen Falle denn überhaupt noch etwas erklärte. Der grundsätzliche Parteienbetrieb bringt es doch mit sich, daß nur auf Postulation hin dekretiert wird. Was hätte der Kläger aber da postulieren sollen[2])? Möglich und nicht unwahrscheinlich, daß der Prätor deklaratorisch feststellte, daß der Fall einstweilen erledigt sei, daß die Verhandlung darüber geschlossen sei[3]). Aber irgendwelche über die rein technisch-prozessuale hinausreichende juristische Bedeutung konnte eine solche Erklärung doch nicht haben.

Wenn weiterhin bemerkt worden ist[4]), daß der Verklagte vor der Litiskontestation ja gar keinen Rechtsschutzanspruch hatte und daß ihm auch durch Denegation Rechtsschutz gar nicht zuteil würde, weil jener Ausspruch des Prätors der Rechtskraft entbehre, so gehen eben die Vorstellungen über den Begriff eines

---

[1]) Das ist doch wohl die Meinung von Lenel, Sav. Z. 24, 340 f. Irgend eine Postulation des Klägers mußte ja vernünftigerweise überhaupt vorliegen. Sie war die sinngemäße Ergänzung der ersten Edition in iure, die sich ja, entsprechend der Doppelnatur des Judiziums, zwar an den Beklagten wendete, aber zugleich ein entsprechendes Dare-Dekret vom Magistrat erzielen sollte.

[2]) Eher könnte man noch daran denken, daß der Beklagte in solchen Fällen „Einstellung" begehrte, wenn solches Begehren nicht wieder eben mit dem Parteienbetriebe schlecht in Einklang zu bringen wäre.

[3]) Wlassak, a. a. O. Aus dem Gesagten scheint doch zu folgen, daß zwischen Lenels und Wlassaks Auffassung kein unüberbrückbarer Gegensatz besteht. Es handelt sich anscheinend vielmehr um verschiedene Voraussetzungen, unter denen man ein verschiedenes magistratisches Verhalten erschließen durfte.

[4]) Wlassak, P. F. 189[84].

Rechtsschutzanspruches auseinander. Hier muß darum eine etwas eingehendere Erörterung eingeschaltet werden. Wlassak[1]) lehnt die Verpflanzung dieses Begriffes als eines modernen und hier gar nicht allgemein anerkannten Begriffes[2]) in die römische Prozeßrechtswissenschaft ab; erwartet jedenfalls von ihr keine Förderung unserer Erkenntnis. Wlassak hat auch schon auf Widerstände hingewiesen, die sich in der modernen prozeß- und staatsrechtlichen, sowie sonstigen zur Frage Stellung nehmenden Literatur gegen die Lehre vom Rechtsschutzanspruch geltend gemacht haben[3]). Indeß es braucht hier nicht auf die moderne Rechtslehre, in der das besagte Problem, immer noch stark umstritten, eine große Rolle spielt[4]), eingegangen zu werden; ja es

---

[1]) P. F. 193—197.

[2]) Vgl. die beiden folgenden Anmerkungen.

[3]) Neuestens ist R. Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht (1925) 16 ff. als Gegner dieser Lehre auf den Plan getreten.

[4]) Vgl. W. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts (1919), 542 ff. Weitere Literaturhinweise in meinem Zivilproz. 10 ff. James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 56 N. 337; 77 N. 448; 139 N. 774; 150 N. 823 und 826; 260 ff. Goldschmidt's Unterscheidung zwischen einer „staatlichen Justizgewährungspflicht in abstracto" und der „konkreten (materiellen) staatlichen Rechtsschutzpflicht" (N. 774), der die actio als „(konkretes) materielljustizrechtliches Klagrecht" entspricht (N. 448), kann m. E. unsere römischrechtliche Erklärungsaufgabe wenig fördern. Gewiß führt die Vorstellung vom Rechtsschutzanspruch in der römischen Aktionenlehre nur dann zu einem auch den Namen „Rechtsschutzanspruch" rechtfertigenden Ende, wenn einem materiellen subjektiven Recht durch Dare-Dekret die prozessuale Durchsetzung ermöglicht und durch ein kondemnierendes Urteil, eventuell durch Exekution diese Rechtsschutzgewährung gekrönt wird. Erst in iure (Dare-Dekret) und im kondemnatorischen Urteil wird entschieden, daß der Rechtsschutzanspruch bestanden hat. Denegation und Absolution lehnen ihn ab. Aber die positive oder negative Entscheidung hängt eben erst von der Untersuchung in iure und durch den Judex ab. Wer sich dem so gegebenen Dilemma entziehen wollte, müßte einen allwissenden Prätor voraussetzen. Wer ein subjektives Recht und demgemäß — da der Staat (auch der römische schon) Selbsthilfe verbietet und den Rechtsgang vorschreibt — einen Rechtsschutzanspruch hat, will normalerweise nicht bloß Sachentscheidung schlechthin, sondern eine ihm günstige Entscheidung. Sie setzt voraus dare actionem. Nur wenn der Prätor für den Fall des Vorliegens der in iure untersuchungsfähigen und untersuchten Voraussetzungen für eine Litiskontestation mit dieser Formel actionem dat, d. h. den Prozeßvertrag gestattet, kann der Kläger zu einem ihm günstigen Urteil gelangen. Dene-

darf ein solches Eingehen um so eher unterlassen sein, als das klassische römische Prozeßrecht auf so ganz anderer Basis aufgebaut ist, als das heutige Prozeßrecht, daß Parallelen nur mit großer Vorsicht gezogen werden könnten. Denn das heutige Prozeßrecht, wie übrigens auch schon die römische Beamtenkognition[1]), gehört dem öffentlichen Rechtsgebiete an, während der ordo iudiciorum einen zwiespältigen, so recht privates und öffentliches Recht verbindenden Charakter trägt. Gerade für die Erkenntnis dieses nach zwei Seiten hin verschieden schillernden ordo iudiciorum scheint mir aber, mag man auch die ganze moderne Problematik beiseite lassen, die Rechtsschutzanspruchslehre nicht wertlos. Alles, was der Kläger gegen den Beklagten vorzubringen hat, was in der Intentio und Demonstratio, sowie der eventuellen Replicatio, was endlich im „condemnato" der Formel zusammengefaßt ist; aber auch alles, was in der Exceptio, in Praescriptiones pro reo und Duplicationes, endlich im „absolvito" der Formel enthalten ist — all das unterbreiten die Parteien dem von ihnen bestellten Judex. Soweit ist alles privatrechtlicher

---

gatio actionis ist Verweigerung der Sachentscheidung, weil schon der Prätor erkennt, daß die Voraussetzungen für eine vom Actor gewünschte günstige Sachentscheidung nicht vorhanden sind, und weil eine Sachentscheidung ohne Dare-Dekret ausgeschlossen ist. Sachentscheidung ist nur durch den Judex möglich. Denegare actionem bedeutet von vornherein auch denegare iudicem (nicht umgekehrt auch dare actionem nach unserer Meinung schon dare iudicem, s. u. III) Ist auf Dare-Dekret und Litiskontestation hin aber der Judex zu einem Freispruch gekommen, so zeigt das — Richtigkeit des Urteils vorausgesetzt — daß der Rechtsschutzanspruch nicht bestanden hat, weil kein subjektives Recht da war. Der Prätor hat sich dann entweder durch den falschen Anschein irreführen lassen, statt zu denegieren oder — häufiger — er hat die Untersuchungen, die er etwa hätte selbst führen können, dem Judex überlassen. Vgl. dazu die Wlassak'sche Lehre von der Entstehung der Exceptio und ihrem Verhältnis zur Denegatio. Lit. Zivilpr. 118[8]. Ich habe den Eindruck, daß gerade für das römische Prozeßrecht die Rechtsschutzanspruchslehre fruchtbar gemacht werden kann. Auf die schon durch den Mangel einer anerkannten Terminologie erschwerte Behandlung in der modernen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie kann hier, wie oben gesagt, nicht eingegangen werden. So auch nicht auf die Rechtsprätention in dem philosophisch und historisch so gelehrten Werke von Gerhart Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung I (1925) 90ff. 94.

[1]) Zivilpr. 26 u. ö.

Natur, was geschieht. Und kein öffentliches Recht und kein Staatsorgan als dessen Träger ist bisher sichtbar geworden. Die Linie bliebe gerade und ungebrochen, wenn die Parteien auf das Mitwirken eines Staatsorganes verzichteten: aber sie leisten solchen Verzicht nicht, und können ihn nicht leisten, wenn anders sie mehr als ein unverbindliches Schiedsverfahren und einen bloßen privaten Schiedsspruch erreichen wollen. Nur um den Preis der Bitte[1]) um das dare actionem „läßt der Magistrat die actio zu, actionem dat". Das, was dieser mit dem actionem dare gewährt, was er weiter mit der Zulassung eines exceptio gewährt, ist juristisch wohl erfaßbar. Es ist, wenn wir der Einfachheit halber nur die klägerische Position betrachten wollen, das Plus, das ein Kläger, dem die actio gewährt ist, vor demjenigen voraus hat, dem keine actio gewährt ist, sei es, weil er sich um ein Dare-Dekret überhaupt nicht bemüht hat, sei es, weil es ihm verweigert (die actio denegiert) worden ist. Die nach dem Dare-Dekret dem Kläger gegebene, sonst ganz unerreichbare Möglichkeit infolge dieses Staatsaktes zu einem Judizium kommen zu können, ist eine Folge der Rechtsschutzgewährung. In Quellen und Literatur freilich ist von der nach erreichtem dare actionem gehobenen Position des Klägers wenig die Rede[2]). Das erklärt

---

[1]) Für die Beklagtenseite läßt sich nicht die durchaus parallele Behauptung durchführen. Soweit der Beklagte eine exceptio anstrebt und deren Einschaltung in die Formel vom Prätor erbittet, trifft die Parallele zu. Aber dem Beklagten kann der Rechtsschutz sogar auch von amtswegen gewährt werden. Vgl. unten V.

[2]) Ganz anders steht es mit dem Gegenstück des Dare-Dekrets mit dem denegare actionem. Da die Denegation jedenfalls augenblicklich und ohne Rücksicht auf die Frage ihrer Rechtskraft — gegen eine solche Wlassak, zuletzt P. F. 189[84]; Goldschmidt, a. a. O. 59 ff.; früheres Schrifttum bei Wenger, Zivilpr. 99 f.[21]; Lévy-Bruhl, Causae Cognitio (s. u.) p. 425 meint sogar, daß „tout le monde" die Rechtskraft leugne — den Fall rasch abtut, so hat man sich mit ihr von jeher viel mehr beschäftigt. Ich nenne nur R. Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Civilprozeß (1903) und Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft (1904). Ausführliche Literaturverzeichnisse in den Dissertationen von Reinhold Mewalt, Denegare actionem im römischen Formularprozeß (Greifswald 1912) VII ff. und von Rudolf Düll, Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion (Münchner Diss. Eichstätt 1915). Die äußere Form des Denegationsdekrets konnte keine andere sein als die des Dare-Dekrets: also mündliche formelle Erklärung

sich aber sehr leicht daraus, daß im Falle des glücklich erreichten Dare-Dekrets sich der Blick des Beobachters unwillkürlich gleich auf Litiskontestation und Urteil richtet. So kann der prozessuale Wert des Dare-Dekrets an sich leicht unterschätzt oder doch verdunkelt werden. Man braucht sich aber nur das Gegenteil des dare vor Augen halten, um solche Minderbewertung zu vermeiden. Wenn der Prätor eine Actio denegiert, die nicht bloß der Kläger ediert und deren Datio er erbeten hatte, sondern mit der auch der Beklagte zur Litiskontestation bereit wäre, so kann es nie zur Begründung eines Judiziums kommen: dies eben weil gerade der Prätor nicht will[1]). Ich vergesse keinen Augenblick, daß auch der Beklagte die Begründung des Judiziums vereiteln kann. Aber auch die stärkste Hervorkehrung der Vertragsnatur des Judiziums darf uns zu keiner geringeren Einschätzung jenes Zulassens oder Gewährens verleiten, das die Quellen als „dare" der actio zu bezeichnen pflegen. Wenn das dare actionem den Kern jenes prätorischen Verhaltens bildet, für das wir den Ausdruck „Gewähren des Rechtsschutzes" nicht für unangebracht halten möchten, so erschöpft sich doch der Rechtsschutz nicht im Dare-Dekret. Alle Mitwirkung des Magistrats, damit ein Judizium zustandekomme, alle vermutete[2]) technische Beihilfe bei der Formel-

---

pro tribunali und damit verbunden natürlich Protokollierung (s. oben S. 36). Die gegenteilige Auffassung von Mewaldt 78, wonach die Datio formgebunden, die Denegatio formfrei gewesen sei, beruht auf der irrtümlichen Vorstellung von prätorischer Formelherstellung, mit der dann das Dare-Dekret verquickt wird. Für die Protokollierung wird dort richtig auf den Pap. Berl. Griech. Urk. I, 114 verwiesen (zu diesem s. u. III zu Ende). Im Wesentlichen richtig Düll 54 ff. In jüngster Zeit hat sich eingehend Henri Lévy-Bruhl mit der Denegation und ihrem positiven Gegenstück, dem Daredekret, befaßt: La Denegatio actionis sous la Procédure formulaire (Lille 1924) und La Causae Cognitio sous la Procédure formulaire in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 5 (1924), 383—431; Prudent et Préteur (oben S. 19 N. 4) 20 ff. Soweit diese Ausführungen die Stellung des Prätors betreffen, vgl. unten S. 55 ff.

[1]) Ein derartiger Fall braucht durchaus nicht ins Reich der Utopien verwiesen zu werden: es konnte vielmehr sehr wohl ein konservativ beratener Prätor dem Wunsche auch beider Parteien nach einer neuen, etwa fiktizischen oder in factum-Formel widerstehen. Vgl. die Ausführungen über Denegation am Schlusse dieses Abschnittes S. 53 ff.

[2]) Oben S. 28.

herstellung, dann aber vor allem der Judikationsbefehl, die Ausübung des prätorischen Aufsichtsrechts über das Verfahren vor dem Judex[1]) gehört ebenso zur Rechtsschutzgewährung. Und die ganze Tätigkeit des Judex selbst einschließlich der Urteilsfällung ist insoweit vom Gedanken der staatlichen Rechtsschutzgewährung beherrscht, als ohne den Judikationsbefehl eines Staatsorgans diese ganze Tätigkeit ja gar nicht erreicht werden könnte, wenn der Judex, den die Parteien bestellt haben, einfach keine Lust zu solcher Bemühung zeigte.

Nun aber steht noch die Beantwortung der Hauptfrage aus. Es wird vielleicht gegen das Gesagte nicht allzuviel Widerspruch erhoben werden, und es mag die zusammenfassende Bezeichnung sowohl des actionem dare als auch der Betätigung des Aufsichtsrechts des Magistrats und des Judizierens des Judex mit dem Ausdruck „Gewähren des Rechtsschutzes" als terminologischer Vorschlag wie jeder andere auch mehr oder weniger Zustimmung finden.

Wie steht es aber mit dem „Anspruch"[2]) auf dieses Gewähren? Dem Judex gegenüber werden die Parteien sich einfach auf den Judikationsbefehl des Prätors berufen[3]). So reduziert sich die Frage dahin: haben die Parteien dem Prätor gegenüber irgendeinen, nicht dem Privatrecht angehörigen, sondern als Ausfluß einen subjektiven öffentlichen Rechtes charakterisierbaren öffentlichrechtlichen Anspruch? Oder m. a. W.: haben sie einen Rechtsschutzanspruch?

Wenn wir den Vergleich mit der privatrechtlichen Anspruchslehre noch in einem Punkte vorweg verwerten dürfen, um die Situation zu klären, so betrifft dies die Frage der Realisierbarkeit des Anspruchs. Die Privatrechtslehre zeigt uns hier be-

---

[1]) Wlassak, J. B. 116 f. u. ö. vgl. 290. Daß der Gedanke der Beaufsichtigung auch gegenüber einem Arbiter begegnen kann — vgl. Dig. 4, 8, 32, 12 und dazu Wlassak, P. F. 117 f. — ist sehr bezeichnend gerade für die Stärke der Vorstellung von staatlichem, nicht bloß von parteilich vereinbartem Rechtsschutz. Bekanntlich entwickelt sich ja ohnedies das Schiedsverfahren im späteren Recht nach dem staatlichen Prozeßverfahren zu. Zivilpr. 330 f.

[2]) Vgl. den folgenden Text.

[3]) Über die Sanktionen des sich gegen den Richter wendenden Anspruchs s. den gleich folgenden Text.

kanntlich verschiedene Möglichkeiten: den direkten Erfüllungszwang, den indirekt wirkenden Schadensersatzzwang, ferner Buße und Strafe[1]) für Verletzung eines Privatrechts. Wir wissen ferner, daß man in der Regel einem Privatrechtsanspruch klageweise Geltung verschaffen kann, daß es aber auch „Naturalobligationen" mit verschiedenen Rechtswirkungen, jedoch unter Ausschluß der Klagewirkung, gibt. All diese Dinge gestalten sich, wie ich natürlich nicht verkenne, nicht bloß fürs römische und heutige Recht, sondern auch für die Entwickelungsphasen des römischen Rechtes, sowie jedes anderen Rechts selber wiederum verschieden. Aber nichtsdestoweniger verbleibt ein allgemein verwertbarer, auch über die Grenzen des Privatrechts hinaus brauchbarer Gedanke: das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu begehren, ist nicht schlechthin an die Voraussetzung gebunden, daß der Berechtigte vom Verpflichteten seine Verwirklichung durch ein Rechtsmittel erzwingen kann.

Wir brauchen uns dabei gar nicht auf das alte und immer wieder neue, jetzt bekanntlich besonders in der neuesten staatsrechtlichen Literatur wieder so viel erörterte, ja geradezu in den Mittelpunkt lebhaften Streites gerückte Problem der Zwangsnatur des Rechts einzulassen. Was bisher angedeutet, namentlich der Hinweis auf die Naturalobligation ist diesem Streite der Meinungen insofern entrückt, als Anhänger und Gegner der prinzipiellen Zwangsnatur es bei dieser Auseinandersetzung nicht ausschließlich auf den direkten Zwang abstellen, sondern auch dort eine Zwangswirkung anerkennen, wo wie bei der Naturalobligation zwar die direkte Klagbarkeit des Anspruchs nicht gegeben ist, aber die Rechtsordnung doch in anderer, wenn auch schwächerer Weise einen Schutz gewährt[2]). Denn wenn bei der Naturalobligation der Schuldner, der in Unkenntnis der Klaglosigkeit des gegen ihn erhobenen Anspruchs erfüllt hat, jetzt nicht mehr zurückfordern kann, so spürt er den vom Staate dem Gläubiger gewährten Schutz insofern, als ein ihm bei irrtümlicher Zahlung einer Nicht-

---

[1]) Vgl. zu diesen Eventualitäten neuestens Jung, Grundgedanken der bürgerlichen Rechtsordnung 1 f. in Mitteilungen der Gesellschaft „Deutscher Staat" e. V. (S.-A.).

[2]) „Die Behauptungsfähigkeit des Rechts kann verschiedene Intensitätsgrade durchlaufen." Husserl, Rechtskraft 170; 170[2].

schuld sonst zustehender Rechtsschutz für Rückforderung des irrtümlich Gezahlten hier versagt wird.

Wir werden also, wie immer man sich zu jener Streitfrage stellen mag, einen Rechtsschutzanspruch nicht deshalb ausschließen müssen, weil man den Beamten nicht geradezu auf Erlassung eines Dare-Dekrets, den Judex auf Urteilsfällung verklagen kann, sondern wir werden auch dann das Vorhandensein eines Rechtsschutzanspruches annehmen dürfen, wenn sich irgend ein Rechtsmittel zeigt, das gegen derartige Justizverweigerung irgendwie sei es auch nur indirekt durch Strafe reagiert oder sonst einen Weg angibt, den Widerwilligen durch drohende Folgen seiner Justizverweigerung zur Rechtsschutzgewährung zu veranlassen.

Die Frage nach einem möglichen, sei es auch nur indirekten Zwange gegen die zum Rechtsschutz berufenen Organe löst sich in die beiden Unterfragen auf: gibt es irgend welche Mittel solcher Art gegen den Judex und gibt es auch Mittel gegen den Magistrat?

Hatte sich ein von den Parteien in Aussicht genommener, vom Prätor zugelassener Judex, den die Parteien dann in der Litiskontestation zum Richter bestellten, etwa freiwillig die Judikation wie ein Kompromißrichter übernommen[1]), so würde er wie ein solcher schon ex recepto gebunden sein. Ihm drohte bei Nichtausübung des Amtes prätorischer Zwang: qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam, sagt der Prätor[2]). Sehen wir aber von einem solchen — jedenfalls nicht alltäglichen — Falle ab und unterstellen wir den Normalfall, daß der Judex aus der Liste genommen ist, so geht der Zwang gegen diesen auf den — ohne receptum, d. h. ohne Rücksicht auf eine richterliche Bereitwilligkeitserklärung erlassenen — prätorischen Judikationsbefehl zurück. Das onus iudicandi war Bürgerpflicht[3]). Diese traf jedenfalls alle aus den Listen gewählten und sohin bestellten Richter[4]) und konnte vom Prätor

[1]) Ein Fall, der gegeben wäre, wenn wir mit Wlassak, J. B. 26 f.[30], annehmen, daß der nicht in der Richterliste Stehende nicht gezwungen werden könnte, das Richteramt zu üben. Vgl. unten N. 4.

[2]) S. Lenel, E. P. 126. Wenger, Zivilpr. 330.

[3]) Munus civile. Vgl. Wlassak, J. B. 26 ff.

[4]) Es wird zutreffen, wenn Wlassak, a. a. O. 26 f.[30] für den Fall, als die Parteien einen nicht in der Liste enthaltenen Judex bestellten, als Voraussetzung des Judikationsbefehls Einwilligung des Ausersehenen annimmt.

durch die ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmittel durchgesetzt werden[1]). Die Zwangsmittel wirkten dabei gewiß nur indirekt. Ihre Anwendung oder meist schon Androhung mochte in aller Regel ausreichen, um dem Richter die Lust zum Ungehorsam zu vertreiben, wo etwa solche bestand. Freilich um ein Urteil eines Widerstrebenden positiv herbeizuführen, dazu hätte kein Imperium der Welt, auch das römische nicht gereicht. Darum wird man aber — wie wiederum ein rascher Blick auf die privatrechtliche Obligation zeigt — das iudicandi officium nicht aus der Kategorie der Rechtspflichten streichen. Dagegen darf ein anderes nicht unerwogen bleiben. Wem gegenüber besteht für den hiezu befohlenen Judex diese Rechtspflicht zu judizieren? Gewiß dem Magistrat gegenüber, der die Judikation anbefohlen hat. Hier liegt einfach ein Anwendungsfall der selbstverständlichen allgemeinen Bürgerpflicht gegenüber dem Träger der Staatsgewalt vor. Aber nicht bloß dem Magistrat, auch dem Mitbürger gegenüber besteht die Judikationspflicht[2]). Das beweist m. E. die dem Geschädigten gegen den iudex qui litem suam facit im prätorischen Edikt in Aussicht gestellte Ersatzklage[3]).

---

[1]) Insoferne ist der Parallelismus mit dem arbiter ex compromisso nach dessen receptum offensichtlich. Vgl. oben S. 31. Das scheint Goldschmidt, a. a. O. 80 zu übersehen.

[2]) Sie entsteht nur, wenn die Parteien den Judex eingesetzt haben und der Prätor ihm das Judizieren befohlen hat. Gewiß schließen die Parteien mit dem Judex keinen Vertrag (anders mit dem Arbiter), daher ist er ihnen auch nicht ex contractu obligatus (Gai. Dig. 44, 7, 5, 4 = 50, 13, 6). Vgl. folg. Anm.

[3]) Vgl. Zivilpr. 203. 325. Vgl. ferner die von den Zwölftafeln gegen den bestechlichen Richter festgesetzte Todesstrafe. Tab. 9, 3 (Bruns) = Gell. 20, 1, 7. Wenn Goldschmidt, a. a. O. 80 aus der Tatsache, daß Gaius (vorige Anm.) den Judex „non proprie ex maleficio", aber auch nicht „ex contractu", sondern „quasi ex maleficio teneri in factum actione" läßt, den Schluß zieht, daß also die Römer das Verhältnis des Judex zu den Parteien nicht als ein kontraktliches oder auch nur quasikontraktliches aufgefaßt hätten, so muß daraus doch nicht auf eine von den Parteien unabhängige Stellung des Judex geschlossen werden (vgl. auch a. a. O. 86). Es handelt sich Gaius vielmehr darum, den wohl uralten Gedanken an ein verbrecherisches Falschurteil durch die milde Interpretation des peccasse aliquid ... licet per inprudentiam für die Regel wenigstens zu ersetzen. Wie sehr übrigens die Römer selbst zweifelten und wie wenig ihnen andere Begründungsmöglichkeiten der richterlichen Haftung fremd waren, zeigen doch die

Und nun zum schwierigsten Punkt: dem von uns postulierten Rechtsschutzanspruch gegenüber dem Magistrate selbst. Kann man von einem solchen Anspruch reden?[1]) Gibt es irgend welche juristisch greifbare Auswirkung eines solchen Anspruchs? Wer gegen den römischen Imperienträger[2]) ein Recht geltend zu machen genötigt ist, scheint a priori in einer recht problematischen Lage zu sein. Und seine Lage wäre in der Tat so, wenn das Imperium schrankenlose, absolute Willkür bedeutete, wie das ja wohl „anfangs“ so war[3]). Wie aber der Gang der staatsrechtlichen Entwickelung dahin ging, das alte Imperium durch Volksgesetze zu beschränken und zu fesseln; wie selbst das Edictum perpetuum

von Goldschmidt S. 80 selbst zitierten Ulpianstellen Dig. 5, 1, 15. 16. Vgl. übrigens schon Bekker, Die Aktionen d. römischen Privatrechts I (1871), 15 und Koschaker, Translatio iudicii (1905), 310 f. Endlich ist ja für die Frage nach der Sanktion der Judikationspflicht die Begründung dieser Sanktion nicht ausschlaggebend.

[1]) Schon Bekker, Aktionen I, 15 findet in der actio ein Recht publizistischer Natur gegen den Magistrat, „also ohne geregelten Zwangsmodus, ein Recht auf Einsetzung eines iudicium, Gewährung von iudex und Formel.“ Dagegen u. a. Schott, Röm. Zivilpr. u. mod. Prozeßwiss. 77 f. Wenn jetzt zu Bekker Goldschmidt, a. a. O. 77, bemerkt: „Aber weder im römischen noch im modernen Recht beruhen die aufgestellten gerichtlichen Handlungspflichten auf dem Prozeßverhältnis, noch sind sie überhaupt prozessualer Natur. Sie sind vielmehr Ausfluß des Staatsverhältnisses und gehören dem Staatsrecht an“ und anscheinend diesem Argumente eine besondere Bedeutung zumißt, so braucht m. E. demgegenüber fürs römische Recht nur auf die Einheit des Imperiums, deren eine Erscheinungsform eben die Jurisdiktion ist (vgl. Zivilproz. 28 f. und die dort N. 2 zusammengestellte Literatur) verwiesen zu werden. Seither hat sich auch Steinwenter, Sav. Z. 46, 352 f., gegen die Annahme eines gegen den Staat gerichteten Anspruchs ausgesprochen und insbesondere auch (383[1]) die Wiederanknüpfung an Bekker'sche Lehren abgelehnt. Wenn auch er in Anlehnung an Goldschmidt'sche Ausführungen statt eines Parteienanspruchs nur eine Reflexwirkung der im objektiven Staatsrecht gegebenen Verpflichtung des Prätors zur Jurisdiktionsausübung annehmen will, so scheint mir das Ganze auf eine reine Formulierungsfrage hinauszulaufen, zumal es dann heißt, daß „lediglich als Reflex dieser Norm der Partei die Möglichkeit gegeben sein (könnte), die Bestrafung des Magistrats wegen Justizverweigerung herbeizuführen.“

[2]) Es wird der folgenden Betrachtung nur dieser Hauptfall der aus dem Imperium fließenden Jurisdiktion zugrunde gelegt. Zivilpr. 28 f.

[3]) Ich darf hiezu an meine Abhandlung Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum in den Miscellanea Francesco Ehrle (Rom 1924) II, 40 ff. erinnern.

eine, wenn auch minder drückende, Fesselung des Imperiums bedeutete; wie ferner, wo der Beamte ex lege handelt, die Römer die Wirkung seiner Amtshandlung bloß auf das Gesetz, nicht daneben auch auf das Imperium zurückführen; wie allerdings endlich kein Prozeß, auch kein legitimes Judizium ohne oder gar gegen den Willen des Magistrats zustandekommen kann, wie sich aber der Beamte, der den gesetzlich gebotenen Akt verweigert, verantwortlich macht — für all das bin ich in der glücklichen Lage, unter Hinweis auf schon vor Jahren gefundene Forschungsergebnisse Wlassaks[1]) mir weitere Ausführungen ersparen zu können.

Daß nun aber der Anspruch des Bürgers auf Rechtsschutz kein bloß theoretisches Luftgebilde heutiger Begriffsjurisprudenz ist, sondern seine geschichtlichen reellen praktischen Auswirkungen gehabt hat, dafür braucht m. E. nur immer wieder auf Interzession und Beamtenverantwortlichkeit verwiesen zu sein. Durch die Interzession[2]) des dazu berechtigten Beamten mit par maiorve potestas, insbesondere aber des Volkstribunen wird das Dekret des Gerichtsmagistrats im Verfahren in iure vernichtet, bzw. dessen Durchführung verhindert. Die bekannten Worte des Cicero in Verr. II, 2, 12, 30[3]) schildern ebenso deutlich die in der Auswirkung des reinen Imperiums eines ungerechten Imperienträgers für die Bürger gelegene Gefahr wie deren Bannung durch die Interzession als Rechtsschutzmittel. Derjenige aber, dem sie zu Hilfe kommt, sieht seinen Rechtsschutzanspruch gewährleistet[4]). Die

---

[1]) Röm. Prozeßgesetze II (1891), 351 f. 365, woraus ich zum Teil wortwörtlich die obigen Formulierungen über die Einengung des Imperiums entnehmen konnte. Vgl. jetzt P. F. 137[27], wo auch L. Mitteis als zustimmend zitiert ist.

[2]) Zivilpr. 202, wo N. 17 Literatur.

[3]) Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant, et eorum, qui iudicant: quin nemo vestrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det quem velit iudicem, iudex nequam et levis, quod praetor iusserit, iudicet.

[4]) Vgl. Cocchia, Il tribunato della plebe (Neapel 1917), 387 ff. Über die ja nur indirekte Wirkung einer Interzession gegen ein Denegationsdekret, deren Möglichkeit Cocchia 395 mit Grund verteidigt, darf auch auf das von mir Zivilpr. 203[17] Gesagte verwiesen sein.

Beliebtheit der sofort im Ausmaße des Möglichen dem Unrecht abhelfenden Interzession zeigt uns wiederum eine Stelle der zweiten verrinischen Aktio[1]). Nun kann freilich bei der Interzession die sie heischende Partei nicht selbst unmittelbar gegen den Magistrat vorgehen. Immer stellt sich vielmehr der Volkstribun schützend vor sie. Immer kommt es — und dieser naheliegende Einwand soll nicht verschwiegen sein — wiederum auf das Ermessen des um Interzession Appellierten, bzw. selbst interzedierend eintretenden Tribunen an. Aber ich glaube nicht, daß man den Rechtsschutzanspruch als brauchbaren Begriff darum preiszugeben genötigt sein wird. Denn einmal ergibt sich aus dem schon vorweg[2]) Gesagten, daß eine Klagemöglichkeit — oder römischrechtlich korrekter: Aktionsmöglichkeit — des Berechtigten nicht als begriffliches Erfordernis seines Anspruchs anzusehen ist: weder auf dem Gebiete des privaten noch des analog nachgebildeten öffentlichen Anspruchsrechtes; anderseits aber wird die Tatsache, daß einmal ein Staatsorgan da ist, dem gegenüber es keine weitere Instanz gibt, das also in letzter Linie und ohne Appellationsmöglichkeit des Betroffenen darüber befindet, ob ein Rechtsschutz zu gewähren sei oder nicht, für Rom sowenig wie fürs heutige Recht als Argument gegen das Vorhandensein eines Rechtsschutzanspruches geltend gemacht werden wollen.

Als weitere Schutzmittel neben der Interzession begegnen die Klagen auf Grund der Verantwortlichkeit des Magistrats. War nämlich die Interzession abgelehnt oder hatte sie aus irgendwelchem Grunde sonst nicht stattgefunden, so blieb noch immer die Möglichkeit, den Beamten nachträglich zur Rechenschaft zu

---

[1]) Cic. in Verr. II, 1, 46, 119: Et cum edictum totum eorum arbitratu, quam diu fuit designatus, componeret, qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur, tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset. Zu solchen Interzessionen war auch noch nach der lex Cornelia von 67 v. C. gewiß oft Anlaß, wenn auch dieses Gesetz die von Cicero geschilderten schlimmsten Mißbräuche der Amtsgewalt unmöglich machte. S. unten S. 59 N. 3. Vgl. zu den Schutzmitteln gegen prätorisches Unrecht auch Jörs, Röm. Rechtswissenschaft (1888), 169[1]. Mewaldt, Denegare 149 ff.

[2]) Oben S. 44.

ziehen[1]). Zwar mußte man damit bei Inhabern der höchsten Staatsgewalt, bei Konsuln, Prokonsuln und Prätoren den Ablauf ihrer Amtszeit abwarten, da man so hohe Herren nicht während der Dauer ihres Amtes in ius vozieren konnte[2]), aber damit war die Verantwortlichkeit dieser Magistrate wohl aufgeschoben, aber nicht aufgehoben. Historisch sicher überlieferte Fälle von Rechenschaftsprozessen[3]) wegen parteiischer Handhabung der Rechtspflege, die anzustrengen wiederum die Volkstribunen berufen waren, sind in den Quellen kaum zu finden[4]). Aber auch von privaten Schadensersatzprozessen gegen gewesene Beamte werden historisch sichere Einzelbeispiele nicht beigebracht werden können. Und doch kann solchen Prozessen, z. B. einer actio doli gegen einen böswilligen Prätor, nachdem dessen Amt erloschen war, sicher nichts entgegen gestanden haben[5]). Man wird hier wohl eher, wie gegen Verres zum Anklageverfahren gegriffen haben. Wenn aber die Belege für derartige Prozesse wegen vorsätzlich oder fahrlässig schlechter Jurisdiktion so selten sind, so kann man darin ein gutes Zeichen für die prätorische Amtstätigkeit überhaupt sehen[6]). Man mag indeß wohl auch erwägen, daß bei aller großen Bedeutung einer guten Justiz im allgemeinen und nicht minder der gerechten Entscheidung konkreter Fälle im einzelnen, doch in alter und neuer Zeit zivilrechtliche Fälle weit weniger sensationell und für besondere Festhaltung in Erinnerung

---

[1]) Mommsen, Röm. Staatsrecht I, 698 ff.

[2]) Mommsen, a. a. O. 706.

[3]) Mommsen, Staatsr. II, 317 ff. Röm, Strafrecht 555 ff.

[4]) Mommsen führt wenigstens a. a. O. 321 für parteiische Handhabung der Rechtspflege und darauf folgenden Rechenschaftsprozeß nur den Fall des Appius (Liv. 3, 56) an, hebt dabei aber sehr zutreffend als bezeichnend für die spätere Stellung des Volkstribunats die Tatsache hervor, daß die Sage den Rechenschaftsprozeß gegen Appius als die erste Tätigkeit der wiederhergestellten Volkstribunen anspricht. Vgl. auch Wlassak, J. B. 193.

[5]) Denn die Verantwortlichkeit des Beamten ist keine andere als die jedes Bürgers. Das ist das grundlegende Prinzip. Mommsen, Staatsr. I, 698. Gegen diese Regel spricht natürlich nicht die Tatsache, daß es besondere Beamtendelikte gibt, die der Nichtbeamte gar nicht begehen kann. Niemand kann das Imperium nach Ablauf der Amtszeit zu behalten trachten, der es nicht hat. Vgl. über die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeil des Beamten Mommsen, a. a. O. 698 f. 699 f.

[6]) So erklärt sich die Sache Jörs, Röm. Rechtswissenschaft 169[1].

und Geschichtsschreibung geeignet sein mögen, als etwa die Verletzung der Feldherrnpflicht durch verbotswidrige Kriegführung, durch ungünstigen Waffenstillstand oder gar durch feige Flucht vor dem Feinde. Wie sehr aber gerade die Justizverweigerung oder -Beugung unter den Begriff des Majestätsverbrechens fällt, als einer Handlung, die die Würde der Magistratur verletzt, das bedarf keines weiteren Wortes. Sind doch die Möglichkeiten einer Verletzung der Amtspflichten so zahlreich wie diese selbst[1]).

Endlich noch Eines. Es gibt Fälle, in denen der Rechtsschutzanspruch fehlt. Es sind die bekannten Verwaltungsstreitigkeiten. Bei ihnen steht nicht die Partei gleichberechtigt dem Gemeinwesen gegenüber. Soweit der Staat in irgendwelchen „Rechtsstreit" mit seinem Bürger kommt, ist dies kein Rechtsstreit in unserem Sinne, sondern der Staat behält nach dem Ermessen des befindenden Beamten Recht und erzwingt dieses Recht[2]). Gerade dieser Gegensatz gegen das iudicium privatum zeigt m. E. den für dieses beanspruchten Rechtsschutzgedanken in wirksamem Lichte.

So groß und fruchtbar die staatsrechtliche Idee vom römischen Beamtenimperium auch war, größer war die Idee der unter den Bürgern geltenden Gerechtigkeit, die zu verwirklichen die Magistrate dem freien Bürger behilflich sein mußten. Oder — wobei ich aber wiederum kein besonderes Gewicht gerade auf diese Formulierung legen will — größer noch als das Imperium war die Rechtsschutzidee. Grandios endlich und nur bei einem Rechtsvolk wie den Römern ist es möglich, daß die revolutionäre Magistratur, daß der Volkstribun, der letzte Hort des Bürgers gegen Willkür aller Magistraturen wird!

Ich weiß nicht, ob die vorgebrachten Erwägungen zur Rechtsschutzanspruchslehre das eine oder andere Bedenken gegen eine „Verpflanzung moderner Anschauungen in die klassische Rechtsordnung" zu mindern vermochten. Ob von dieser Lehre ferner „eine Förderung der Einsicht in das römische System" zu erwarten ist oder nicht, darüber kann ich ebensowenig selber entscheiden[3]). Ja, ich möchte aus Ausführungen, die ich kürzlich

---

1) Mommsen, Strafr. 556.

2) Zivilpr. 17.

3) Wlassak, P. F. 193 lehnt jede solche Förderung ab.

an anderer Stelle[1]) gemacht habe, auch zu dieser meiner eigenen Aufstellung das dort[2]) für jeden juristischen Konstruktionsversuch rechtsgeschichtlich gegebener Erscheinungen ausgesprochene Petitum wiederholen, daß der heutige Beurteiler „ausschließlich diejenigen Denkformen zur Erklärung verwende, welche die ‚Juristen' jener Zeit bereits selbst verwertet haben." Dabei dürfen allerdings, wie dort näher ausgeführt, auch Denkformen inbegriffen werden, die nicht bewußt ausgesprochen, wohl aber im Unterbewußtsein der Jurisprudenz jener Zeiten vorhanden gewesen sind und sich in der Praxis unausgesprochen bemerkbar gemacht haben. Dazu aber zum mindesten scheint mir der Rechtsschutzanspruch auch fürs römische Recht der klassischen Zeit gerechnet werden zu dürfen. Der Einwand endlich gegen die Verwertung der Rechtsschutzlehre für die Ordnung des Formelverfahrens, daß dieses „in der Hauptsache Privatrecht, die (Ordnung) des modernen Prozesses durchaus 'publizistisch'" sei[3]), scheint mir nicht gegen, sondern eher für solche Verwertung zu sprechen: sollte doch damit der zweifellos öffentlichrechtliche Einschlag, der in der Zulassung von Formel und Richter durch den Magistrat gelegen ist, zu einem, wenn auch vielleicht in der Formulierung nicht hinlänglichen Ausdruck gebracht werden.

Viel kürzer als die notwendig einen breiteren Raum füllende Lehre vom Rechtsschutzanspruch kann eine noch ausstehende Einzelfrage erledigt sein, deren Beantwortung oben (S. 36 f.) vorgesehen war. Wir nehmen damit auch einen vielleicht zu lange unterbrochenen Zusammenhang wieder auf und knüpfen an das zum Dare-Dekret Gesagte an. Bis es zur endgiltigen formellen Entscheidung über dare oder denegare kommt, gibt der Magistrat wiederholt seine Anschauung darüber kund, ob der jeweils zur Debatte stehende Formelinhalt von ihm genehmigt zu werden Aussicht habe oder nicht. Der Prätor wird auch mehr als einmal von dem einen oder anderen Streitteile erst im Laufe des Verfahrens mit erheblichen, in der bisherigen Debatte noch nicht vorgekommenen, aber nichts desto weniger wichtigen und viel-

---

[1]) Sav. Z. 46, 438 ff. zum Buche von James Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage.

[2]) A. a. O. 443.

[3]) Wlassak, P. F. 193.

leicht für das prätoriale Verhalten entscheidenden juristischen Tatsachen bekannt gemacht. Häufiger noch wird er mit Geduld die Parteienerklärungen angehört haben, ohne seinen schon gleich umschriebenen Standpunkt zu ändern. Ob es sich empfiehlt, darum von einem fortwährenden dare actionem, exceptionem, replicationem etc. zu sprechen[1]), oder ob man diesen Ausdruck lieber vermeiden will, um nicht die Vorstellung vom formellen Dare-Dekret[2]) zu verwischen, ist wiederum unerheblich, wenn man nur sachlich Richtiges sich vorstellt. Wird man angesichts der Tatsache, daß selbst Cicero von einem sich dreimal wiederholenden „iudicium dabat" des hartnäckig trotz aller Parteivorstellungen auf seinem Willen beharrenden Statthalters spricht[3]), den modernen Sprachgebrauch von einem sich wiederholenden dare nicht unbedingt tadeln dürfen[4]), so ist doch zweifellos zuzugeben, daß zwischen solchen wiederholten, vorbereitenden, formlosen, auch bei neuem Vorbringen der Parteien abänderbaren Erklärungen des Prätors und der endgiltigen Entscheidung über die für ein Judizium mögliche Formelgestaltung scharf unterschieden werden muß.

Sowohl die bisherigen als auch insbesondere die folgenden Ausführungen setzen den Tatbestand eines nach erfolgtem Dare-Dekret sich normalerweise zum Prozeß entwickelnden Verfahrens voraus. Von diesem Standpunkt der Betrachtung aus könnten wir uns ein Eingehen auf die Denegation, das sachlich gegenteilige Dekret zum dare actionem, schlechthin ersparen und es bei den

---

1) So A. i. 138 f. 139[7].

2) Oben S. 36 bei N. 1.

3) In Verr. II, 3, 22, 55.

4) Man wird natürlich heute nicht mehr annehmen wollen, daß es mehrere formelle Dare-Dekrete hinter einander waren, die Verres in dem Verfahren gegen Xeno de iugerum professione erließ. Ob man dabei von wiederholten Erklärungen einer unabänderlichen Absicht, dieses Dekret zu erlassen, oder von Drohungen spricht, um die Partei gefügig zu machen, ist wiederum unerheblich, wenn man solche wiederholte Erklärungen nur eben nicht als formelle Enderklärungen auffaßt. Damit ist dem Postulate der „Einzigkeit" des formellen Dare-Dekrets (Wlassak, P. F. 185) zugestimmt. Ob Cic. in Verr. II, 3, 22, 55 nicht eher mit Wlassak auf öffentlichen Zehentprozeß zu deuten, mag zustimmend erwogen sein, doch ist gewiß die Analogie des Verfahrens gegen Xeno de iugerum professione zu einem privatrechtlichen Verfahren in diesem Punkte möglich. P. F. 185 f.

hiezu schon gegebenen Bemerkungen über die formelle Gleichartigkeit beider Dekrete[1]) bewenden lassen. Aber es ist auch stets die Tatsache als gegeben angenommen worden, daß dem Prätor eine aus seinem Imperium sich als selbstverständliche Folge ergebende jurisdiktionelle Dations- und Denegationsbefugnis zustehe. Es braucht kaum bemerkt zu sein, daß das nicht in dem Sinne eines schrankenlosen auch mißbräuchlichen Zulassungs- bzw. Ablehnungsrechts des Prätors verstanden werden darf. Es ist schon oben[2]) auf die Schranken des Imperiums verwiesen worden, deren Übertretung den Prätor verantwortlich macht. Ob es dabei zunächst ein praetor improbus[3]) war, der das Dekret in Mißbrauch seines Imperiums erlassen, oder ob das Dekret gerecht war, das konnte erst in einem Interzessionsverfahren oder Verantwortlichkeitsprozeß entschieden werden. Traten solche Remeduren nicht erfolgreich ein, so blieb es auch beim ungerechten Dekret. In solchen Fällen ist dann eben das Recht gebeugt, der Rechtsschutzanspruch vereitelt; die Unvollkommenheit[4]) der Rechtspflege ist dabei wieder einmal offenbar geworden. Diese Geltung eines gegen die objektive Rechtsordnung verstoßenden Dekrets wird in der Literatur natürlich auch dort anerkannt, wo man an der Freiheit des Ermessens an sich zweifelt[5]). Aber wenn wir einmal die doch seltenen Fälle des Mißbrauchs bei Seite lassen, so nahm die so gut wie allgemeine Meinung bisher an, daß dieses Denegationsrecht ein unbeschränktes war[6]), und daß insbesondere der Prätor ohne Rücksicht auf eine etwa im Edikt ausdrücklich vorbehaltene causae cognitio in jedem Fall, wenn ihm eine solche nötig scheinen mochte, sie vornehmen konnte, ehe er das Dare-Dekret erließ oder die Denegation aussprach. Diese Anschauung hat Wlassak schon vor Jahren in einem ebenso knappen als inhaltsreichen Artikel

---

[1]) Oben S. 41 N. 2.

[2]) S. 50.

[3]) Cic. in Verr. II, 2, 12, 30; s. oben S. 48 N. 3.

[4]) Diese Unvollkommenheit zeigt sich ja auch bei jedem rechtskräftig gewordenen materiell unrichtigen Urteil, ohne daß man darum am seinerzeitigen Vorhandensein des Anspruchs zweifelte.

[5]) Lévy-Bruhl (s. o. S. 42 N. 2 ex 41), Denegatio 22 ff. rechnet solche Fälle zu den „fausses denegationes".

[6]) Vgl. Schott, Gewährung des Rechtsschutzes 105 ff.

bei Pauly-Wissowa[1]) über „das Vorverfahren im ordentlichen Prozeß“ vertreten und damit wohl Zustimmung[2]), aber m. W. keinen Widerspruch erfahren.

Eine ganz entgegengesetzte Lehre hat nun in den schon genannten (oben S. 42 N. 2 ex 41) sehr einläßlichen Abhandlungen Lévy-Bruhl vertreten. Danach sei der Prätor auch im klassischen Formularprozesse prinzipiell verpflichtet gewesen, das Dare-Dekret auszusprechen[3]), wenn nicht aus allgemeinen Prozeßrechtsgrundsätzen, aus gesetzlichen oder ediktalen Vorschriften sich die Notwendigkeit der Überprüfung ihres Vorhandenseins sich ergab[4]), oder endlich, wenn dem Prätor nicht die Causae Cognitio[5]) ausdrücklich im Edikt vorbehalten gewesen sei. Literargeschichtlich läßt sich die Theorie des französischen Gelehrten aus dem bekannten Gegensatz[6]) der Anschauungen Wlassaks und Girards über die Stellung des Prätors im Legisaktionenverfahren erklären.

---

[1]) Realenz. Cognitio 207 f.

[2]) Vgl. Schott, a. a. O. 111 ff.

[3]) Lévy-Bruhl, Denegatio 73 (der Prätor bleibt „le témoin presque passif de l'activité des deux plaideurs“) und passim.

[4]) Wir können hier solche Fälle ganz beiseite lassen, wo auch nach Lévy-Bruhls Ansicht der Prätor untersucht, weil es sich um Feststellung von rechtlichen Voraussetzungen der in Anspruch genommenen actio handelt. Denegatio 24 ff. Es sind Fälle, in welchen die sog. Prozeßvoraussetzungen (vgl. Wenger, Zivilpr. 96, aber auch Wlassak, P. F. 199 ff.) untersucht wurden; Fälle, in welchen die Unverletztheit privatprozeßrechtlicher Grundprinzipien geprüft wurde, so um ein Beispiel zu nennen, wenn der Kläger trotz erfolgter Confessio in iure oder gar trotz Realoblation der geschuldeten Geldsumme dennoch auf der Klage bestehen wollte (Dig. 46, 3, 30; Lévy-Bruhl 28 f.). Solche und ähnliche Fälle von „denegationes légales“ muß Lévy-Bruhl als „fausses denegationes“ ausscheiden (25—36). Die Schwierigkeit, die solche Ausscheidung bereitet, spricht m. E. schon gegen seine These. Untersucht müßten auch nach Lévy-Bruhls Ansicht ferner ediktale Voraussetzungen werden, deren Untersuchung im Edikt vorgeschrieben war (z. B. im Edikt de postulando, Dig. 3, 1). — Auf das Verhältnis von Denegatio und Exceptio einzugehen ist hier kein Anlaß. Vgl. Zivilprozeß 128[8]. Wlassak, P. F. 138[28].

[5]) Denegatio 51 ff. und in der Schrift Causae Cognitio. Zusammenfassend wiederum Prudent. p. 23 ff. Für die Exzeptionen „la question se pose un peu différemment dans la forme, mais au fond le problème est le même.“ Prudent p. 28—30.

[6]) Lit. bei Wenger, Zivilpr. 95.

Während Wlassak und seine Anhänger dem Magistrat schon bei der legis actio eine mitwirkende Rolle zuschreiben, hält Girard und seine Schule ein prätorisches Eingreifen in iure, wie ein solches beim Denegationsrecht ja vorausgesetzt wird, erst nach der lex Aebutia für gegeben. Wer also die zweite Auffassung teilt, muß eine a priori nicht wahrscheinliche entscheidende Stärkung der prätorischen Jurisdiktion für das klassische Formularverfahren annehmen. Will er das nicht, so bleibt nur die andere Annahme, daß der Prätor auch in der klassischen Zeit eine solche Machtfülle, wie sie ihm bislang allgemein für diese Epoche zugeschrieben wurde, nicht gehabt habe. Lévy-Bruhl handelt zwar nur von der Zeit des klassischen Formelverfahrens, deutet aber doch an, daß er tatsächlich mit seinen Ergebnissen die Lehre Girards für die Legisaktionenzeit entscheidend stützen und fördern zu können meint[1]). Umgekehrt wird freilich nicht in Abrede gestellt werden können, daß, wer dem Prätor schon für die Legisaktionenzeit eine das Verfahren der Parteien von hoher Warte überschauende und beeinflussende Rolle zuspricht, ohne zwingende Beweise nicht geneigt sein wird, ihm im klassischen Prozesse nur mehr die Position eines Automaten zuzuschreiben, der stets, wenn ihm nicht die Prüfung einer Rechtsvorschrift vorgeschrieben oder vom Edikt eine causae cognitio eingeräumt war[2]), die postulierte Formel zuzulassen hatte. Träfe diese Ansicht das Richtige, so wäre unsere ganze Vorstellung von der hybriden Gestalt des römischen Privatprozesses der klassischen Zeit in dem Sinne korrekturbedürftig, daß alle irgendwie an die Offizialmaxime erinnernden Elemente zu entfernen und der ordo iudiciorum als rein privater Schiedsprozeß darzustellen wäre[3]). Eine solche Ausschaltung der Gerichtshoheit scheint mir mit dem Wesen des römischen Imperiums von vornherein unvereinbarlich. Denkbar, daß der Imperienträger keinerlei privatprozessuale Jurisdiktion übte, daß der Prozeß sich als reines nichtstaatliches Schiedsgerichts-

---

[1]) Denegatio 3[1]; 71; 72 f.[2]. Was Lévy-Bruhl gegen die Wahrscheinlichkeit einer so gründlichen Änderung der prätorischen Stellung im Prozeß vorbringt, dürfen die Anhänger eines in beiden Verfahrensstadien geltenden Denegationsrechts auch für ihre Ansicht buchen.

[2]) S. o. S. 55 N. 4.

[3]) Levy-Bruhl, Denegatio 71 ff.

verfahren abwickelte; undenkbar, daß, wenn staatliche Hilfe die Schwächen des privaten Verfahrens heilen sollte, sich ein römischer Imperienträger zu einem Parteienspielzeug benützen ließ und eine Puppe abgab, die, wenn man auf den Knopf drückte, ein bestimmtes Sprüchlein automatisch herleierte. Aber wir brauchen nicht bei solch allgemeinen Erwägungen stehen zu bleiben, sind vielmehr in der Lage, auf zwei eingehende Referate zu verweisen[1]), deren Gegenbeweisführung ebenfalls zu einem ablehnenden Ergebnis[2]) geführt hat, das mit unserer grundsätzlichen Erwägung vollkommen zusammenstimmt. Ohne auf Einzelheiten näher eingehen zu müssen, die unser Thema nicht unmittelbar berühren, sei nur hervorgehoben, daß die causae cognitio nicht, wie Lévy-Bruhl will, auf die Fälle zu beschränken ist, wo sie ausdrücklich im Edikt vorbehalten wird, sondern daß der Prätor in jedem Falle „zu erwägen (hatte), ob die vom Kläger vorläufig edierte Formel den im Album gestellten Anforderungen entsprach.“ Was darüber Wlassak[3]) seinerzeit ausgeführt hat, besteht m. E. auch heute noch voll zu Recht. Schon die verschiedenen Ausdrücke[4]), mit denen auf eine causae cognitio hingewiesen wird, z. B. si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo im Dolusedikt (Dig. 4, 3, 1, 1); oder quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam (Dig. 4, 4, 1, 1); oder endlich actionem causa cognita dabo (Dig. 14, 5, 2) deuten darauf hin, daß der Prätor sich im Edikt sein freies Ermessen durchaus vorbehielt. Wenn nun in einer größeren Anzahl von Fällen dieser Ermessensvorbehalt nicht besonders gemacht, sondern das iudicium schlechthin versprochen wird, so ist damit

---

[1]) Duquesne, Rev. hist. 1925, 457 ff. Guarneri-Citati, Arch. giur. 93 (zit. nach S. A.). Vgl. schon Wlassak, P. F. 138[28].

[2]) Ich möchte, wenn ich ebenfalls Lévy-Bruhls Ergebnisse ablehne, doch ausdrücklich die Anerkennung unterstreichen, die die Kritiker den beiden Abhandlungen mit Recht zollen. Wie nicht selten ist hier die richtige Erkenntnis durch konsequente Durchführung einer unhaltbaren These mehr gefördert, als durch geruhsames Wandern in ausgetretenen Geleisen. Vgl. etwa die Überspannung der Lehre vom privaten Charakter des ordo iudiciorum S. 71 ff.

[3]) Cognitio (oben S. 55 N. 1) 208; dorther auch das Zitat.

[4]) Die folgende Auswahl aus Wlassak, a. a. O.

kaum etwas anderes gesagt, als daß hier normalerweise der Fall so klar liege, daß zu einer besonderen Untersuchung in iure kein Anlaß gegeben sei, während in Fällen mit jenen Klauseln von vornherein auf die notwendige Voruntersuchung hingewiesen wird. Nicht aber bedeuten jene einfachen Ankündigungen, daß der Prätor sich selbst von vornherein das Recht abspricht, gegebenen Falles eine solche Voruntersuchung doch einzuleiten. Daß das jedenfalls die Meinung der das Edikt kommentierenden Juristen war, dafür hat gleichfalls Wlassak[1]) schon auf ein solches (Dig. 3, 3, 8, 3) und auf die Ausführungen hiezu von Gaius, Ulpian, Paulus Fr. 9—15 verwiesen. Für das Nebeneinander von Edikten mit und ohne Kognitionsklauseln — wenn wir kurz zusammenfassend so sagen dürfen — hat aber Lévy-Bruhl selbst sehr gut die Entwickelung zu immer einfacheren Formen erwogen[2]). Auch hier erwächst das Typische allmählich aus dem Individuellen. Wenn so ein Prätor beim ersten oder zweiten Aufscheinen des Bedürfnisses nach einer Formel noch auf alle dem Dare-Dekret eventuell entgegenstehenden Hemmnisse, auf alle noch zu berücksichtigenden Umstände ausdrücklich hinweist, ein anderer Prätor in einer späteren Zeit aber, nachdem der Tatbestand so und so oft überblickt, nachdem wohl auch eine schärfere Formulierung gefunden war[3]), einen solchen Hinweis unterläßt, so kann das doch unmöglich bedeuten, daß er einen jetzt einmal auftauchenden neuen Umstand nicht mehr selbst in iure kognoszierend für seine positive oder negative Entscheidung — das dare oder denegare actionem — hätte bewerten dürfen. Es mag endlich noch bemerkt sein, daß Lévy-Bruhl selbst[4]) wenigstens in einigen Fällen die Denegationsbefugnis auch dort anerkennt, wo sie nicht als unechte Denegation, wie er meint, ausgeschieden, aber auch nicht durch eine ediktale Ankündigung der Kognitionsmöglichkeit ausdrücklich eingeräumt war. Es sind dies die Fälle Dig. 45, 1, 27 pr.[5]);

---

[1]) Cognitio 208.

[2]) Causae cognitio 430. Ich erinnere weiter an die wahrscheinliche Entwickelung der Interdikte. Zivilpr. 238[9].

[3]) Dies alles natürlich, wie wir jetzt wissen (vgl. unten V), unter steter Einwirkung der Jurisprudenz.

[4]) Denegatio 60 ff. 63 ff.

[5]) Nicht auch fr. 26. s. Guarneri-Citati 11[1].

eod. 97 § 2; 35, 1, 71, 1; 44, 7, 61, 1. Hier erkläre sich, meint Lévy-Bruhl, die Denegationsbefugnis aus einem quasizensorischen Rechte des Prätors, unmoralischen Obligationen entgegenzutreten. Aber damit ist doch die Möglichkeit der Denegationsbefugnis nach Ermessen des Prätors zugegeben und Lévy-Bruhl dürfte auch abgesehen von allen sonstigen gegen ihn sprechenden Erwägungen auf seine diese Texte betreffende Frage[1]): „Peut-on dire qu'ils démontrent l'existence d'un ius denegationis?" ziemlich allgemein auf eine bejahende Antwort gefaßt sein müssen, wie eine solche ja seine Kritiker schon gegeben haben[2]). Jedenfalls werden die Anhänger des Denegationsrechts auf die bedenkliche Gezwungenheit eines solchen Ausweges hinzuweisen nicht verabsäumen.

Auch die lex Cornelia vom Jahre 67 v. Chr., ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent[3]), unterbindet nicht das Denegationsrecht: eine Untersuchung darüber, ob die fürs Dare-Dekret vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen oder nicht, ist ja auch fernerhin immer notwendig geblieben, und über die Beantwortung dieser Frage hat eben der Prätor zu entscheiden. Ihm muß es dabei zustehen, festzustellen, was für Umstände in die Untersuchung einzubeziehen und wie sie zu werten sind.

So glaube ich nach dem Gesagten an der bisherigen Auffassung des Ausmaßes der Freiheit des prätorischen Imperiums festhalten zu können.

III. Dare-Dekret und Richterwahl[4]).

Mit dem Verzicht auf die Vorstellung von einem körperlichen Übergabeakt (dare) der Formel durch den Prätor an den Kläger behufs Litiskontestation mit dem Beklagten scheint der

---

1) S. 64.

2) Guarneri-Citati 11. Duquesne 462.

3) Ascon. in Cornelian. p. 58 (Orelli) (= Bruns-Gradenwitz, Fontes[7] II p. 69). Vgl. dazu Guarneri-Citati, a. a. O. 5 f.

4) Um wiederholte, nicht mit Unrecht gerügte sachliche Unrichtigkeiten oder doch terminologische Unklarkeiten zu vermeiden, soll im engen Anschluß an Wlassak (vgl. etwa J. B. 13[8]) folgende Terminologie verwendet werden: „Richterwahl", Auswahl eines Privatrichters durch die Parteien, sei es eines Judex, Arbiters oder der Rekuperatoren, sei es aus den Listen oder eines sonst Fähigen, sei es durch Übereinkommen der Parteien oder

Boden für einen Ausgleich in der Gesamtvorstellung vom Verfahren in iure bereitet zu sein. Indes bleibt noch das Verhältnis der im Abschnittstitel genannten beiden juristischen Tatsachen zu klären. Wenn Wlassak[1]) auf den Dare-Akt, dem ein endgiltiger Formeltext zugrunde liegt, „in aller Regel“ „unmittelbar, ohne Zwischenreden“ die Litiskontestation folgen läßt, so muß er, da die Litiskontestation auch schon die Entscheidung über die Person des Spruchrichters als vorausgegangenen Rechtsakt voraussetzt, jedenfalls annehmen, daß die Parteien sich auf den Judex schon vor dem Dare-Dekret des Beamten geeinigt haben, m. a. W. daß die Richterwahl nicht bloß, wie selbstverständlich, der Richterzuweisung, sondern auch der Zuweisung der Formel im Dare-Dekret vorangeht, oder daß im einheitlichen Dare-Dekret sowohl der Text des Prozeßprogrammes, als auch die Wahl des Spruchrichters genehmigt und — behufs Begründung des Judiziums durch die Litiskontestation — Formel und Richter uno actu, einheitlich, zugelassen werden. Es ist ohne Weiteres zuzugeben, daß ein derartiges Verfahren möglich war, und daß ein solcher Vorgang durchaus allen Anforderungen entsprochen hätte, welche wir seit der Klärung unserer Vorstellung über das Verfahren in iure an dieses stellen müssen. Aber es scheint mir ein solches Verfahren einen wenigstens unter Umständen überflüssigen Teil zu enthalten, und zwar die Richterwahl und die Richterzuweisung.

---

durch Auslosung; „Richterzuweisung“: dare iudicem durch den Prätor, Zuweisung (Zulassung) eines von den Parteien bereits Erwählten; „Richtereinsetzung“: erfolgend durch die Parteien im Prozeßbegründungsakte (Litiskontestation). Erst dem von den Parteien eingesetzten (bestellten) Richter wird vernünftigerweise der Judikationsbefehl erteilt. Wenn wir hinfort weder das dare iudicem, noch auch das iudicare iubere — obwohl man daran angesichts der Bedeutung beider Amtsakte für die dadurch erst gegebene Erhebung des „Schiedsrichters“ zum „Spruchrichter“ denken könnte — als „Ernennung“ bezeichnen, so soll damit der private Grundcharakter des Institutes anerkannt werden. Vgl. Wlassak, a. a. O. und P. F. 140[30]. 191. Aber auch für den oben als „Richtereinsetzung“ bezeichneten Rechtsakt wird man besser das Wort „Richterernennung“, das wieder zu einseitig die parteiliche Tätigkeit betont, vermeiden. Auch „Richterbestellung“ dürfte weniger klar sein als „Richtereinsetzung“, worunter ja auch die Einsetzung des Namens des Erwählten und Zugelassenen in die Formel mit inbegriffen erschiene.

[1]) P. F. 190; vgl. auch J. B. 114[75].

Einen Richter zu wählen, die Zulässigkeit der Wahl zu prüfen und den zulässig Befundenen zuzuweisen, all das kam doch nur in Frage, wenn die Parteien sich über den Formelinhalt geeinigt hatten und der Prätor diese Formel genehm zu halten sich bereit erklärt hatte. Es wird zunächst kein Widerspruch zu befürchten sein, wenn wir die prätorische Genehmigung des Formelinhalts und die Genehmigung der Person des Richters einer theoretisch gesonderten Betrachtung unterwerfen und dabei zunächst die Frage als offene behandeln, ob in der Praxis durch das Dare-Dekret die Formelzulassung einschließlich der Richterzuweisung uno actu vollzogen wurde, oder ob hier zwei auch formell getrennte Rechtsakte vorlagen. Dabei wird man feststellen dürfen, daß beides, die Zuweisung des Prozeßprogramms und die Zuweisung des Judex, für die Parteien von tatsächlich oft recht verschiedener Bedeutung gewesen sein wird. Ich meine nämlich, daß die Frage nach der Person des Judex gegenüber der Frage nach der Gestaltung der sachlichen Formelbestandteile[1]) oft an Bedeutung um ein gut Stück zurückgestanden haben dürfte. Gewiß mag es Fälle gegeben haben, in welchen gerade die Person des Spruchrichters dem einen oder anderen Teil wichtig genug erschien, einem Verfahren vor diesem oder jenen Judex auszuweichen[2]). Viel öfter scheint mir, wird das Gegenteil der Fall und für die Partei das Verfahren in iure nur solange und soweit interessant gewesen sein, bis der sachliche Formelinhalt, den sie wünschte, erreicht oder sie mit ihren diesbezüglichen Postulaten gescheitert war. Wenn der vor dem Prätor zwischen den Parteien geführte Streit um den Formelinhalt zu Ende war, wenn der Prätor sich im einen oder anderen Sinne entschieden hatte, so war damit mehr als einmal tatsächlich der Streit der Parteien erledigt. Hatte der Beklagte sich damit abfinden müssen, daß der Prätor eine

---

[1]) Gemeint sind damit die Formelbestandteile mit Ausnahme der Nennung des Judex.

[2]) Vgl. Wlassak, J. B. 253. Eine besondere Bedeutung bekam die Person des Schiedsrichters in Fällen völkerrechtlicher Natur, so in den von Partsch, Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse (1905) so lichtvoll erläuterten griechischen Inschriften, welche die Bestimmung einer griechischen Gemeinde als Schiedsrichter zwischen anderen griechischen Gemeinden, die sich in Streitigkeiten an den römischen Senat gewendet hatten, bezeugen.

vom Kläger vorgeschlagene und postulierte Formel nach dem Schema „Si paret X esse, condemnato“ genehmigt und als Prozeßprogramm zugelassen hatte, obwohl der Beklagte gegen die Folgerung einer condemnatio aus dem X-Tatbestande angekämpft hatte, so blieb ihm vernünftigerweise nichts übrig, als dem Prozesse auszuweichen, als zu leisten oder doch durch confessio in iure den Kläger sofort zu beruhigen. Wie das Urteil in einem trotzdem übernommenen Prozesse ausfallen würde, das konnte er sich an den Fingern abzählen, und ob man nun den Namen des Titius oder des Seius aus der Liste der möglichen Spruchrichter gewinnen würde, war gleichgiltig.

Ich bin damit auf einem Umwege wieder bei einem Vorstellungskreise angelangt, den ich schon in meiner mehrgenannten Schrift über die Actio iudicati seinerzeit umschrieben habe. Allerdings haben sich seither starke Modifikationen gegenüber jenen ersten Äußerungen ergeben: die Formel ist als Parteienwerk anerkannt, ein körperliches dare der Formel durch den Prätor an den Kläger kommt nicht mehr in Frage. In diesen grundsätzlichen Punkten haben wir schon bisher früher irrige Anschauungen ausdrücklich berichtigt. Andererseits anerkennt Wlassak[1]) in unseren Ausführungen insofern einen richtigen Kern, als der Beklagte manchmal, wenn er das voraussichtliche Verhalten des Prätors erkannt hatte, lieber gleich die Waffen gestreckt als es auf einen Prozeß wird haben ankommen lassen. Aber Wlassak lehnt darum doch die Annahme eines wiederholten Dare-Dekretes ab und meint, daß Zwischenbescheide des Prätors über Vorfragen zuweilen schon solchen prozeßverhütenden Zweck erfüllt hätten, und daß „ihnen ähnlich und keineswegs unwirksam auch noch die formlosen und ganz unverbindlichen Äußerungen des Prätors in iure (gewesen seien), mit denen er auf den Inhalt des in Aussicht genommenen Dare-Dekrets hinwies“[2]). Die scheinbar in die Nähe gerückte Übereinstimmung beider Anschauungen ist also doch nur eine sehr bedingte und es wäre verfehlt, die Gegensätze verschleiern zu wollen. Wlassaks wiederholte Zwischendekrete und unverbindliche Äußerungen sind mögliche aber nicht juristisch

---

[1]) P. F. 197 f.

[2]) P. F. 198 f.

fest erfaßbare, jedenfalls nicht notwendige Vorboten des formellen Dare-Dekretes; sie ergehen angesichts einer werdenden Formel, während das endgültige Dare-Dekret nach Wlassak eine auch durch den eingefügten Richternamen bereits vollendete Formel voraussetzt[1]).

Wenn wir nunmehr, um Fragen, die nicht mehr streitig sind, auszuscheiden, die neuerworbene Vorstellung von der Notwendigkeit des Formelentwurfes im Verfahren in iure und von der vom Kläger, bezw. beiden Parteien ausgehenden Herstellung der Formel mit der Idee eines der Richterwahl vorangehenden Dare-Dekretes zu kombinieren suchen, so würde sich etwa folgendes Bild ergeben: der Formelentwurf, der sich von der endgültigen Formel nur noch durch das Fehlen des Richternamens unterscheidet, wird vom Prätor nach allem mehr oder weniger umständlichen Hin und Her der Parteienverhandlung in seiner endgültigen Gestalt genehmigt. Will der Kläger auf Grund solcher Voraussetzung keine Litiskontestation vollziehen, so ist es auch gut: jede andere Formulierung des Kondizionalsatzes Si paret X esse condemnato wird abgelehnt, diese allein findet die Billigung des Prätors. Will umgekehrt der Beklagte sich mit dem Formelinhalt nicht befreunden, so bleiben ihm die Möglichkeiten der Confessio oder der Aufsichnahme der Folgen mangelnder Defension, soweit er zu solcher verpflichtet ist. Nur wenn die Parteien mit dem genehmigten Formelentwurf zufrieden und bereit wären, auf dieser Basis zur Litiskontestation zu schreiten, müßte ein Judex gewählt und dessen Zuweisung vom Prätor erbeten werden. Der hätte auch bezüglich des Judex zu befinden und nur im Falle der genehmigenden Zuweisung folgten nunmehr endlich Litiskontestation und Judikationsbefehl.

Ob die Gestaltung des Verfahrens so gewesen, wird sich kaum mit Sicherheit feststellen lassen. Die aufgeworfene Teilfrage ist schließlich auch gegenüber dem Ganzen nicht mehr von so ausschlaggebender Bedeutung. Der Unterschied von der Wlassak'

---

[1]) Auch das actionem dare, an das ich seinerzeit dachte, die Zulassung des Rechtsschutzanspruches, setzte noch keine fertige, sondern erst eine werdende Formel voraus, war aber durch die zurückgenommene Vorstellung bedingt, daß der Prätor die endgiltige Formel selbst herstellte und in einem anderen (formalen) Dare-Akt dem Kläger überreichte.

schen Vorstellung[1]) wäre im wesentlichen nur der, daß nach der hier vorgetragenen Hypothese Richterwahl und -Zuweisung dem Dare-Dekret nachfolgten und nur dann nachfolgten, wenn beide Parteien sich zur Prozeßübernahme auf Grund des dem Dare-Dekret zugrunde liegenden, sachlich, da der Prätor sein letztes Wort in formeller Weise gesprochen hatte, nicht mehr abänderlichen Prozeßprogrammes bereit erklärt hätten. Es scheint mir mit der Ökonomie eines so fein gestalteten Organismus, wie es das römische klassische Prozeßverfahren war, nicht leicht vereinbarlich, anzunehmen, daß vor dem Dare-Dekret schon ein Judex ausgewählt und seine Zuweisbarkeit vom Prätor hätte geprüft werden müssen, dann aber plötzlich der Kläger von einer weiteren Verfolgung der Sache — Aufforderung des Beklagten zur Litiskontestation — abgesehen oder der Beklagte die Litiskontestation durch Konfession gegenstandslos gemacht hätte. Gewiß mochte es hie und da vorkommen, daß sich die Parteien nach dem Dare-Dekret und vor der Litiskontestation noch anders entschlossen, gewiß stand ihnen bis zur Litiskontestation diese Möglichkeit offen, aber so häufig werden diese Fälle kaum gewesen sein, daß man schon mit Rücksicht auf sie stets mit der Entscheidung über das X des Formelentwurfes auch die über die Person des Judex verbunden und jedenfalls in all denjenigen Fällen Judexwahl und -Zuweisung umsonst vorgenommen haben wird, wo sich der Beklagte angesichts der Entschlossenheit des Prätors zur Konfession bequemte.

Ich weiß sehr wohl, daß die Vorstellung von einem Dare-Dekret ohne Richternennung nicht etwas durchaus Neues bedeutet[2]). Schon an das, was ich selber vor Jahren zum actionem dare ausgeführt habe[3]), darf erinnert sein. Ich sprach damals von der „Zulassung eines bestimmt formulierten Rechtsschutzanspruches“[4]). Damit ist der Vorstellung von der Verwendung eines Formelentwurfes, dem zur vollkommenen Formel nur noch der Richtername fehlt, schon nahegekommen. Nur müssen, um unser Bild

---

[1]) Vgl. die J. B. 18[11] erneut aufgestellte Abfolge der Akte.

[2]) Vgl. aus neuerer Zeit insbesonders Hans Busz, die Form der Litiscontestatio (Diss. 1907).

[3]) A. i. 144 ff. u. ö.

[4]) A. i. 144.

nicht von vorneherein undeutlich zu machen, dabei zwei Dinge wiederholt klargestellt sein: einmal, daß die Formel auf Parteienwerk zurückgeht und daß der Prätor nur genehmigt; dann aber, daß ein grundsätzlicher Unterschied meiner jetzigen Auffassung von früheren eigenen und fremden Anschauungen darin besteht, daß man früher Litiskontestationsvollzug mit einer noch richterlosen Formel erwog, während ich nunmehr nur die Hypothese eines der Litiskontestation — für die ich die Notwendigkeit vorangehender Richterwahl und -Zuweisung annehme — vorausgehenden[1]) Dare-Dekrets noch ohne Richternennung erwäge.

Eine Prüfung beider Möglichkeiten — Dare-Dekret vor der individuellen Richterwahl; Dare-Dekret nach der Wahl — und eine Gegenüberstellung der Gestaltung des Verfahrens unter der einen oder der anderen Annahme wird vielleicht zu vorläufiger Klärung beitragen können. Wenn wir annehmen, daß das Dare-Dekret sich zwar auf den bezüglich der notwendigen und der zufälligen Formelbestandteile vollendeten, nur noch durch den Richternamen zu ergänzenden Entwurf bezog, also auf einen Urkundenentwurf, der nur darum noch Entwurf war, weil der Richtername fehlte, so würde für den Fall, als sich die Parteien auf diesen Text als Prozeßprogramm einließen und auf dieser sachlichen Grundlage die Litiskonstation zu vollziehen bereit waren[2]), aber auch nur

---

[1]) Ähnlich Busz, aber doch nicht gleich. Vgl. dazu Wlassak, J. B. 30^{38}. Was also gegen eine Litiskontestation mit richterloser Formel ausgeführt wird (J. B. 103 ff.), trifft nicht gegen eine Hypothese zu, welche die Richterwahl zwar hinter das Dare-Dekret aber doch vor die Litiskontestation verlegt. Dagegen scheinen mir sehr beachtliche, gegenteilige Bedenken, vor allem die von Lenel, Sav. Z. 24, 338 f., gegen Wahl und Zuweisung (Lenel spricht noch von „Ernennung" vgl. jetzt Wlassak, J. B. 112 f.) Abwesender als Richter vorgebrachten Gründe, die letztlich zur Lehre von der richterlosen Formel geführt haben, und die a priori einen starken Eindruck machen mußten, bei unserer Hypothese berücksichtigt und eliminiert zu sein. Wir werden vielmehr gerade diese Argumente auch für unsere Hypothese gut verwerten können. Vgl. zur Sache noch besonders Wlassak, J. B. 16^{4}. 30^{38}. 103 ff., wo der Einfluß von Lenel's Abhandlung auf die Literatur besprochen und auch bekämpft ist.

[2]) Ich leugne nicht, daß auch nach solcher Bereitschaftserklärung zur Litiskontestation, von der allein aus die Richterwahl einen Sinn gewann, im letzten Moment vor der Litiskontestation eine Partei abspringen konnte. Aber es erscheint mir zu unwarscheinlich, daß um solch unentschlossener

für dieser Fall zur Richterwahl geschritten werden. Die Parteien hätten nach dem Dare-Dekret Zeit zur Überlegung, da alles Übrige bis auf die Person des Richters feststünde, und sie wissen müßten, daß der Prätor einer Änderung des sachlichen Formelinhalts keine Genehmigung geben würde[1]). Dabei konnte es nur nützlich sein, wenn zwischen dem Dare-Dekret und dem Termin für die Richterwahl eine nicht zu kurz bemessene Frist lag. Vielleicht erschienen dann die Parteien am Richterwahltage gar nicht, weil inzwischen der Streit in irgend einer Weise friedlich erledigt gewesen wäre.

Unsere Hypothese führt uns nun zur Annahme eines bestimmten späteren Termins für die Richterwahl. Für diesen Termin, der für eine Reihe von in Aussicht stehenden Prozessen ja gemeinsam festgesetzt werden konnte, konnten die Listenrichter vor den Prätor geladen werden, damit dort in ihrer Gegenwart sich Wahl und Zuweisung vollziehen, sie wohl auch gleich den Judikationsbefehl empfangen und den Parteien den ersten Termin für das Verfahren apud iudicem anberaumen konnten. Es läßt sich wohl denken, daß von vorneherein bestimmte Termine festgesetzt waren, an welchen die Wahl der Listenrichter für die inzwischen soweit gediehenen Rechtsstreitigkeiten stattzufinden hatte[2]). Sache der Parteien war es jedenfalls, den Richter für ihren Fall, sei es durch Vereinbarung, sei es durch Los, sei es aus der Liste, sei es durch freie Wahl eines zum Richteramt Geeigneten, ausfindig zu machen und dem Magistrat behufs Zuweisung und Judikationsbefehlserteilung zu präsentieren. All das mußte sich sehr vereinfachen, wenn schon bei der Auswahl und Zuweisung der Spruchrichter diese beim Prätor zugegen waren. Ja, wie wollte man sich denn bei Abwesenheit des zum Richteramt Erkorenen dessen versichern, daß er nicht, sowie er den Judi-

---

und wetterwendischer Parteien wegen, die übrigens vielleicht in Rom seltener waren als sonstwo, jeder Rechtsstreit mit der Richterwahl belastet wurde, obwohl diese vielleicht nach dem Bescheid des Prätors über den sachlichen Formeltext überflüssig war.

[1]) Auf die Bedeutung einer solchen für die Parteien entscheidenden Kenntnis des vom Prätor genehmigten Formeltextes macht Wlassak, J. B. 21, hinreichend aufmerksam. Nur macht er davon bloß die Kontestationsfrage, nicht auch schon die der Richtereinsetzung abhängig.

[2]) Ähnliche Erwägungen bei Wlassak, J. B. 116. Ich glaube, daß nach meiner Hypothese auch hier Manches sich vereinfachen würde.

kationsbefehl erhielt[1]), Exkusationsgründe vorbrachte? Waren diese Entschuldigungen stichhaltig, so mußte der entschuldigte Judex im Wege der Translation durch einen anderen ersetzt werden[2]). Es scheint mir nicht wahrscheinlich, daß dieser doch komplizierte[3]), vielleicht sogar einen eigenen, auf die beabsichtigte Translation hinweisenden Formelzusatz erheischende[4]), jedenfalls nicht alltägliche Vorgang[5]) in jedem nicht bei der Listenaufstellung bezw. Revision vorgebrachten[6]) oder sonst zufällig schon dem Prätor bekannten Exkusationsfalle notwendig wurde.

Wenn wir uns die Judexwahl, das ihr folgende Prüfungsverfahren wegen eventuell geltend gemachter Unfähigkeits- oder Exkusationsgründe und endlich im günstigen Falle die Zuweisung des Judex in einem späteren Termine als dem des Dare-Dekretes vorstellen, so ließe sich, um auch diese Formfrage für unsere Hypothese vorweg zu erwähnen, wohl vorstellen, daß der Prätor pro tribunali ein Dekret erließe, in welchem er den erwählten und durch keinen Unfähigkeits- oder Entschuldigungsgrund ausgenommenen Judex den Parteien gegenüber genehmigte. Stellt man sich einen eigenen Termin für Richterwahl und Zuweisung vor, so mochten die Einzelfälle in rascher Form erledigt und, sei es anschließend an die einzelnen Dare-Dekrete in diese

---

[1]) Nach Wlassak, J. B. 116, „erhält der Richter statt durch die Streitparteien vielmehr durch amtlichen Bescheid Kenntnis von seiner Bestellung, und zwar durch den Judikationsbefehl, den ihm ohne Zweifel ein Gerichtsbote des Magistrats (viator) in dessen Auftrag zu übergeben hatte“. Ich will nicht die Möglichkeit eines solchen Vorganges bestreiten, wohl aber scheint er mir weniger praktisch und darum wenig wahrscheinlich.

[2]) Vgl. Wlassak, J. B. 61 f.[4].

[3]) Gerade die erwähnten Schwierigkeiten bestimmten Koschaker, Translatio iudicii (1905), 316 ff., den Vorschlag einer richterlosen Formel in Erwägung zu ziehen, ohne sich ihn freilich vorbehaltlos anzueignen.

[4]) Wlassak, a. a. O., denkt an eine der beim Translationsakt verwendeten Formel eingefügte Präskription.

[5]) Die von Wlassak, J. B. 114[75], für die Zulässigkeit nachträglicher Befreiung des schon gewählten und zugewiesenen Spruchrichters angeführten Stellen beweisen gewiß die Möglichkeit eines zolchen Vorganges, deuten aber doch wohl auf ausnahmsweise Tatbestände hin.

[6]) Vgl. Lenel, E. P. 161 f.; Steinwenter, Pauly-Wissowas Realenz. Judex 2466.

Einzelprotokolle[1]), sei es in ein Sammelprotokoll dieser Richterbestellungstagsatzung eingetragen worden sein.

Freilich würde all das bisher Gesagte nicht ausreichen, um eine neue Hypothese aufzustellen, denn selbst einem Recht gegenüber, für das wir die Vermutung der Zweckmäßigkeit aller seiner Einrichtungen gerne in Anspruch nehmen, ist der Einwand nicht zu entkräften, daß auch eine von uns heute als unzweckmäßig erkannte und „verurteilte Einrichtung nicht doch lebendige Wirklichkeit“[2]) gewesen sein kann. Nichtsdestoweniger wird man aber doch einem solchen Rechte gegenüber den Tadel der Unzweckmäßigkeit einer Prozeßeinrichtung nicht gerne aussprechen, wenn Fingerzeige für eine andere Möglichkeit gegeben sind. Ist letzteres aber der Fall, dann mögen auch solche Zweckmäßigkeitserwägungen, wie wir sie eben angestellt haben, eine Stütze für diese andere Möglichkeit abgeben.

Daß zunächst die Vorstellung von einer Abtrennung der Judexwahl von der sonstigen Vereinbarung über das Prozeßprogramm in der römischen Prozeßgeschichte nichts Unerhörtes bedeutet, zeigt schon das Verfahren in der Legisaktionenzeit nach der lex Pinaria[3]). Danach war „der Judex“ der mittleren Republik regelmäßig im Zeitpunkt der Hauptaktion gar noch nicht vorhanden, sondern (er wurde) erst später, frühestens nach 30 Tagen, bestellt“[4]). Die „Hauptaktion“ machten eben die Spruchformeln der Parteien aus, zu denen die bekannten verba legitima des Magistrates[5]) treten mußten. All das lag aber, soweit pinarisches Recht in Frage kam, vor der Judexbestellung. Ja, noch mehr: die Vorstellung von einer irgendwie unabhängig von der prätorischen Judexzuweisung geschehenden magistratischen Einwilligungserklärung zur künftigen Legisaktion, von einem Versprechen, bei der Legisaktion mitzutun und sie dadurch zu ermöglichen, ist für das Legisaktionenverfahren unentbehrlich[6]). Ich glaube nicht

---

[1]) Vgl. oben S. 36.

[2]) Wlassak 113.

[3]) Gai. 4, 15. 17a. 18f.

[4]) Wlassak, J. B. 5.

[5]) Wlassak, Sav. Z. 25, 81 ff. 173.

[6]) Wlassak, a. a. O. 173: „Die Parteien konnten vernünftigerweise niemals mit dem Vollzug einer gerichtlichen Legisactio auch nur beginnen,

fehl zu gehen, wenn ich in dieser Einwilligungserklärung die Vorlage des späteren Dare-Dekrets, wie es oben hypothetisch geschildert wurde, sehe[1]).

Wir sahen: soweit die lex Pinaria Geltung hatte, scheidet sich die Judexbestellung deutlich, und zwar schon als zeitlich nachfolgender Akt, von den sonstigen zur Prozeßbegründung erforderlichen Rechtshandlungen. Hätte die lex Pinaria für die Zeit des Schriftformelverfahrens Geltung behalten, so wäre unsere Frage damit quellenmäßig erledigt. Aber über der Geschichte der lex Pinaria liegt Dunkel und die Literatur muß darum schwanken. Vielfach wird ohne weiteres Fortfall der Lex angenommen[2]).

---

ehe sie sich nicht der Zustimmung des zum Mitreden berufenen Magistrats versichert hatten. Diese formlos zu erteilende, der solennen Spruchhandlung voraufgehende Bewilligung wurde natürlich durch eine Änderung, die lediglich die äußere Gestalt der Actio selbst betraf, gar nicht berührt." Vgl. das Vorhergehende. Vgl. S. 83: „War bei jeder gerichtlichen Legisactio ein Mitreden des Konsuls, später des Prätors unerläßlich, um die Handlung der Parteien rechtsgiltig zu machen, so mußten sich diese, ehe sie ihre Formeln auszusprechen begannen, die beabsichtigte Aktion vom Beamten, wenn auch nur formlos, bewilligen lassen, da sie sonst Gefahr liefen, mit ihren Sprüchen allein zu bleiben, mithin ungiltig zu handeln. Fiel der Prätor mit seinem carmen auf das jeweils maßgebende Stichwort nicht ein, so war die Legisactio vereitelt."

[1]) Ich möchte deshalb meine Zustimmung zu den eben abgedruckten Zitaten insoferne einschränken, als mich die Formlosigkeit der magistratischen Bewilligung auch im Legisaktionenverfahren nicht sicher dünkt.

[2]) Oder es wird wenigstens von dieser Lex nur im Zusammenhang mit dem Legisaktionenverfahren gesprochen. Vgl. etwa Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproc. I, 65; Bertolini, Processo civile I (= Appunti didattici di Diritto Romano. Ser. sec. 1913) 109. 117 f.[2]. 119[1]; Costa, Profilo storico del processo civile romano (1918) 22; Girard, Manuel élém. de Droit Romain[7] (1924) 1045[3]; Girard, Les assisses de Cicéron en Cilicie in Mélanges Boissier (1903), S. 2 (S.-A.); Wenger, Zivilpr. 122; E. Weiß, Pauly-Wissowa, Realenz. Legis actio 1840. Eine entgegengesetzte Stellung nimmt dagegen von Älteren ein Huschke, Das alte röm. Jahr (1869) 353; vgl. ferner Ferd. Walter, Gesch. d. röm. Rechts II[3] (1861) 371, der auch die Fortdauer der pinarischen Frist im Formularverfahren für gegeben hält, wobei nur seine Begründung nicht standhält. Vgl. unten S. 73 N 3 und S. 74 N. 1. In der neueren Literatur hat sich Rich. Schott, Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Civilprozeß (1903) 59; Röm. Zivilproz. und moderne Prozeßwissenschaft (1904) 44 ff. für Fortdauer der lex Pinaria erklärt; teilweise zustimmend Partsch, Schriftformel im röm. Provinzialproz. (1905) 35; gegen Fortdauer Bekker, Sav.

Freilich die Basis, die hiefür die Überlieferung bietet, ist recht schmal. Als ausdrückliches Zeugnis kommt für dieses Gesetz ja überhaupt nur die zum Teil schlecht leserliche, aber doch wohl so sicher ergänzte Stelle[1]) bei Gai. 4, 15 in Betracht: ? . . . ? ad iudicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur. ut autem die XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex; außerdem aber kann, soweit ich sehe[2]), nur noch Pseudo-Asconius p. 164 (Orelli)[3]) hierher bezogen werden: poscebant iudicem qui dabatur post trigesimum diem, wornach also die Parteien den Judex postulierten, d. h. vom Magistrat die Autorisierung (Zuweisung) des von ihnen auserwählten Judex und gewiß auch den Judikationsbefehl[4]) an diesen begehrten. Von der Aufhebung des Gesetzes, bzw. von seiner Nichtgeltung im Formularverfahren ist nirgends ausdrücklich die Rede. Die herrschende, allerdings nur selten klar ausgesprochene Anschauung in unserer Literatur[5]) geht nun wohl dahin, daß die Lex Pinaria das Schicksal der streitigen Prozeß-

---

Z. 27, 43 und Steinwenter, Pauly-Wissowas Realenzykl. Judex 2468. Die weiteren an die lex Pinaria sich anknüpfenden Fragen treten für uns hier zurück, so insbesondere der jetzt allgemein abgelehnte Versuch, das jüngere Alter des unus iudex gegenüber den Zentumvirn von dieser Lex herzuleiten (Keller, dagegen schon Wach in der 6. A. zu Keller, Röm. Civilproc. S. 59 N. 197, und eingehend Wlassak, Processges. I, 131 ff. und sonst); ferner die mehrfach beifällig aufgenommene Begründung der pinarischen Vorschrift als einer Überlegungsfrist für die Parteien seit der Verweltlichung des Sakramentsprozesses, die Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsgesch. (1896) 217 ff. versucht hat. Dazu Bertolini, a. a. O. 118[2]; Girard, Manuel, a. a. O. und eingehender Histoire de l'organisation judiciaire (1901) 81[1], vgl. aber auch 55[2]. S. unten S. 71 N. 1.

[1]) Vgl. Wlassak, Proceßges. I, 133[5]. Text nach Krüger-Studemund; kleine Abweichungen bei Huschke-Seckel-Kübler kommen hier nicht in Betracht.

[2]) Auch Rotondi, Leges publicae populi Romani (1912) 472 zitiert keine weiteren Quellen.

[3]) Zu Cic. in Verr. II, 1, 9, 26; vgl. auch Kipp, Litisdenuntiation (1887) 76, der Gai. und Ps. Asc. nur aufs Legisaktionenverfahren bezieht, und Wlassak, Processges. II, 335.

[4]) Über diesen im Legisaktionenverfahren Wlassak, J. B. 13 f.

[5]) Vgl. oben S. 69 f. N. 2.

legisaktionen selbstverständlich geteilt habe, daß das pinarische Recht mit dem des Formularprozesses schlechthin unvereinbarlich sei[1]), daher also besondere Gründe für das Verschwinden dieser Lex anzugeben müßig sei. Dabei ist nun Wlassak[2]) Folgendes uneingeschränkt zuzugeben: die streitige zweigeteilte Legis actio, von der das — in den beiderseitigen vom prätorischen Mitspruch ergänzten Sprüchen bestehende — Hauptstück seit der lex Pinaria erst nach 30 Tagen durch die Richtereinsetzung ergänzt wurde[3]), ist im Formularverfahren durch einen einheitlichen Litiskontestationsakt mit gleichzeitiger Vereinbarung über die genehmigte Formel und Einsetzung des in der Formel genannten und schon zugewiesenen Judex ersetzt. Insoweit also die Litiskontestation des Formularverfahrens nicht ein in Hauptstück und nachfolgende Ergänzungsaktion zerfallender, sondern ein in jeder Hinsicht, auch zeitlich, einheitlicher Akt ist, insoweit mußte das Recht der Pinaria mit dem Legisaktionenverfahren verschwinden. Wenn wir uns die zur Prozeßbegründung führenden Vorgänge nach pinarischem und nach äbutisch-julischem Prozeßrecht[4]) vorzustellen suchen und gegeneinander halten, so bekommen wir über das Verfahren in iure etwa folgende zwei Bilder:

---

[1]) Wlassak schreibt J. B. 51[17]: „Den Wegfall des Pinarischen Rechts bezeugt — wie ich glaube — schon das erste dabatur bei Gai. 4, 15“ und verweist dazu auf seine Bemerkung Zur Gesch. d. Cognitur (Breslauer Festg. f. Ihering 1892) 39[8]. Dort ist in Text und Note dargetan, daß schon unter Augustus „die republikanische Legisactio für Streitsachen ihre Geltung ganz und gar verloren“ hatte.

[2]) Vgl. Proceßges. II, 197[18]; Ursprung der Einrede (Festschr. d. österr. Ztschr. f. Notariat f. Leop. Pfaff, 1910) 21[36]; Zum röm. Provinzialprozeß (Wien. Akad. Wiss., Phil. hist. Kl., Sitz.-Ber., 190. Bd., 4. Abh. 1919) 26[25]; J. B. 13[9].

[3]) Über das Verhältnis beider innerlich zusammengehöriger und nur zeitlich auseinander gelegter Teile der Streitbefestigung des Legisaktionenprozesses vgl. Wlassak, Processges. II, 197[18]. Den Ergänzungsakt des pinarischen Rechts müssen wir uns zusammengesezt aus Richterwahl, Richterzuweisung durch den Prätor und Richtereinsetzung durch die Parteien denken. Vgl. den folgenden Text.

[4]) Im Sinne unserer Hypothese.

I. Nach pinarischem Prozeßrecht:

1. Verhandlung über die in Aussicht genommene Legisaktion und Erklärung des Magistrats, diese zu genehmigen und bei ihr mitzuwirken[1]);

2. Hauptstück der Legisaktion: Parteiensprüche und „Mitreden“ des Magistrats (erster und Hauptteil der Litiskontestation)[2]);

3. nach frühestens 30 Tagen[3]) folgen die zur Richtereinsetzung nötigen Schritte, die wir zerlegen können in[4]):

a) Richterwahl durch die Parteien[5]);

b) Zuweisung des Erwählten, wenn kein Unfähigkeits- oder Exkusationsgrund vorliegt;

c) Richtereinsetzung (Bestellung) im zweiten, nachgetragenen Schlußteil der Litiskontestation[6]).

4. Judikationsbefehl[7]).

II. Nach äbutisch-julischem Prozeßrecht[8]):

1. Verhandlung über die in Aussicht genommene Schriftformel und Erklärung des Magistrats, diese zu genehmigen (Dare-Dekret);

2. nach einer bestimmten Frist folgen an dem hiezu festgesetzten Termine die zur Richtereinsetzung nötigen Schritte, die wir zerlegen können in

---

1) Oben S. 68 f. N. 6.

2) Wohl suspensiv in der Ausschlußwirkung bedingt durch Richtereinsetzung nach Ablauf der 30 Tage. Wlassak, Proceßges. II, 197[18]. Vgl. oben 3 c.

3) Die 30 Tage waren wohl eine Minimalfrist. So auch Schott, Röm Zivilproz. und modern. Prozeßwiss. 46. A. M. Hartmann-Ubbelohde, Röm. Gerichtsverfass. (1886) 444.

4) Vgl. oben S. 71 N 2.

5) Wenn sich die Parteien in der Zwischenzeit über die Person des Richters bereits geeinigt hatten, mußte nur noch die Bitte um Zuweisung gestellt werden. Fehlte es an einer solchen Einigung, so fand der Auswahlakt durch Auslosung aus der Reihe der Listenrichter in diesem Termine statt.

6) Vgl. oben S. 71 N. 3.

7) Wlassak, J. B. 14.

8) Hartmann-Ubbelohde, Röm. Gerichtsverfass. 462 erwägen Fortdauer der lex Pinaria nach der Aebutia, so lange das Formularverfahren nur erst fakultative Geltung hatte.

a) Richterwahl durch die Parteien[1]);

b) Zuweisung des Erwählten, wenn kein Unfähigkeits- oder Exkusationsgrund vorliegt;

3. Litiskontestation mit der durch den Richternamen ergänzten Formel, enthaltend die Einigung über das Prozeßprogramm und die Einsetzung des erwählten und zugewiesenen Richters.

4. Judikationsbefehl[2]).

Für eine Hypothese, die es ermöglicht, wie im pinarischen Recht zwischen die Entscheidung über den sachlichen Inhalt des Prozeßprogramms und die Richterwahl eine Frist einzuschalten, sprechen alle die Gründe, die geschichtlich die pinarische Reform als erwünscht erscheinen ließen, vor allem die Möglichkeit, den Parteien eine Überlegungsfrist zu geben, während welcher sich die Einsetzung eines Gerichts erübrigen konnte[3]). Es würde dann vom pinarischen Recht der auch nach den neuen Prozeßordnungen brauchbare Teil erhalten geblieben und nur soviel daran geändert worden sein, als durch das neue Prozeßmittel und die von ihm bedingte neue Litiskontestationsform geboten war. Man wird für die Möglichkeit solch teilweiser Fortgeltung des pinarischen Rechts billigerweise beim Stande unserer Prozeßrechtsüberlieferung nicht positive Quellenbeweise verlangen wollen, dies um so weniger, als ja auch die Aufhebung nicht positiv bezeugt ist, und als gerade die neuesten Forschungen uns wiederholt auf den engen Zusammenhang zwischen Legisaktionen- und Schriftformelrecht hingewiesen haben, also eine gewisse Wahrscheinlichkeit auch bei der Pinaria in dieser Richtung sprechen darf. Nur dann könnte gegen die Annahme einer Fortdauer in den gedachten Grenzen ein grundsätzliches Bedenken erhoben werden, wenn feststünde, daß im Schriftformelverfahren sich die Parteien über

---

1) Wie oben S. 72 N. 5.

2) Vgl. Wlassak, J. B. 21.

3) Vgl. Eisele, a. a. O. (oben S. 70 N. 2 ex 69) und die dort Zitierten. Walters Begründung der Frist, damit „der Prätor zur Abfassung der Formel Muße erhielt", ist natürlich jetzt grundsätzlich abzulehnen. In der Begründung wie Eisele im Wesentlichen auch Schott, a. a. O. (oben S. 72 N. 3), der unabhängig von Eisele in dieser Frist „eines jener von den Römern so oft psychologisch fein ersonnenen Mittel" sieht, „durch welche sie ihren Zweck ohne Zwang erreichten."

Formelinhalt und Judex vor dem Dare-Dekret des Prätors geeinigt haben mußten. Das aber ist eben die zur Untersuchung stehende Frage.

Es mußte hier genügen, die Möglichkeit einer Trennung des Dare-Dekrets von Richterwahl und Richterzuweisung im Lichte der neuen Forschungen[1]) über das Verfahren in iure und das Verhältnis von Parteien und Prätor zur Formel zu erwägen. Weitere Untersuchungen über die Vorgänge bei der Richterauslosung und Richterzuweisung, sowie über die Reihenfolge, in der die einzelnen causae daran kamen, anzustellen, muß hier unterlassen werden, wollen wir nicht von der Hauptsache zu sehr abkommen[2]). Es ist schon oben[3]) auf den Unterschied unserer Hypothese von derjenigen, welche Litiskontestation mit richterloser Formel erwogen hatte, hingewiesen worden. Wir nehmen die Reihenfolge an: Dare-Dekret als Zulassung des nur noch des Richternamens entbehrenden, sonst endgiltig formulierten Formelentwurfs; Richterwahl und Zuweisung; Litiskontestation mit der durch den Richternamen ergänzten — und damit aus dem Entwurf zur Formel gewordenen — Schriftformel; Judikationsbefehl[4]).

Damit glaube ich auch eine plausible Erklärung[5]) für die merkwürdigen „Formeln" gefunden zu haben, die wir im 4. Buch des Gaius, also einer Schulschrift, lesen, und die wiederholt eben

---

[1]) Walter, a. a. O. (oben S. 69 N. 2) bezieht sich zur Begründung seiner Ansicht über Fortdauer der Pinaria auf Serv. ad Aeneid. 6, 431. Die vielverhandelte — vgl. dazu eingehend Hartmann-Ubbelohde, Gerichtsverfassung 366 ff., aber auch Wlassak, zuletzt J. B. 9[16] —, aber recht unklare Stelle, bietet m. E. für unsere Frage keine, wenigstens keine sichere Antwort.

[2]) Diese schwierigen Fragen vertrügen unter Verwertung der neuen Anschauungen über den römischen Privatprozeß m. E. auch nach den so eingehenden Untersuchungen von Hartmann-Ubbelohde, Röm. Gerichtsverfass. insb. 366 ff. eine neue Bearbeitung.

[3]) S. 65 und dort N. 1.

[4]) Der Unterschied von Wlassaks Schilderung, J. B. 21 und sonst, liegt also nur in der angenommenen Loslösung der Richtereinsetzung und -Zulassung vom Dare-Dekret über den Wortlaut des sachlichen Textes. Dagegen stimme ich insoferne vollkommen Wlassak zu, als das dare iudicium und iudicem vor der Litiskontestation liegen, der Judikationsbefehl aber, das iudicare iubere ihr folgen muß.

[5]) Ich leugne nicht, daß auch Wlassaks Erklärung 110 f. ausreichen mag. Im Übrigen ist sie mit der unsrigen nicht unvereinbar.

durch das Fehlen eines die Stelle des individuellen Judexnamens vertretenden Blankettwortes Aufsehen erregt und zur Annahme der richterlosen Formel Anlaß gegeben haben. Es sind eben noch nicht fertige Formeln, sondern die durch den Richternamen noch zu ergänzenden Formelentwürfe, welche vom Jurisdiktionsmagistrat gebilligt und für die künftige Litiskontestation in Aussicht genommen sind. Alles materiell- und prozeßrechtlich Wertvolle, was namentlich für den Unterricht erheblich und verwertbar sein konnte, war vor dem Dare-Dekret schon von den Parteien unter prätorischer Aufsicht in den Entwurf verarbeitet. Diesen Text des Si paret-Satzes hatte der Prätor genehmigt und keinen anderen: er war nach dem Dare-Dekret unabänderlich und die Parteien waren daran gebunden[1]). Das „Iudex esto" ohne Blankett- bzw. Individualname des noch gar nicht erwählten Richters mußte aber schon im Entwurf stehen, damit man wisse, wer denn der Dritte sein werde, dessen Schiedsspruch die Parteien mit dem condemnato — absolvito meinten: eben ein Iudex oder Recuperatores, jedenfalls kein gewöhnlicher Schiedsrichter. Denn ansonst konnte die Vereinbarung eines privaten Schiedsgerichts durch die Parteien einen ganz parallelen sprachlichen Aufbau tragen wie eine Formel. Im „iudex esto" erklären die Parteien einander, daß, wenn es zum Prozeßbegründungsakte kommt, dies ein Prozeß sein wird, der mit einem staatlich anerkannten, rechtskräftigen und im Kondemnationsfalle mit Staatshilfe vollstreckbaren Urteil enden wird[2]).

In ähnlicher Weise wie die Formulare ohne Richternamen bei Gaius, lassen sich auch die des rubrischen Gesetzes[3]) deuten, auf die Lenel[4]) Gewicht legt und die Wlassak auf andere Weise erklären möchte[5]). In den c. 20 angegebenen Formularen sind

---

[1]) In welchem Sinne das gemeint ist, ist schon oben ausgeführt S. 63. Daß keine Partei positiv zur Litiskontestation verhalten war, wenn ihr nachträglich bis zu dieser Bedenken kamen, ist gewiß — eben so sicher aber, daß der Prätor das Dare-Dekret nicht erließ, um es nachher wieder abzuändern. Über gelegentliche seltene Ausnahmen s. u. S. 78 N. 5.

[2]) Vgl. Steinwenter, Pauly-Wissowas Realenz. Judex 2465.

[3]) Lex Rubria de Gallia Cisalpina CILI² Nr. 592. Bruns Fontes⁷ p. 97 ss.

[4]) Sav. Z. 24, 338.

[5]) J. B. 111 f.

zwar bekanntlich für Parteien und Ort Blankettnamen eingefügt, die nach der ängstlichen Vorschrift der Lex im konkreten Falle durch die richtigen Namen zu ersetzen sind[1]), während es ohne Blankettnamen heißt[2]): Iudex esto. Sei .... Q. Licinius damni infectei .... stipulationem .... L. Seio repromeississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona .... eius iudex Q. Licinium L. Seio .... condemnato, sei non paret absolvito. Dieses Schema wird nun so eingeleitet[3]): (magistratus) in ea verba, si damnei infectei repromissum non erit, iudicium det itaque iudicare iubeat. Darüber ob mit der Zulassung der concepta verba zugleich schon die Judexzuweisung verbundeu sei, sagt doch die Stelle nichts. Und selbst das itaque iudicare iubeat kann ich zunächst in dieser Ankündigung, unter den gegebenen Verhältnissen ein iudicium zu geben, nur auf den in weiterer Folge — nach der Litiskontestation — in Aussicht gestellten Judikationsbefehl an einen Judex beziehen. Das Ganze kann also nur heißen: der Magistrat wird auf Grund des genehmigten Formeltextes — wenn ein Richter da sein wird — diesem den entsprechenden Judikationsbefehl erteilen. Daß zeitlich auseinanderfallende Akte aber im Gesetz so aneinandergerückt sind, als ob sie einander unmittelbar folgten, dafür darf vielleicht auf den Schluß von c. 20, 51 f.: de ea re iudicium detur iudiceturque verwiesen sein, zwei Akte zwischen welchen, mag man die Judexwahl vor oder nach dem Dare-Dekret ansetzen, doch zweifellos die Litiskontestation und das ganze Verfahren vor dem Judex liegen, die nicht erwähnt sind. Und zwischen dem iudicium det itaque iudicare iubeat[4]) liegt doch auch die Litiskontestation, vor deren die Richtereinsetzung enthaltenden integrierenden Bestandteile ja der Judikationsbefehl in der Luft hinge.

Wo ferner die Zulassung des Judiziums und die Zuweisung des Judex auseinandergehalten werden, liegt doch wohl die Vorstellung von der Selbständigkeit beider für die Litiskontestation

---

[1]) c. 20, 41 ff.

[2]) c. 20, 22 ff.

[3]) c. 20, 21 f.

[4]) Sehr scharf scheidet Wlassak J. B. 111 die beiden Akte [„folgegemäß (itaque) d. h. nochmals“].

vorausgesetzten und ihr vorgehenden Akte zugrunde. Eine restlos eindeutige Terminologie läßt sich dabei allerdings gerade nicht allen Leges nachrühmen[1][2]). Wer dabei die eingehende Unter-

---

[1]) Vgl. dazu etwa die Beobachtungen Wlassaks, J. B. 33; 267 f. u. ö.

[2]) So wird in der lateinischen Tafel von Heraklea (CIL I² Nr. 593; Bruns, Fontes p. 162 ss.) Z. 44 f. iudicem iudiciumve ita dato und später iudicem iudiciumque dari nebeneinander gestellt. Wlassak, J. B. 268, vgl. 33⁶, erklärt sich die „vollere Ausdrucksweise" „als Nachwirkung von der Legis actio her, in der das iudicem dare regelmäßig eine von der Hauptaktion getrennte Handlung war". So gerne man von unserer Hypothese aus diese Erklärung annehmen, ja erweiternd auf eine noch bestehende Trennung beider Akte beziehen möchte, so bleibt doch die Anordnung auffallend, die das iudicem dare vor das iudicium dare stellt. Denn wenn man nicht einfach iudicium dare mit „Gericht zulassen" wiedergeben, also beide Ausdrücke als synonym hinstellen und demgemäß in dem an zweiter Stelle überlieferten iudiciumque das q tilgen will, so erschiene in der Stelle die Richterzuweisung vor der Zulassung der concepta verba, während wir doch die umgekehrte Reihenfolge in der Aufzählung erwarten würden. Wird man sich doch nicht um Auswahl und Zuweisung eines Judex bemühen, ehevor man weiß, ob der Prätor sich auf dare des Formeltextes, der postuliert ist, einlassen wird. Würde freilich die genannte Korrektur der Überlieferung statthaft sein, dann wäre die Stelle immerhin noch soweit von Wert, als sie einen von Wlassak (J. B. 32 f⁵) vermuteten älteren Gesetzesstil bestätigte, wo „bloß iudicem dare üblich war und zwar auch da, wo die Prozeßvorschrift mitbegriffen sein sollte". Man wird endlich bei der Bewertung gerade der Tafel von Heraklea auch die Unfertigkeit dieses Textes nicht außer Acht lassen dürfen: v. Premerstein, Sav. Z 43, 45 ff. denkt ja gerade an unreife Entwürfe, die vorschnell aus Cäsars Kanzlei nach seinem Tode als Gesetze publiziert worden seien. Und wie iudicem dare sich nur und wörtlich auf die Zuweisung eines Judex beziehen, außerdem aber auch eine weitere, die Bewilligung des Formeltextes mitumfassende Bedeutung gewinnen kann, so kann das iudicium dare sich entweder auf die Bewilligung der ganzen fertigen Formel (Formeltext und Richter) beziehen, die ja mit der zur Bewilligung des Formeltextes hinzukommenden Richterzuweisung geschehen ist, oder iudicium dare braucht nicht mehr zu besagen, als daß einstweilen dieses und kein anderes Prozeßprogramm die prätorische Genehmigung erhalten hat, während die Erledigung der Frage des iudicem dare, der Richterzuweisung, nötigenfalls nachfolgen wird. Im ersteren Sinne als auf die vollendete Formel bezüglich tritt uns das iudicium bei Cic. in Verr. II, 2, 12, 31 (s. den folgenden Text), im anderen m. E. in den vielen Fällen entgegen, wo erst die concepta verba und noch nicht der Richter zur Debatte steht, wo vom sachlichen Inhalt der zu gewährenden actio die Rede ist, wo aber jedenfalls zwar diese genau formulierten concepta verba, aber nur in weiterer Ferne ein Judex in Betracht kommt.

suchung aller Wendungen der gesetzlichen Texte, wie sie zuletzt Wlassak[1]) unternommen hat, auf sich wirken läßt, wird sich schwer des Eindrucks einer gewissen Unsicherheit oder vielleicht richtiger einer Freiheit in der Rechtssprache erwehren können. Gewiß mögen historische Wandlungen auch im Ausdruck zu verzeichnen sein, aber vielleicht wirkt doch zu nicht geringem Teil der Umstand mit, daß der Kenner, vor dessen Auge der lebendige Vorgang steht, leichter mit der Sprache umgeht, als es für unseren, den Nachgeborenen, Erkenntnisdrang erwünscht ist. Sollen für das Gesagte Belege gebracht werden? Ich denke das eine Wort iudicium mag genügen. Wie schwer ist es geworden[2]), seine schillernden Bedeutungen aufzuspüren!

Eines ist für uns von ausschlaggebender, darum hier wiederholter Bedeutung: das Werden der Formel im Laufe des Verfahrens. Ausgehend von dem im Edikt proponierten, abstrakten Schema[3]), dem objektiven Rechtssatz, gelangt der Kläger zur Durchsetzung seines Rechtes mit dem individuellen Prozeßmittel. Entscheidend ist dasjenige Werdestadium, in welchem der Prätor sich geneigt erklärt, auf ein bestimmtes Prozeßprogramm hin, das vor ihm die Parteien und ihre helfenden Juristen im Wettkampf der Meinungen und im vielleicht noch schärferen Wettkampf der Formulierung dieser Meinungen und Gegenmeinungen entworfen haben, dem vereinbarten Schiedsverfahren diejenige staatliche Förderung zu teil werden zu lassen, die es vom gewöhnlichen Schiedsgerichte vorteilhaft abhebt[4]). Darin sehe ich das entscheidende Charakteristikon des actionem (iudicium) dare. Jetzt stehen die concepta verba fest und den Parteien obliegt es, aus diesem bis auf den Richternamen fertigen[5]) Formelentwurf durch Richterwahl und Erwirkung der Richterzuweisung die fertige Formel zu machen,

---

[1]) J. B.

[2]) Und mag beigefügt sein, ist es noch.

[3]) Dieses Vorbild der werdenden konkreten Formel fehlt natürlich dort, wo erst auf Initiative der Parteien sich der Prätor zu einem noch nicht da gewesenen dare entschließt.

[4]) S. oben S. 75 N. 2.

[5]) Gewiß: denkbar, daß nachher der Prätor noch, wegen Nova etwa, seinen Entschluß ändert und das Dare-Dekret durch ein anderes ersetzt. Aber das mochte kaum in Betracht kommende seltene Ausnahme gewesen sein. Unabänderlich ist die Formel erst mit der Litiskontestation geworden.

mit der sie litem kontestieren können. Und nun endlich[1]) „die einzige aus dem Altertum überlieferte Prozeßformel, die für einen Einzelfall entworfen ist, sei es auch bloß erdacht, die also kein Schema sein will wie jene andern im Gesetz und im Lehrbuch.“ Cic. in Verr. II, 2, 12, 31: Si vero illud quoque accedet, ut in ea verba praetor iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi: L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, q. d. a., ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur, non necesse erit L. Octavo iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare quem non oporteat? Man muß unumwunden zugeben, daß hier mit iudicium nur die individuell ausgefüllte, also auch bereits den individuellen Richternamen tragende Schriftformel gemeint sein kann. Schlagend ist hierfür die Feststellung[2]), daß Cicero „ja die voll ausgefüllte Formel geradezu als Gegenstand des iudicium dare, eines Aktes also, dem die Streitbefestigung erst nachfolgt“, bezeichnet. Aber in diesem, besonders kraß erdachten Falle kommt es dem Redner nicht bloß darauf an, unmögliche concepta verba karrikierend als Inhalt der Formel hinzustellen, sondern vor allem die Macht des iussum iudicandi darzutun, die selbst (vel) einen Mann von den trefflichen Eigenschaften des L. Octavius Balbus zu einem so unerhörten Urteil zwingen konnte. Hier kommt es also auf die Zulassung[3]) von Formeltext und Richter an und hier kann mit dem iudicium dare alles zusammengefaßt sein, was der Magistrat tun konnte, um seinerseits die Voraussetzungen eines so seltsamen Prozesses zu geben. Auch in diesem Falle scheint mir übrigens die Auseinanderhaltung der Zulassung der concepta verba und der Zuweisung des Judex nicht wertlos. Derartige concepta verba, wie sie als sachlicher Formeltext hier unerlaubter Weise erreicht wurden, konnte man selbst einem Manne wie Balbus aufdrängen. Die sachliche Unerhörtheit des Kontextes wird durch die Betrauung

---

[1]) Ich zitiere Wlassak, J. B. 109.

[2]) Wlassak, J. B. 110.

[3]) Soferne man bei dieser Karrikatur einer Formel, die irgendwie mit ungerechten Zwangsmitteln als dem Kläger aufgehalst gedacht werden muß, davon sprechen kann. Hätte doch der Kläger, wenn er die Litiskontestation verweigerte, von diesem Formelungetüm nichts zu befürchten gehabt.

eines Mannes wie Balbus noch persönlich gesteigert. Die Frage, wie Formeltext und Judex zugelassen wurden, ob in zwei getrennt aufeinander folgenden Akten oder in einem einzigen, ist m. E. aus dem Text nicht zu entnehmen. Vollends, daß niemals ein Formeltext ohne Judexnennung Gegenstand eines Dare-Dekrets gewesen sei, wird man aus der Stelle nicht erschließen dürfen.

Zu der von uns supponierten Erklärung des Magistrats, einen Richter geben zu wollen, wenn die Parteien mit einem allein zulässig erklärten Formeltext sich befreundeten, möchte ich hier nur nochmals den Hinweis auf Berliner Griechische Urkunden (BGU) I, 114 anfügen, auf einen lang bekannten und in diesem Zusammenhang[1]), aber auch sonst viel verhandelten Prozeßpapyrus[2]) aus dem Anfang des 2. Jahrhunderts n. Chr. Hier erklärt der Statthalter (Z. 9 ff.): *Νοοῦμεν ὅτι αἱ παρακαταθῆκαι προῖκές εἰσιν. Ἐκ τῶν τοιούτων αἰτιῶν κριτὴν οὐ δίδωμι. Οὐ γὰρ ἔξεστιν στρατιώτην γαμεῖν. Εἰ δὲ προῖκα ἀπαιτεῖς, κριτὴν δίδωμι, δόξω πεπεῖσθαι νόμιμον εἶναι τὸν γάμον.* Ich kenne kein lebendigeres, eben dem Protokoll entnommenes Beispiel für denegatio der erstpostulierten, datio der anderen, demselben Ziele auf anderem Wege zustrebenden Actio. Freilich es handelt sich um Provinzialverfahren und so sehr man heute[3]) aus dem eigenartigen Auftreten des „zweigeteilten Amtsprozeßes“ geneigt sein wird, Analogieschlüsse auf das vorbildliche ordentliche Formularverfahren zu ziehen, so wird eine ganz vorsichtige Überlegung vielleicht gerade in puncto Richtereinsetzung auf den Unterschied hinweisen wollen, der zwischen beiden Verfahrensarten in dieser Frage besteht[4]).

---

[1]) A. i. 153 ff.

[2]) Mitteis, Chrestomathie d. Papyruskunde Nr. 372; dort und zuletzt bei P. M. Meyer, Jurist. Papyri S. 52 ff. Literatur. Der Gerichtsherr, vor dem die Verhandlung stattfindet, ist der Präfekt von Ägypten M. Rutilius Lupus (114/117 n. Chr.). (Die Anm. A. i. 155[5] ist daher zu streichen.) Die strittige Frage, ob es sich um Nachbildung einer fiktizischen Formel handelte, kann hier unerörtert bleiben.

[3]) Seit Wlassaks oben S. 71 N. 2 zitierten Buch zum röm. Provinzialprozeß. Zusammenfassender Überblick in meinem Zivilpr. 252 ff. zu unserer Frage s. bes. J. B. 252 ff. Vgl. aber auch Levy, Sav. Z. 46, 366 ff. und dazu die folgende Anm.

[4]) Levy hat im Verlaufe einer eingehenden Besprechung meiner Inst. d. röm. Zivilproz., Sav. Z. 46, 366 ff. gerade gegen die Einschiebung des

Während der Spruchrichter im ordentlichen Verfahren seine Legitimation von den ihn bestellenden Parteien herleitet und nur seine Richterdienstpflicht durch den Judikationsbefehl zudiktiert erhält, ist der Richter im Provinzialverfahren Gehilfe des Magistrats und wird von diesem bestellt. So könnte man wohl gegen einen Versuch, die Hypothese eines Dare-Dekrets noch ohne individueller Richterzuweisung durch das noch nicht individualisierte *κριτὴν διδόναι* des Papyrus zu unterstützen, die Einwendung geltend machen, daß ja im ordentlichen Verfahren die Person des Judex eine ganz andere Rolle spiele als im Provinzialprozeß. Ja, man könnte unbesehen sogar vermuten, daß hier in der Provinz ein besonderes dare iudicem gegenstandslos sei, und daß anstelle der darin erhaltenen Erklärung an die Streitparteien, zu der im ordo iudiciorum noch der Judikationsbefehl treten muß, ein einfaches Dekret an den kommandierten Richter genüge, das datio iudicis und iussum iudicandi in einem wäre. Aber eine aus solcher Vorsicht erwachsene Skepsis ginge doch zu weit. Wiederum darf ich mich erfreulicher Weise auf Wlassak[1]) berufen, der trotz aller hervorgehobenen grundsätzlichen Verschiedenheit der Stellung von Magistrat, Parteien und Judex[2]) doch aus den Papyri den Nachweis erbracht hat, daß die Einsetzung des individuellen Richters zwar in einem behördlichen Akt[3]) erfolgt, daß die diesbezügliche Verlautbarung aber den Parteien gegenüber stattfindet[4]), die so-

---

„Zwischengliedes" eines verstaatlichten Formularverfahrens ablehnende Bedenken in gewohnt ruhiger Überlegung vorgebracht. Ich möchte dazu hier nur vorläufig bemerken, daß auch ich den denaturierten Formelprozeß als einen „Unterfall" des Verfahrens extra ordinem (Levy 368) auffasse. Das ist vielleicht Zivilpr. 60 f. und namentlich in der allzu scharfen Dreigliederung S. 257 f. nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht. Es wäre dort statt 1. 2. 3. besser 1. 2. a und b zu setzen gewesen. Der verfassungsrechtliche Standpunkt, auf den ich, a. a. O. 258 ja auch hingewiesen habe, entscheidet. Aber das „Zwischenglied" als solches erkannt und damit anstelle einer der römischen Entwickelung so fremden scharfen Abgrenzung einen allmählichen Übergang auch hier festgestellt zu haben, halte ich doch für einen wesentlichen Gewinn unserer prozeßgeschichtlichen Erkenntnis.

[1]) J. B. 253 ff.

[2]) J. B. 258 f.

[3]) Insoweit also Amtsverfahren, nicht mehr Litiskontestation der Parteien im klassischen Sinn.

[4]) Mußvorschrift ist das freilich nicht. S. Wlassak, J. B. 253[29].

gar eine gewisse Einflußnahme auf die Auswahl zugebilligt erhalten. Dürfen wir so also — mutatis mutandis — die Parallele zwischen klassischem und provinzialem Prozeßrecht insoferne verwerten, als auch in diesem die an die Parteien adressierte Richterzuweisung von dem an den Zugewiesenen ergehenden Judikationsbefehl gesondert werden kann, so fragt es sich weiter, ob wir nicht auch fürs Provinzialprozeßrecht die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges überhaupt von der Zuweisung des individuellen Richters abzuheben vermögen. Denn wo überhaupt über eine Richterzuweisung entschieden wird, ist es doch natürliche Voraussetzung, daß darüber schon vorentschieden sei, daß die Frage überhaupt richterlicher Urteilsfindung zugänglich ist. Oder, um mich wieder der umstrittenen Terminologie vom Rechtsschutzanspruch zu bedienen, ehe entschieden ist, daß eine causa überhaupt des Rechtsschutzes würdig ist[1]), hätte es doch auch hier keinen Sinn, einen Judex zu bestellen. So scheint mir die Erklärung des vorgenannten *κριτὴν διδόναι* gesichert. Lupus antwortet dem Anwalt der Luria[2]) Macrina, der eine actio depositi directa postulierte, um damit die Dotalklage zu verschleiern: denego actionem. Aber er fügt, wohl auf das vielleicht dem Anwalt in den Mund gelegte Eventualpostulat einer Dotalklage mit Fiktion der Gültigkeit der Soldatenehe bei: Ja, in diesem Falle würde ich eine Klage zulassen oder, was dasselbe ist, einen Richter geben. Im unmittelbar vorangehend, freilich nur recht lückenhaft erhaltenen Protokolle[3]) sagt derselbe Lupus: *Περὶ* . . . . . .[4]) *τὸν στρατηγὸν τῆς πόλεως κριτή[ν σοι]*[5]) *δίδωμι.* Hier wird der bestimmte Richter individuell eingesetzt. Und wenn in einem anderen Text[6]) Julianus, der *διοικητὴς διέπων τὰ κατὰ τὴν δικαιοδοσίαν*, es den Parteien freistellt: *ἕλεσθε τίνα βούλεσθε μεσί-*

---

1) Was im klassischen Prozeßrecht auch dahin ausgedrückt werden kann: ob der Jurisdiktionsmagistrat sich zum Dare-Dekret eines diesen Anspruch enthaltenden Formelentwurfs entschließen wird oder nicht.

2) P. M. Meyer, Jur. Papyri 53[6].

3) BGU I, 114, 2 ff. = Mitteis Nr. 372.

4) Hier war der bereits als rechtsschutzwürdig erkannte Anspruch offenbar formuliert.

5) Zur Ergänzung Wlassak, J. B. 254.

6) Lond. II, 196, 13 ff. = Mitteis, Chrestom. Nr. 87.

τὴν, und dann, als die Wahl auf Domitios gefallen ist, sagt: *Δομίτιος καὶ μεσιτεύσι ὑμῶν καὶ κρινεῖ*, so ist es klar, daß der Magistrat wohl die Bestimmung der Person des Judex datus freiwillig den Parteien überlassen und sich hierin nach deren Wünschen richten kann, nicht aber die Beantwortung der Frage, ob eine Actio dieser Art unter diesen Parteien überhaupt möglich war.

Wenn wir uns aber endlich noch einmal die bei allen äußeren Ähnlichkeiten grundverschiedene Einsetzung des Richters im ordentlichen und im Provinzialverfahren vergegenwärtigen — dort Einsetzung des von den Parteien erwählten, vom Magistrat nur genehmigten Judex durch die Parteien; hier Einsetzung des vom Magistrat abhängigen Hilfsrichters, auf dessen Auswahl der Magistrat, wenn und soweit er will, den Parteien Einfluß gewähren kann, durch den Magistrat selbst — so wird sich noch ein äußerer Unterschied im Verfahren dort und hier herausstellen und auch aufklären. Der Judex datus ist ein Unterbeamter, der dem Magistrat zur Verfügung ist. Seine Person wird oft genug durch die Umstände sofort gegeben gewesen sein. Das mochte es mit sich bringen, daß hier tatsächlich oft unmittelbar nach der Entscheidung über die Zulässigkeit eines derartigen Rechtsstreites, wie ihn die Parteien oder auch nur der Kläger[1]) wollten, gleich auch der Richter eingesetzt werden konnte. Aber das ändert nichts an der m. E. — wie schon das Verhandlungsprotokoll des Lupus zeigt — auch hier theoretisch unerläßlichen Auseinanderhaltung von actionem dare und Einsetzung des individuellen Gerichts. Nur wenn der Magistrat vorweg ein *κριτὴν διδόναι* verkündete und damit die Möglichkeit eines Prozesses eröffnete, kam die zweite Frage nach der Person des Judex überhaupt zur Diskussion. Ob diese zweite Frage gleich anschließend an das Dekret *κριτὴν δίδωμι* oder erst nach einer Frist, wie etwa seinerzeit der pinarischen, erledigt wurde, ist dabei von untergeordneter Bedeutung und m. E. eben durch den ganz verschiedenen Vorgang der Richtereinsetzung hier und dort mitbedingt.

---

[1]) Hier spielt die Ausbildung des Kontumazialverfahrens herein. Vgl. Zivilpr. 271.

IV. Agere iudicati.

Besondere Schwierigkeiten scheint mir für das Verständnis des Verfahrens um Dare-Dekret und Formel auch heute noch das agere iudicati zu bereiten, das mich schon seinerzeit zu meinen allgemeinen Aufstellungen über das actionem dare überhaupt veranlaßt hatte[1]), Schwierigkeiten, welche durch die knappen Bemerkungen Wlassaks speziell zu diesem Einzelproblem[2]) für mich wenigstens nicht ganz behoben sind. Ausgegangen mag von der bekannten Tatsache sein, daß Judikationsprozesse — also ein agere iudicati im Sinne der Prozeßführung, wie wir sie normal für den Verlauf des agere schlechthin voraussetzen — nicht allzu häufig gewesen sein werden. Schon der Umstand, daß der verurteilte Schuldner zur Litiskontestation über eine actio iudicati gar nicht zugelassen wurde, wenn er nicht propter genus actionis Kaution stellte (Gai. 4, 102), wird die Zahl solcher Fälle stark eingeschränkt und manchem widerwilligen Schuldner schon bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen gezeigt haben, daß ein Verzögerungsmanöver ausgeschlossen war. Soweit die Prozeßvoraussetzungen in iure behandelt wurden[3]), und es sich dabei also um die Frage handelt, ob überhaupt ein iudicium zwischen Gläubiger und Schuldner zustande kommen konnte, so trat die Gestaltung der Formel vorläufig noch zurück. Wlassak selbst hat bei der Erörterung[4]) der nicht restlos und mit aller wünschenswerten Klarheit aus den Quellen zu beantwortenden Fragen nach der Behandlung dieser Prozeßvoraussetzungen in iure immerhin, wenn ich recht sehe, die Möglichkeit offen gelassen, daß bei einer solchen Verhandlung der Formelentwurf gewiß nicht im Mittelpunkt stand[5]), hat aber

---

[1]) Zur Lehre von der actio iudicati (1901) 127 ff.

[2]) P. F. 206.

[3]) Ich wähle diese Formulierung mit Rücksicht auf das von Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage 33 Bemerkte, brauche aber darum auf die Frage der Prozeßvoraussetzungen hier nicht grundsätzlich einzugehen. Kamen Prozeßvoraussetzungen erst vor dem Judex zur Sprache, so war selbstverständlich schon die Formel da.

[4]) P. F. 199 ff.

[5]) Wlassak schreibt, a. a. O. 201: „Über die bisher flüchtig berührten Voraussetzungen giltiger Prozeßgründung" (gemeint sind die S. 199 f. gestreiften Fälle der Zuständigkeit des Gerichtes, Zulässigkeit des Rechtsweges,

doch auch für solche Fälle die Verwendung eines Formelentwurfes für nützlich und dessen Vorhandensein für selbstverständlich angesehen[1]).

Wir haben eben der Satisdation bei der actio iudicati gedacht. Wenn diese auch zu den Prozeßvoraussetzungen gehörte, die immer erfüllt sein mußten, mochte die actio iudicati in duplum gehen oder mochten die seltenen Ausnahmefälle einer actio iudicati in simplum vorliegen, und wenn auch bei der Verhandlung über diese sowie über andere Prozeßvoraussetzungen die Frage der Formelgestaltung zurücktrat, so mußte doch gerade hier, wo die Satisdationspflicht nicht auf der Person des Schuldners — wie etwa eines Mannes, qui decoxerit (Gai. 4, 102) — lastete, sondern dem genus actionis des Gläubigers als besonderer Vorzug zustand, diese „actio" sogleich mit in die Diskussion gezogen werden. Ich verstand nun seinerzeit[2]) unter dieser actio eben den Urteilserfüllungsanspruch, den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung der Judikatsschuld[3]). Dieser Anspruch ging materiell eben nicht auf mehr und auf anderes, als auf Zahlung der Judikatsschuld.

---

der Partei- und Prozeßfähigkeit) „konnte — zumeist wenigstens — in Iure verhandelt werden ohne Bezugnahme auf die vorläufig edierten concepta verba"; und weiter S. 203: „So wenig die Formel für die Erörterung der Prozeßvoraussetzungen in Iure überall unerläßlich war — das Weitere in der folgenden Anmerkung.

[1]) Denn im unmittelbaren Anschluß an das eben Zitierte heißt es S. 203 f. weiter: „so wenig ist doch daraus ein Grund zu entnehmen für den Widerruf unserer Behauptung, daß jeder Kläger, ohne Ausnahme, das Vorverfahren einzuleiten hatte mit der Editio und Postulatio seiner concepta verba. Was nicht gerade notwendig war, empfahl sich immerhin durch Nützlichkeit. Sollte daher — was wir nicht wissen — der Prätor zuweilen eine erste Verhandlung lediglich zur Erörterung der Prozeßvoraussetzungen bestimmt haben, so dürfen wir zwar von dem etwa folgenden zweiten Termin aussagen: er sei der Sachverhandlung gewidmet, keineswegs aber dürften wir für den ersten den Mangel, für den zweiten das Dasein der Formel als kennzeichnend hervorheben". Und endlich noch die präzise Wendung S. 199: „Während in der vorliegenden Schrift für den Zivilprozeß der mittleren Zeit die Allgegenwart der Formel, ihr Dasein also gleich im Beginn der vorbereitenden Verhandlung angenommen ist," etc. . . .

[2]) A. i. passim.

[3]) Zu Goldschmidts Ausführungen gegen die Stützung der materiellen Rechtskrafttheorie auf die actio iudicati, Prozeß als Rechtslage 165, vgl. meine Bemerkungen in der Sav. Z. 46, 456 ff.

Hierbei verhilft uns nun das ältere Verfahren zu besserem Verständnis als der Formularprozeß und vermag m. E. zur Klärung wohl beizutragen. In der legis actio per manus iniectionem kommt der Inhalt des Gläubigerbegehrens im Spruch zu klarem und präzisem Ausdruck, wenn es heißt: Quod tu mihi iudicatus[1]) es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio (Gai. 4, 21). Hier decken sich Spruchbegehren und Urteilsinhalt vollkommen: beidemale sind es decem milia. Anerkennt der Verurteilte oder vermag er sich nicht durch einen Vindex zu verteidigen, so erfolgt der prätorische Zuspruch oder die Erlassung des Exekutionsdekretes, wobei vermutlich das Wort „addico" verwendet wurde[2]). Das Ziel des Prozeß-Spruches ist ein anderes als das Ziel des Exekutions-Spruches. Das Gemeinsame ist hier wie dort die Verwendung einer Spruchformel, einer legis actio. Aber wenn wir die legis actio sacramento und die legis actio per manus iniectionem als Muster von Prozeß- und Exekutions-Spruch gegeneinander halten, so will die l. a. sacramento Herbeiführung eines Prozesses, wenn der Gegner nicht durch confessio einen Prozeß überflüssig macht, während die legis actio per manus iniectionem keinen Prozeß will, aber auch nicht mit einer der Prozeßkonfession bloß gleichwirkenden Konfession der Judikatsschuld sich nur einstweilen zufrieden gibt, sondern sofort eine Exekutionshandlung also Vollstreckung will[3]). Nur ausnahmsweise wird jetzt diese Vollstreckung durch die dazwischentretende Abwicklung des Vindexprozesses hinausgeschoben, der selbst außerdem durch das periculum dupli erschwert ist. Praktisch wird der Unterschied in der Wirkung zwischen einer confessio gegenüber der Prozeßlegisaktion und einer confessio gegenüber der Exekutionslegisaktion am sinnfälligsten darin sichtbar, daß es im ersten Falle dreißig

---

[1]) Zu dem daneben noch überlieferten zweiten Formulare „sive damnatus" vgl. Wlassak, Sav. Z. 25, 175 ff.

[2]) Vgl. schon Wlassak, P. G. I 96[27]; Wenger, A. i. 175[29]; Mitteis, Sav. Z. 22, 108[2] und dort Zitierte. Seither Wlassak ausführlich Sav. Z. 25, 164—188; P. F. 206.

[3]) Insoferne stimme ich mit Goldschmidt, Prozeß als Rechtsgrundlage 165, wohl überein — aber die Trennung von Privatrecht und Prozeß kann eben vom römischen Standpunkt aus nicht durchgeführt werden. Vgl. die oben S. 85 N. 3 zitierte Besprechung.

Tage währt, bis die Exekutionshandlung eingeleitet werden kann, während im letzteren Falle die addictio des vindexlosen Judikatsschuldners sofort erfolgt: da sind eben die 30 Tage schon dahin. Ich möchte hier nicht erschöpfend der Frage nachgehen, ob sowohl bei der gewöhnlichen confessio einer legis actio in personam als auch bei der — in der Wirkung nach dem Gesagten so viel unmittelbarer sich zeigenden — legis actio per manus iniectionem derselbe Beispruch des Beamten üblich war, m. a. W. ob dasselbe „addico" dort bei der Prozeßlegisaktion nur den Zustimmungsspruch (Genehmigungsspruch) des Magistrats zum Anerkenntnisspruch des Beklagten bedeutete, hier dagegen bei der Exekutionslegisaktion die viel realere Bedeutung der Zulassung der Wegführung des verurteilten Schuldners in die Schuldknechtschaft bedeuten müßte. Dazu nur soviel. Wenn Wlassak[1]) die addictio des fur manifestus an den Bestohlenen[2]) dahin deutet, daß es sich dabei um eine gegen die Selbsthilfe gerichtete Bestimmung des Inhalts handle, daß zur Geltendmachung des aus dem Delikt entsprungenen Gläubigerrechts gegen den Dieb die Genehmigung des Beamten hinzutreten mußte, so würde das eine Parallele nur für den Fall bieten, in welchem die addictio im Verlaufe einer Exekutionslegisaktion, nicht einer Prozeßlegisaktion, erfolgte. Auf die Exekutionslegisaktion, auf die legis actio per manus iniectionem aber kommt es uns hier allein an. Für sie dürfen wir die addictio sicher in Anspruch nehmen[3]). So nahe es nun dabei läge, wieder auf die von Wlassak[4]) bekämpfte Auffassung des addicere in der Bedeutung „zuerkennen, zuweisen" für die in iure cessio einer Sache und die Behandlung des fur manifestus und die manus iniectio zurückzugreifen, so scheint mir das doch gegenüber den Ausführungen dieses Gelehrten für aussichtslos. Zwar ist es ja für uns nicht von entscheidendem Belang, ob wir für den vermuteten Beispruch des Beamten nach aes confessum oder wohl

---

[1]) Sav. Z. 25, 95 ff. 100.

[2]) Tab. 8, 14.

[3]) Gegen die Annahme von M. Voigt, Die XII Tafeln (1883) I, 622 ff. II, 359 f., wonach die addictio erst 60 Tage nach der domum ductio des Schuldners durch den Gläubiger, also nach der legis actio per manus iniectionem erfolgt sei, vgl. Wlassak, Sav. Z. 25, 101[1].

[4]) Sav. Z. 25, 90 ff.

auch[1]) nach confessio certae rei debitae auch den Terminus einer addictio beanspruchen dürfen; gleichwohl möchte ich, wenn auch nur im Vorbeigehen nicht unausgesprochen lassen, daß auch nach meiner Meinung das Wort durchaus die Verwendung im einen sowohl wie im anderen Sinne verträgt, also sowohl auf ein Dazusprechen, Dazusagen, besonders ein „billigendes", genehmigendes Dazusagen zur Beendigung eines Rechtsstreites durch An-spruch des Klägers und Con-fiteri des Beklagten, als auch auf ein Dazusprechen bei einer legis actio per manus iniectionem paßt. Denn das „addicere" ist, wie wir m. E. der sprachlichen Untersuchung Wlassaks[2]) ohne Einschränkung zubilligen müssen, ein „Dazusprechen", das natürlich inhaltlich Verschiedenes bedeutet je nach dem Spruch, zu dem der billigende Zusatzspruch, die addictio, hinzutritt. Die Spruchformel, die legis actio, war brauchbar sowohl für Prozeß als auch für Exekution: sowohl die legis actio sacramento als die legis actio per manus iniectionem fallen unter einen einheitlichen formalen Sammelbegriff. Das agere bedeutet den Spruch, sowohl den Prozeß-Spruch, als den Exekutions-Spruch; und es kann als Prozeß-Spruch Verwendung finden, mag der Beklagte darauf hin bestreiten, oder mag er konfitieren[3]). Und wie das agere den Streitspruch der Partei, das confiteri den Unterwerfungsspruch des Gegners[4]), so bedeutet das addicere den Beispruch des Magistrats.

So sehr ich nun diesen Ergebnissen zustimme, soweit es sich um das Legisaktionenverfahren handelt, so schwierig gestaltet sich sofort die Untersuchung der entsprechenden Fragen fürs Schriftformelverfahren. Wlassak hat sich der Schwierigkeit dieser Fragestellung selbstverständlich nicht entziehen wollen, sondern hat auch für die Form der confessio seit der lex Aebutia seine Vermutungen geäußert[5]). Wenn er dabei[6]) aus Gai. 4, 30 und rückschließend aus l. Rubr. c. 21 auf Ersatz des Verfahrens mit

---

1) Wlassak, Sav. Z. 25, 164 ff.

2) Sav. Z. 25, 91.

3) Vgl. Wlassak, Sav. Z. 25, 164 ff. bes. 166[3] a. E. ex p. 165. Vgl. auch Wenger, Zivilpr. 110[56].

4) Wlassak, Sav. Z. 25, 149. 149[3]. 170[1].

5) Sav. Z. 25, 167 ff.

6) A. a. O. 168.

manus iniectio durch ein Exekutionsverfahren ohne Handanlegung schließt — das darum aber natürlich noch nicht als ein formfreies bezeichnet werden muß und darf — so trifft dies durchaus zusammen mit unserer Vorstellung von der an Stelle der legis actio per manus iniectionem getretenen actio iudicati. Ebenso dürfen wir der Annahme beistimmen, daß die — uns übrigens ja gar nicht im Wortlaute überlieferte — Spruchformel des aes confessum und wohl auch der confessio certae rei debitae mit der aebutischen Reform verschwunden sein wird. Schwierig aber ist es, eine Vermutung darüber zu wagen, wie sich die confessio des jüngeren Rechts im Prozeß- und im Exekutionsfalle gestaltete. Man kann gewiß aus dem confessus erit deixseritve der lex Rubr. c. 22, 33 f.[1]) auf verschiedene Formmöglichkeiten, auch[2]) vielleicht auf Neuerungen eines jüngeren Rechtes, das neben das confiteri erst das dicere stellte[3]), schließen, aber jedenfalls mußte, wie der alte Anerkenntnisspruch auf die Spruchformel des Klägers, so das Anerkenntnis des neueren Prozesses auf die Schriftformel Bezug nehmen, wenn man einmal voraussetzt, daß diese schlechthin und in jeder Beziehung an Stelle der alten Spruchformel getreten sei. Ich sehe unter dieser Voraussetzung keine Möglichkeit, den Folgerungen auszuweichen, die Wlassak, Sav. Z. 25, 169, dahin zieht: „Hiernach wäre seit der lex Aebutia die in Iure zu wiederholende Edition der Schriftformel als Ersatzstück anzusehen für den vorher notwendigen klägerischen Spruch: aio te mihi . . . dare oportere. Freilich enthalten die schriftlichen concepta verba neben der Feststellung des Anspruchs noch anderes, was lediglich für den Streitfall taugt. Doch hat man, wie es scheint, an den überflüssigen Formelgliedern keinen Anstoß genommen und, weil sie unschädlich waren, keine Umbildung der Urkunde verlangt. Erträglich war solche Unpaßlichkeit um so eher, als die Antwort auf die Edition seitens der Gegenpartei natürlich als der gewichtigere Teil des ganzen Vorganges erscheinen mußte“. Damit darf man sich zunächst für das Prozeßverfahren, d. h. für alle actiones mit Ausnahme der actio iudicati zufrieden geben,

---

[1]) Mit Wlassak, Sav. Z. 25, 170 f.

[2]) Mit Gradenwitz, Versuch einer Dekomposition des rubrischen Fragmentes (= Heidelb. Akad. Wiss., phil.-hist. Kl., Sitz.-Ber. 1915, 9. Abh.) 34 u. ö.

[3]) Vgl. zum Ganzen Zivilpr. 107[47]. 108[51].

wenngleich der mangelnde Parallelismus zwischen Anspruchserklärung des Klägers und Konfession des Beklagten namentlich für ein Formalgeschäft etwas unbehaglich scheint.

Wie aber gestaltet sich die Sachlage bei der actio iudicati? Hier tritt, wenn wir das Schriftformelverfahren schlankweg an Stelle des alten Spruchformelverfahrens gesetzt denken, die Schwierigkeit der Verwendung der Schriftformel an Stelle des Spruches sofort klar hervor. Diese Tatsache hat mich schon seinerzeit[1]) zu der Bemerkung veranlaßt, daß der Exekutionsspruch bei der manus iniectio durch die schriftliche actio iudicati nicht zu ersetzen war[2]). Wir haben vorher auf den Unterschied zwischen einer legis actio, deren Ziel der Prozeß ist, und einer anderen, deren Ziel die Vollstreckung ist, wiederholt hingewiesen. Die nach dem eben wiedergegebenen Ausspruche von Wlassak selbst beobachtete Unstimmigkeit zwischen der auf Prozeß hinzielenden Formel und dem den Prozeß ausschließenden Anerkenntnisspruch steigert sich bei der actio iudicati in einer Weise, daß die noch zögernd hingenommene Erklärung für den Fall der Confessio irgend welchen anderen Anspruchs hier m. E. nicht mehr ausreichen kann. Gehen wir noch einmal vom Gegensatz der legis actio sacramento und per manus iniectionem aus. Wir verdanken es ebenfalls den Forschungen Wlassaks, daß der Unterschied zwischen dem Legisaktionen- und dem Schriftformelverfahren sich als nicht so groß und grundlegend herausgestellt hat, wie man dies herkömmlich anzunehmen pflegte, und wie z. B. irrtümlich noch in Sohms jüngster Auflage[3]) zu lesen stehen geblieben ist. Im Legisaktionenverfahren aber wird es ganz klar, daß der Prozeß-Spruch in seiner normalen Folge zu einem Rechtsstreite provoziert, daß, selbst wenn er schon vor dem „provoco“ des Klägers

---

[1]) A. i. 166.

[2]) Wlassak, P. F. 206 N. 139, meint freilich, die Schwierigkeiten, die mir das agere iudicati (ohne Litiskontestation) bereitete, wären nicht so große gewesen, wenn mir „das vorbereitende formulam edere nicht entgangen wäre.“ Aus dieser Tatsache erkläre sich auch jener (im Text wiederholte) Ausspruch. Aber mich hat gerade im Gegenteil die Schwierigkeit der Vorstellung einer sich in eine Exekution verwandelnden Prozeßvorbereitung zu meinen ganzen Ausführungen bestimmt. Vgl. den folgenden Text.

[3]) Gegen Sohm-Mitteis, Institutionen, 17. Aufl., hgg. von Wenger (1923), 676 f. siehe Wlassak, P. F. 131 ff.

durch Confessio erledigt ist, und wenn demgemäß das Ergebnis eines dem Kläger günstigen Urteils als Schluß des Streitverfahrens ersetzt ist durch Anerkenntnis des Beklagten und Addiktionsspruch des Magistrats, daß auch in diesem Falle die Wirkung keine andere ist als die eines rechtskräftigen Urteils: Feststellung des klägerischen Rechts und Verpflichtung des Beklagten zur Erfüllung[1]). Es ist für das Legisaktionenverfahren demgegenüber ebenso klar, daß bei der manus iniectio der Gläubiger mit seinem Spruch etwas ganz anderes will: nicht Rechtsstreit[2]), nicht Verurteilung oder diese Verurteilung ersetzende Confessio, sondern augenblickliche Gestattung der Vollstreckungshandlung, addictio des Schuldners in dem Sinne, daß der Magistrat die selbsthelfende Personalexekution genehmigt, daß jetzt sofort, nicht nach neuerlichen triginta dies iusti, die Folgen eintreten, wie sie die Zwölftafeln[3]) festsetzen.

Für die actio iudicati nun zunächst eine Vorfrage. Wenn das agere iudicati stets mit einer Schriftformel einsetzte, mit welcher dann? Doch nur mit der vom Standpunkt des über die Nichterfüllung des Judikats erbosten Gläubigers aus gegebenen Duplumsformel? Zu ihrer Verwendung wird sich der Gläubiger gegenüber einem Schuldner entschließen müssen, der die Urteilsschuld leugnet, sei es, weil er die faktische oder rechtliche Existenz des Urteils bestreitet, sei es, weil er schon gezahlt zu haben behauptet[4]), kurz in den Fällen der Infitiation der Judikatsschuld[5]). Ein derartiger Infitiationsprozeß nimmt den normalen Verlauf jedes Prozesses und endet entweder mit Freispruch des Beklagten[6]) oder mit seiner Verurteilung ins Duplum. Aber auch

---

1) Für uns kommen hier nur Leistungsklagen und Leistungsurteile in Betracht; und hier wiederum ist es am einfachsten, stets Geld als Gegenstand von Klage und Vollstreckung anzunehmen. Vgl. übrigens Zivilpr. 136 f.[19].

2) Wenn ein solcher mit dem Vindex eingeschoben wird, so beruht er auf einer anderen, d. h. wiederum auf einer streitigen legis actio, nämlich sacramento. Vgl. A. i. 165 f.

3) Tab. 3, 2—6.

4) A. i. 35 ff.

5) Gai. 4, 9: . . . adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati usw., sowie die anderen A. i. 27 f. zitierten Stellen.

6) Die Frage, inwieferne etwa hier den Kläger eine Prozeß-Strafe traf, kann für uns außer Betracht bleiben, ebenso das schwierige revocare in

in den Fällen, in welchen im Laufe des Verfahrens in iure infolge vom Prätor anerkannter Einwendungen des Beklagten an Stelle der Duplum-Formel nur eine Simplum-Formel[1]) Verwendung fand, läuft der Prozeß nach normalem Schema ab. Die Ersetzung einer dabei zunächst in Aussicht genommenen Duplumformel durch eine notwendig werdende Simplumformel begegnet keinen besonderen Schwierigkeiten: der Prätor hat es in der Hand, durch Denegation der Duplumformel den Kläger auf den anderen Weg zu weisen, es sei denn daß dieser lieber überhaupt auf einen Prozeß verzichtete, als auf eine Simplumformel sich einzulassen. Doch das sind ja alles Ausnahmeerscheinungen im Verlaufe des Vollstreckungsverfahrens. Und der normale Gang der Dinge ist ein ganz anderer.

Wenn der Schuldner auf den außergerichtlichen Anspruch des Gläubigers schweigt, oder wenn er um Schonung oder Stundung bittet, oder wenn er Ausflüchte macht? Was soll dann der Gläubiger, der gleich zum Ziele kommen will, für eine Formel verwenden? In keiner der beiden, weder in der Duplum- noch in der Simplumformel kommt das zum Ausdruck, was er will: nicht neuerliche Feststellung eines Schuldverhältnisses und Verurteilung zur Erfüllung, sondern Abführung des Schuldners in die Schuldknechtschaft, das, was im Manusinjektionsverfahren im Spruche manum tibi inicio in drohender Deutlichkeit angekündet war und was in der durch die addictio genehmigten Ergreifung des Schuldners mit aller dem Gläubiger nur wünschenswerten formellen Klarheit zum Ausdrucke kam. Ich kann nicht zugeben, daß hier die Schriftformel irgendwie einen Ersatz böte für den mündlichen Exekutionsspruch und für das Handsymbol. Zu einem „manum inicio“ konnte der Prätor sein „addico“ sprechen und damit die selbsthelfende Personalexekution genehmigen, aber welche Grundlage für ein duci iubere oder für einen Missionsbefehl konnte eine Schriftformel bieten, deren ausgesprochenes Ziel neuerliches

---

duplum, zumal es sich uns nur um die Frage der Verfahrensgestaltung handelt. Vgl. etwa die A. i. 36 f. zitierte Literatur.

[1]) Ich darf damit kurz diejenigen Fälle bezeichnen, in welchen eine Verurteilung trotz durchgeführten Prozesses nicht mit der Infitiationsstrafe bedroht gewesen ist. A. i. 39 ff. Auf die einzelnen Fälle braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Urteil in duplum oder eventuell in simplum war? Gerade ein verurteilter Schuldner benimmt sich oft genug unentschieden; gerade auf ihn passen jene Schilderungen, die schon die rubrische Lex und dann Ulpian von Beklagten geben, die sich entweder auf ein non respondere (tacere) oder endlich auf ein iudicio se non defendere (non velle suscipere actionem) zurückziehen[1]). Wie in den in reicher Mannigfaltigkeit denkbaren Fällen eines schwankenden Verhaltens des Reus vorgegangen wurde, ist nicht unzweifelhaft feststellbar. Wlassak[2]) denkt unter ausdrücklicher Betonung der Unsicherheit solcher Vermutung an folgende Möglichkeit: „Der Magistrat mochte in solchem Falle vom Verklagten, unter Androhung des iudicium dare[3]), klare Entscheidung verlangen, ob er den Prozeß annehmen oder die Verteidigung ablehnen wolle. Entschloß er sich für das letztere oder entzog er sich einer deutlichen Antwort, so wurde hier vielleicht ohne weiteres ductio oder missio in possessionem, nach Ermessen des Beamten auch beides zusammen verfügt, und zwar ohne Vorbereitung dieses Bescheides durch ein die edierte Aktio förmlich zulassendes Dekret.“ Indeß brauchen hier die in ihrer Endgiltigkeit nicht unumstrittenen Folgen mangelnder Defension nicht erörtert zu werden[4]), da es sich für uns ja schon um einen iudicatus handelt, der sich durch Winden und Drehen der Vollstreckung des Judikats zu entziehen sucht. Bei ihm treten unbestritten die scharfen Dauerwirkungen von Duktion und Mission ein, die ja eben das Wesen der Personal- und Vermögensexekution ausmachen. Wenn wir nun aber die oben gestellte Frage wiederholen: Wie reimen sich Duktions- und Missionsbefehl auf einen dem Verfahren angeblich zu Grunde liegenden Schriftformelentwurf einer actio iudicati? Ist die schriftlich formulierte actio iudicati nicht notwendig wie jede Schriftformel — und anders als die legis actio per manus iniectionem — bloß für den

---

[1]) L. Rubr. c. 21 f. Ulp. Dig. 50, 17, 52; 42, 4, 5, 1; dazu Wlassak, P. F. 206 ff.

[2]) P. F. 212 f.

[3]) An etwas Ähnliches dachte ich bei meinen seinerzeitigen, jetzt durch das oben Ausgeführte in mehrfacher Hinsicht berichtigten Bemerkungen zum actionem dare im weiteren Sinne. A. i. 137 ff.

[4]) Vgl. Lenel, E. P. (2. Aufl.) 395². 398; Wlassak, P. F. 210 f.

zukünftigen Prozeß zugeschnitten? Ist sie nicht bloß Prozeßmittel und als Exekutionseinleitung unbrauchbar? Wir wollen die schon von Wlassak selbst für die confessio in iure gegenüber einem beliebigen Anspruch erwogene, aber doch wohl hinreichend geklärte Schwierigkeit[1]) nicht neuerdings aufgreifen, wohl aber auf bereits Gesagtes nochmals nachdrücklich hinweisen, daß das normale Ziel der actio iudicati ja überhaupt nicht in einer der möglichen Formeln zum Ausdruck kommen konnte. Der Gläubiger will Duktion, eventuell Mission, wenn ihn der Schuldner nicht sofort befriedigt. Nach dem Formelinhalte erhielte der Gläubiger aber bestenfalls — vorausgesetzt, daß es der Schuldner nicht neuerdings zum Prozeß kommen läßt — alsbald eine neuerliche confessio und zwar, da die Infitiationsfolge doch erst mit der Litiskontestation über die Duplum-Formel verbunden ist, auf das Simplum. Der Gläubiger aber will jetzt überhaupt nicht mehr ein „Sicheinlassen" irgendwelcher Art des Schuldners, sondern er will Zahlung, sonst aber nur noch magistratische Zulassung seiner selbsthelfenden Vollstreckung und entsprechend der allgemeinen Entwickelungsrichtung staatliche Hilfe. Der Prozeß mit seinem Vertragscharakter ist in diesem Stadium verschwunden und hat der einseitigen Handlung des Gläubigers Platz gemacht, für die dieser nur magistratische Billigung und Beihilfe heischt. Die Formel aber ist ihrer ganzen Struktur nach abgestellt auf Vereinbarung der Parteien. Was der Kläger ediert, ist ein Entwurf zu einem Parteienvertrag, nicht zu einem magistratischen Dekrete. Mögen auch inhaltlich Formel und Dare-Dekret in noch so harmonischem Einklang stehen, ihrem juristischen Wesen nach sind sie nicht scharf genug zu sondern. Gerade seit uns der Vertragscharakter nicht bloß der Litiskontestation, sondern folgerichtig auch der in ihr als Prozeßmittel dienenden Formel aus Wlassaks jüngster Arbeit so besonders klar zum Bewußtsein gekommen ist, hebt sich die einen normalen Verlauf nehmende actio iudicati um so schärfer ab von den Prozeß und Urteil im autorisierten Schiedsgericht heischenden Prozeßaktionen. Dieses Ergebnis dogmatischer Überlegung stimmt aber vollauf zu dem vorweg schon hervorgehobenen Unterschied

---

[1]) Sav. Z. 25, 169; s. oben S. 89.

im praktischen Ziele der actio iudicati und der sonstigen Aktionen. Als eine diese dogmatische Überlegung unterstützende historische Beobachtung darf noch hervorgehoben werden, daß damit auch auf dem Gebiete der Vollstreckungshandlungen der Unterschied zwischen Legisaktionen- und Schriftformelverfahren, den man herkömmlich viel zu stark zu betonen pflegt[1]), auf das richtige Ausmaß zurückgeführt erscheint.

Wenn wir nach dem Gesagten festhalten dürfen, daß die Schriftformel der actio iudicati — und zwar vom Kläger wohl von vornherein als Formel in duplum entworfen, im Laufe des Verfahrens eventuell[2]) zur Simplumformel umgestaltet — nur in denjenigen Ausnahmefällen praktische Verwendung fand, in welchen es zu einem neuerlichen Prozesse kam, so können wir nur für diese Fälle Bestellung und Zulassung des Richters sowie Litiskontestation, aber doch auch nur für diese Fälle ein das iudicium mit solchem Formelinhalt genehmigendes Dare-Dekret annehmen. Ich gebe auch selbstverständlich zu, daß der Reus bis zum accipere iudicium iudicati noch freie Hand hatte, durch Verzicht auf weitere Verteidigung einen Prozeß gegenstandslos und damit alle die Formel betreffenden Schritte nachträglich überflüssig zu machen[3]). Aber solche Ausnahmefälle mögen noch mehr außer Rechnung bleiben als die ohnedies seltenen Prozeßfälle bei der actio iudicati überhaupt. Sowohl wenn der Reus gegen das Urteil überhaupt nichts einzuwenden hatte; als auch wenn er nicht im Stande war, Satisdation zu leisten; oder auch, wenn er leere Ausflüchte gebrauchte, um die Sache hinaus zu schieben, kam es zu keinem Dare-Dekret mit dem Inhalte der Prozeßzulassung, sondern zu einem duci iubere oder einem Missionsdekret. Wir müssen dabei nicht bloß die Form, welcher sich der Magistrat für seinen Beschluß bediente, für die Zeit dahingestellt sein lassen, seit die bekannten tria verba[4]) mit den Legisaktionen außer Ge-

---

[1]) So noch irrtümlich Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, 17. Aufl., 676 f.; dagegen Wlassak, P. F. 131 ff.

[2]) A. i. 39 ff.

[3]) So natürlich bei der actio in simplum nicht anders als bei der in duplum. Namentlich für letztere wird das bedeutsam, indem die Litiskreszenzfolge nur bei Infitiation eintritt. Vgl. A. i. 27 ff. 35 ff.

[4]) Varro, de ling. Lat. 6, 30: Dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem „do dico addico". itaque non potest agi. necesse est aliquo

brauch gekommen waren[1]), sondern wir kennen auch nicht die dem Exekutionsspruch der Manus iniectio entsprechende Vollstreckungserklärung des Gläubigers, mit der er das duci iubere oder die missio in bona oder beides in iure vor dem Magistrat und von diesem als den seine Vollstreckungshandlung legalisierenden und inhaltlich fördernden Beamtenspruch heischte.

Wenn wir auch annehmen wollen, daß der Gläubiger „für alle Fälle" den Formelentwurf in der Toga mit sich trug, normalerweise brauchte er diese Urkunde gar nicht heraus zu ziehen, wenn er nur das Urteil sofort[2]) glaubhaft zu machen vermochte[3]).

Setzen wir aber vollends einmal den Fall, daß der Beklagte im Infitiationsprozeß über das Urteil verspielt hätte und infolgedessen zum Duplum verurteilt worden wäre, der Kläger aber Vollstreckung dieses Urteils[4]) begehrte, so bedarf es keiner Erörterung, daß hier von vornherein die Verwendung einer Formel mit si paret . . . condemnato undenkbar erscheint. Hätte ja doch sonst ein Schuldner fröhlich Prozeß an Prozeß reihen können statt zu zahlen oder Vollstreckung zu dulden.

Diese Ausführungen warfen mehr Fragen auf, als daß sie zu einer allseits befriedigenden Antwort beitrugen. Was aber als Antwort versucht werden kann, muß mangels sicherer Quellen größtenteils Hypothese bleiben. Eines glaube ich indeß doch ausführen zu dürfen. Wenn wir für das normale Vollstreckungsverfahren im Formularprozeß die jederzeitige Verwendung einer actio iudicati im Sinne eines im Verfahren zugrunde zu legenden Formelentwurfes für ungeeignet zum Exekutionszwecke erkennen mußten, und wenn wir die Verwendung der Formel nur auf die Ausnahmefälle der zum Prozeß führenden actio iudicati beschränkten, so sind wir einer Anschauung sachlich recht nahe

---

uti verbo, cum lege quid peragitur. Darüber eingehend Wlassak, Sav. Z. 25, 81 ff.

[1]) Wlassak, P. F. 206.

[2]) A. i. 18.

[3]) Beweis wird erst im Bestreitungsfalle vor dem Judex verlangt worden sein. Über den Unterschied vgl. Kisch, Deut. Zivilprozeßrecht (Göschen)[3] II, 76 f.

[4]) Nach 30 Tagen? Oder sofort nach diesem Urteil?

gekommen, die vor Jahren E. I. Bekker[1]) aufgestellt hat, und die zwischen regelmäßiger Exekution und formaler actio iudicati unterscheidet. Ich möchte das, was für und wider diese Lehre spricht, hier nicht wiederholen, sondern nur seinerzeitige eigene Ausführungen insoferne durchaus aufrecht erhalten, als actio iudicati sowohl im materiellen Sinne den Judikatsanspruch, als auch formell dessen Geltendmachung in den prozessualen Ausnahmefällen und in den zur Vollstreckung führenden Regelfällen bedeutet[2]). Es ist aus unseren allgemeinen Ausführungen in dieser Studie hinreichend ersichtlich, inwieferne das dort seinerzeit über das zum Prozeß führende actionem iudicati dare Gesagte einer Berichtigung bedarf. Wesentlich ist aber ein anderes, das festgehalten werden muß. Da den Quellen der Ausdruck auch in Fällen gang und gäbe ist, in welchen von einem Judikationsprozeß nicht die Rede ist[3]), so muß hier das formelle actionem iudicati dare den materiellen Inhalt des duci iubere oder des Missionsdekrets haben. Ein Inhalt „Zulassung eines iudicium iudicati" kann hier dem prätorischen Dare-Dekret schlechterdings nicht zukommen. Versuchen wir positiv zu formulieren: der Judikatsanspruch wird im Ausnahmefalle eben zum Prozeß, im Regelfalle zur Vollstreckung zugelassen: beides aber kann nur mit actionem iudicati dare ausgedrückt werden. Der materielle, im einen wie im anderen Falle zugrunde liegende Anspruch ist der gleiche, er wird allgemein als iudicatum facere oportere[4]) bezeichnet. Seine Causa ist aber das Judikat. Im Prozeß-

[1]) Aktionen II C. XXII, Actio iudicati 174—189; dagegen Eisele, Abhandlungen zum römischen Civilproceß IV, Über actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde, S. 125—189; über weitere Literatur für und wider vgl. A. i. 1 ff. Anm.

[2]) A. i. 12 ff.

[3]) Eine Reihe von Belegen stehen A. i. 136[15]; weitere 171. Davon ist Ulp. Dig. 42, 1, 6, 1 mit Grund besonders hervorgehoben worden. Denn in der Stelle heißt es ausdrücklich von dem, der decem condemnatus ist, daß er nicht bloß (materiell) iudicati in decem tenetur, sondern daß auch gegen ihn iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur. Wäre Prozeß gemeint, so könnte die Litiskreszenz (angesichts der Seltenheit der Simplumfälle) nicht übersehen sein. Die Stelle ist, wie Biondi, Actiones noxales (Cortona 1925) 273 ff. zeigt, stark interpoliert, aber nicht in dem uns betreffenden Teil.

[4]) Gai. 3, 180.

falle wird die Existenz der Judikatsschuld bestritten, dann wird im ganz normalen Wege mit der Formel als dem Prozeßmittel agiert. Wie aber, wenn kein Prozeß in Frage kam, die Postulation des Exekutionsdekrets im Formularverfahren aussah, ob hier ein schriftlicher Exekutionszulassungsantrag gestellt werden mußte, oder ob ein mündlicher — nicht mehr an die Formel der legis actio per manus iniectionem gebundener, aber doch naturgemäß inhaltlich ihr gleichartiger und sie ersetzender — Antrag hinreichte, wissen wir nicht.

Wenn wir von einem Rechtsschutzanspruch desjenigen sprechen, welcher iudicati agit, so mag der deutsche Ausdruck vag gescholten werden, aber er deckt sowohl die Regel- als die Ausnahmefälle. Die Formel als Prozeßmittel aber kann nur für diese Ausnahmen allein in Betracht kommen.

V. Die Besserstellung des Beklagten im Prozess.

Veranlaßten uns bisher Wlassaks Ausführungen zu einigen einschränkenden Bemerkungen, so sollen nunmehr aus dem an Haupt- und Nebenfrüchten so reichen Buche nur noch zwei Ergebnisse herausgegriffen sein, denen wir auch von unserem Betrachtungsstandpunkte aus unbedingt zustimmen können. Zunächst die Besserstellung des Beklagten im Prozeß[1]).

Der Kläger bringt den Rechtsstreit in Gang. Er kann, auch wenn gar kein subjektives Recht seinem Vorgehen gegen den Beklagten zugrunde liegt, ja sogar, wenn er selber gar nicht glaubt, ein solches Recht zu haben, einen ganz unschuldigen und unbeteiligten Menschen prozessual angehen. Das Verbot der Selbsthilfe und das Gebot der Inanspruchnahme von staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen[2]) hat zur unausweichlichen indirekten und

---

[1]) P. F. 105—112.

[2]) Mag dieses Gebot noch so sehr dem Parteienbetrieb Rechnung tragen, die endliche Wirkung ist stets dieselbe. Mag das Verfahren in iure noch so sehr auf die Litiskontestation als den Prozeßvertrag hinsteuern, das ganze Verfahren in iure, ohne das man zu keinem iudicium kommt, ist staatliche Rechtshilfeübung. Nur wer zum Prätor geht und vor ihm und mit seiner Genehmigung agiert, kann ein „Spruchgericht“ erreichen. Der Weg zum iudicium führt notwendig über die Gerichtsstätte des Prätors, über das „ius“. Darum steht so bezeichnend am Anfang der Zwölftafeln der kategorische Satz

gewiß von keiner Rechtsordnung je gewollten Folge, daß die staatliche Rechtshilfe zu einer Zeit in Anspruch genommen und in Bewegung gesetzt werden muß, in der man noch nicht weiß, ja auch nur wissen kann, ob diese Inanspruchnahme sachlich gerechtfertigt ist oder nicht[1]). Wenn die obligatorische Staatshilfe der Selbsthilfe steuern soll, so kann sie das nur im Endeffekt — Urteil und Vollstreckung — tun, aber um diesen Endeffekt herbeizuführen, bleibt nichts übrig, als die Einleitung und Durchführung des Rechtsstreits zuzulassen, ehe man noch über die objektive Gegebenheit des Rechtsschutzanspruchs etwas weiß. Höchstens kann eine Rechtsordnung auf Mittel und Wege sinnen, eine bewußt ungerechte Einleitung des Rechtsstreits zu verhindern, sie wird sich dabei aber auch, da eben die Entscheidung erst im Laufe des Verfahrens fallen kann, zunächst mit moralischen Sicherungen, wie sie im römischen Prozesse der Kalumnieneid bietet, begnügen müssen.

Für den römischen Prozeß heißt das Gesagte: der Kläger kann für sein behauptetes dingliches Recht[2]) oder für seinen be-

---

Tab. 1, 1: si in ius vocat ito. Das ist nicht bloß Gebot an den Beklagten, sondern auch selbstverständliches Gebot an den Kläger, nicht anders als auf dem Wege über das ius ein Recht zu verwirklichen. Vgl. auch Paul. Dig. 1, 1, 11.

[1]) Diese notwendige Folge der Unvollkommenheit aller menschlichen Rechtspflege scheint es zu sein, die vor allem den theoretischen Widerstand gegen die Lehre vom Rechtsschutzanspruche nährt. Die Lehre selbst geht aus von dem Normalfall des Bestehens eines materiellen Anspruchs, bzw. eines subjektiven Rechtes. Dieser Anspruch, der auf dem Wege der Selbsthilfe nicht befriedigt werden darf, im Wege eines privaten Schiedsverfahrens nur unvollkommen befriedigt werden kann (fehlender Zwang gegen den Schiedsrichter, der nicht richten, gegen den Gegner, der sich nicht aufs Schiedsgericht einlassen will), soll im Wege der staatlichen Mithilfe befriedigt werden. Der Staat, wenn anders er ein Rechtsstaat sein will, darf aber nicht beliebig diese Mithilfe (den Rechtsschutz) gewähren oder nicht gewähren. Der Schutzbedürftige hat einen Anspruch auf Rechtsschutz. Die Frage, ob die Voraussetzungen für den Rechtsschutz bestehen oder nicht, wird im Verlaufe des Verfahrens in iure und apud iudicem geprüft. Denegation und absolutorisches Urteil bedeuten (verspätete) Verneinung des Rechtsschutzanspruchs. Näheres oben S. 38 f.

[2]) Daß es im römischen Prozeß keinen „dinglichen Anspruch" gibt, wissen wir dank Wlassaks Ausführungen. Vgl. Literatur bei Wenger, Zivilpr. 104[37].

haupteten obligatorischen Anspruch den Zeitpunkt der Edition und Injusvokation aussuchen, der ihm gelegen ist, und er kann den Beklagten jedenfalls zur Gerichtsfolge[1]), bei obligatorischen Ansprüchen auch zur Einlassung zwingen, wenn der Angegriffene es nicht vorzieht, die mit der Nichtbefolgung verbundenen Nachteile auf sich zu nehmen: Besitzverlust im dinglichen, Indefensionsfolge im obligationenrechtlichen Prozeß. Der Kläger bestimmt den Zeitpunkt, in dem er die Actio beginnt[2]); er wählt den Weg, den er beschreiten will, bei konkurrierenden Rechtsmitteln wählt er dasjenige, welches er von seinem Standpunkte aus für das erfolgreichste hält; er geht zum Rechtsgelehrten, dessen Position im Privatprozeß durch Wlassaks Buch erst ganz voll in Erscheinung tritt[3]), und läßt sich vom Juristen einen Formelentwurf herstellen, wenn er sich nicht selber dazu sicher genug fühlt; er kommt damit ausgerüstet schon zur außergerichtlichen Editio actionis.

Wird der Beklagte nun mit einer so gut vorbereiteten Angriffshandlung überfallen, so ist er zunächst wie der Beklagte in jedem beliebigen Prozeß-Systeme schlechthin in der schwächeren Position.

Da gilt nun der Satz des Gaius: Favorabiliores rei potius quam actores habentur[4]). Das paßt sehr gut zur bekannten Besserstellung des Reus in dem Falle, daß in condemnatione plus positum sit quam oportet. Ihm wird dort Restitution gewährt, wo dem Kläger ein analoger außerordentlicher Schutz versagt wird[5]). Schon Jacobus Gothofredus hat[6]) im Kommentar zur erstgenannten

---

[1]) Daß agere in ursprünglich sinnlicher Bedeutung aufzufassen sein wird, d. h. als agere, *ἄγειν*, vor Gericht führen, ist eine hübsche Beobachtung Beselers, Sav. Z. 45, 212. Wlassak, P. G. II, 57 ist darum aber nicht „unrichtig", sondern, wie Beseler selbst zutreffend sagt, jüngere Denkform und Produkt einer Abstraktion.

[2]) Vgl. Paul. Dig. 44, 4, 5, 6.

[3]) Mit Recht hat „Die klassische Prozeßformel" den Untertitel „Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit" erhalten. Vgl. auch Lévy-Bruhl, Prudent (oben S. 19 N. 4) und einiges zur Frage unten VI.

[4]) Dig. 50, 17, 125. Wlassak, P. F. 105 und zur Echtheitsfrage 105 f.[2].

[5]) Gai. 4, 57.

[6]) Wlassak, P. F. 106, verweist darauf.

Digestenstelle die dem Beklagten zukommenden Prozeßvorteile aufgezählt. Aber im Zusammenhalt mit der offenbar ungleichen Behandlung der beiden Streitteile in der Frage der plus petitio gewinnt das Ganze erst seine prinzipielle Bedeutung. Und diese reicht über die Erkenntnis des Privatprozeßrechts hinaus in materielle Rechtsgeschichte und Rechtsquellentheorie hinein. Dieses kapitalistische römische Recht, das den Beklagten und den Exekuten angeblich so ganz der Gewalt des Klägers und des Gläubigers ausliefert, das gegen den Schuldner die in ius vocatio und die manus iniectio geschaffen hat, ist durch die prätorische Rechtsbildung[1]), die ihrerseits wieder auch hier in hohem Maße von der Juristenjurisprudenz beeinflußt erscheint, so stark korrigiert worden, daß dem Beklagten gerade in einer so zentralen Frage, wie es die Ausschlußwirkung der Litiskontestation ist, geholfen werden soll, dem Kläger aber nicht. Facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus[2]).

Im übrigen aber gewahren wir an dieser Einzelheit wieder die mächtige Stellung des Prätors im Prozeßrecht der klassischen Zeit. Gewiß kann er den Parteien keine Formel aufzwingen, aber gegen die Folgen fehlerhafter Formelverwendung ist er allein der mögliche Helfer.

VI. Die Respondierjuristen[3]).

Wenn der Jurist der Partei bei der Einleitung des Rechtsstreites in der Weise zu Hilfe kam, daß er ihr auch einen Formel-

---

[1]) Sehr fein ist der Hinweis, P. F. 107[6], wonach die Abhilfe durch Restitutio in integrum anscheinend erst durch die Praxis auf den Beklagten eingeschränkt wurde. Der Prätor kann kraft seines Imperiums auch den Kläger restituieren, aber die Praxis arbeitete im Sinne des Beklagtenschutzes.

[2]) Gai. 4, 57.

[3]) Die in Neuschöpfung oder Auslegung sich auswirkende rechtsbildende Tätigkeit der Juristen und zwar sowohl in Bezug auf ziviles (vgl. Pomp. Dig. 1, 2, 2, 12: aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit und dazu Kipp, Gesch. d. Quell. d. röm. R.[4] 105[73]) als auch auf prätorisches Recht scheidet von unserer Betrachtung, die die Juristen als Helfer im einzelnen Rechtsstreit ins Auge faßt, anscheinend zwar auf den ersten Blick ganz aus, aber man darf nie vergessen, daß aus der Alltagspraxis der Juristen jene rechtsschöpferische Tätigkeit hervorgegangen ist. Der geniale Einfall im einen konkreten Rechtsstreit

entwurf lieferte[1]), und wenn dieser Formelentwurf, der zunächst der außergerichtlichen Edition diente, sodann in iure die Grundlage der Verhandlung bildete, vom Prätor ganz oder teilweise und mit Modifikationen genehmigt (actionem dare) oder abgelehnt (actionem denegare) wurde, so haben wir ein deutliches Bild des Zusammenwirkens der vom Juristen unterstützten Parteien und des — auch vom juristischen Konsilium[2]) beratenen — Prätors vor uns. Wir haben schon wiederholt auf die beherrschende Stellung des Prätors als des letztlich darüber entscheidenden

konnte sich als dauernd brauchbar erweisen; der weniger glückliche Einfall im anderen Rechtsstreit konnte verschwinden, ohne nachhaltige Wirkung zu erreichen. Das hat für die Formeln der actio de dolo des Aquilius Gallus Wlassak, P. F. 25 ff., in überzeugender Weise ausgeführt. Der amtlose Jurist, nicht der Prätor hat von Fall zu Fall solche Formeln geschaffen (Cic. de off. 3, 14, 60: nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas); sie bewährten sich und ein Prätor nahm sie in sein Album auf. Ein weiteres Beispiel bietet die juristische Kunst des A. Cascellius (vgl. sowohl Val. Max. 6, 2, 12 als auch Gai. 4, 166a. 169). Auf ein oder mehrere Responsa wird, nebenbei bemerkt, mit Recht auch die Regula Catoniana zurückgeführt. Vgl. dazu jetzt Jacques Lambert, La Règle Catonienne (Paris) 12 ff. Zum Ganzen Wlassak, P. F. 25—40. Ferner jetzt Lévy-Bruhl, Prudent 5 ff. Mag man hier über aufgezählte Einzelfälle auch nicht stets einer Meinung sein, die Grundauffassung bleibt davon unberührt; für sie ist es auch von höchstens sekundärer Bedeutung, ob es sich bei dieser Juristenarbeit „d'une demande de création d'action nouvelle, ou simplement d'une demande d'application à une espèce déterminée d'une action dejà existante" (Lévy-Bruhl p. 13) handelt. Die Frage nämlich, ob der Jurist mehr bescheiden zurückhaltend auf dem Wege ausdehnender Interpretation (Lévy-Bruhl 17) seiner Anschauung zum Durchbruch verhilft, oder ob er selbstbewußt als Neuerer offen auftritt (vgl. Pomp. Dig. 1, 2, 2, 48: Labeo . . . plurima innovare instituit) ist für den Erfolg von untergeordneter Bedeutung. Unter dem Schein bloßer Auslegung zögern die Juristen nicht mit völliger Neuerung. Vgl. zur Stellung der Juristen zum Edikt Lévy-Bruhl 31 ff. Gegen die diesen Gelehrten führende Vorstellung von einer rein passiven Stellung des Magistrats vgl. schon oben S. 55 ff. Zur Frage der actiones in factum vgl. die Bemerkung unten S. 103. Zur Bedeutung der Responsen für den Judex unten S. 109 f., 111 f.

[1]) Über die geschlossene Tätigkeit der Respondenten, die nicht bloß Rechtsgutachten lieferten und darin Rechtssätze aussprachen, sondern auch die Formelworte prägten, mit welchen die Partei ihre subjektiven Rechte geltend machen sollte, hat Wlassak, P. F. 40 ff. 46 ff., so überzeugend gehandelt, daß nichts beigefügt werden kann.

[2]) Zivilpr. 29 f.[6].

Faktors hingewiesen, ob mit einer von den Parteien erwünschten Formel ein Prozeß zustande kommen kann oder nicht. Daß auch die Parteien wollen müssen, ist dabei das ebenfalls nicht scharf genug zu betonende Kriterium gerade des römischen ordo iudiciorum. Aber der Prätor ist und bleibt der Herr der Situation und mochte ein noch so bedeutender Jurist hinter dem Kläger als dessen Berater und Formularius[1]) stehen, der Prätor konnte die vorgeschlagene Formel ablehnen. Namentlich bei der neuen actio in factum leuchtet das ohne weiteres ein, aber auch bei Aktionen, für die bereits ein Formelblankett im Album stand, konnte der Prätor die Zulässigkeit im konkreten Falle verneinen. Gerade bei denjenigen Rechtsfällen, welche sich nicht nach herkömmlichem Schema erledigen ließen und für die nicht so einfach eine Formel zu konzipieren war, werden sich die entscheidenden Kämpfe um die Fortbildung des Rechts[2]) abgespielt haben. Nicht leicht mag es einem Prätor geworden sein, über die neuernde Meinung eines Großen hinweg zu gehen, wenn nicht etwa er selbst sich als Jurist fühlen durfte oder doch im Konsilium einen anderen Juristen sitzen hatte, der sich, wenn auch vielleicht noch jünger an Jahren, doch schon mit jenem Großen und dessen Ideen messen zu können glaubte. Wlassaks Rekonstruktionen dieser römischen Juristenarbeit läßt uns das Werden des Juristenrechts in viel plastischeren Formen vor Augen treten, als das bislang der Fall war.

Solch schärfere Sicht gibt uns aber nicht bloß positiv förderliche Erkenntnis, sondern belehrt uns auch in negativer Hinsicht und läßt hinwiederum Linien zweifelhaft schwankend erscheinen, die wir bisher für ganz sicher gehalten. Wenn wir die Juristen als Parteienberater in der Formelgestaltung und so in hervorragendem Maße als Weiterbildner des Rechts ansprachen, so nahmen wir doch stets die formell zweifellos überragende Stellung des Prätors als gegeben an. Wlassak[3]) gemahnt nun aber an die Schwierigkeiten, die sich aus der gehobenen Stellung von Juristen mit ius respondendi ergeben mußten, wenn unsere heute herausgebildete Schultradition darüber das Richtige berichtet.

---

[1]) Wlassak, P. F. 48, mit Bezug auf Quintil., Inst. orat. 12, 3, 11.

[2]) Wlassak, P. F. 52.

[3]) P. F. 41 ff.

So ist in Sohms Institutionen aus einer früheren[1]) in die neueste Auflage der Satz übernommen worden, daß der Jurist mit ius respondendi „für den Richter (für den Magistrat sowohl wie für den bestellten iudex privatus) verbindliche Gutachten zu erteilen“ vermochte.

Die beiden für das eigenartige Institut des ius respondendi in Betracht kommenden Quellenstellen sind schon oft genug behandelt worden. Dennoch wird es gerade bei so viel behandelten Stellen immer wieder nötig, auf das Original zurückzugreifen und sich von all dem zu befreien, was darüber Spätere gedacht und gesagt haben. Darum setze ich die Stellen nochmals her. Pomp., Dig. 1, 2, 2, 48. 49: Massurius Sabinus in equestri ordine [fuit et][2]) publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat[3]). (§ 49) Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet[4]). Aus dieser Stelle erfahren wir, daß die iuris auctoritas derjenigen Juristen gehoben war, welche vom Kaiser das Privileg erhalten hatten[5]), ex auc-

---

[1]) 15. Aufl. 108 = 17. Aufl. 94.

[2]) Fortasse interpolatoris sunt: Mommsen.

[3]) Mommsen: nam posteaquam hoc coepit beneficium dari, a Ti. Caesare hoc tandem illi concessum erat.

[4]) Mommsen: delectari se, si populo ad respondendum se praestaret (vel praeberet).

[5]) Die mitgeteilte hadrianische Anekdote ist ziemlich belanglos; wahrscheinlich wollte der Kaiser nur sagen, daß ihm das petere nicht zusagte, sondern er von sich aus den Titel eines „kais. priv.“ Juristen verleihen wollte. Daß auch bei Auszeichnungen, die grundsätzlich vom Prinzeps ausgehen und ohne Bewerbung verliehen werden sollten, gelegentlich mehr oder weniger feinfühlige Bewerbungen üblich wurden (peti hoc pro beneficio

toritate principis zu respondieren; ferner daß diese privilegierten Juristen ihre Responsen in besonderer Art abzugeben hatten. Von einer Bindung, sei es der iudices oder gar der Magistrate, an derartige Responsen ist nicht die Rede. Wir dürfen also durchaus jenen Schriftstellern beipflichten, die nur eine Mehrung des tatsächlichen Ansehens der privilegierten Responsen gegenüber den Gutachten gewöhnlicher, nicht so vom princeps ausgezeichneter Juristen annehmen[1]).

Zu dieser Ansicht darf jetzt unterstützend auf ein während des Krieges von Sir W. M. Ramsay in Antiochia in Pisidien gefundenes Bruchstück einer lateinischen Inschrift verwiesen sein, das sich als eine im Wesentlichen mit dem Monumentum Ancyranum übereinstimmende Kopie der Res gestae divi Augusti herausstellte[2]). In dieser Inschrift begegnet an besonderer und bekannter Stelle, dort, wo Augustus von seinem Ehrenansehen — um einmal so zu sagen — spricht, das Wort auctoritas[3]). Der bisher nach dem erhaltenen griechischen Übersetzungstext

---

coepit) ist doch nichts irgendwie Merkwürdiges. Humorvoll ist die Erledigung allzu dreister viri praetorii durch Hadrian. Vgl. auch Buckland, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian (Cambridge 1921) 24 f.[3]. Anders, als höfliche Gewährung, faßt Puchta, Institutionen (10. Aufl. von Krüger, 1893) I, 324 f., Hadrians Erklärung auf. Keinesfalls darf die Erzähluug etwa dahin gedeutet werden, daß der Kaiser Hadrian die Verleihung des ius respondendi abgeschafft hätte.

[1]) So besonders Bruns-Lenel, Gesch. d. Quellen d. röm. R. in Holtzendorff-Kohlers Enzyklop. I[7] (1915) 360. Kipp, Gesch. d. Quellen d. röm. R.[4] (1919) 107 f. Girard, Manuel élém. de Droit Rom.[7] (1924) 73. Cuq, Manuel d. Instit. Jurid. d. Romains (1917) 53. Buckland, a. a. O. 23 f. Dagegen führen die bindende Kraft der Responsen schon auf Augustus zurück Puchta, Inst.[10] I, 325. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I (1885) 660. P. Krüger, Gesch. d. Quellen und Lit. d. röm. R.[2] (1912) 120 f. Ad. Berger, Pauly-Wissowas Realenz. Art. Iurisprudentia 1165. Czyhlarz-San Nicolo, Lehrb. d. Institutionen d. röm. R.[18] (1924) 24. Cornil, Droit Romain (Brüssel 1921) 110. Bonfante, Storia del Diritto Romano I[3] (1923) 376. Costa, Storia delle Fonti (1909) 77 und Storia del Dir. Rom. privato (Barbèra)[3] (1921) 16. Kübler, Gesch. d. röm. Rechts (1925) 256.

[2]) Ramsay, Journal of Roman studies 6 (1916) 105 ff. Kornemann, Klio 15 (1917) 214. Ehrenberg, ebd. 19 (1924) 189 ff. 200 ff. v. Premerstein, Phil. Woch. 1922, 143 f.; eingehend Hermes 59, 95 ff.

[3]) Hier verdanken wir die Grundlegung der neuen Erkenntnis v. Premerstein.

ἀξιώματι πάντων διήνεγκα, ἐξουσίας δὲ οὐδέν τι πλεῖον ἔσχον τῶν συναρξάντων μοι von Mommsen und allen anderen nach ihm mit post id tempus praestiti omnibus dignitate, potestatis autem nihil amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu collegae ergänzt wiedergegebene Text c. 34, 3—5 muß, wie uns jetzt das Antiochener Fragment belehrt, heißen: Post id tempus omnibus auctoritate praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae. Was hier Augustus von seiner „auctoritas" sagt, die ihn sozial und politisch — es ist bezeichnend schwer ein deutsches Wort, unmöglich, einen juristisch scharfen Terminus zu finden — über die Magistrate mit gleicher potestas hinaushebt, eben das ist es auch, was die im Glanze der kaiserlichen Sonne einher schreitenden privilegierten Juristen vor den anderen auszeichnet, auf die diese Strahlen nicht fallen. So wenig wie der Satz des Tatenberichts juristisch faßbar ist oder auch sein soll, so wenig kann man juristisch mit einer Konstitution anfangen, nach der die Juristen ex auctoritate des Prinzeps respondieren sollten, ut maior iuris auctoritas haberetur.

R. Heinze[1]) hat, veranlaßt durch die Entdeckung des Antiochener Fragments, eine feine, auch für den Juristen sehr lehrreiche Untersuchung über Wort und Begriff von „Auctoritas" angestellt. Er hat darin auch[2]) die dem Privatrechtsjuristen wohlbekannten beiden Einrichtungen herangezogen, wo die auctoritas[3]) eine juristisch faßbare Gestalt gewinnt: den Manzipationskauf und die auctoritatis interpositio des Tutors. Der Philologe hat da etwas dem Juristen leicht entgehendes Gemeinsames in beiden Fällen empfunden, daß nämlich „der Zustand des auctorem

---

1) Hermes 60, 348 ff.

2) 350 f.

3) Sehr interessante auf breiter auch antik-rechtsgeschichtlicher Grundlage unternommene Untersuchungen über das Wesen der „personalen" Garantie bietet Husserl, Rechtskraft 169 ff. 171. Sehr hübsch besonders 182, wornach der Zwölftafelsatz 6, 3 (Cic. top. 4, 23): usus auctoritas fundi biennium est, — ceterarum rerum omnium — annuus est usus dahin zu verstehen sei, daß es nach Ablauf der Frist der personalen Garantie (auctoritas) nicht mehr bedürfe, da das „Haben" des Käufers zur unanfechtbaren Rechtsgeltung erstarkt sei: tempus ei pro auctore est; unter Hinweis auf Pernice, Labeo II 1², 328 f. Husserl 188.

esse"[1]) eine Verantwortung des Gutheißenden bedeutet. „Auctor ist, wer die von einem anderen auszuführende Handlung (oder was auf dasselbe hinauskommt, den Entschluß dazu) maßgeblich und wirkungsvoll gut heißt; das 'maßgeblich' enthält zugleich in sich, daß dabei eine gewisse Verantwortung vom Gutheißenden übernommen wird"[2]). Vom maßgeblichen und verantwortungsvollen Gutheißen der von einem anderen unternommenen Handlung führt die Bedeutungsentwickelung des Wortes zu der dem auctor anhaftenden Eigenschaft der „Autorität". Dann aber verliert sich auch die Vorstellung von einer auf andere wirkenden Meinungsäußerung und es bleibt die Bedeutung „der Wirkung durch das Gewicht der Person", das andere in ihrem Handeln bestimmt[3]). Je mehr sich auctoritas im Sinne von „Autorität" und „Ansehen" entwickelt, desto weniger kann natürlich das verantwortungsvolle Einstehen für das, was ein anderer tut, in Betracht kommen. Wohl kann man den auctor beim Kauf für Eviktion haften lassen, den Tutor beim Geschäft des Mündels, nicht aber denjenigen, der sich solchen Ansehens erfreut, daß irgend jemand bei irgend einer Handlung nach ihm ausblickt. Sowie und soweit nun der auctor keine Haftung mehr trägt, verflüchtigt sich das an der auctoritas am ehesten juristisch Greifbare. Das hat für das republikanische Staatsrecht Heinze sehr gut geschildert, wenn er die rechtliche Haftung des zwar in auctoritate senatus, aber aus freiem Entschlusse handelnden Magistrats der bloß moralischen Verantwortung entgegen stellt, in der sich der Senat fühlt[4]), wenn er dem Magistrate zur Handlung die auctoritas gegeben hat.

Heinze hat aber auch bereits an die „staatsrechtlich nicht faßbare"[5]) auctoritas, die sich Augustus selbst beilegt, die vom

---

1) S. 349.

2) S. 351; vgl. 353. Daß auch der Tutor, der das Rechtsgeschäft des Mündels durch auctoritatis interpositio ermöglicht, dem Mündel gegenüber für den Schaden verantwortlich wird, der diesem etwa daraus erwächst, wird leicht ganz übersehen gegenüber der Frage der Giltigkeit des Geschäfts dem Dritten gegenüber.

3) S. 354.

4) S. 357 f.

5) S. 356.

Kaiser erhöhte Bedeutung der ex auctoritate principis respondierenden Juristen angeknüpft[1]), und dabei die rein persönliche Autorität hervorgehoben, welche diesen Juristen damit zukam. Schon in republikanischer Zeit hatten sie sich ihr Ansehen durch unentgeltliche juristische Tätigkeit im Dienste der Mitbürger erworben[2]). Jetzt aber kam bei einigen der Glanz der kaiserlichen Autorität dazu und vermehrte und verstärkte ihre eigene wissenschaftliche Autorität. Voraussetzung dazu war freilich der politische Wandel der Gesinnung: die neue Idee des Prinzipats mit der nicht bloß den einen über alle anderen „principes" des Staates hinaushebenden auctoritas, sondern auch mit der damit verbundenen Nebenvorstellung, daß wer mit der auctoritas des princeps in Zusammenhang steht, auch selber schon an auctoritas zunimmt. So konnte man sich auch in Juristenkreisen mit dem Gedanken vertraut machen, daß eine maior iuris auctoritas durch kaiserliches beneficium erreicht werden könne.

In seiner juristischen Wirkung fest erfaßbar wird das ius respondendi aber erst — ganz entsprechend wiederum der allmählichen Umwandlung des Prinzipats selbst aus einer faktischen in eine rechtliche Monarchie[3]) — im Verlaufe des ersten Jahrhunderts. Hadrian hat eine Entwicklung sanktioniert, die den Judex an das von keiner Gegenmeinung eines anderen privilegierten Juristen entkräftete Responsum eines Respondierjuristen bindet. Auch dieser Bericht, Gai. 1, 7, hat mancherlei Zweifel geweckt: Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet;

---

[1]) S. 358 f.

[2]) Cic. de or. 1, 45, 198, woraus Heinze (S. 359) mit Recht besonders den Passus als bezeichnend hervorhebt, der von den Juristen sagt: qui, cum ingenio sibi auctoritatem [so Manutius, die Hss. auctore dignitatem] peperissent, perfecerunt, ut in respondendo iure auctoritate plus etiam quam ipso ingenio valerent.

[3]) Auf die bekannten mit den die auctoritas des Augustus betreffenden Fragen zusammenhängenden Probleme des Werdens der Monarchie ist hier natürlich keine Möglichkeit, näher einzugehen. Aber darum dürfen in der Erörterung einer Detailfrage die großen Zusammenhänge nie außer Acht bleiben.

si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur[1]).

Die Meinungen (sententiae et opiniones) der Juristen können äußerlich in Erscheinung treten teils in Einzelresponsen auf Anfragen in konkreten Fällen, teils sonstwie in ihren Schriften. Beides ist doch wohl im gajanischen Bericht zusammengefaßt[2]). Die Fortentwickelung des augusteischen ius respondendi muß dann in einem doppelten Sinne geschehen sein: einmal juristische Bindung des Judex, wo früher nur Achtung vor der maior iuris auctoritas gegeben war, außerdem aber Bindung nicht bloß an das — unwidersprochene — konkrete Responsum des privilegierten Juristen, sondern auch an die einstimmige kaiserlich privilegierte Literatur.

Betrachten wir einmal nur die ja nach Ansicht der Mehrzahl der Schriftsteller allein für den Judex[3]) bestehende Bindung an die Rechtsauffassung des Respondierjuristen, so ergibt sich eine, wie mir scheint, starke Abschwächung der vielfach angenommenen Einflußmöglichkeit. Zunächst mußte schon die Voraussetzung der Widerspruchslosigkeit des Responsums allzu kühne

---

[1]) Weniger bedeutsam und sekundär ist die früher schon bekannte Stelle aus den Justinianischen Institutionen. Inst. 1, 2, 8: Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iuris consulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.

[2]) Er ist gewiß nicht von solcher wünschenswerter Klarheit, daß er alle Zweifel ausschlösse. Mir ist aber die Schilderung der Entwickelung, wie sie Bruns-Lenel, a. a. O. (oben S. 105 N. 1) geben, doch die wahrscheinlichste. Wlassaks einschränkende Interpretation von Responsa prudentium bei Gai. 1, 7 nur im umfassenden Sinne von „irgendwie gegebene Antworten" = „die Schriften der alten Juristen", also hier unter Ausschaltung des für den Einzelfall bestimmten, von einem Juristen erteilten Responsums, scheint mir doch zu enge zu sein. Vgl. über Erklärungsversuche Krüger (oben S. 105 N. 1), 124[19]). Kübler, a. a. O. 256 f. bezieht den gajanischen Bericht nur auf Einzelresponsen, die sich aber zu Sprüchen (sententiae) erhöhen.

[3]) Nur von der Bindung des Judex, nicht auch des Magistrats, sprechen ganz selbstverständlich von den oben S. 105 N. 1 zitierten Schriftstellern Girard, Cuq, Buckland, Karlowa, Kipp, Berger, Czyhlarz-San Nicolo, Cornil, Bonfante. Über Bruns-Lenel, Puchta, Krüger vgl. unten S. 113 N. 1 und N. 2.

und rasche Neuerungen oft genug gehemmt haben. Wenn die Gegenpartei von einem anderen Respondierjuristen ein Gegengutachten beibrachte, ja wenn sich aus den Schriften eines Respondierjuristen eine gegenteilige Meinung vorweisen ließ, war schon von Bindung keine Rede mehr. Erinnern wir uns noch einmal der uns neuerdings so eindringlich vor Augen geführten allgemein erreichbaren Hilfe der Juristen, so läßt sich leicht denken, daß der Beklagte gegenüber dem vom Kläger beigebrachten Responsum sich ebenfalls um rechtsgelehrte Hilfe umgesehen haben wird. Das war selbstverständlich auch schon zu einer Zeit so, als die Responsen nur faktische Bedeutung hatten; schon da mußte man deren Überzeugungskraft zu erschüttern suchen. Seit aber widerspruchsfreie privilegierte Responsa den Judex banden, war natürlich die Herbeischaffung privilegierter Gegenresponsen um so mehr ein Gebot der Selbsterhaltung des Reus. Wie sehr mußte die Beschaffung einer Gegenwehr aber durch die Existenz der beiden gegnerischen Juristenschulen erleichtert sein. Wird nicht unter dieser Blickrichtung gerade die Gegensätzlichkeit der Schulen in Theorie und Praxis besonders deutlich? Dazu tritt noch ein Moment. Auch der Judex selbst brauchte durchaus nicht, ja sollte auch nicht der Jurisprudenz unkundig sein[1]), und wenn er es war, so hatte er ja sein Konsilium[2]), in dem ihm Rechtsauskunft zuteil wurde. Hier aber mochte man leicht „von amtswegen“ eine vom vorgewiesenen Responsum abweichende Juristenmeinung entdecken, seit auch die Schriften den konkreten Einzelresponsen gleichstanden. War das nun der Fall, wurde dem Judex im Konsilium eine sententia nachgewiesen, die von der des parteilich vorgebrachten Responsums abwich, so hatte der Judex sofort die Freiheit seiner Entscheidung wiedergewonnen[3]).

Aber noch eine andere und, soweit ich sehe, wenig erörterte Frage[4]) bleibt der Beantwortung oder doch der Erwägung offen, wenn wir die Bedeutung des erst faktisch den Richterspruch beeinflussenden, später ihn juristisch bindenden Responsums erörtern.

---

1) Über seine Rechtskenntnis vgl. Zivilpr. 193 f. 289 f.

2) Zivilpr. 29[6]. 193 f., wo aber die Bindung des Judex noch dem Augustus zugeschrieben wird.

3) Auch das darf man aus Gai. 1, 7 herauslesen.

4) Kurz gestreift ist sie Zivilpr. 194.

Was bedeutet denn überhaupt das Responsum neben der den Judex doch von vornherein bindenden Formula? Was kann mit einer Anfrage bezweckt gewesen sein, die ein für den Judex bestimmtes Responsum herbeiführen sollte? Es müßte sich doch um eine Sache handeln, über die dem Judex die Entscheidung so oder so möglich war. Sonst wäre es ja unsinnig gewesen, ihm einen juristischen Rat zu geben, den er nicht zu verwerten in der Lage gewesen wäre. Da ergibt sich m. E. einmal die selbstverständliche Folgerung, daß ein für den Judex bestimmtes Responsum vernünftigerweise erst eingeholt werden konnte, wenn das Prozeßprogramm durch das Dare-Dekret außer Zweifel gestellt war. Dagegen mag man zweifeln, ob man ein solches Responsum nicht schon vor der Richterbestellung einholte. Eine Beratung mit dem juristischen Vertrauensmann über den Verlauf des Verfahrens in iure, über das Schicksal des vom Juristen selbst schon gelieferten Formelentwurfs mochte nicht selten dahin geführt haben, es auf die Litiskontestation gar nicht ankommen zu lassen und lieber mit dem Gegner zu paktieren oder nachzugeben. Empfahl sich aber ein Prozeß und in diesem ein Responsum an den Judex, so konnte ein solches Responsum nur der Auslegung der ja knapp genug gefaßten Schriftformel dienen. Hier war nun freilich Anlaß genug zur respondierenden Erklärung[1]). So

---

[1]) Insoferne ist Lévy-Bruhl zuzustimmen, wenn er, Prudent 19; 35; 39 auf die große Bedeutung der Juristen als der Führer der Privatrichter (der iudices privati) verweist. Wenn aber Lévy-Bruhl, a. a. O. 20 ff., das actionem dare oder die entsprechenden Wendungen actionem habere, actio datur, danda est, competit nicht notwendig auf den Magistrat als Subjekt des dare zu ziehen versucht, sondern, wenn ich recht verstehe, auch Anerkennung der klägerischen actio und offenbar entsprechende Verurteilung des Beklagten im Verfahren apud iudicem in den Kreis dieser Terminologie zu ziehen versucht, so scheint mir das ganz unmöglich zu sein. Actionem dare kann schon sprachlich, mag man das dare noch so sehr vergeistigen und mit „zulassen, gewähren“ etc. wiedergeben (vgl. oben S. 34 f. und Lévy-Bruhl 20: „permettre, autoriser“), doch niemals auf wen anderen als den Magistrat bezogen sein. Actionem dare — einschließlich der Synonyma — kann niemals ein Judex oder ein Rechtsgelehrter, wenn anders nicht unsere ganze Vorstellung von der Jurisdiktion als einer Auswirkung des Imperiums unrichtig sein sollte. Denn die actio vollzieht sich in iure; wie immer man das dare auffassen mag, es muß der Litiskontestation voraufgehen. Wir sahen im actionem dare Zulassung des Rechtsschutzanspruchs. Es scheint

konnte die Frage z. B. dahin stehen, ob ein Handeln des Klägers als doloses zu bezeichnen war, wenn der Beklagte die exceptio doli erwirkt hatte. Sowohl Kläger als Beklagter konnten sich hier den Rat des Respondierjuristen erbitten. So konnte die Frage die sein, ob ein zivilrechtliches dare oportere, wie es die Intentio einer Formel nannte, vorlag oder nicht. So, ob die parteiliche Vereinbarung einen zivilrechtlich giltigen Vertrag darstelle oder nicht, usw. usw.

Sehr viel zurückhaltender müssen wir in der Beantwortung der Frage nach der Bedeutung von Responsen gegenüber magistratischen Entscheidungen sein[1]). Von ihrem Vorhandensein und von ihrer großen praktischen Bedeutung ist im Anschluß an Wlassak schon die Rede gewesen (oben S. 101 ff.). Aber wie stand es hier mit einer sich etwa auch entwickelnden juristischen Bindung des Magistrats an die im Responsum geäußerte Meinung? Es ist gut, daß Wlassak besonders auch diese Frage aufgeworfen hat. In der Literatur verschwindet sie[2]) meist ganz

---

mir von allen in dieser Abhandlung und sonst in der Literatur niedergelegten sachlichen Erwägungen abgesehen sprachlich unzulässig, auch das nur unpersönlich gebrauchte „actio datur“ mit „le demandeur aura gain de cause“ zu umschreiben, wie dies Lévy-Bruhl, a. a. O. 21, vorschlägt. So lange den Fällen, die uns den Prätor als Subjekt des dare actionem, sowohl des abstrakten ediktalen, als auch des konkreten dekretalen dare, nachweisen (Lévy-Bruhl 22[1]), nicht andere Fälle entgegen gestellt sind, die uns ein anderes Rechtsorgan in dieser Funktion zeigen, werden wir nach wie vor auch das unpersönliche datur auf den Jurisdiktionsherrn beziehen dürfen. Und würde vollends der Rechtsgelehrte sagen praetor debet oder non debet dare (Stellen bei Lévy-Bruhl 35[2]), wenn der Prätor ausgeschaltet werden könnte?

[1]) P. F. 40 ff.

[2]) Eine Ausnahme macht jetzt Lévy-Bruhl, Prudent 31 ff. Dieser Gelehrte vertritt da (bes. 34 ff.) die Ansicht, daß der Prätor selbst auf dem von ihm so sehr eingeengten Gebiete (vgl. dazu und dagegen oben S. 55 ff.) noch, wenn ich doch recht verstehe (s. u.), bindende Ratschläge der Juristen entgegen nehmen mußte. Gewiß sprechen die römischen Juristen eine sehr selbstsichere Sprache — Stellen mit „praetor debet, non debet“, a. a. O. 35 f.[2] —, aber eine Beugung der Prätoren unter die Juristen anzunehmen ist darum doch m. E. nicht angängig. Kann man nicht auch in unserer Literatur lesen: „Wenn der Tatbestand X vorliegt, so ‘muß’ der Richter“ u. ä.? Professoren und Praktiker sprechen mit Vorliebe in einem solchen „ton presque impératif“ sei es in Lehrbüchern, sei es in Kommentaren für die

gegenüber der den Judex betreffenden Parallelfrage. Sohm hat sie, wie wir nun zugeben müssen, vorschnell bejaht (o. S. 104). Sonst wird sie nur noch gelegentlich gestreift und im Vorübergehen mit Recht auf die tatsächliche Bedeutung des kaiserlichen Privilegs auch für das Ansehen seiner Träger bei Magistraten hingewiesen[1]). Eingehender ist vor Wlassak nur P. Krüger[2]) der Frage nachgegangen. Wenn er zunächst außer dem iudex privatus auch den Richter der Beamtenkognition ans juristische Gutachten des privilegierten Respondenten für gebunden hält, so werden wir dem ohne größere Bedenken zustimmen können. Neigt doch die ganze Beamtenkognition von vornherein dahin, wo sie auch alsbald sich ganz einordnet, in die Sphäre der kaiserlichen, nicht mehr der republikanischen Gerichtsbarkeit. Hängt nämlich das Gericht vom Kaiser ab, so ist auch ein dem Richter vom kaiserlich privilegierten Juristen bindend erteiltes Responsum nichts Abnormales — ganz anders als dies gegenüber dem republikanisch-demokratischen iudex privatus der Fall war.

Praxis. Es ist dabei eben immer zwischen der faktischen und der juristisch faßbaren Abhängigkeit des Adressaten solcher Expektorationen gefragter und ungefragter Ratgeber zu unterscheiden. Lévy-Bruhl untersucht die Frage eingehend für die Fälle des ordentlichen und des außerprozessualischen Rechtsschutzes — wohin aber, und nicht zu Aktionen und Exzeptionen, die Interdikte zu stellen waren (vgl. Wlassak, Sav. Z. 25, 138 ff., Wenger, Zivilpr. 237) — und spricht sich, wenngleich mit vorsichtiger Zurückhaltung für Bindung des Prätors an den regelmäßig einzuholenden Rat aus. So deutlich für restitutio in integrum p. 34: „Il parait s'en dégager que le Prudent était assez souvent appelé à donner son avis sur les conditions d'ouverture et les effets de ce moyen de droit, de sorte que l'on peut conjecturer que son influence en cette matière a été décisive." Und für die actiones utiles p. 36: „qu'on peut considérer comme certain que le Préteur ne prenait de décision à cet egard que sur l'avis conforme d'un jurisconsulte". Auch freilich wieder ebd. allgemein für Aktionen und Exzeptionen: „Rien ne permet de supposer que le Préteur, conscient de son infériorité technique, n'ait suivi docilement les conseils du Prudent consulté": eine Formulierung, die auch wir akzeptieren könnten.

[1]) Vgl. Puchta, Bruns-Lenel, a. a. O. (o. S. 105 N. 1).

[2]) A. a. O. 121[2]; auch Krüger aber faßt sich recht kurz. Vgl. ferner Wlassak, P. F. 40[41], der auf die Sammlung von Beispielen bei H. Buhl, Sav. Z. 2, 183 f. verweist.

Krüger schreibt aber unter Hinweis auf einige Stellen[1]), „daß die Wirkung der Responsa sich auch auf die Verhandlung in iure erstreckte“. Das ist vorsichtig genug ausgedrückt und läßt nicht ersehen, ob Krüger wie Sohm (o. S. 104) schlechthin auch den Magistrat in iure ans Responsum gebunden hält. Wlassak, der die von Responsen an Magistrate handelnden Stellen um zahlreiche Belege vermehrt hat[2]), verweist auf die selbstbewußte Sprache, in der diese kaiserlichen Juristen respondieren: dari oportere actionem, actionem dandam u. ä. Das sieht auf den ersten Blick freilich so aus, als ob es sich um Befehle oder doch bindende Ratschläge handelte, kann indeß, wie gesagt, auch bloß die Sprache desjenigen sein, der sich selbst seiner maior iuris auctoritas wohl bewußt ist. Wie sehr sich diese auctoritas einer juristischen Fixierung aber gerade auf staatsrechtlichem Gebiete entzieht, haben wir gesehen.

Es wäre ungemein fein erdacht gewesen, auf dem Wege über die kaiserliche Privilegienerteilung an Respondierjuristen auch die Rechtssprechung im ordo iudiciorum in die Hand zu bekommen. Daß schon Augustus die Möglichkeit dieses Weges gesehen, wird niemand gern bezweifeln, der sich die Verleihung des ius respondendi mit dem nächst angegebenen Ziele, ut maior iuris auctoritas haberetur, überlegt hat. Auch wäre ja die Bindung des Magistrats in derselben normalen Entwickelungslinie verlaufen, die von der faktischen zur rechtlichen Bindung des Judex geführt hat. Endlich hätte die Fesselung der Rechtssprechung und ihre Beugung unter die kaiserliche Gewalt vermittelst ihrer Unterordnung unter die geistige Macht der Jurisprudenz nicht bloß einen politisch harmlosen, sondern auch sogar wissenschaftsfreundlichen Charakter an sich getragen und so gerade ins Regiment des Prinzipats gepaßt. Freilich aber sind solchen Erwägungen gegenüber auch die Gegenbetrachtungen sehr

---

[1]) Dig. 26, 9, 8 bezieht sich dabei auf Kognitionsverfahren, scheidet also als primäre Quelle dort aus, wo die Beeinflussung des Magistrats in iure im ordentlichen Verfahren zur Debatte steht. Dagegen sind die beiden anderen von Krüger zitierten Stellen: Dig. 14, 3, 19 pr. und 14, 5, 7 offenbar Fälle von Responsen vor dem Dare-Dekret.

[2]) P. F. 42 ff. Ich brauche hier die Zusammenstellung nicht zu wiederholen.

am Platze, die Wlassak[1]) gegen eine derartige Hervorkehrung der Kaisergewalt in der ersten Prinzipatszeit anstellt.

Indeß, alles in allem, es ist auch hier nicht unsere Sache, zu erwägen, wie es hätte sein können, sondern vielmehr zu ergründen, wie es war. Und da würden uns die Quellen doch ein ganz schiefes und verzerrtes Bild zeigen, wenn nicht der Prätor, sondern die Respondierjuristen zu befinden gehabt hätten, ob und unter welchen Umständen eine Actio zu gewähren oder zu denegieren gewesen sei. So aber verstärkt für uns gerade dieser Umstand Wlassaks Bedenken gegen die Annahme bindender Kraft der Responsen auch für den Gerichtsherrn des Formularprozesses. Wäre der Prätor unter die Juristen gebeugt gewesen, so hätte Ulpian[2]) von ihm nicht sagen dürfen:

Eius est actionem denegare, qui possit et dare.

Wir haben keinen Anlaß, an dieser Überlieferung irgend etwas zu ändern.

---

[1]) P. F. 45.

[2]) Dig. 50, 17, 102, 1.

Register.

I. Quellenregister.

Ascon. in Cornelian. (p. 58 Orelli): 59; 59[3].
Pseudo-Ascon. in Verr. II, 1, 9, 26 (p. 164 Orelli): 70; 70[3].
BGB. § 126: 15[1].
Cic. de leg. 3, 3, 8: 26.
de off. 3, 14, 60; 102[3] (ex 101).
de or 1, 45, 198: 108[2].
orat. part. 28, 99; 3[1].
pro Planc. 25, 62: 32[1].
pro Tull. 16, 38: 3[1].
16, 38 f.: 24 f.
in Verr. II, 1, 46, 119: 49[1].
2, 12, 30: 48; 48[3]; 54[3].
2, 12, 31: 77[2]; 79 f.
3, 22, 55: 53; 53[3]; 53[4].
top. 4, 23: 106[3].
Cod. Iust. 2, 1, 3: 14.
3, 9, 1: 14[2].
Coll. 2, 6, 1: 15[2].
2, 6, 3: 21[2].
Dig. 1, 1, 11: 3[1]; 99[2] (ex 98).
1, 2, 2, 12: 101[3].
1, 2, 2, 48: 102[3] (ex 101).
1, 2, 2, 48 f.: 104 f.
2, 13, 1 pr.: 10; 11; 16 ff.
2, 13, 1, 1: 10; 10[8]; 14 f.; 16 ff.
3, 1: 55[4].
3, 3, 8, 3: 58.
3, 3, 9—15: 58.
4, 3, 1, 1: 57.
4, 4, 1, 1: 57.
4, 8, 32, 12: 43[1].
5, 1, 15 f.: 47[3] (ex 46).
Dig. 12, 1, 21: 23[5].
14, 3, 19 pr.: 114[1].
14, 5, 2: 57.
14, 5, 7: 114[1].
26, 9, 8: 114[1].
35, 1, 71, 1: 59.
42, 1, 6, 1: 97[3].
42, 4, 5, 1: 93[1].
44, 4, 5, 6: 100[2].
44, 7, 5, 4: 46[2]; 46[3].
44, 7, 51: 12; 16.
44, 7, 61, 1: 59.
45, 1, 26: 58[5].
45, 1, 27 pr.: 58.
45, 1, 97, 2: 59.
46, 3, 30: 55[4].
50, 13, 6: 46[2]; 46[3].
50, 16, 8, 1: 13[3].
50, 17, 52: 93[1].
50, 17, 102, 1: 115; 115[2].
50, 17, 125: 100[4].
Gai. 1, 7: 108 ff.; 109[2]; 110[3].
3, 180: 97[4].
4, 9: 91[5].
4, 15: 68[3]; 70; 70[3]; 71[1].
4, 17a: 68[3].
4, 18 f.: 68[3].
4, 21: 86.
4, 30: 88.
4, 35: 9.
4, 41: 9; 16.
4, 53: 23[3].
4, 57: 9[2]; 100; 100[5]; 101; 101[2].
4, 68: 9.

Gai. 4, 86: 9.
4, 102: 84 f.
4, 166a: 102[3] (ex 101).
4, 169: 102[3] (ex 101).
Gell. 20, 1, 7: 46[3].
Inschriften:
CIL I[2] 592 (lex Rubria)
c. 20: 75 f.
c. 20, 21 f.: 76; 76[3].
c. 20, 22 ff.: 76; 76[2].
c. 20, 40 ff.: 24[1]; 26[1].
c. 20, 41 ff.: 76; 76[1].
c. 20, 51 f.: 76.
c. 21: 88.
c. 21 f.: 93[1].
c. 22, 33 f.: 89.
CIL I[2] 593 (tab. Heracl.)
44 f.: 77[2].
Monum. Ancyr. (Antioch.)
c. 34, 3—5: 105 ff.
Inst. Iust. 1, 2, 8: 109[1].
Liv. 3, 56: 50[4].
Papyri:
BGU I, 114: 26[6]; 42[2] (ex 41); 80 ff., 80[2]; 82.
Lond. II, 196: 82 f.
Plaut. Curcul. 5, 2, 22: 20[1].
Persa 4, 9, 8: 20[1].
Poenul. 5, 6, 5 f.: 20[1].
Quint. inst. orat. 12, 3, 11: 103[1].
Serv. ad Aen. 6, 431: 74[1].
Val. Max. 6, 2, 12: 102[3] (ex 101).
Varr. de l. Lat. 6, 30: 95[4].
ZPO. deutsche §§ 349; 495a; 499a–g; 500; 500a: 37[2].
österr.: 23[2].
Zwölftafeln 1, 1: 3[1]; 98 f.[2].
3, 2—6: 91[3].
6, 3: 106[3].
8, 14: 87[2].
9, 3: 46[3].

2. Sachregister.

Abänderbarkeit des Formelentwurfs: 14; 27.
absolvito: 7[2]; 40; 75.
accipere iudicium iudicati: 95.
actio: 11 ff.; 16; passim; 20, 102[3] (ex 101), 103 (in factum); 11 f. (im formellen und materiellen Sinn); 35[1] (Gestaltungsrecht?); 12 (in personam und in rem); 113[2] (ex 112) (utiles); vgl. dare und denegare actionem,
actio doli: 50; 102[3] (ex 101) (Formeln der actio de dolo).
actio iudicati: 84 ff.; 97 (formell und materiellrechtlich); 85, 91 f., 95, 95[3] (in duplum und in simplum).
addere: 24 f.
addicere: 86 ff.; 92; 95[4].
addictio: 87 f.; 87[3]; 91 ff.
Aebutisch-julisches Prozeßrecht: 72 f. (Dare-Dekret und Richterwahl); 88 f. (confessio).
aes confessum: 88 f.
ἄγειν: 100[1].
agere: 100[1] (sinnliche Bedeutung); passim.
agere iudicati: 84 ff. (selten als Prozeß-, regelmäßig als Exekutionshandlung).
Album, prätorisches: 32.
Amtsmißbrauch: 49[1].
Amtsprozeß (zweigeteilter): 80; s. Beamtenkognition.
amtswegen, Rechtsschutz von a.: 41[1].
Anerkenntnis: 89.
Anspruch: 10 ff.; 11[3]; 15; 16; 43 ff.; 11, 99[2] (kein dinglicher); 11, 100 (obligatorischer); 43 ff. (Realisierbarkeit); vgl. Rechtsschutzanspruch.
An- spruch: 88 (Form).
Anspruchsedition: 15; s. Edition.
Anwalt: 23; 31; s. Juristen.
apud iudicem: 3[1]; 43.
Aquilius Gallus: 102[3] (ex 101).

arbiter: 43[1], 46[1], 46[2], vgl. 45 (als Privatrichter); 59[4] (als Spruchrichter); s. auch Schiedsrichter.
auctor: 106 f.; s. auctoritas; Autorität.
auctoritas: 105 ff. (Begriff); 106 f. (des Manzipationsverkäufers); 107 f. (des Princeps Augustus); 104 f., 108 f. (der Respondierjuristen ex auctoritate principis); 107 (des Senats); 106 f. (des Tutors).
Aufsichtsrecht des Magistrats: 26; 43.
Augustus: 107 f.; 108[3] (seine auctoritas).
Ausschlußwirkung: 23; 23[5]; 72[2]; 101.
Autorität: 107; 108 ff. (erst faktische Autorität, seit Hadrian bindende A. der Responsen für Richter); 112 ff. (wohl nicht für Magistrate).

Beamtendelikte: 50[5].
Beamtenkognition: 40; 113; 114[1].
Beamtenrichter: 30[2].
Behauptungsfähigkeit (des Rechts): 44[2].
Beispruch (des Magistrats): 88.
Beklagter (Schutz des B.): 9; 9[2]; 22; 24[1]; 41[1]; 98 ff.
Besserstellung (des Beklagten): 98 ff.
Bestechlicher Richter: 46[3].
Beweis: 4[2] (Termin; Urteil; Verfahren; Vertrag; germanisches Recht).
Bindung an Responsen: 108 ff. (der Richter); 112 ff. (wohl nicht der Magistrate).
Blankettwörter: 15; 76.
Bürgerpflicht: 45 (Richter zu werden).

Cascellius, A.: 102[3] (ex 101).
causae cognitio: 19[4]; 22; 54 ff. (bei Denegation).
Cicero pro Tullio: 24 f.
cognitio: s. Beamtenkognition; causae cognitio.
compromissum: 31; 46[1].
concepta verba: 77[2]; 78 f.; s. Formel.
condemnatio: 15.
condemnato: 7[2]; 40; 75.
confessio in iure: 62; 64; 86 ff.; 94; 88 f. (certae rei debitae).
con- fiteri: 88 (Form).
consiliarii: 32; s. Juristen.
consilium: s. Konsilium.
curare: 26.
custos: 26.

Dare actionem: 9; 9[1]; 27; 33 ff.; 93[3]; 102; 111[1]; 115; 84 ff., 97 (bei der actio iudicati); 53 (wiederholtes?).
Dare-Dekret: 27 f.; 28[3]; 29; 72; 36, 41[2] (Form); 52 f., 53[4] (nur ein formelles); 55 ff. (Freiheit des Prätors); 36 ff. (Inhalt); 59 ff. (D. und Richterwahl); 80 (Provinzialverfahren).
dare iudicem: 77[2]; 81 (Provinzialverfahren); vgl. Richter; vgl. zuweisen.
dare iudicium: 4; 77[2]; 79; vgl. zulassen.
demonstratio: 15; 23; 40.
Defension: 22; 93.
denegare actionem: 9; 13; 33 ff.; 39 f.[4]; 53 ff.; 102; 115; s. Denegation.
denegare iudicem: 40[4].
denegare iudicium: 4.
Denegation: 13; 19[4]; 22; 23[5]; 27; 28; 31; 92; 99[1]; 40[4] (D. und exceptio); 41[2] (Form); 53 ff., 56[1] (Freiheit des Prätors); 21, 41[2] (keine Rechtskraft); 80 (Provinzialverfahren).
desiderium: 16.
dicere: 89 (der lex Rubria).
διδόναι (κριτήν): 80 ff.
Dieb: 87.
diminuere lites: 23[5].
Dingliches Recht: 99; 99[2] (kein solcher Anspruch).
Doppelurkunde: 26[5]; 29 f.; 29[2]; 29[5].
duci iubere: 95 f., 97; s. Duktionsbefehl; vgl. 87[3].

Duktionsbefehl: 93; s. duci iubere.
duplicatio: 40.
Duplumformel: s. actio judicati in duplum.
Edere: s. Edition.
Edikt (prätorisches): 20.
Edition (editio; edere): 1) außergerichtliche: 10; 36[3]; 9[4], 10[8], 14 ff. (Formen); 15 f. (Inhalt); 20 f. (Sanktion); 100 (Zeitpunkt). 2) vorbereitende in iure 15; 22; 36; 36[3]. 3) Litiskontestation: 3; 14; 15.
Einlassung: 100.
Einstellung des Verfahrens: 38[2].
Entwurf (der Formel): 9; 13 ff.; 74 ff.; 78.
Exzeption (exceptio): 9; 13; 21[3]; 22; 40; 40[4] (E. und Denegation).
Exekution: 86 ff. (Legisaktionen- und Formularverfahren).
Exkusationsgründe (des iudex): 67; 72 f.
extra ordinem: 81[4] (ex 80); s. Beamtenkognition.
Formalvertrag (Litiskontestation): 3; 14.
Formel (Prozeßformel, Schriftformel): passim; 8[1], 28 (Beilage des Judikationsbefehls); 84 ff., 98 (im Judikationsprozeß); 30[2] (kontestierter Prozeßplan); 28[3], 33, 33[4] (Niederschrift); 7, 7[1], 7[2] (Parteienrede); 8 ff. (Parteien, bzw. Juristen als Verfasser); 8 ff.; 25 f., 28 (prätorische Mitwirkung, vgl. Dare-Dekret); 27 ff. (Protokoll über Zustandekommen); 7 (Prozeßmittel); 65, 65[1], 67[3] (keine richterlose F.); 7 (Schiedsgerichtsprogramm); 28 (Textausfertig.); 79 (Überlieferung einer karrikierten Formel); 111 f. (Verhältnis zum Responsum).
Formelentwurf: 9; 13 ff.; 14; 64 f.; 78; 100; 74 f. (gajanische Entwürfe); 75 f. (rubrische).
Formeln: 19, 80[2], 82 (fiktizische); 19 f. (prätorische); 19 (mit Umstellung).
Formen: vgl. actio; actio iudicati; An- spruch; con- fiteri; Dare-Dekret; Denegation; Edition; Litiskontestation.
formularius: 103.
Formularverfahren, verstaatlichtes: 80 f.[4].
Formulierungsfragen (schwierige): 6; 36.
fur manifestus: 87.
Gajanische Institutionen: 7[2]; 74 f. (wohl Formelentwürfe).
Gerechtigkeit: 51.
Gerichtsfolge: 100.
Gerichtsort: 3[1].
Germanisches Recht: 3 f.[2].
Griechisches Recht: 11[8]; 20[1]; 61[2].
Güteverfahren: 37.
Hadrian: 104 f.[5], 108 f. (ius respondendi).
Heraklea, Tafel von: 77[2].
Imperium: 23; 28; 46; 47 f.; 47[1]; 51; 54; 56 f.; 59; 101[1]; 111[1].
in iure: 3[1]; 21; 27 ff.; 85[5]; 111[1]; 114; 114[1].
in iure cessio: 87.
in ius vocatio: 3[1]; 20; 98 f.[2]; 100; 101.
Indefensionsfolge: 100.
Infitiation: 91; 95[3].
Infitiationsprozeß: 91; 96; 92[1] (keiner).
iniuria: 24 f.
Injurienedikt: 15.
intentio: 16; 40; 15 (certa, incerta).
Interdikte: 58[2]; 113[2] (ex 112).
Interzession: 24 f.; 48 f.; 49[1]; 54; 30[2] (keine gegen Urteil des Spruchrichters); 48[4] (gegen Denegationsdekret).
iudex (Judex, Spruchrichter: 7; 59[4] (Auswahl); 45[1] und 45[4] (außerhalb der Liste); 108 ff., 111[1], 113 (Bindung an Responsen); 75 (i. esto); 46[3] (Haftungsbegründung);

29 (Name; vgl. Formel [keine richterlose]; Formelentwurf); 46 (qui litem suam facit); 30[2] (Unterschied vom Schiedsrichter); 30[2] (Urteil); vgl. arbiter; Richter etc.; Schiedsrichter.
iudex datus: 81; 83; 113.
iudicatum facere oportere: 97.
iudicium: 3[1]; 4; 4[1]; 12; 12[5]; 51; 78; 98[2]; 30[2] (imperiale, legitimum); 95 (iudicati); 16 (purum); s. Judizium.
Judikationsbefehl: 7 f.; 7[3]; 8[1]; 27; 28; 43; 45; 72; 73; 79.
Judikationspflicht: 45 f.
Judikationsprozeß: s. Judikatsprozeß.
Judikatsanspruch: 97.
Judikatsprozeß: 84 ff. passim; vgl. actio iudicati in duplum und in simplum.
Judikatsschuld: 85 f.; 91.
Judizium: 6; 8; 22; 30 f.; 30[2]; 34; 41 f.; s. iudicium.
Jurisdiktion: 23; 47[1]; 47[2]; 111[1]; 24 (keine der Volkstribunen).
Jurisprudenz: 19[4]; 58[3]; 101; s. Juristen.
Juristen: 9; 19; 21[3]; 23; 31; 32; 52; 100; 101 ff.; 101[3]; vgl. noch kaiserlich autorisierte Juristen; Respondierjuristen.
Juristenschulen: 110.
ius: 3[1]; 98[2]; vgl. in iure; in iure cessio; in ius vocatio.
ius respondendi: 103 ff.
iussum iudicandi: 79; s. Judikationsbefehl.
Justizgewährungspflicht: 39[4].
Justizverweigerung: 45; 51.
Kaiserliche Gerichtsbarkeit: 113.
Kaiserlich autorisierte Juristen: 104 f.; 108 ff.
Kalumnieneid: 99.
Kaution: 84; vgl. Satisdation.
Klagbarkeit (des Anspruchs): 44.
Kläger: 9; passim; 100 (Lage); 22 ff. (Schutz).
Kognitionsverfahren: s. Beamtenkognition.
Kompromißrichter: 45; vgl. arbiter (Privatrichter).
Konsiliarjuristen: 102 (des Prätors); 110 (des Richters); s. Juristen.
Konsilium: 102; 110.
Kontumazialverfahren: 83[1].
κριτὴν διδόναι: 80 ff.
Labeo: 17 ff.; 102[3] (ex 101).
Legaltheorie: 4[2].
legis actio: 33; 56; 86 ff. (per manus iniectionem und sacramento); vgl. folg. Wort.
Legisaktionenverfahren: 33; 55 f.; 68 ff.; 72; 73; 86 ff.; 90; 95.
Leistungsklagen (und -Urteile): 91[1].
Lex: 56, 72[8], 88 (Aebutia); 49[1], 59 (Cornelia); 68 ff., 72, 83 (Pinaria); 24[1], 25 f., 75 f., 89 (Rubria).
Listenrichter: s. Richterliste.
Litiskontestation: 3; 6: 6[2]; 27; 28[3]; 29; 42; 59 f.; 60[4] (ex 59); 94; 111; 72[2], 101 (Ausschlußwirkung); 15 (Formstrenge); 65 (keine richterlose Formel); 72 (im Legisaktionenverfahren); 73 (im Schriftformelverfahren); 30 (Zeugen).
Litiskreszenz: 95[3].
Majestätsverbrechen: 51.
manum inicio: 92.
manus iniectio: 86 ff.; 101.
Manzipationskauf: 106 f.
Metalldiptycha: 29[2].
Methodologisches: 6[2].
Militärdiplome: 29.
missio in bona: 96.
Missionsbefehl: 93.
Missionsdekret: 95; 97.
Monumentum Ancyranum (Antiochenum): 105 ff.
munus civile (Richterpflicht): 45[3].
Naturalobligation: 44 f.

Noxalklausel: 25.
Obligation, unmoralische: 59.
officium iudicandi: 46.
Offizialmaxime: 6; 9; 10; 56.
ordo iudiciorum: 40 (zwiespältiger Charakter).
Papyri: 26[6]; 80 ff.
Parteienbetrieb: 6; 10, 98[2].
Parteienrede (Formel): 7; 7[1]; 7[2].
Parteienvertrag der Litiskontestation: s. d.; vgl. auch 4[2] (ex 3).
Parteifähigkeit: 85[5].
Parteilichkeit: 50[4].
Pinarisches Gesetz: 68 ff.; 72; 83.
Plautus: 20[1].
plus petitio: 23; 23[3]; 100 f.
Poenalklage: 20.
Postulationen: 38[1]; 98.
Potestas: 31.
praescriptio pro reo: 40.
Präskription (beim Translationsakt): 67[4].
Prätor: passim; 8 f; 19[4]; 24 ff.; 28; 55 f.; 101; 103; 54 (improbus).
Prätorisches Album: 32.
Prätorisches Edikt: 20.
Privatrecht und Prozeß: 35[1]; 86[3].
Privatrichter: s. arbiter.
Protokollierung: 27 ff., 36; 41 f.[2]; 67 f.
Provinzialprozeß: 26[6]; 36; 80 ff.
provoco: 90.
Prozeß: passim; 40 (Beamtenkognition; heutiger P.); 35 (öffentlicher und privater); 36 (Provinzialp., Strafp.); 86 ff. (P. und Exekution).
Prozeßfähigkeit: 85[5].
Prozeßformel: s. Formel.
Prozeßmittel: 86 ff. (Legisaktionen, Spruchformeln); 7, 93 f., 98 und sonst (Schriftformeln).
Prozeßökonomie: 21; 23; 23[5]; 64; 68.
Prozeßrecht (Beurteilung des römischen P.): 101.
Prozeß-Spruch: 86 ff.
Prozeßvoraussetzungen: 84 f.; 84[3]; 84[5]; 85[1].
Prozeßvorteile (des Beklagten); 101.
Receptum: 31; 45.
Rechenschaftsprozesse: 49 f.; 50[4].
Recht: 3 f.[2] (germanisches); 11[8], 20[1], 61[2] (griechisches), vgl. Papyri.
Rechtsgelehrte: s. Juristen.
Rechtskenntnis: 32[1].
Rechtskrafttheorie: 85[3].
Rechtskraftwirkung (keine der Denegation): 21; 41[2].
Rechtslage: 35; 35[1].
Rechtsprätention: 40[4].
Rechtsschutzanspruch: 38 ff.; 43 ff.; 64; 82; 99; 99[1]; 45 f. (gegen iudex); 47 ff. (gegen Magistrat).
Rechtsschutzeinrichtungen: 98.
Rechtsschutzidee: 51.
Rechtsschutzlehre: 51.
Rechtsschutzpflicht: 39[4].
Rechtssprache: 78 (freiere).
Rechtsvergleichendes: 3[2]; 11[8]; 20[1].
Rechtweisung: 4[2].
Regula Catoniana: 102[3] (ex 101).
Rekuperatoren: 59[4].
replicatio: 29; 40.
Respondierjuristen: 101 ff; 108 ff. (seit Hadrian); 111[1].
responsa prudentium: 104 ff.; 105 ff. (faktisches Ansehen); 104 f. (Form); 108 ff. (rechtlich für iudex bindend); 112 ff. (nicht für Magistrat).
responsum und formula: 111 f.
restitutio in integrum: 100; 101[1]; 113[2] (ex 112).
Richter: s. iudex; 61 (Bedeutung der Person); 46[3] (bestechlicher); 80 ff. (im Provinzialverfahren); 65[1] (Wahl eines Abwesenden).
Richterbestellung: 60[4]; 81 ff. (Provinzialverfahren); 68 (Tagsatzung für R.).
Richtereinsetzung: 60[4]; 72 f.
Richterernennung: 60[4].

Richterliste: 45; 45[1]; 45[4]; 66; 72[5].
Richtername (in der Formel, fehlt im Entwurf): 13; 14; 29; 63; 64; 78; 65, 65[1], 67[3] (keine richterlose Formel).
Richterwahl: 27; 59 ff.; 59[4]; 66; 72 f.; 78.
Richterzuweisung: 60[4]; 72 f.; 78.
Rubrisches Gesetz: s. lex Rubria.

Satisdation: 85; 95; vgl. 84.
Schiedsrichter: 7, 30[2], 75 (iudex privatus, Spruchrichter vgl. iudex); 7, 30[2], 31, 45 (privater Kompromißrichter, vgl. arbiter); 4[2] (germanisch, rechtsvergleichend).
Schiedsverfahren: 61[2] (international); 6 f., 41 (iudicium privatum); 31, 41, 43[1], 56 f., 78, 99[1] (Kompromißverfahren).
Schriftformel: s. Formel.
scribae: 27.
scriptura interior: 29.
Selbsthilfe: 98 f.
Senat: 61[2]; 107.
Simplumformel: s. actio iudicati in simplum.
Spruchformel: s. legis actio.
Staatshilfe: 98 f.
Streitspruch: 88.

Tabelliones: 29[2].
Tage, dreißig: 68, 70 f., 72, 72[2], 72[3], (des pinarischen Rechts); 87, 91 (Urteilserfüllungsfrist).
Todesstrafe: 46[3].
Translation: 67, 67[4].
tria verba: 95; 95[4].
Tribunal, pro tribunali: 36; 41 f.[2]; 67.
Tribunen: s. Volkstribunen.
triginta dies iusti: 91.
Tutor: 106 f.

Unfähigkeitsgrund des Richters: 72 f.
Unterrichter (Unterbeamter): 83; s. iudex datus.
Unterwerfungsspruch: 88; s. confessio in iure.
Urkundenschreiber: 29[2].
Urteil: 30[2]; 42; 54[4]; 99; 99[1].
Urteilserfüllungsanspruch: 85; vgl. Judikatsschuld.

Verantwortlichkeit des Magistrats: 49 f., 50[5], 54.
Verantwortung des Auktors: 107.
Verfahren: vgl. apud iudicem; extra ordinem; Formel; in iure; Prozeß; 6 (Parteibeitrieb); 80 f.[4] (verstaatlichtes Formularverfahren).
Vertragscharakter: 8 (des Judiziums); 3, 6, 6[2] (der Litiskontestation); s. d. W.
Verwaltungsstreitigkeiten: 51.
viator: 67[1].
vindex: 86.
Vindexprozeß: 86; 91[2].
vocatio in ius: s. in ius vocatio.
Völkerrecht: 61[2].
Volkstribunen: 24 f.; 48 f.; 50; 50[4]; 51.
Vollstreckung: 86 ff.

Wachstafel: 29, 29[5].

Zehentprozeß: 53[4].
Zeugen: 29 f. (des Formeltextes und der Litiskontestation).
Zulassen der Formel: 9; s. dare iudicium; vgl. dare actionem.
Zulässigkeit des Rechtswegs: 84[5].
Zuständigkeit des Gerichts: 84[5].
Zuweisen des Richters: 60[4]; 72 f.; 78; s. dare iudicem.
Zwangsnatur des Rechts: 44.
Zweiteilung des Verfahrens: 3; 3[2]; 80.
Zwischendekrete: 62 f.
Zwölftafeln: 98 f.[2].