

Sitzungsberichte der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften

Philosophisch-historische Abteilung

Jahrgang 1934. Heft 8

Konfessio in Jure
und Defensionsweigerung nach der
Lex Rubria de Gallia Cisalpina

von

Moriz Wlassak

Vorgelegt von L. Wenger am 12. Mai 1934

München 1934

Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften

in Kommission bei der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung

I N H A L T

Vorbemerkung	5
------------------------	---

Erster Abschnitt

Die Rubrischen Fragmente von O. Gradenwitz dekomponiert (Antikritisches)

Kap. XXI und XXII, nach Gradenwitz entstanden durch Verschmelzung zweier Vorlagen, deren eine vom Konfessus handelte, die zweite von Indefensus – Wahrscheinlichkeit dieser Annahme – Dagegen ist es unstatthaft, die Damnationsfiktion des c. XXI nur für den Konfessus gelten zu lassen, nicht für den Indefensus – Das Gesetz unterwirft jener Fiktion, neben dem sofort der Einlassung Widerstrebenden, bloß den Konfessus, der hinterher Indefensus geworden ist – Zu Unrecht nimmt Gradenwitz Gust. Demelius als Vorgänger in Anspruch – Verkannt ist das Bestreben der Caesarischen Gesetzgebung, in den Munizipien die Einlassung der Verklagten in den Prozeß — bei Aktionen in personam — mit fast unwiderstehlichen Mitteln zu sichern – Die Rubrische Damnationsfiktion ist eine partikuläre Ordnung und vermutlich niemals gemeines Römerrecht gewesen.	7
--	---

Zweiter Abschnitt

Beiträge zur Lehre von der Konfessio in Jure und zur Erläuterung der Rubrischen Kapitel XXI/XXII

Kap. XXI und XXII enthalten eine Exekutionsordnung gegen den Ungehorsam von in Jure Anwesenden – Auch der Konfessus kann indefensus werden – Die Rubrischen Kapitel handeln ausschließlich von der Konfessio debiti – Form des Anerkenntnisses ziviler Schulden – Wirkung der Konfessio: Entstehung einer neuen Schuld – Die Aktio ex confesso aus den Rubrischen Kapiteln erschließbar – Die defensive Nichtigkeitsbeschwerde des Konfessus – Sonderstellung der pecunia certa credita: der Aktio und der Konfessio (Kap. XXI) – Die Damnationsfiktion als Indefensusstrafe nach Kap. XXI – Paul. sent. 2, 1, 5 – Paul. sent. V, 5 a, 5 [7] – Der Stil der Rubrischen Kap., die überall einen Ungehorsamen voraussetzen – Welche Ordnung galt für den Gehorsamen? – Ungelöste Fragen.	30
--	----

Dritter Abschnitt

Miscellen

1. Die Sponsio tertiae partis im Kap. XXI der L. Rubria – 2. Nichtigkeit der Confessio in Jure wegen Irrtums – 3. Der Schlußsatz von Kap. XXI der L. Rubria – 4. Nachtragsbemerkungen zum Kap. XXII der L. Rubria – 5. Der Judikationsbefehl in der L. Rubria – Abwehr gegen Th. Kipp.*	68
---	----

Quellenregister	92
---------------------------	----

Beilage

Zergliederung des Rubrischen Kapitels XXI col. II Z. 2–21

* Übersichtlich dargelegt ist der Inhalt der hier folgenden Abhandlung in dem Sitzungsprotokoll vom 12. Mai 1934.

In Sachen der *Konfessio in Jure* ergreife ich hier nicht zum erstenmal das Wort.¹ Die Wiederaufnahme einer Untersuchung, deren Anfänge mehr als dreißig Jahre zurückliegen, verlangt Aufklärung. Will etwa der verjäherte Autor zeigen, wie der weit jüngere die Arbeit hätte anfassen sollen? Die vorliegende Abhandlung wird demnächst die Antwort geben. Eine vorgreifende Erklärung aber dürfte schon an dieser Stelle angebracht sein.

Meiner Überzeugung nach ist es nahezu unmöglich, mit den heute bekannten Quellen eine halbwegs vollständige Darstellung des gerichtlichen Anerkenntnisses der Römer zu liefern. Weder für das Altertum, noch für die klassische Epoche, noch für das Recht Justinians sind ausreichend Nachrichten vorhanden, die einen sicheren und befriedigenden Aufbau gestatten würden. Nur ein kleiner Zeitabschnitt macht eine Ausnahme. Von den hochfliegenden Gesetzgebungsplänen des Diktators C. Julius Caesar ist nur ein geringer Teil Wirklichkeit geworden, darunter auch Unreifes, das Gesetzeskraft erst nach dem Tode des Urhebers erhalten hat.²

Das wertvollste aber der uns überlieferten Stücke ist die nach dem – genauer nicht bestimmbar – Rogator³ benannte *Lex Rubria*, ein Gesetz, das die Jurisdiktion der Munizipalbeamten im zisalpinischen Gallien regelt und deren Abgrenzung gegenüber der Gerichtsgewalt des stadtrömischen Prätors festsetzt. Drei hergehörige Punkte dürften im heutigen Schrifttum ziemlich unbestritten sein: die Tatsache, welche die Erlassung der *Rubria* notwendig gemacht hat,⁴ die Entstehungszeit zwischen 49 und

¹ Vgl. SavZ. R. A. 25 (1904), 145–152. 164–173.

² Vgl. namentlich A. v. Premerstein SavZ. R. A. 43 (1922), 110 ff. Sehr bemerkenswert ist auf S. 111 die Anm. 1, die sich auf die *L. Rubria* bezieht. A. v. P. folgt Gradenwitz in der Annahme eines 'Ineinanderarbeitens älterer Vorlagen und Formulare', wodurch sich 'Auflagerungen und Verschmelzungen' ergaben. Aber in der *Rubria* 'sind die Fugen sorglich geglättet, und das Gesetz ist stilistisch durchaus auf der Höhe'. Zustimmend Ernst Kornemann in Pauly-Wissowa, R. E. XVI (1933), 610.

³ Siehe Münzer in Pauly-Wissowa, R. E. I A 1 (1914), 1169 f. Ziff. 5 u. 12.

⁴ Siehe Fragm. Atestinum (C I L I² n. 600) Zeile 12–14, Dio 41, 36; dazu

42 v. Chr. (705–712 d. St.) und die Herkunft aus der Kanzlei Julius Caesars. Das XXI. und XXII. Kapitel des Gesetzes aber enthalten die verlässlichste und zugleich reichhaltigste Quelle für die Erkenntnis der *Konfessio in Jure*.

Meinen Ausgang für die folgenden Darlegungen nehme ich nicht von G. Demelius, so sehr ich die Gewissenhaftigkeit und Gründlichkeit dieses Gelehrten zu schätzen weiß. Indes scheint mir sein Buch in manchen Teilen veraltet zu sein, und die sehr wichtige, streng festgehaltene Grundlegung erachte ich für durchaus verfehlt.⁵ Daher benutze ich für die Behandlung der *Konfessio in Jure* als Stütze den sehr viel jüngeren, vortrefflichen Aufsatz von L. Wenger in den Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts (1925) S. 101 ff. Es würde mir zur Genugtuung gereichen, wenn es gelänge, hie und da etwas zu finden, was zur Berichtigung oder Ergänzung von Wengers Darstellung dienen kann.

So große Schwierigkeiten die Lehre von der *Konfessio in Jure* einschließt, desto leichter ist es, rasch Aufklärendes über die Verweigerung der Defension⁶ zu sagen. Bloß für die Anhänger der Kellerschule ist die Ablehnung der Einlassung eine arge Verlegenheit, der man dadurch zu entgehen sucht, daß keiner von ihnen verrät, was unter dem *se non defendere* zu verstehen sei. Die *L. Rubria* aber in den obengenannten Kapiteln muß für jeden ein Rätsel bleiben, der es vermeidet, Farbe zu bekennen, d. h. zu sagen, welcher Prozeßakt das *se defendere* ausmacht, und was also verweigert sein muß, um den Verklagten mit dem Vorwurf prozessualen Ungehorsams zu belasten.

Mommsen, *Jur. Schriften* 1, 178 u. 1, 192 f. Die am letzteren Ort von Mommsen vertretene Ansicht, die der von uns sog. *L. Rubria* diesen Namen entzieht und sie für eine *lex data* erklärt, ist m. E. überzeugend widerlegt von Th. Kipp, *Geschichte der Quellen*⁴ 41, 11.

⁵ Siehe wider Demelius meine *Abh. SavZ. R. A.* 25 (1904), 145–152.

⁶ Siehe meine *Abh. SavZ. R. A.* 25, 124 ff. 154.

Erster Abschnitt
Die Rubrischen Fragmente
von O. Gradenwitz dekomponiert

Ein antikritischer Versuch

Die Bronzetafel von Veleia, von den heute bekannten Gesetzinschriften privatrechtlichen Inhalts die umfangreichste, hatte sich bis 1915 bei den Gelehrten einer besonders hohen Wertschätzung zu erfreuen. So nennt sie Gustav Hugo einmal 'die Krone der bisher entdeckten alten Denkmäler', und Friedrich Ritschl spricht (1851) bei festlicher Gelegenheit von dem '*praestantissimi monumenti haud vulgaris splendor*'.¹ Durch die 'Dekomposition' aber, der Otto Gradenwitz jüngst die Rubrischen Fragmente unterwarf,² hat jenes Urteil einen sehr empfindlichen Stoß erlitten.

Zwar wußte man längst von den gar nicht seltenen Fehlern in dem überlieferten Texte, die zumeist wohl der Erzstecher zu verantworten hat. Auch ein paar Sünden gegen die Sprachrichtigkeit konnten unseren Philologen gewiß nicht entgehen. Allein hier wie dort handelt es sich um kleinere Mängel, die leicht zu verbessern waren, die das Verständnis der Inschrift nicht arg gefährdeten und jedenfalls den Kern des Gesetzes unberührt lassen.

Wesentlich anders geartet ist die Kritik von O. Gradenwitz und wesentlich anders auch ihre Wirkung. Wie die 'Dekomposition' einsetzt, könnte sie sehr wohl eine zahme Auslegung zum Ziel und Ende haben; brauchte also nicht auszumünden in scharfen Tadel, unter dem die bisher Übergünstige Wertung der Lex Rubria zusammenbricht.

Zugrunde gelegt hat der Verfasser seiner Untersuchung die ergiebige, vielfach bestätigte Wahrnehmung, daß Ordnungen

¹ In der Einladung der Universität Bonn zur Königs-Geburtstagsfeier 1851 S. 16.

² Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragmentes in den Sitzber. der Heidelberger Akademie d. Wissenschaften, Phil.-hist. Kl., Jg. 1915 Abh. 9.

(im Sinne Th. Mommsens) jedweder Art: Satzungen von Vereinen, Universitäten, Akademien, geistlichen Gemeinschaften,³ Schulregulative, sog. 'Geschäftsbestimmungen' und so auch Staatsgesetze wie Verordnungen: im römischen Altertum z. B. die Rubriche Gerichtsordnung, dann inschriftlich erhaltene Stadtrechte (von Urso, Salpensa, Malaca) sehr häufig nicht in einem Zuge entworfen, sondern hergestellt sind nach einem älteren Muster, das Erweiterungen oder sonst Veränderungen erfuhr. Insbesondere aber will Gradenwitz dartun, daß zuweilen gar eine Mehrzahl von Vorlagen benutzt ist, um durch Verbindung, durch 'Verschmelzung' der Stücke ein Neues zu gewinnen.

So einleuchtend diese weitgreifenden Behauptungen sein mögen, im Einzelfall muß doch jeweilen der Beweis gefordert werden, daß sie zutreffen, weil die gerade in Frage kommende Ordnung wie durch Entlehnung aus Vorlagen, ebenso gut – wenn auch seltener – durch Urzeugung entstanden sein kann. Will aber der Kritiker noch weiter den aus 'Schichten' zusammengesetzten Text nach Form und Inhalt strengstens prüfen, schlimmstenfalls verdammen, so wird wieder Vorsicht geboten sein, weil das aus Flicken gefertigte Werk nicht fehlerhaft sein muß, und weil der Urheber der Flickarbeit nicht von vornherein für minderwertig und einsichtslos gelten darf.⁴

Ehe ich auf die Hauptsache eingehe, die ich anders beurteile als Gradenwitz, möchte ich ausdrücklich feststellen, worauf sich mein Einverständnis mit ihm bezieht.

Um die Thesen zu erweisen, von denen er ausgeht, legt er aufs genaueste dar, wie seiner Meinung nach das Kap. XXI der L. Rubria zustande kam. Zusammengesetzt sei es aus zwei in-

³ In Gradenwitzens *Regula sancti Benedicti* (1929) handelt es sich nicht darum, die Verarbeitung älterer Muster zu erweisen, sondern um Zusätze, die der Verfasser des Urtextes selbst gemacht hat. Wie Gradenwitz zeigt, sind der *Regula* auf diesem Wege auch sachliche Änderungen zuteil geworden.

⁴ Zur Unterstützung des oben Gesagten möchte ich noch aufmerksam machen auf die sehr gescheiten und sachkundigen Anmerkungen, mit denen Kurt Latte (in *SavZ. R. A.* 48, 755 ff.) *R. Laqueurs Epigr. Untersuchungen* zu den griech. Volksbeschlüssen (1927) begleitet. Der Verf. der angezeigten Schrift scheint – was auch Latte betont – 1927 seinen Vorgänger unter den Juristen nicht gekannt zu haben.

einandergfügten Stücken, wovon das eine bloß das auf(edierte)⁵ *petitio* von *pecunia certa credita* in Jure erklärte Anerkenntnis regelte, während das andere wieder nur die ablehnende Haltung (das *non defendere*) des mit der nämlichen *petitio* Angesprochenen zum Gegenstande hatte. Aus diesen zwei Vorlagen soll der Gesetzverfasser in wenig befriedigender Weise das uns überlieferte Kapitel hergestellt haben, indem er 'nicht nur die Tatbestände ineinander wob, sondern auch jedem Tatbestand die Rechtsfolge des anderen angliederte'.⁶

Den Beweis für den so behaupteten Ursprungsvorgang liefert Gradenwitz durch eine äußerst subtile, mit bewunderungswürdigem Scharfsinn geführte Untersuchung des Quellentextes, die manches Eigentümliche als fehlerhaft heraushebt, das will sagen: alles verwirft, was von einem erdachten, zu höchster Vollkommenheit gediehenen Muster abweicht. So trifft der Tadel des Kritikers z. B. jedes Wort, das entbehrt werden könnte, oder doch an unpassender Stelle erscheint. Ferner gilt es als Verstoß, wenn die von der Logik verlangte Abfolge der Gedanken mißachtet oder bei wiederkehrenden Aufzählungen die Symmetrie verletzt ist. Wo solche oder ähnliche Unstimmigkeiten begegnen, werden sie mit sorgsamer, bald mehr bald minder durchschlagender Begründung immer wieder auf die eine, angenommene Fehlerquelle zurückgeführt: auf die Vermischung zweier Vorlagen, die – ursprünglich getrennt – von Tatbeständen handelten, welche nur wenig Gemeinsames enthielten, und für die man darnach Rechtsfolgen erwarten möchte, die erheblich auseinandergehen.

Th. Kipp⁷ hat 1919 sein Urteil über die in Rede stehende Arbeit folgendermaßen gefaßt: 'G. weist mehrere Schichten des Textes nach, freilich, wie sehr begreiflich, ohne sichere Angaben über die Entstehung – ich ergänze: der Schichten – machen zu können.' Wenn ich den von Kipp eingeschalteten Vorbehalt als minder wichtig beiseiteschiebe, glaube ich in Einigkeit mit ihm sagen zu dürfen: die von Gradenwitz gelehrte Ursprungs-

⁵ Siehe SavZ. R. A. 25, 168 ff.

⁶ So Dekomposition S. 30.

⁷ Geschichte der Quellen des R. R.⁴ 41, 9. Vgl. auch A. v. Premerstein, oben S. 5 Anm. 2.

geschichte des c. XXI ist gerade so weit wahrscheinlich gemacht, als es der Stand der Überlieferung heute nur zuläßt.

Mit diesem Zugeständnis ist aber die von der 'Dekomposition' in unserer Romanistik ausgelöste Wirkung noch keineswegs erschöpft. Gradenwitz beschränkt sich nicht darauf, den Legaltext nach der formalen Seite mit peinlicher Genauigkeit zu prüfen. Darüber hinaus will er im genannten Kapitel als Folge der Verschmelzung ungleichartiger Vorlagen auch eine schlimme sachliche Verkehrtheit gefunden haben.

Die Kolumne II Z. 2 ff. handelt zunächst von der in Gallia Cisalpina gerichtlich eingeforderten *pecunia certa credita* bis zu 15000 Sesterzen und stellt nebeneinander zwei Fälle: den der *confessio in iure* und den der vom Angesprochenen – der im magistratischen Gerichte anwesend ist – verweigerten, gehörigen Defension. Ich fasse hier nur den letzteren Fall ins Auge.

Z. 8–21: *seive is ibei d(e) e(a) r(e) in iure non responderit neque d(e) e(a) r(e) sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit se defendet: tum de eo, a quo ea pecunia peteita erit, deque eo quoui eam pecuniam d(arei) o(portebit), s(i remps) res lex ius caussa que o(mnibus) o(mnium) r(erum) esto, atque utei esset esseve oporteret, sei is . . . quei de ea re non responderit aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defenderit, eius pecuniae iei, quei eam suo nomine petierit quoive eam d(arei) o(portebit), ex iudicieiis dateis iudicareve recte iusseis iure lege damnatus esset fuisset. Queique quomque II vir IIII vir praefec(tus)ve ibei i(ure) d(ei-cundo) p(raerit), is eum quei . . . in iure non responderit neque id solvet satisve faciet, t(antae) p(ecuniae), quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur, dumt(axat) [HS] XV, s(ine) f(raude) s(ua) duci iubeto; queique eorum quem ad quem ea res pertinebit duxserit, id ei fraudi poenaeve ne esto; quodque ita factum actum iussum erit, id ius ratumque esto.*

Was dieser Text mit aller Deutlichkeit ausspricht, das ist die Gleichstellung dessen mit einem *iure lege damnatus*, der gegen eine *petitio pecuniae certae creditae* bis zum Schluß der Verhandlung in Jure die vom Gesetz geforderte Verteidigung nicht beschafft und so die Streitbefestigung vereitelt hat.

Vor dem Jahr 1915 ist m. W. dieser Satz in unserem Schrifttum allgemein und widerspruchslös gebilligte Lehre gewesen.

Es genügt als Vertreter beispielsweise zu nennen Puchta, F. L. Keller, Bethmann-Hollweg, Th. Mommsen,⁸ P. F. Girard (Textes: Leges), Th. Kipp.⁹

Nun scheint aber in neuerer Zeit ein weittragender Umschwung eingeleitet zu sein durch die scharf kritische 'Dekomposition', deren Hauptergebnis gerade die Vernichtung der Vorschrift ist: den *indefensus* des c. XXI einem nach Recht und Gesetz Verurteilten gleichzuachten.

Willy Püschel, ein juristischer Praktiker, hat 1924 ein beträchtliches Stück seines trotz kleinerer Mängel nützlichen Buches: *Confessus pro iudicato est* einer fast durchaus bejahenden Wiedergabe der 'Dekomposition' gewidmet. Auch wer diesen schrankenlosen Anschluß nicht mitmachen kann, muß dem Jünger dankbar sein für seine Arbeit, weil die sehr knapp gehaltene, hie und da schwer zugängliche Schrift des Meisters durch lückenfüllende Erläuterung dem Verständnis erheblich nähergebracht ist.¹⁰

Den vereinten Bemühungen der zuletzt Genannten ist denn auch ein namhafter Erfolg zuteil geworden. Das einzige Werk über den römischen Zivilprozeß, das mit Fug den Anspruch erheben darf, an die Stelle der veralteten Lehr- und Handbücher von Keller und Bethmann-Hollweg zu treten: Wengers¹¹

⁸ Jurist. Schriften 1, 172 (die Abh. stammt aus dem Jahre 1858); CIL I¹ (1863) p. 118.

⁹ Pauly-Wissowa, R. E. IV (1901), 867 f. – Über O. Lenels (*Edictum*² S. 395, 2) Meinungswechsel (mit Berufung auf I. C. Naber) ist in meiner Kl. Prozeßformel 1 (1925) 210 f. berichtet. Lenels neuere Ansicht entspricht m. E. dem Rechte, das der Prätor der Regel nach im Stadtgerichte handhabte, nicht aber der L. Rubria c. XXI. Auf eine Kritik dieses Gesetzes geht auch die inzwischen (1927) ausgegebene 3. Aufl. des *Edictum* S. 410 (dazu Anm. 6 u. 7) nicht ein. Sie bringt im wesentlichen dasselbe wie Aufl. 2, streicht aber ein Stück des alten Textes (S. 395) weg.

¹⁰ Der überstrengen Beurteilung, der E. H. Kaden (*SavZ.* R. A. 45, 538 ff.) Püschels Buch – eine Anfängerarbeit – unterwirft, vermag ich nicht beizutreten. Der Verf. hat sich nicht bloß um Gradenwitz verdient gemacht; im zweiten Teil seiner Schrift S. 81 ff. ist m. E. auch für die Deutung des Rubrischen Textes recht Wichtiges geleistet. Allerdings zu Paul. sent. 2, 1, 5 möchte ich mir noch berichtigende Bemerkungen vorbehalten, die weiter unten einzuschalten sind. – Den Rezensenten E. H. Kaden wird man sicher den Anhängern von O. Gradenwitz zuzählen dürfen.

¹¹ Erinnert sei an die Anzeigen des Werkes aus der Feder von P. Koschaker, E. Levy, B. Kübler, Emilio Betti und an die Übersetzung des

Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, bekennen sich betreffs der L. Rubria zur intransigent-radikalen Textkritik von O. Gradenwitz. Und Wenger hält auch mit dem gebotenen deutlichen Ausdruck gar nicht zurück: seiner Meinung nach könne der Text von c. XXI nicht anders denn als Redaktionsfehler der Rubria gedeutet werden.¹²

Die Gründe, auf die Gradenwitz für den Indefensus die Verwerfung der Damnationsfiktion in II Z. 10 ff. stützt, sind schon oben zum größeren Teil angeführt. Nicht erwähnt ist dort die Anrufung eines Helfers, dessen Beistand vielleicht erwünscht war, um die einstimmige Lehre der großen Autoritäten des vorigen Jahrhunderts mazzusetzen, die alle die Gleichbehandlung des *confessus* und des *indefensus* im XXI. Kapitel angenommen hatten, ohne einen Laut des Einspruchs. Der zum Zeugnis über die Verkehrtheit der Damnationsfiktion im c. XXI Geladene¹³ ist Gustav Demelius, der zur Erläuterung des c. XXII (in seiner Confessio S. 154) folgendes ausführt:

Der Verklagte 'wird durch missio in bona zur Übernahme des iudicium¹⁴ gezwungen. Sein Defensionsrecht aber hat er durch die Defensionsweigerung keineswegs eingebüßt, sondern kann auch nach Erteilung der missio' bis zum Vermögensverkauf 'das durch non defendere vereitelte iudicium noch übernehmen'. Daher ist es unmöglich, den indefensus einem damnatus gleichzustellen. 'Denn ein Verurteilter kann doch nicht (ich ergänze: so wie der indefensus) durch iudicium suscipere die Exekution abwenden.'¹⁵

kurzen Abrisses (aus Kohlrausch u. Kaskels Enzyklopädie), die A. Arthur Schiller, Professor an der Columbia University (1931) geliefert hat.

¹² Röm. Zivilprozeßrecht S. 108 f., 52, dazu S. 106–108 Anm. 44. 47. 48. 51.

¹³ Siehe Dekomposition S. 29 f. Daß Demelius S. 154 vom Indefensus des c. XXII (nicht des c. XXI) handelt, hebt Gradenwitz a. a. O. 29 besonders hervor: 'allerdings in Beziehung auf caput XXII'.

¹⁴ Die 'Übernahme des iudicium' ist den älteren Schriftstellern etwas völlig Unklares. Keiner wagt es, das Verhältnis des *iudicium suscipere, accipere* zum *litem contestari* deutlich zu betimmen oder gar den einen Ausdruck durch den anderen zu ersetzen. Der Zwang aber zur Übernahme des iudicium – bei *actiones in personam* – erweist durch sein unleugbares Dasein ohne weiteres den vollen Widersinn der Streitbefestigung durch das prätorische *iudicium dare* oder mit anderen Worten des *litem contestari* durch Staatsakt.

¹⁵ Die obige Einschaltung ist gemacht, weil ich mir ohne sie die von De-

An dieser Darlegung ist, wenn die Einschaltung zugelassen wird, nichts weiter auszusetzen. Allein Gradenwitz knüpft Folgerungen an, die ich nicht für richtig erachte. Wenn – bemerkt er – Demelius es ablehne, den *indefensus* des c. XXII mit dem *damnatus* gleichzustellen, so müsse dasselbe auch für cap. XXI gelten, und demnach sei cap. XXI nicht in Ordnung.

Vor allem ist eines sicher: Jene zwei Folgerungen entsprechen keineswegs dem Gedankengang von Demelius. Dieser will das über c. XXII Gesagte sicher nicht verallgemeinert wissen. Beweis dafür erbringen mehrfache Äußerungen in der ‘*Confessio*’: S. 112. 114. 116. 118. 126. 139.

Z. B. S. 114:

‘Von der *confessio* unterscheiden sich nunmehr (d. h. im Formelverfahren) das *non respondere* auf *interrogatio* des Magistrats, *an contendat* und die Verweigerung einer zur *defensio* erforderlichen Vornahme (*non uti oportet defendere*) als eigene, den Verlust des Defensionsrechts begründende und eben darin der *confessio* gleichwirkende prozessualische Tatsachen.’¹⁶

Damit vergleiche man S. 125: ‘Daraus, daß es *missio in bona* mit fortdauerndem Defensionsrechte gibt, folgt keineswegs, daß was diese Exekutionsart ermöglichte (= möglich machte), auch immer eintrat,’ und vergleiche ferner die unmittelbar folgende Seite (126), auf der der bekannte Denkspruch, welcher die Beziehung zwischen Anerkenntnis und Urteil betrifft, mit einer auffallenden Ergänzung erscheint, in der Fassung nämlich: (*certi*) *confessus* (und wer ihm gleichsteht) *pro iudicato est*.

Erwägt man endlich, daß – soviel ich weiß – G. Demelius nirgends die auf den *Indefensus* bezogene *Damnationsfiktion* für falsch erklärt, so zeigt sich klar, wie wenig dieser Gelehrte berufen

melius aufgestellte Behauptung nicht aneignen könnte. Gerechtfertigt sind die von mir beigelegten Worte weiter unten S. 23. 43. 46.

¹⁶ Diesen Satz führe ich nur an, um zu zeigen, daß Gradenwitz den Verf. der *Confessio* von 1880 nicht mit Nutzen zur Stützung seiner eigenen Ansicht verwenden kann. Im übrigen bin ich mit Demelius S. 114 (dazu S. 78) keineswegs einig. Meiner Meinung nach ist die *Confessio* in J. durch den Wechsel der Form des Streitprozesses nicht berührt worden. Ferner ist das *se non defendere* im *Legisaktionensystem* durchaus nicht ‘identisch gewesen mit einem *in iure confiteri*’ (so S. 78). Endlich ist der *Indefensus* nur im c. XXI der L. Rubria gleich behandelt mit einem ungehorsamen *Confessus*.

war, von den auf S. 11 genannten Prozessualisten getrennt und zum Vorboden der neuen textkritischen Lehre gemacht zu werden.

Der wichtigste Punkt in dem Angriff, den Gradenwitz gegen die *Damnationsfiktion* des c. XXI unternimmt, wird berührt, wenn wir die Frage aufwerfen, ob die im c. XXII gegen den *Indefensus* verordnete einstweilige Beschlagnahme seines Vermögens zum Maßstab genommen werden darf für die entsprechende Anordnung, die nach dem überlieferten Texte von c. XXI gegen den widerspenstigen Verklagten getroffen wurde?

Dem *bona possideri venireque iubere* des c. XXII legt G. Demelius als einzigen den Zweck unter: den Angesprochenen zur Einlassung in den Prozeß anzutreiben. Diesem bleibt es also bis zum Güterverkauf jederzeit unbenommen, sich hinterher zur Defension zu erbieten, um die Wirkungen der *missio* aufzuheben.¹⁷ Dieselbe Ordnung nun – meint Gradenwitz – müßte auch cap. XXI aufweisen, wenn wir den richtigen Text hätten.

Die Grundlegung¹⁸ zu dieser These ist von G. Demelius genommen; hingegen die Ausführung, das will sagen ein Text, wie ihn der Urheber der Dekomposition im *Indefensus* teil der vom Autor der *Rubria* benutzten Vorlage vermutet, folgt sofort nach auf S. 31 und ist noch zweimal wiederholt: auf Tafel I und in der Beilage 2. Indes muß sich – wie ich glaube – jedem Leser unweigerlich die Frage aufdrängen, ob und inwieweit dieses Endergebnis, das mittels Dekomposition gewonnen ist, in greifbarem Zusammenhange steht mit jenen vorbereitenden Erwägungen? G. Demelius handelt in den oben benutzten Stücken seines Buches bloß von der *missio in bona*. Für Gradenwitz aber war gerade dieses Zwangsmittel als Bestandteil der Urschichte, aus der sich der *Indefensus*abschnitt des künftigen c. XXI der *Rubria* entwickeln sollte, ganz unbrauchbar, weil das genannte Kapitel nur mit Niedergerichten zu tun hat und diesen zwar der Griff auf die Schuldnerperson verstattet war, keineswegs auch der Beschlag aufs Vermögen.¹⁹

¹⁷ Siehe dazu einstweilen O. Lenel oben S. 11 A. 9.

¹⁸ Dazu noch Dekomposition 42. 48.

¹⁹ Vgl. etwa Puchta, *Kleine Schriften* (1851) 521 ff. Nur eine kurze Bemerkung möchte ich hinzufügen. *Iurisdictio* und *imperium* sind ursprünglich nicht scharf abgegrenzte oder gar gegensätzliche Begriffe. Die neuere (nie-

Ist es nicht recht seltsam, wenn der äußerst sorgfältige Textkritiker stillschweigend die unvermeidliche Aufgabe beiseiteschiebt, zwischen dem einen und dem anderen Zwangsmittel die Brücke zu schlagen?

Man kann ja sagen: das *duci iubere* sei wohl bekannt in der Anwendung, die Erfüllung von Richterurteilen zu erzwingen. Trifft das aber zu, auch wo es gilt, den als Geldschuldner Verklagten zur Einlassung in den Prozeß anzuhalten? Und angenommen, die bejahende Antwort sei gesichert, ist es dann auch ausgemacht, ob der Indefensus in Geldschuldhaft nur durch Befriedigung des Gläubigers frei wird, oder ob er sich ebenso wie der durch Beschlag aufs Vermögen Angetriebene jederzeit aus der Haft lösen kann, indem er sich nachträglich in gehöriger Weise in den Prozeß einläßt (*iudicium accipit*)?

Die letztere Entscheidung dürfte die richtige sein und muß als solche wohl auch von Gradenwitz anerkannt werden, da er die so sehr betonte *missio in bona* als Vorbild kaum zurückweisen kann. Wie heikel aber die Quellengrundlage ist, dafür zeugt O. Lenels Meinungswechsel im Edictum, der schon an früherer Stelle angemerkt ist.²⁰

Ehe ich die Gründe prüfe, die den Kritiker der Rubria veranlassen, sich gegen das Überlieferte aufzulehnen, soll gefragt werden, wodurch sich – dem Inhalt nach – die nach c. XXI gegen den Indefensus²¹ gerichtete Ordnung unterscheidet von der Behandlung, die dem die Verteidigung ablehnenden Verklagten gemäß dem Textentwurf zuteil wurde, der als Vorläufer des genannten Kapitels in der Dekomp. S. 31 Sp. 2 abgedruckt ist.

mals völlig durchgedrungene) Terminologie ist vielmehr erst entstanden durch genaue Beobachtung des Inhalts der Gerichtsgewalt der *magistratus pop. romani* und der davon unterschiedenen der *magistratus municipales*. Ersteren schrieb man zuweilen *imperium*, letzteren *iurisdictio* im e. S. zu. Siehe auch Wenger, Zivilprozeß 28 f. Das *imperium mixtum* und anderes in Dig. 2, 1 ist interpoliert. Vgl. Index itp. I u. suppl. I zu Dig. 2, 1.

²⁰ Oben S. 11 Anm. 9. Für die m. E. zutreffende Ansicht erklärt sich Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß 2, 667 unter Berufung auf Ulp. I. 12 ad ed. 435 D. 4, 6, 23 pr. (auf die Schlußworte) und I. C. Naber, Mnemosyne n. s. XXV (1897), 300 f., gestützt auf die Erwägung: es wäre unverständlich, wenn 'ducto iusta defensione interdiceretur', zumal da 'ductus bonis non caret'.

²¹ Vgl. einstweilen meine Klass. Prozeßformel 1, 206 ff. und oben S. 12 Anm. 14.

Wie die L. Rubria lautet, stellt sie den Defensionsweigerer einem *ex iudiciis datis iudicareve recte iussis iure lege* Verurteilten gleich. Daraus entsteht für den Ansprecher zunächst das Recht, vom Beamten ein Duktionsdekret zu verlangen und sodann die Abführung des Schuldners in Privathaft selbst, unter rechtlicher Gewähr zu bewerkstelligen. Über diese Damnationsfolgen äußert sich c. XXI ausdrücklich.

Doch erschöpft es damit keineswegs alle mit der Fiktion (Z. 13 f.) verbundenen Wirkungen. Der fiktiv Verurteilte kann die Rechtsstellung, in der er sich befindet, wegen Nichtigkeit anfechten, weil er fehlerhaft hineingeraten sei, entweder: als Verklagter, der eine (in der Wirkung) der Aktio iudicati nachgebildete Formel abwehrt, oder vielleicht auch als Kläger mit *in duplum revocatio*.²² Im ersteren Fall hat er *satisdatio iudicatum solvi* zu leisten und setzt sich der Gefahr aus, als *infitiator* ins Doppelte verurteilt zu werden (Gai. 4, 9. 102. 171). Ähnliche Übel müßten den als Kläger *in duplum* Revozierenden bedroht haben, so wenig wir auch Genaueres darüber wissen.

Wichtig scheint mir eine Beobachtung zu sein, die ich ungerne unterdrücken würde. Das Gesetz kämpft in XXI gegen das Bestreben der Schuldner, sich durch Ungehorsam bei der Prozeßeinleitung der Verfolgung seitens der Gläubiger zu entziehen. Das Grundprinzip der Prozeßordnung war in den Munizipien das gleiche wie in der Hauptstadt: in Privatsachen war also kein Rechtsstreit möglich, dessen Programm der Verklagte nicht angenommen hatte. Ein so gebauter Prozeß kann aber nur leben, wenn zur Erwirkung der Einlassung scharfe, wenn nicht gar unwiderstehliche Mittel zur Verfügung stehen. Und an solchen fehlte es durchaus nicht. Doch stellte sich anderseits der Verwendung der jeweils wirksamsten Hilfen ein bedeutendes Hemmnis entgegen in der Gestalt einer Beschränkung der Auswahl.

Als bewährtes Mittel, die Einlassung durchzusetzen, hatte die ausgehende Republik die Personalhaft im Gebrauch und daneben

²² Dazu Lenel, Edictum³ § 226 S. 443 ff. Indessen ist es zweifelhaft, ob diese *revocatio* – trotz des Wortlauts der Fiktion – statthaft war. Denn der Gesetzestext enthält für ein Auftreten des Indensus als Kläger gar keinen Anhalt.

eine Einrichtung jüngeren Ursprungs: den Beschlag aufs Vermögen. Der letztere Eingriff galt als der weit schärfere, weil er den Fortgang der Wirtschaft und die Bürgerehre des Schuldners in Frage stellte.

In Rom war man wohl von je darin einig, daß von den Mitteln zur Stütze der Jurisdiktion die *Missio in bona* bloß den *magistratus populi romani* (d. h. des Volksganzen) zustehen dürfe. Sie war also den Munizipalbeamten durchaus versagt.

Anschließend erhebt sich dann die Frage, ob die römische Gesetzgebung genügend vorgesorgt hat für die glatte Erledigung der den Niedergerichten der Munizipien zugewiesenen kleineren Geldschuldssachen? Durch ihre Masse werden diese Prozesse immerhin ansehnliches Gewicht gehabt haben, so daß es wohl nicht anging, sie lediglich als nebensächlich einzuschätzen.

Wie ich glaube, steht nun dem Versuche nichts im Wege, die vorstehende Frage zunächst zu beantworten auf Grund des von Gradenwitz entworfenen Urschichtgesetzes (Dek. S. 31 Sp. 2). Vergleicht man das letztere, das sich bloß mit dem *Indefensus* des c. XXI beschäftigt, mit den entsprechenden Textstücken auf der Veleiatischen Bronzetafel, so zeigt sich volle Übereinstimmung, nur mit einer Ausnahme (Z. 9–14). Im Gesetzentwurf der Dekomp. 31 fehlt alles, was in der Rubria die *Damnationsfiktion* ausmacht. Demgemäß erscheint auch bei Gradenwitz die Weisung an den *Duovir*, dem Ansprecher die *ductio* des Gegners zu gestatten, als unmittelbare Folge von dessen Ungehorsam oder genauer: als Folge der vom Beamten festgestellten (einstweiligen) Unbeugsamkeit des Verklagten, während in der Rubria – was ihr Text ohne weiteres ergibt – das *duci iubere* und die Ausführung des Gestatteten abzuleiten ist aus der *Damnationsfiktion* des Gesetzes.

Wo der Schuldner nicht unter diesem Banne steht, muß er befugt gewesen sein, selbst wenn die Duktion unmittelbar bevorstand, ohne andere Gefahr als die der *sponsio tertiae partis*,²³ sein Verhalten zu ändern und die *Aktio certae cred. pecuniae* anzunehmen. Noch etwas deutlicher tritt nach dem oben S. 15 Gesagten die erstaunlich günstige Lage des Schuldners zutage, wenn der

²³ Siehe Lenel, *Edictum*³ 238 f.

schon in Haft Befindliche sich mit Befreiungswirkung bereit erklären konnte, die Defension, wie sie erforderlich ist, zu beschaffen. Welches Verfahren er hierbei einhalten mußte, das wissen wir nicht. Soviel aber darf man wohl behaupten: die völlige Rechtsgleichheit zwischen dem mit Duktion nur Bedrohten und dem schon in Haft Gesetzten ist sehr unwahrscheinlich. Indes haben wir nicht diesen Punkt hier zu erörtern, sondern die andere Frage nach dem Sinn und Grunde der Damnationsfiktion und nach dem Umfang ihres Anwendungsgebietes.

Das XXI. Kap. setzt voraus die begonnene Verfolgung einer geschäftlichen Geldschuld bis zur Höhe von HS XV vor einem Munizipalgerichte in G. C. Zwei Fälle sind darin geregelt. 1. Der ins Jus Gerufene hat die Schuld anerkannt, dann aber weder erfüllt, noch die Konfessio in der erforderlichen Weise gerichtlich bestritten. 2. Der Verklagte hat vor dem Gerichte, ohne zu konfitieren, die vorgeschriebene Verteidigung, die zur Prozeßgründung führt, und – was entscheidend ist – die Mitwirkung an diesem Formalakt verweigert. Bloß mit dem Tatbestand unter 2. haben wir es an dieser Stelle zu tun.

Genau gefaßt handelt das c. XXI von der Gegenwirkung, die das Gesetz in Bewegung bringt wider den Ungehorsam des Verklagten, der das *se defendere* ablehnt. Das Gericht ist das eines gallischen Munizipiums. Als solches war es nur mit geringen Machtmitteln ausgestattet. Gegen den Verklagten konnte es – was hier wiederholt sei – bloß *ductio* verhängen, nicht,²⁴ wie das stadtrömische Bürgergericht die ihrer Folgewirkungen wegen gefährlichere *missio in bona*.

²⁴ Einen sprechenden Beleg ergibt die Vergleichung von c. XXI mit c. XXII. Das erstere bezieht sich ausschließlich auf Munizipalgerichte: den Indensus trifft daher nur das diesen zustehende *duci iubere*. Dagegen hat die zweite Hälfte von XXII (Z. 38–52) Rechtssachen zum Objekte, die vor den stadtrömischen Gerichtsherrn zur endlichen Erledigung kommen, nachdem es vorher im Munizipalgericht (XXII Z. 25–37) mißlungen war, sie im gütlichen Weg aufs reine zu bringen. Dementsprechend ist in dem Abschnitt, der die stadtrömische Jurisdiktion behandelt, zweimal (Z. 46 f. 51 f.) neben dem *duci (iubere)* das *bona eorum possideri proscribere veneireque iubere* genannt. – Gradenwitz, Dekomp. 30 will den Schluß von XXII (*dum nequis – iubeat*) an eine frühere Stelle hinaufrücken – was ich für möglich, nicht für notwendig erachte. Nicht zustimmen kann ich aber den Folgerungen Dek. S. 30 unten;

Der in Rom anscheinend unverbrüchlich gewährte Grundsatz der Gewaltenteilung und die praktische Unmöglichkeit, auch kleinere Geldschuldssachen vor das hauptstädtische Forum zu weisen, mußten dem Gesetzgeber den Gedanken nahelegen, die für Niedergerichte als Zwangsmittel allein zugelassene Leibeshaftung des als Schuldner Verklagten in ihrer rechtlichen Ausgestaltung über das herkömmliche Maß hinaus zu verschärfen.

In solcher Lage befand sich, wie ich glaube, gerade der Verfasser des Rubrischen Kapitels, als die Aufgabe an ihn herantrat, die Nötigung zur Einlassung in die *Aktio pecuniae certae cred.* für die Kleinschuldner der gallischen Landstädte so zu ordnen, daß ihnen – anders als nach dem Entwurf von Gradenwitz – nahezu keine Aussicht verblieb, der Pflichterfüllung entweder zu entweichen oder sie doch hinauszuschieben.

Wodurch diese wesentliche Verschlimmerung der Lage des vom Beamten für hartnäckig ungehorsam erklärten *Indefensus* erzielt ist, darüber gibt c. XXI Z. 12–19 deutlich Auskunft: indem es die Gleichstellung mit dem durch Richterurteil Damnierten ausspricht. Betreffs der Auswirkungen jener Fiktion ist schon oben das Erforderliche auf S. 16 ausgeführt.

Nach meinem Ermessen ist es darnach keine unbegründete Behauptung, wenn man den tatsächlichen Erfolg des überstrengen Rubrischen Gesetzes so kennzeichnet: es habe praktisch dem damnierten *Indefensus* jeden rechtlichen Widerstand gegen die Wirksamkeit des feststellenden Beamtenanspruches verschlossen. Nur eine Einschränkung muß sicher gemacht werden, obwohl sie nicht besonders bezeugt ist.

Hat nämlich der *Indefensus* nach jenem Spruche des Magistrats dem Gläubiger noch Zahlung geleistet oder sich sonst mit ihm abgefunden, so versteht sich wohl die Befreiung des mit

ebensowenig dem Vorschlag S. 32: das *duci iubere* in XXII wegzustreichen. Vgl. dagegen Lenel, *Edictum*⁸ (1927) 410; schwankender noch in Aufl. 2 S. 395. Den Satz: kein *duci iubere* ohne *certa pecunia* möchte ich keineswegs aufgeben und sehe auch keine Nötigung dazu. Zu c. XXII Z. 45–47 vgl. einstweilen Huschke, *Nexum* S. 163 z. A. 244, aus jüngster Zeit Wenger, *Zivilprozeß* 109–113. Über die Abgrenzung der Gewalten in Exekutions-sachen zwischen Volks- und Municipalmagistraten verzeichnet Demelius, *Confessio* 155, 1 einige Schriftsteller; dazu aus näherer Vergangenheit noch v. Woeß, *SavZ. R. A.* 43, 501 f. 510.

Schuldhaft Bedrohten von selbst, genau so wie dann, wenn jene lösenden Ereignisse der Abführung in die Haft nachgefolgt sind. Im ersten Fall hatte also der Beamte die weitere Verfolgung des Indefensus zu versagen (*denegare*). Andererseits besteht wieder kein Zweifel an der Erfolglosigkeit des vom (fiktiv) Damnierten unternommenen Versuchs, jetzt die Defension, wie sie vorgeschrieben ist, zu leisten, gleichviel ob die verfügte *Duktio* noch bevorsteht oder schon vollzogen ist. An diesem Punkte tritt der wesentliche Unterschied klar zutage zwischen der fertigen *Rubria*, wie sie in Caesarischer Zeit in Geltung trat, und dem von Gradenwitz vermuteten Urentwurf des Indefensussteiles.

Wer vor dem zuständigen gallischen Munizipalgericht sein Verhalten vorerst auf Ablehnung des Prozesses einstellt, hatte, wenn er die Verhaftung verhüten will, noch zwei Wege offen: rechtzeitig umzukehren oder den Gegner zu befriedigen. Von dem letzteren Geschäfte handelt c. XXI Z. 15–19, freilich in der diesen Kapiteln eigentümlichen Weise, die immer eine ungehorsame Partei voraussetzt. Ich führe das einschlägige Textstück hier nochmals (s. oben S. 10) vor, um zunächst Bedenken zu äußern gegen eine Anfechtung der Textfassung:

Queique quomque IIvir IIIvir praefec(tus)ve ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), is eum, quei ita quid confessus erit neque . . . aut in iure non responderit neque id solvet satisve faciet,²⁵ t(antae) p(ecuniae), quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur, dumt(axat) [HS] XV s. f. s. duci iubeto; . . .

Gradenwitz (S. 32) meint: ‘*ambigetur*’ passe schlecht, wenn *confessio* vorliegt. Allein das *ambigere* (‘anzweifeln, bestreiten’) kann in beiden Fällen (dem des *non defendere* wie der *confessio*) dem Abschluß der Verhandlung in *Jure* voraufgehen. Gerade ein Anerkenntnis wird nicht so selten das Ergebnis eines erwägenden Gespräches zwischen dreien sein, dessen Beginn Streit unter den Parteien war.

Schwer zu rechtfertigen ist das auffallende *tum*, da doch das Gesetz durchaus auf Künftiges gerichtet ist. Soll etwa dem *ambigere* aus der Zeit vor der Gerichtsverhandlung die Beachtung versagt sein? Das aber wäre kaum sehr sinnreich.

²⁵ Hier, Z. 18, vermute ich einen versehentlich ausgefallenen Satz (fast eine Zeile füllend); vgl. unten S. 45 bei Anm. 29 und das Beilageblatt zur A. 3.

Im übrigen möchte ich, den obigen Text erläuternd, noch folgendes hervorheben: a) Der Indefensus kann seiner Prozeßpflicht ledig werden, wenn er zahlt oder sich mit dem Ansprecher einigt über Zahlung oder Abfindung. b) Der Duumvir hat unter Wahrung der gesetzlichen Höchstgrenze die Summe, über die auf Grund der edierten Aktio verhandelt wurde, in das Duktionsdekret aufzunehmen.²⁶ c) Dadurch soll die Summe angezeigt werden, deren Hingabe den Schuldner aus der Haft befreit. d) Sehr gewagt ist es, auch nur eine Vermutung zu äußern über das Verfahren, in dem die Höhe des Lösegeldes bestimmt wurde. Wenn sich der Verklagte dem Mithandeln versagt, gibt es weder ein Festmachen durch Kontestatio noch durch privatrichterliches Urteil. Wie aber, wenn der Ansprecher bei der vorläufigen Edition seine Forderung weit überspannt hat? Ist der Gegner nun wehrlos, da er sich durch sein *non respondere* selbst den Mund verboten hat, auch für das Endspiel? Dem steht aber doch der Text entgegen: das angesichts des Magistrats *de pecunia tum inter eos ambigere*. Dieses letztere Wort schließt m. E. selbst eine endliche Einigung nicht aus, zu der der Beamte mit-helfen und die er dann abschließend bekräftigen mochte.

Die vorstehende Erörterung ist ausgegangen von einer sehr scharfen, hier abgewehrten Textkritik des Rubrischen c. XXI. Gradenwitz verwirft die a. a. O. unzweifelhaft angeordnete Gleichbehandlung des Indefensus und des *iure lege damnatus*. Den Anlaß zu dieser Verfügung meint er in der Benutzung zweier Vorlagen gefunden zu haben, von denen die eine den Konfessus, die andere den Indefensus behandelte. Die zwei Muster seien zu einem Gesetze verschmolzen worden, obwohl die Rechtsfolgen hier und dort weit auseinandergingen. Während die Gleichstellung mit dem Verurteilten für den Konfessus eine angemessene Ordnung ergebe, sei sie für den Indefensus 'ungehörig und so auch von der Folgezeit kaum bestätigt'.²⁷

²⁶ Vgl. Cic. de orat. 2, 63, 255: . . . *apud Naevium videtur esse misericors ille, qui iudicatum duci videns percontatus ita: Quanti addictus? Mille nummum.*

²⁷ So Dekompos. 48. Auf S. 30 wird aus Demelius gefolgert: 'im c. XXI (ist) der Indefensus in der Damnationsfiktion eine Unmöglichkeit und also aus dieser zu beseitigen'.

Mein Standpunkt dürfte weiter oben schon genügend dargelegt sein. Die Entstehung der Kap. XXI, XXII aus zwei Vorlagen verschiedenen Inhalts ist von Gradenwitz sehr wahrscheinlich gemacht. Dagegen glaube ich dem ablehnenden Urteil über die Behandlung des *Indefensus* in XXI glatt widersprechen zu müssen. Die gesetzgeberische Arbeit ist m. E. nicht gebührend gewürdigt.

Gradenwitz versucht seine These noch in anderer Weise zu stützen, und zwar im Anschluß an G. Demelius.²⁸ Dieser Gelehrte erörtert (*Confessio* 154) die *missio in bona*, nicht wie das Rubrische c. XXI die *ductio*, die im Munizipalgericht allein zulässig war. Was für die *Missio* in Rom Geltung hatte, ist keineswegs auch maßgebend für die *Duktio* in den Munizipien, wo dieses Zwangsmittel zur Bestrafung des *Indefensus* durch dessen Gleichung mit dem *Damnatus* notwendig (wie in XXI) mit besonderer Strenge auszustatten war. Demnach kann ich mich auch nicht einverstanden erklären mit der Schlußfolgerung in der Dekomp. 30, die so lautet:

‘Wenn der *indefensus* – nach dem von Demelius über die *missio in bona* Ausgeführten – dem . . . *damnatus* nicht gleichstehen kann, so muß dies auch für c. XXI gelten.’ Diese Worte durfte offenbar nur ein Autor niederschreiben, der überzeugt ist von einem gröblichen Redaktionsfehler im überlieferten Texte von c. XXI.

Nun kommt aber noch ein Anderes hinzu. Auch was der als Vorgänger benutzte Gelehrte, G. Demelius (*Conf.* 154), vorträgt als vom Stadtprätor gegen irgendeinen Bürger, der Einlassung weigert, gebrauchtes Recht, ist nicht ohne eine Änderung haltbar. A. a. O. lesen wir:

‘. . . Man kann unmöglich sagen, daß der *indefensus* einem *iudicatus* oder *damnatus* gleichstünde. Denn ein Verurteilter kann doch nicht durch *iudicium suscipere* die Exekution abwenden; gegen ihn ist die Prozeßfrage gelöst, während die *missio in bona* gegen den *indefensus* gerade den Zweck hat, letzteren zu bewegen, daß er die Austragung der Sache durch Judikat ermögliche.’²⁹

²⁸ Siehe oben S. 12 f.

²⁹ Ein Stück aus diesem Satze ist schon oben S. 12 angeführt. Dort aber

Diese Sätze scheinen sehr einleuchtend und überzeugend zu sein. Dennoch schließen sie einen Fehler ein, da sie die Nichtigkeitsbeschwerde³⁰ (die defensive und die offensive) außer acht lassen. Die zuweilen als Axiom ausgesprochene Behauptung: nach alter und klassischer Ordnung gebe es für eine Rechtssache immer nur eine Kontestation und ein privatrichterliches Urteil, ist unzutreffend und wäre selbst dann nicht ausnahmslos richtig, wenn sie auf das gültige Urteil beschränkt würde. Gerade für das Verständnis der zwei Rubrischen Kapitel ist die rechte Würdigung jener Nichtigkeitsbeschwerde unerlässlich, weil ohne sie das wiederholte Vorkommen des *se (sponsione) iudicio(que) uti oportebit defendere* ein Rätsel bleiben müßte.

Durch die Betrachtung der Damnationsfiktion und ihrer Zweckbestimmung ist unsere Aufmerksamkeit auf eine Tatsache gelenkt, die, so unbestreitbar sie feststeht, doch noch wenig beachtet ist.

Aus den Resten der klassischen Juristenschriften haben wir – soweit sie echt sind – eine Masse gemeinen Rechts der römischen Bürger erschlossen, das aus der Zeit der sinkenden Republik und des Prinzipates her stammt. Ausschließlich dieser Ordnung unterstand die kleine Minderheit von Bürgern (so manche Altadeligen), die keine Sonderheimat hatten, oder wie es Mommsen³¹ genauer ausdrückt: denen ‘Rom nicht bloß als die gemeinsame, sondern als die einzige Heimat galt’. Die große Mehrzahl der Römer aber war zunächst an eine Munizipalordnung gebunden, während jenes ‘gemeine’ für sie Subsidiarrecht war. Unsere Rubria insbesondere geht zweifellos nur Bürger an, die den Ortsgerichten der Gallia Cisalpina unterworfen sind, und weist auch dem Inhalt nach partikuläre Bestimmungen auf, solche also, die nicht die Gewaltenteilung zwischen Volks- und Munizipalmagistraten festsetzen, sondern – immerhin von ihr beeinflusst – ändernd eingreifen ins gemeine Prozeß- und Privatrecht.

Ein wahres Musterstück unbekümmerter und trotzdem sehr gerechtfertigter Abweichung vom gemeinen Rechte bietet die

bloß zu dem Zweck, um darzutun, daß Demelius von Gradenwitz zu Unrecht als Vorläufer in Anspruch genommen wird.

³⁰ Vgl. Lenei, Edictum³ § 226 S. 445 f., Wenger, Actio iudicati 36 ff.

³¹ R. Staatsrecht III, 1, 786–790; Abriß d. r. St. R. (1893) 75.

öfter genannte Damnationsfiktion. Weshalb – so fragen wir – steigert wohl das Gesetz die Bekämpfung des im Munizipium Einlassung Weigernden bis zur harten Strenge des gegen rechtliche Anfechtung zwiefach gefestigten Judikats?

Die Antwort muß vorbereitend hinweisen auf einen Leitgedanken der Reichspolitik in Caesarischer und noch in späterer Zeit, der dahin zielt, die Ortsbehörden bloß als Niedergerichte gelten zu lassen und sie demgemäß nicht mit allzu scharfen und gefährlichen Waffen auszurüsten. So wurde ihnen das wichtige Recht schlechthin versagt, Vermögensexekutionen zu verhängen. Da sie hiernach nur geringere Machtmittel zur Verfügung hatten und folgeweise auch ihre Autorität bei den Mitbürgern nicht überwältigend sein konnte, mußte notwendig ein schneidiges, unerbittliches Gesetz für sie eintreten, das die unbotmäßige Partei schnell und sicher niederzwingt, ohne vom Magistrat selbst besondere Kraftentwicklung zu fordern.

Dieser Erwägung entspricht es durchaus, wenn c. XXI der Rubria den hartnäckigen Indefensus von Rechts wegen verwandelt in einen Schuldner, der auf die vom Kläger edierte Geldsumme als *iure lege damnatus* gilt.³² Offenbar ein sehr einfaches und rasches Verfahren, das vom Munizipalbeamten nichts weiter verlangt als das *duci iubere* und die Angabe des Lösegeldes.

Etwas sehr Ähnliches kommt im erhaltenen Texte der Rubria nochmals vor, und zwar im c. XX. Der gallische Magistrat hat dem Angesprochenen wegen eines *damnum infectum* ein *ex formula repromittere* oder *satis dare* aufgelegt. Gegen den Ungehorsamen kann der Duumvir nicht mit einem Missionsdekret vorgehen, weder mit dem sog. *primum*, noch mit dem *secundum*. Ist aber der erwartete Schaden inzwischen eingetreten, so fingiert das Gesetz: es sei *d. e. r. damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum*.

Wie im c. XXI die Damnationsfiktion mit folgender Duktio den von Gradenwitz bevorzugten Beschlag aufs Vermögen er-

³² Wenn Gradenwitz Dek. 48 die 'ungehörige' Gleichung von indefensus und iudicatus 'von der Folgezeit kaum (besser: 'nicht') bestätigt' findet, wofür auf Lenel, *Edictum* (2. Aufl.) 395, 2 zu verweisen war, so steckt etwas Richtiges dahinter. Doch dürfte der Gegensatz nicht lauten: Rubria und Folgezeit, sondern: partikulares und gemeines Recht.

setzt, so vertritt auch im c. XX eine Fiktion die Stelle der später im gemeinen Römerrecht vorgeschriebenen Missionen. Im letzteren Fall kann dann auf Grund der fingierten Stipulation Schadensersatz mit einer der im Gesetz vorgeschriebenen Prozeßformeln eingeklagt werden.

Das Ergebnis aus der vorstehenden Darlegung ist folgendes: Der gesetzgeberische Gedanke bei der Regelung der Tatbestände des c. XXI ist durchaus verschieden von dem, der im c. XXII Ausdruck findet. Wo es sich um *pecunia certa* (unter 15000 Sesterzen) aus Geschäften handelt – um Gerichtsfälle also, die im Leben die häufigsten sind – will das Gesetz dem Ansprecher bequemlich und schnellstens, gleich vor dem Munizipalgerichte, Abhilfe schaffen.

Dagegen in den Fällen des c. XXII überwiegen die Bedenken gegen die Erledigung der Rechtssachen ausschließlich im heimischen Ortsgerichte. Daher wird – sobald sich der Versuch gütlicher Regelung vor dem Duovir als Fehlschlag erwiesen hat – der gewichtigere Teil des Verfahrens vor den römischen Prätor geleitet.³³ Dieser verfügt über Zwangsmittel, welche wirksamer sind, die man aber den Niedergerichten in den Kleinstädten aus guten Gründen nicht anvertrauen mochte.³⁴

Die Vergleichung der zwei Kapitel muß jetzt noch erstreckt werden auf die Frage, ob der Partikularismus von XXI in ganz gleichem Sinne auch für XXII zutrifft?

Beide Kapitel wollen nur für gallische Munizipalbürger und nur für Angelegenheiten Geltung haben, die – zunächst wenig-

³³ Um den Zusammenhang fester zu knüpfen zwischen dem, was vor dem Munizipalgericht vorgefallen war, und dem, was im römischen Stadtgericht nachfolgen soll, hilft das Gesetz mit der Fiktion nach: was sich *d. e. r.* rechtlich Erhebliches vor dem Munizipalgericht ereignet hat, sei vor dem stadtrömischen Prätor geschehen. – Andere Begründungen der Fiktion in XXII s. unter III, 4.

³⁴ Dabei denke ich nicht bloß an die Gefährlichkeit der Zwangsmittel im röm. Stadtgerichte. Bei der *missio in bona* und *bonorum venditio* kommen auch die Schwierigkeiten, die Langwierigkeit des Verfahrens und die Verwicklungen in Betracht, die sich ergeben können. Für Niedergerichte waren nur Aufgaben passend, die leichte und rasche Lösung zuließen. Die Munizipalgerichte hatten vermutlich nur selten Apparitoren in genügender Zahl zur Hand, noch weniger aber geschulte Juristen als Berater. Vgl. dazu O. Lenel, SavZ. R. A. 2 (1881), 17–20; Edictum⁹ 51 f.

stens – vor eines der Niedergerichte der Gallia Cisalpina gehören. Allein in XXII bereitet das Gesetz von Z. 38 ab die Überleitung nach Rom vor für Sachen *praeter pecuniam cert. cred.*, deren Erledigung im Weg der Güte vor dem Duumvir mißlungen war. Daher richtet das Gesetz auch im folgenden seine Imperative (*ius dicito, decernito, iubeto*) an den Stadtprätör und an den Beamten, der etwa künftig *Romae iure deicundo praerit*.³⁵

In dem erwähnten Punkte weicht also XXII beträchtlich von XXI ab. Dessenungeachtet wird man es als Gesetz partikularrechtlichen Inhalts bezeichnen müssen. Erstens wegen des ans Niedergericht gebundenen Vorspiels, das häufig weit mehr befaßt als bloß das Erscheinen der Parteien in Jure und die Verhandlung über die edierte Aktio. Sodann zweitens wegen der Weisungen³⁶ an den Stadtprätör, die ihn keineswegs bloß ermächtigen, sein Amtsrecht zu handhaben, sondern Maßregeln aufzählen, deren Verwendung, (selbstredend nur) in gallischen Sachen, das Gesetz von ihm fordert. Die Seltsamkeit dieses Ergebnisses aber wird erheblich abgeschwächt durch die kluge Haltung der Rubria, die sich wesentlich darauf beschränkt, zur Beachtung von seiten des Prätors Stichwörter zu nennen, darunter solche von sehr allgemeiner Bedeutung. Infolgedessen mochte es den späteren Prätoren leicht fallen, auch wenn sie einzelnes in ihrem Exekutionsrecht geändert hatten, dem Rubrischen Gesetz den Gehorsam zu bewahren.

Den Nachweis des Partikularismus in den Kapiteln des Gallischen Gerichtsgesetzes glaube ich hier unterstreichen zu sollen. Hauptsächlich aus zwei Gründen. Einmal wird die als Indefensusstrafe so heftig angefeindete Damnationsfiktion jetzt wohl ge rechter beurteilt werden können, nachdem ihre Zweckbestimmung – wie ich meine – durchschaut und zugleich ihre Isolierung festgestellt ist. Ferner dürfte von diesem Punkte aus der Gegensatz der Methoden: der Arbeit von Gradenwitz an der Rubria und meines Aufsatzes gut ins Licht treten. Zum Schluß endlich sollen noch ein paar kleine Nachträge gebracht werden, die geeignet scheinen, meine Ergebnisse zu festigen.

³⁵ Darüber Mommsen CIL. I (1863) p. 118.

³⁶ Mit Gradenwitz würde ich gerne von einem 'Dienstbefehl' reden; doch hat die Dekomp. 49 Munizipalbeamte als Erklärungsempfänger im Auge.

Was O. Gradenwitz, anerkannt als erfolgreicher Führer in der Kritik juristischer Quellen, zum Gegenstand seiner tiefdringenden Forschung macht, das ist der Text als solcher. Wie dieser anfänglich lauten mochte, wie er allmählich anwuchs, Schicht auf Schicht folgte: diesen Werdegang zu ermitteln, darauf ist erstaunlich viel Scharfsinn und mühsame Arbeit verwandt. Daneben wird die Fassung der Gedanken genau geprüft: jeder fehlerhafte oder schiefe Ausdruck vermerkt, jede Sprachwidrigkeit gerügt.³⁷

Während für mich der Gesetzinhalt im Vordergrund steht, gelangt Gradenwitz zu ihm erst auf weitem Umweg, erst nach Ermittlung der Textgeschichte und strengster Prüfung des Formalen. Je behutsamer aber an dem Texte Kritik geübt wird, desto mehr überrascht uns das als Ergebnis der Untersuchung verkündete Urteil über einen Satz des c. XXI, womit der Kern der gesetzlichen Verfügung vernichtend getroffen ist.

Nun erweist sich gerade dieses Textstück: die Gleichung zwischen *Indefensus* und *Damnatus*, auf der Veleiatischen Tafel (II Z. 7–14) als tadellos überliefert; und auch der Sinn, den die Worte vermitteln wollen, ist nicht dem geringsten Zweifel ausgesetzt. Ich sollte meinen, Gradenwitz selbst könnte wenigstens dieser Feststellung nicht mit Widerspruch begegnen. Indes erklärt er doch jenen Satz für eine Unmöglichkeit, daher der *Indefensus* 'aus der *Damnations*fiktion beseitigt' werden müsse (Dekomp. 30). So stehen wir wieder vor der schon oben angeschnittenen Frage, wie solche gewaltsame Textberichtigung zu rechtfertigen sei?

Mehrere Male kehrt in der Dekomp. (30. 32. 35. 48 f.) der Vorwurf wieder gegen den Gesetzesredaktor, er habe bei Vermischungen, Verschmelzungen 'nicht nur die Tatbestände ineinander gewoben, sondern auch jedem Tatbestand die Rechtsfolge des anderen angegliedert'. Darnach hätten wir wohl den Ausbruch einer sonderbaren Wirrnis anzunehmen, die beträchtliche Störungen in der Arbeit am Gesetzentwurfe auslöste.

Der uns beschäftigende Fall ist folgender: der Redaktor hat zwei verschiedene Vorlagen zu benutzen und zu vereinigen. Die

³⁷ Siehe z. B. Dekomposition 6 f. A. 9 S. 30. 32. 35. 36. 38. 49.

eine handelt vom *Konfessus* (in *Jure*). Der Ansprecher ist von ihm nicht befriedigt worden.³⁸ Das Urgesetz unterwirft den *Konfessus* der *Damnationsfiktion*. Die zweite Vorlage spricht vom *Indefensus*. Das alte Gesetz stellt diesen einem *damnatus* nicht gleich. Durch ungeschickte Vermengung der zwei Quellen wäre der überlieferte (nach G.) unsinnige Satz zustande gekommen.

Wie mir scheint, ist diese Darlegung nicht ohne Lücken und nicht überzeugend. Vergleichen wir den fertig gewordenen und allein überlieferten Text, so sehen wir jene Fiktion auf beide Fälle bezogen: auf den *Indefensus* ebenso wie auf den *Konfessus*, der weder zahlt noch sich im Prozesse verteidigt, und zwar klar und unverkennbar mit Worten, die keinerlei Fehler aufweisen. Daher ist von Verwirrung in dem hergehörigen Stücke nicht die geringste Spur zu entdecken.

Fragen möchte ich noch, wie sich Gradenwitz das Verhalten des Gesetzverfassers vorstellt in der Zeit, als er die Zeilen 9–14 des c. XXI in Arbeit hatte? Dürfen wir etwa sagen: er sei sich der Entscheidung, die er traf, gar nicht bewußt gewesen, er habe also in Geistesabwesenheit oder im Halbschlaf gehandelt? Zu solchem Urteil fehlt gewiß jeder Anhalt. Dazu kommt noch, daß der in Frage stehende Text Gesetz werden sollte, demnach eine Niederschrift war, die in der Regel von Mehreren gelesen und geprüft wird, ehe die Aufforderung an das versammelte Volk erging, den vorgelegten Entwurf anzunehmen.³⁹

Dem Gesagten nach bietet weder die – auf schwankenden Vermutungen aufgebaute – Textgeschichte, noch bieten die hie und da begegnenden Verstöße in der Ausdrucksweise des Gesetzes einen ausreichenden Grund für die Anfechtung der zwiefach wirkenden, ganz unzweideutig gefaßten *Damnationsfiktion* des c. XXI. So bleibt nur die Frage übrig, ob etwa der Inhalt der Norm selbst den kühnen Strich herausfordert, durch den sie der strengen Kritiker aus der Rechtswelt schaffen will? Die verneinende Antwort ist schon aus dem oben S. 18 f. Dargelegten zu entnehmen.

³⁸ Diese Ansicht vertritt auch Gradenwitz, Dek. 30. 35. 48; allein zu Unrecht, wie sich später zeigen wird. Nur auf den *Konfessus* bezieht sich die *Damnationsfiktion*, der auch prozessualisch ungehorsam ist.

³⁹ Gegen Mommsen, *Jur. Schriften* 1, 192 f. s. oben S. 6 Anm. 4.

Doch empfiehlt es sich, eine ergänzende Bemerkung hier beizufügen.

Dem Gelehrten, dem ich in diesem kleinen Aufsätze entgegenetrete, konnte natürlich der Partikularismus, den die Rubria für die gallischen Munizipien begründet, nicht verborgen bleiben.⁴⁰ Allein er schenkt dieser wichtigen und allbekannten Tatsache durchaus keine Beachtung. Anderenfalls hätte ihn die Abweichung des Gesetzes vom gemeinen Rechte des römischen Prätors vor die Frage stellen müssen, ob nicht durch den Ausschluß der Munizipalbeamten von der Befugnis, *missio in bona* zu erteilen die Anwendung der Damnationsfiktion auf den *indefensus* sehr nahe gelegt war, und ob nicht weiter der durch diese Regelung den Ortsgerichten vorgeschriebene Dienst einfacher und rascher zum Ziele führen mochte als das Missionsverfahren in Rom.⁴¹

Gradenwitz aber hat es verschmäht, den hier angedeuteten Weg zu benutzen und sich statt dessen ganz und gar der Textforschung und Textkritik ergeben. Damit hat er m. E. der ihm lieb gewordenen, virtuos geübten Kunst eine Leistung zugemutet, die weit über ihre Kraft geht und daher in Sachen der Rubria keine haltbare Lösung bringen konnte.

⁴⁰ In der Dekomp. 4 f. druckt G. eine Ausführung von Mommsen ab, die von dem Verhältnis der 'Gerichtsordnung' für Rom zu der entsprechenden Ordnung 'für die zisalpinischen Munizipalgerichte' handelt. Mit dieser Berufung auf Mommsen will ich begreiflich nicht alles unterschreiben, was Gradenwitz a. a. O. einem Aufsätze von 1858 entnimmt.

⁴¹ Vgl. zu dem Obigen noch meine Prozeßformel 1, 211.

Zweiter Abschnitt

Beiträge zur Lehre von der *Konfessio in Jure* und zur Erläuterung der Rubrischen Kapitel XXI/XXII

Kap. XXI und XXII enthalten eine Exekutionsordnung gegen den Ungehorsam von in Jure Anwesenden – Auch der *Konfessus* kann *indefensus* werden – Die Rubrischen Kapitel handeln ausschließlich von der *Konfessio debiti* – Form des Anerkennnisses ziviler Schulden – Wirkung der *Konfessio*: Entstehung einer neuen Schuld – Die *Aktio ex confesso* aus den Rubrischen Kapiteln erschließbar – Die defensive Nichtigkeitsbeschwerde des *Konfessus* – Sonderstellung der *pecunia certa credita*: der *Aktio* und der *Konfessio* (cap. XXI) – Die *Damnationsfiktion* als *Indefensusstrafe* nach cap. XXI – Paul. sent. 2, 1, 5. – Paul. sent. V, 5^a 5 [7]. – Der Stil der Rubrischen Kap., die überall einen Ungehorsamen voraussetzen. – Welche Ordnung galt für den Gehorsamen? – Ungelöste Fragen.

Im folgenden soll eine genauere Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen von neueren Gelehrten durchaus vermieden werden. Mein Anliegen ist darauf gerichtet, ein paar kleine Beiträge zu liefern zur Lehre von der *confessio in iure* der Caesarschen Zeit und zur Aufklärung schwieriger Stellen in den Kapiteln XXI und XXII der *Lex Rubria*.

Von der Einlassung in den Prozeß und von der Pflicht des mit *Aktio* in *personam* Verfolgten, den Prozeß anzunehmen (sich zu defendieren), ist in diesem Aufsätze nicht besonders gehandelt. Ich verweise auf die SavZ. R. A. 25, 153 ff. und wegen der Erscheinungsformen der Einlassungsweigerung auf meine Kl. Prozeßformel 1, 206–212. In der vorliegenden Abhandlung ist darüber namentlich zu beachten das auf S. 6 S. 12 Anm. 14, S. 18. 46. 60f. Gesagte.

Die Regelung des gerichtlichen Anerkennnisses in den zwei Gesetzkapiteln ist nicht genau die gleiche. Für *pecunia certa cred.* lautet das unerläßliche Stichwort '*confiteri*'; für Schulden auf andere Leistungen ist daneben '*dicere*' (auch ein Wort der Juristensprache)¹ bezeugt.

Der Übergang zu den *concepta verba* des Streitprozesses hat wahrscheinlich die alte Form der *Konfessio*² selbst unberührt

¹ Belege dafür in SavZ. R. A. 25, 86–90; Bd. 42 (1921), 436. 437.

² Den bejahenden Inhalt und die Gebundenheit der *Konfessio in Jure* an

gelassen. Der Einfluß jener Reform kam nur zutage im vorbereitenden Verfahren, beim vorläufigen *actionem edere*³ außerhalb wie innerhalb des Gerichtes. Hier mußte in der Zeit des überwiegenden, später ausschließlichen Formelprozesses die Aktio allemal in der Gestalt der *concepta verba* auftreten, weil es im Verfahren in Jure zunächst noch unsicher war, ob die Verhandlung mit einer Streitbefestigung endigen werde oder mit einer Confessio.⁴

Auch wo dieser letztere Fall eintrat, erwies sich aber die Formel des jüngeren Prozesses keineswegs als überflüssiges Füllsel. Denn ihrer Intentio – schwerlich auch anderen Formelteilen – war der Text der von den zwei Parteien zu gebrauchenden Sprüche anzupassen. Für die Zivilaktionen, die zurückreichen in die Epoche des gesetzlichen Spruchprozesses, wird man – wie ich glaube – getrost folgendes behaupten dürfen. Bei ihnen stimmen die Sprüche des Fordernden und des Geständigen – mindestens dem Inhalte nach – überein, sowohl mit der Intentio der nach der Prozeßreform dem Gegner zu edierenden *concepta verba*, als auch mit den herzusagenden Texten, die für die Confessio in Jure in Vor- wie Nachaebutischer Zeit angenommen waren.⁵

Formen versuche ich gegen G. Demelius, Die Confessio (1880), zu erweisen in meinem Gerichtsmagistrat SavZ. R. A. 25 (1904), 168 ff. 185–187; dazu S. 145 ff. Zugestimmt haben mir E. Betti, Atti Venezia 74, II (1914/15) p. 1469 u. A. 2, L. Wenger, Zivilprozeß 107 f. W. Püschel, Confessus pro iudicato (1924), kennt meine Abh. nicht.

³ Zum *edere actionem* O. Lenel, Edictum³ 59–62; aus jüngster Zeit Wlassak, Klass. Prozeßformel (Wien 1924) 72 ff., L. Wenger, Praetor und Formel, München 1926, 10 ff., Steinwenter, SavZ. R. A. 46, 378 ff. Bd. 50, 650. – Wie es bei der alten Legisactio um die unentbehrliche Vorbereitung der Formalhandlungen stand, darüber schweigen die Quellen. Trotzdem leidet es keinen Zweifel, daß ein dem (vorläufigen) *actionem edere* entsprechendes Verfahren in Übung gewesen sein muß; vgl. Wlassak, Anklage. Abwehr gegen Lotmar (1923) 9. 10.

⁴ Den deutlichsten Beweis für den Doppelberuf des einleitenden *actionem edere* enthält Ulp. l. 4 ad ed. 227 D. 2, 13, 1 pr.: . . . *qui acturus est, edere actionem (debet), ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat.* . . . Wegen der Echtheitsfrage s. Index itp. I und suppl. I p. 22. Allzu radikal ist G. Beseler. Zu Partsch vgl. Wlassak, Anklage (1917) 178 A. 90.

⁵ Das Obige will eine – nicht wesentlich – nur im einzelnen verbesserte Neuauflage des in SavZ. R. A. 25 (1904) 167–171 Vorgetragenen sein. – Auf

Das Rubrische Jurisdiktionsgesetz erstreckt seine Regelung auch auf Einrichtungen prätorischen Ursprungs. Zum Beweise genügt ein Blick auf c. XIX und XX. Hier fragt es sich aber bloß, ob c. XXI beschränkt ist auf volksrechtliche Forderungen *pecuniae certae creditae*? In Z. 4f. beziehen sich folgende Worte auf das Anerkenntnis: *sei is eam pecuniam . . . ei quei eam petet d(are) o(portere) debereve se confessus erit*. Die Klassiker setzen *oportere* niemals, wo die Schuld nicht volksrechtlich ist. Dagegen *debere* bezeichnet Verpflichtungen der einen wie der anderen Ordnung und ist in der Laiensprache weit beliebter als das Juristenwort *oportere*. Daher dürfte das *debere* der Rubria ein der Volkssprache gemachtes Zugeständnis sein. Der Versuch, das Wort zu erklären aus der prätorischen Herkunft der vom *constitutum debiti* erzeugten Schuld, scheidet an dem glaubhaften Berichte Ulpians l. 27 ad ed. 796 D. 13, 5, 18, 2: es sei einmal (vor Marcellus) streitig gewesen: *utrum poenam contineat haec actio* (aus dem Konstitut) *an rei persecutionem*. In der Caesarschen Zeit wird die Poenalität jener damals noch recht jungen Aktio gemeine Meinung gewesen sein. Unter dieser Voraussetzung aber konnte der Gläubiger die konstituierte Geldsumme wohl nicht als *pecunia credita* ansprechen.⁶

Wenn das eben Gesagte zutrifft, dürfen wir um so mehr Gewicht legen auf das im c. XXI dreimal vorkommende (*pec.*) *dare oportere*. Vom *confiteri* über Verpflichtungen, die bloß durch Amtsrecht geschützt sind, handelt anscheinend dieses Kapitel nirgends.

Ob c. XXII nachbringt, was wir vermissen, das ist recht unsicher. Zwar nennt Z. 31 Verbindlichkeiten mannigfachen Inhalts; abgeschlossen aber ist die Aufzählung mit *oportere aut*

die Umwandlung des Exekutionsspruches, den Gai. 4, 21 mitteilt (er stammt vermutlich her aus einem Selbsthilfefverfahren), nach Beseitigung der streitbaren Legisaktio und auf die nachher entstandene Verpflichtung, die *actio iudicati* zu edieren, gehe ich hier nicht ein, weil Wengers Abh.: Prätor und Formel 84 ff. eine genauere Auseinandersetzung fordert. Den schiefe gedachten Satz in den R. Proz.-Gesetzen 1, 97 Z. 21–23 verwerfe ich, und nicht erst seit heute. Andererseits kann ich der von Wenger a. a. O. 97 durch Sperrdruck ausgezeichneten Ansicht nicht zustimmen.

⁶ Vgl. Bruns Kl. Schriften 1, 255–257, E. Levy, Privatstrafe u. Schadensersatz (1915) 17 ff. Wegen des Alters der A. de pec. const. s. Bruns 1, 232 f.

*se debere.*⁷ Ähnlich bezeichnet Z. 32 f. den Gegenstand der Confessio als *rem, de qua arguetur se fecisse obligatumve se eius rei noxsiave esse*. 'Obligatum esse' ist ein Wort des Zivilrechts, und der ganze Satz könnte in Andeutungen einen Tatbestand und die Rechtsfolge auf Grund der Lex Aquilia schildern.⁸

Nun will ich begrifflich der Caesarischen Zeit Delikte, die durch Amtsrecht geordnet sind, keineswegs absprechen, ebensowenig die zugehörigen Confessionen in Jure. Das Rubrische Gesetzfragment aber läßt uns in dieser Sache im Stiche. Besonders c. XXII ist sehr unvollständig und bringt bloß Beispiele. Daher wissen wir nicht, wie in prätorischen Sachen die gerichtliche Confessio lautete; ob und inwieweit sie im Texte der entsprechenden Prozeßformel angepaßt werden mußte.⁹

Ergiebiger für die Erforschung des frühklassischen Anerkenntnisses ist c. XXI, obwohl auch hier die Beschreibung des rechtsbegründenden Vorgangs zu wünschen übrig läßt. Vom Ansprecher, dem gegenüber konfittiert wird, sagt das Gesetz: *pecuniam petit*, läßt es aber im unklaren, in welcher Weise das *petere* geschah. Allein ein Petent, dem es freistand, den Partner mit beliebigen Worten zum Geständnis einzuladen, während dieser, wenn er konfittieren wollte, vorgeschriebene Worte verwenden mußte: dieses Nebeneinander würde eine Inkongruenz ergeben, die allzusehr vom Wahrscheinlichen abweicht. Zudem zeigt ja das der confessio debiti nächstverwandte Geschäft: die in iure cessio,¹⁰ wie sehr es römischer Art entspricht, dem er-

⁷ Zu II Z. 32: *eiusve eam rem esse aut se eam habere* vgl. einstweilen meine Abh. in SavZ. R. A. 42 (1921), 421. 433 f. 441.

⁸ Vgl. Lenel, Edictum³ § 77 S. 201 f.

⁹ Ob eine jüngere Gerichtspraxis für prätorische Ansprüche ein eigentümliches Anerkenntnisverfahren entwickelt hat, das vielleicht die schwierige Spruchfassung zu erleichtern suchte durch Verweisung auf die edierte Prozeßformel: darüber möchte ich weder eine Vermutung aufstellen noch jene Annahme glatt verwerfen; zumal da ich dessen keineswegs sicher bin, daß die *concepta verba* vom Anfang an schriftlich zu edieren waren. Vgl. übrigens zu dem oben Ausgeführten Wlassak, SavZ. R. A. 25, 172 f. und besonders E. Betti Atti Torino 50 (1914/15), 700. 710 f., 1; Istituzioni II (1930/31) p. 651. 701.

¹⁰ Vgl. Wlassak, SavZ. R. A. 25, 102–104; Bd. 28 (1907), 37 ff. 71 ff., 83–97. Heute wie seit vielen Jahren halte ich fest an der strengen Scheidung der München Ak. Sb. 1934 (Wlassak) 3

werbenden Teil in formeller Ausprägung die Hauptrolle zuzuweisen. Bei der Schuldconfessio ist der Fordernde zugleich der Gewinner. Wie sonderbar, wenn die Juristen beim Formelbau dieser Partei nur eine vorbereitende Äußerung vergönnt und sie im Rechtsakt selbst von aktiver Teilnahme ausgeschlossen hätten. Man wird also kaum fehlgehen, wenn man von den in Jure anwesenden Parteien die eine als die antragende, die andere als die zustimmend antwortende bezeichnet.

M. E. enthält die Rubria dafür sogar eine Art Bestätigung. In häufiger Wiederholung hebt sie nämlich in den hier behandelten Kapiteln den scharfen Gegensatz hervor zwischen dem Anerkennenden und dem die Verteidigung Weigernden. Das Verhalten des letzteren kennzeichnet das Gesetz zunächst immer mit den Worten: *non respondit*. Darnach scheint man sich den, der im Gegenteil konfiteert, vorgestellt zu haben als einen, der (bejahend) *respondet*.

In der Legisaktionszeit mag die Wechselrede so gelautet haben: *Aio te mihi X milia dare oportere* (Prob. IV, 1); hierauf Confiteor¹¹ me tibi X m. d. oportere. Als später der Prätor das

in iure cessio von der 'confessio in iure', will sagen von der confessio debiti in iure. In alter und noch in frühklassischer Zeit gibt es keinen Gesamtbegriff der conf. in iure, der das Schuldanerkentnis und die in iure cessio einschließen würde. Überdies haben – um nur das Wichtigste anzuführen – die gerichtliche Zession des Eigentums wie der Hereditas und ebenso das Zugeständnis in Jure der quiritischen libertas (*manumissio vindicta* genannt) insofern ausschließliche Geltung, als sie durch eine den Regeln des Schuldanerkentnisses folgende conf. in Jure nicht ersetzt werden können. Erst unter Kaiser Marcus taucht – zunächst vermutlich nicht vor dem Stadtprätor (Ulpian berichtet es l. 5 de omnibus trib. 2277 D. 42, 2, 6, 2) – eine *vindicatio fundi* auf mit nachfolgender Confessio, die so wirken soll, als wenn das Eigentum durch richterliches *pronuntiare* festgestellt wäre. Ulpian bezeugt also l. c. ein Anerkenntnis, welches gewiß nicht nach dem Muster der in iure cessio zustande kam. In letzter Linie ist die alte Unterscheidung der Schuldconfessio in Jure und der cessio in iure zurückzuführen auf den Gegensatz: Aktio in personam mit und Aktio in rem ohne Einlassungszwang; vgl. dazu SavZ. R. A. 25, 131–145, 153–163. – Von unseren Gelehrten steht m. W. Ernst Rabel, SavZ. R. A. 27 (1906), 309–326, meiner Auffassung der in iure cessio am nächsten. Übereinstimmung in allen Punkten darf ich aber nicht behaupten.

¹¹ Nach den neuen aegypt. Frammenti di Gaio, ed. V. Arangio-Ruiz (dessen großer Güte ich die Kenntnis des kostbaren Fundes verdanke) PS I XI (1933) Z. 187. 206 f. könnte man auch an 'Aio' denken. Indes lautet die be-

edere actionem zur Pflicht machte, war es ebensowohl zur Vorbereitung der Confessio wie des Streitprozesses bestimmt. Wie aber jetzt die Rede des Fordernden lautete, dafür fehlt jeder Beleg. Doch ist betreffs der alten Zivilaktionen kein Grund ersichtlich, weshalb die aus der Legisaktionszeit stammende Gestalt der Confessio durch die Prozeßreform geändert sein sollte.

Sieht man von der berührten Lücke in der Überlieferung ab, so gebührt gerade dem c. XXI alles Lob wegen der Aufschlüsse, die es bietet, ebenso über die Formalerfordernisse der Confessio wie über ihren wesentlichen Gehalt. Wenn der wertvolle Text bisher in beiden Richtungen kaum genügend ausgebeutet ist, muß vor allem erinnert werden an den nicht durchaus günstigen Einfluß, den ein Gelehrter von unbestrittener Autorität durch viele Jahre in Sachen der römischen Confessio ausgeübt hat.¹²

Die Lex Rubria redet a. a. O. von Schuldverhältnissen, die

streitende Antwort zweimal (Z. 188. 208), wie es scheint, nicht der Frage (*an negas*) entsprechend, sondern etwa: *Aio me dare non oportere*.

¹² Verhängnisvoll für Demelius' Confessio war m. E. die Ausgangsthese: die alte *Legisactio* sei (unterschiedslos) Rechtspersekution, deutlicher: Rechtsverwirklichung gewesen. Bekämpft ist dieser undurchführbare Gedanke in der SavZ. R. A. 25, 145–152. Der Verfolgte hat nach Demelius ein Widerspruchsrecht. Gibt er es auf, so gelangt die Rechtsverfolgung (*actio*) ungehemmt zur Vollendung. Darnach ist das Entscheidende für die Confessio in Jure die Erklärung, prozessualischen Widerstand nicht zu erheben. Für diese Erklärung aber genügt die bloße Tatsache des Nichtwidersprechens, bei Aktionen in *personam* also die Unterlassung des *negare*. Demnach ist in der Zeit der Legisaktionen Jeder '*confessus*', der den rituellen Widerspruch nicht vornimmt, auch der Stillschweigende, der *non respondens*. Dafür lege auch die der Legisactio noch sehr nahe L. Rubria Zeugnis ab (S. 84). In der Zeit des Formelprozesses verliert dann die Konf. ihre Stelle im solennen Ritual. 'Sie fällt nun hinein in die formlosen Verhandlungen' (S. 111). Jetzt aber heißt *confessus* nur noch, wer sich ausdrücklich des Defensionsrechtes entschlägt. Der *non respondens*, und wer sich nicht *uti oportet defendit*, setzt, obwohl er nicht *confessus* ist, doch gleichwirkende prozessualische Tatsachen (S. 114. 118). Bald hernach (S. 138 f.) lesen wir: 'im Formularprozeß' zerstöre das *non respondere* das Defensionsrecht nicht; dagegen das *sponsionem non facere* und *iudicio se non defendere* stelle den Geldschuldner einem *damnatus* gleich. Endlich S. 140 erscheint angesichts der L. Rubria der *Confessus* als einer, der den Anspruch des Klägers 'anerkennt, nicht bestreitet'. Wie diese Äußerung sich verhält zu S. 114. 118 (wo ebenfalls die Zeit des Formelprozesses vorausgesetzt ist), das wüßte ich nicht zu sagen. – Vgl. auch oben S. 30 Anm. 2.

auf Leistung von *pecunia certa credita* gerichtet sind, und verzeichnet an erster Stelle den Verlauf des Rechtsaktes, der sich in Jure abspielt vor der zuständigen Munizipalobrigkeit, in Sprüchen zwischen einträchtigen, persönlich anwesenden Parteien. Doch ist eine Ausnahme zugelassen, nur für den Fordernden: dieser kann vertreten werden.

Als wichtigstes Stück erscheint in dem hergehörigen Texte (Z. 5 f.) die auf ein *confiteor* gestützte Erklärung des Angesprochenen, zum *dare* verpflichtet zu sein, also: *me dare oportere*, wobei aber das letztere Wort entweder ein '*debereve*' als erläuternden Zusatz erhalten oder vielleicht durch '*debere*'¹³ auch ersetzt werden konnte.

Neben der Form erwähnt die Rubria sofort noch die nächste Wirkung der Confessio, und zwar im c. XXI mit folgenden Worten:

sei is eam pecuniam . . . ei quei eam petet . . . d. o. debereve se confessus erit, neque id quod confessus erit solvet satisve faciet.

Demnach entsteht für den Anerkennenden eine Verpflichtung, die anerkannte Geldschuld zu erfüllen (*solvet*) oder sie sicherzustellen oder den Gläubiger in anderer Weise abzufinden (*satis faciet*).

Nun darf aber jemand fragen, ob das hier zuletzt Dargelegte wirklich bloß eine Verdeutschung der Gesetzesworte sei? Offenbar kann die Antwort nicht bejahend lauten. Denn c. XXI redet ja von dem, der nicht erfüllt (*neque solvet*). Dessenungeachtet braucht von dem Gesagten nichts zurückgenommen zu werden; denn es beruht durchaus auf einwandfreier Schlußfolgerung. Über die Ausdrucksweise aber in c. XXI u. XXII ist erst weiter unten zu handeln.

Von einer Frist¹⁴ zur Beschaffung des Geldes sprechen die erhaltenen Stücke der Rubria nirgends, weder von einer gesetz-

¹³ Die oben S. 32 versuchte Erklärung, weshalb dem *oportere* noch *debereve* (in II 2. 32: *aut se debere*) beigefügt ist, dürfte vielleicht bekräftigt werden durch den Hinweis auf die gallischen Neubürger und deren Magistrate, die mit der römischen Formelsprache schwerlich sehr vertraut waren. Mit G. Demelius, Confessio 149, stimme ich darin überein, daß das *debere* nicht auf eine eigene Intentio zu beziehen sei.

¹⁴ Siehe L. Wenger, Actio iudicati (1901) 242 ff.

lichen noch von einer, die der *Duovir* bestimmen soll. Von dem Rechte der klassischen Epoche¹⁵ aber darf nicht ohne weiteres geschlossen werden auf die Zeit der ausgehenden Republik. Vielleicht kamen dem *Konfessus* noch unter Caesar die von den Zwölftafeln III, 1 gewährten *XXX dies iusti* zustatten als allgemeines Römerrecht, mindestens aushilfsweise.

Überraschend mag man es finden, daß in der *Rubria*, soweit wir sie kennen, nirgends ein Satz vorkommt, der die auf Geld lautende, fällig gewordene Konfessionsschuld für vollstreckbar erklärt. Doch wird mir vielleicht c. XXI Z. 9–19 vorgehalten werden. Allein sicher zu Unrecht. Denn die *Damnationsfiktion* ist eine gegen prozessualischen Ungehorsam angedrohte Strafe. Der *Konfessus* aber, der mit der Erfüllung seines Debitums in Verzug geraten ist, macht sich noch keineswegs jenes Deliktes schuldig. Vielmehr kann von Straffälligkeit erst die Rede sein, sobald auf seiten des Schuldners noch hinzugetreten ist ein *se sponsione iudicioque utei oportet non defendere*.

Wie aber ist die Rechtslage, wenn der in *Jure* geständige Geldschuldner die ihm vom Ansprecher edierte *Aktio ex confesso* nebst der angebotenen *Sponsio* annimmt, also *se uti oportet defendit*? Solchenfalls erreicht der erstere als Sieger im Prozesse die Vollstreckbarkeit seiner Forderung, da ihm aus dem Urteil eine *Aktio iudicati* erwächst.

Übrig bleibt jetzt noch ein Wort über den Normalfall. Gesetzt, der in *Jure* geständige Geldschuldner habe nicht gezahlt; doch erklärt er, auf jeden Widerstand zu verzichten, mithin auch das

¹⁵ Daß in hochklassischer Zeit dem *confessus*, nach dem Muster des *iudicatus*, vom Gerichtsbeamten eine Zahlungsfrist gewährt wurde, ist kaum zu bezweifeln. Wann diese Übung aufkam, das wissen wir nicht; auch die klassischen Zeugnisse (vgl. etwa A. Giffard, *Conf. in iure*, 1900, p. 100, 2) sind nicht einwandfrei, bald der *Itp.* verdächtig, bald der amtlichen Kognition zuzuweisen (so *Ulp. l. 5 de omn. trib. 2277 D. 42, 2, 6, 7*). Zum Formelverfahren (vermutlich zum *‘quem fundum?’*) gehört *Ulp. l. 70 ad ed. 1550 D. 5, 1, 21* (interp. s. A. Faber *Ration. in h. l.*). Die Worte: *audiendum eum, dandumque diem ad solvendam pecuniam* halte ich für echt; das erwähnte *actionem* (formulam) *edere* kann nur das endgültige sein. Viel erörtert und nicht unverdächtig ist *Ulp. l. 51 ad ed. 1246 D. 30, 71, 2*. Gründlich zeigt Salkowski in Glück's *Pand.* 49 (1889) 599 ff. die Schwierigkeiten der Stelle, ohne sie aber befriedigend zu lösen. Aus jüngster Zeit s. Püschel a. a. O. 86 ff. Die Autoren, die *Itp.* annehmen, verzeichnet der Index *itp. II*.

Duktionsdekret des Munizipalmagistrats hinzunehmen. Worauf soll unter solchen Umständen der Beamte die Vollstreckbarkeit der anerkannten Forderung stützen? Antwort: entweder auf das Rubrische Gesetz, wenn dieses einen gewährenden, uns unbekanntem Ausspruch enthält; andernfalls aber aufs gemeine Römerrecht, und zwar auf III, 1 f. der Zwölf Tafeln.¹⁶ Diese Entscheidung geht aus von der überaus wahrscheinlichen Annahme, daß die römischen Gesetze für die Untergerichte auch das Prozessualische nicht erschöpfend geregelt haben.

Im Vorstehenden sind – um den Plan des Folgenden anzudeu-

¹⁶ Die Zwölf Tafeln III, 1 und 2 (s. Sex. Caecilius bei Gell. 20, 1, 45) gewähren der (in Jure) anerkannten Geldschuld nach Ablauf der 30 Tage – wie die Meisten annehmen – unmittelbar Exekutivkraft. Am überlieferten Texte will nach Huschke, *Nexum* (1846) 14 Anm. 1 noch Kleineidam Personal- exekution der Zw. Tf. (1904) 16 f. festhalten. Die radikale Textkritik von S. Schloßmann (Schuldrecht. *Nexum* 1904) ist, wie von Anderen so von mir, *SavZ. R. A.* 25 (1909) zurückgewiesen; vgl. aber die Zugeständnisse a. a. O. 25, 178, 1. Sehr beachtenswerte Gründe für die Unechtheit von III, 1–3 bringt – vom sprachlichen Standpunkt ausgehend – Gradenwitz, *Mélanges Girard* 1 (1912), 505–509. Ausscheiden will er: *rebusque iudicatis* und *iudicatum facit aut*; vgl. auch E. Betti, *Atti Torino* 50 (1915), p. 701, 1. Gradenwitz läßt es unentschieden, ob der uns erhaltene Text ursprünglich vom *aes confessum* selbst handelte oder von einer anderen Einrichtung (vom Judikat), der die *Konfessio* angeglichen wurde. Endlich A. Hägerström, *Röm. Obligationsbegriff* 1 (1927), 349 f., 2 lehrt: der Text III, 1 ff. handle vom Judikat. Das *aes confessum* werde nur erwähnt, weil auch bei ihm eine Zahlungsfrist von 30 Tagen galt. Auch ich halte jetzt die Verbindung der *Konfessio* in III, 1–3 mit dem Judikat für späteres Juristenrecht. Gegen den *confessus* findet weder eine *manus iniectio iudicati* noch *pro iudicato* statt (insoweit richtig Hägerström 1, 350, 2). Für entscheidend gilt mir die Verschweigung der *confessio* bei Gai. 4, 21–24. Indes mußte der *Confessus* imstande sein, die Verpflichtung *ex confesso*, als nichtig oder später erloschen, gerichtlich zu bestreiten. Auch aus diesem Grund ist das Dasein einer eigenen *Legisactio ex confesso* zu vermuten, die nicht notwendig unter einen der 5 *modi* zu fallen brauchte; s. Wlassak, *Prozeßgesetze* 1. 267 f. Verunglückt ist m. E. Hägerströms Hypothese (die Konstituierung des *confessus* als *nexus* durch Dekret). Dagegen Kunkel, *SavZ. R. A.* 49, 487, dem ich wieder betreffs der XII-Tafel-Stelle widersprechen muß. – Die Vollstreckbarkeit des *aes confessum* war vermutlich von den Dezemviren anerkanntes Recht. Entweder ist der Satz in III, 1 f. verdunkelt durch die Einmischung des Judikats oder er war anderswo im Gesetze ausgesprochen. – [Nebenbei: Hägerström 1, 350, 2 irrt, wenn er den *confessus* von c. XXI l. R., der nicht zahlt, der *Damnationsfiktion* unterstellt. Dabei ist das Erfordernis des prozessualischen Ungehorsams übersehen.]

ten – vorgehend mehrere Entscheidungen getroffen, für welche die nötige Unterlage noch fehlt, die demnächst besser in den Zusammenhang eingeordnet, erläutert und im einzelnen aus den Quellen begründet werden sollen. Den Anfang will ich machen mit einer Ausführung, die Inhalt und Wirkung der *Konfessio in Jure* nach dem Rubrischen Gesetze etwas genauer beschreibt.

C. XXI, Z. 2 ff. verordnet: Von wem immer (als dem leidenden Teil) das Geben einer bestimmten Geldsumme gefordert werden wird (*petetur*), wenn er gerichtlich bekennt, diese Summe (*sei is eam pecuniam*) dem, der sie fordert (*qui eam petet*) geben zu müssen oder (volkstümlich gesagt) schuldig zu sein (*debereve*), und wenn er dann dasjenige, was er anerkannt hat (*confessus erit*), nicht zahlen wird usw.

Im nächsten Kapitel ist die Rede von Objekten, vom *quid*, das nicht zur *pecunia certa credita* gezählt werden kann. Doch entspricht in XXII die Ausdrucksweise da, wo es sich um das Geben einer bestimmten Sache handelt, durchaus dem Texte in den Anfangszeilen des voraufgehenden Kapitels. Insbesondere ist die Sache, worauf das

confiteri dicereve, se dare oportere aut se debere

gerichtet ist, mit den Worten bezeichnet (Z. 29): *quae ita ab eo petetur deve ea re cum eo agetur*,

und desgleichen der Ansprecher (Z. 29. 30) mit:

qui eam [rem] petet deve ea re aget.

Hiernach ergibt sich aus beiden Kapiteln das Nämliche. Der Inhalt der *Konfessio* darf nicht verselbigt werden mit dem, was der Anerkennende vielleicht kraft einer bestehenden Urschuld zu leisten hat. Denn nach der *Lex Rubria* wird der Leistungsgegenstand für den Konfitierenden bestimmt durch den fordernden, formalisierten Spruch seines Partners, z. B. durch ein *aio te mihi X dare oportere*. Man darf also sagen: was der Ansprecher begehrt (*petit*), wird in der *Konfessio* bindend bejaht, keineswegs aber das Schuldigsein auf Grund einer älteren Tatsache.

Unabweislich drängt sich so die Frage auf, was der Beweggrund des Konfitierenden ist, eine Schuld auf sich zu nehmen, die demnächst im Exekutionsweg eingetrieben werden kann? Die Antwort lautet: entweder ist er überzeugt, schon Schuldner zu sein, oder er hält es doch für aussichtslos, dem Fordernden

Widerstand zu leisten. In aller Regel wird also eine Urschuld vorhanden sein. Wie sich zu ihr das Recht aus der Konfessio verhalten mag, darüber sind wohl ein paar Worte hier am rechten Platze.

Wirkt etwa das gerichtliche Anerkenntnis novierend wie eine titulierte Stipulation? Davon findet sich in den Quellen gar keine Spur; und auch aus neuerer Zeit wüßte ich für diesen Gedanken keinen Vertreter anzuführen.¹⁷ Verwerfen wir aber die Anlehnung an ein Neuerungsgeschäft, wodurch das alte Verhältnis glatt beseitigt wäre, so bleibt nur die Annahme eines Nebeneinander von Alt- und Neuschuld übrig.

Beispiele für diese letztere Erscheinung sind, wie ich glaube, im römischen Privatrecht leicht nachweisbar. Der bestbekannte Fall, der hergehört, ist das *constitutum debiti*, das freilich anders als die Konfessio in Abhängigkeit von einer Urschuld begründet wurde, auf die dann auch die Prozeßformel Bezug nimmt. Noch näher verwandt mit der Konfessio als das Konstitut ist der Schiedseid, den wir aber hier als Beispiel nur insoweit gebrauchen können, als er eine Forderung des Schwörenden bejaht, während nichts darauf ankommt, ob das *iusiurandum* auf freier Vereinbarung beruhte oder vom Delaten zur Abwehr prätorischen Zwanges auf den Fordernden zurückgeschoben war.¹⁸

Übrigens will die Abscheidung der genannten drei Rechts-handlungen von der Stipulationsnovation durchaus nicht be-

¹⁷ Ed. Platner, De sententia praetoris (Marburger Progr. 1851) 48 weist die Novation ab, ebenso Degenkolb, Einlassungszwang (1877) 283. Für G. Demelius, Confessio (s. z. B. S. 216) ist der Gedanke an ein novierendes Geschäft von vornherein sinnlos. Denn die Conf. sei ja nur eine 'Erklärung, auf prozessualen Widerstand gegen die Durchsetzung des klägerischen Rechtes' verzichten zu wollen. — Vgl. zu der oben erörterten Frage auch Hägerström a. a. O. 1, 398 f.

¹⁸ L. Debray, Nouv. revue hist. de droit XXXII (1908), 368. 452–57. 460 f., 3 ist bemüht, dem Edikt bei Lenel, Ed.³ § 54 (und zwar beiden Abschnitten) Anwendung auch auf den Zwangseid zu verschaffen; schwerlich mit Erfolg. Der zurückgeschobene, vom Ansprecher ausgeschworene Zwangseid gibt diesem das Recht zur Vollstreckung. Das beste Zeugnis hierfür ist Diocl. C. I. 4, 1, 8. *Actori [delato vel] relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum fuerit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit.* Der unterstrichene Text schließt den Versuch aus, das 'delato' auf den freiwilligen Eid zu beziehen. Die Worte 'delato vel' sind als irriger Zusatz zu tilgen. Falsch eingeordnet ist c. 8 cit. von Demelius, Schiedseid S. 57.

sagen, daß die Urschuld unberührt bleibt von dem hinzutretenden Neuen. Im Gegenteil: das Alte wird überall vom Neuen in den Hintergrund gedrängt. Zuweilen aber, so häufig beim Schiedseid, sinkt sogar das Alte zur Bedeutungslosigkeit herab.

Für das Schuldkonstitut ist meine obige These mittelbar bewiesen durch den ersten Satz von D. 13, 5, 18, 3 (Ulp. l. 27 ad ed. Len. 796), der über die *vetus dubitatio* berichtet: ob einer, der mit der Konstitutionsformel *egit* (Lis kontestierte), die alte *obligatio* (d. h. das *actione teneri*) 'konsumiere'. Wie Bruns dar- tut, setzt jene *dubitatio* offenbar die Unkraft des Konstituts- ver- trags voraus, novierend zu wirken.¹⁹ Denn andernfalls würde die Streitbefestigung nichts vorfinden, um es zu konsumieren.

Nebenbei: das in Lenels Paling. unter Ulpian 796 dem fr. 18, 3 cit. angeschlossene fr. 36 D. 12, 2²⁰ dient uns als klares Zeugnis für die Standfestigkeit der *prior obligatio* im Fall der Entkräf- tung der hinzugekommenen Konstitutschuld durch verneinendes *iusiurandum*.

Nur mit wenigen Worten ist noch die Frage zu erledigen, ob der vom Fordernden bejahend geschworene Schiedseid,²¹ aus dem ein neues Recht erwächst, die alte Obligation bestehen läßt, oder ob er sie noviert? Deutliche Antwort erhalten wir m. E. von Papinian l. 8 quaest. 150 D. 13, 5, 25, 1:

¹⁹ Näheres bei Bruns, Kleinere Schriften 1, 266 f. Wegen der Itp. von D. 13, 5, 18, 3 Satz 2 s. Index I. Über den Einfluß des Constituts auf die alte Schuld s. Bruns 1, 267 ff. – Wegen des Argentarierrezeptums vgl. Gai. l. 5 ad ed. pr. 120 D. 13, 5, 28; dazu Lenel, SavZ. R. A. 2 (1881), 71.

²⁰ Zu dieser Stelle vgl. Index itp. I und suppl. I. Sicher unecht ist *nisi-fin*. Das '*id est de priore obligatione*' nach '*de morte*' dürfte eine später in den Text aufgenommene Randglosse sein. Über das geschichtliche Verhältnis von *denegare actionem* und *exceptio* im Sinne der Klassiker s. meinen Aufsatz in SavZ. R. A. 33 (1912), 139 ff.

²¹ Für die obige Frage (nur für sie) ist es gleichgültig, ob wir einen Zwangs- eid (unter obrigkeitlicher Kontrolle) oder einen frei vereinbarten annehmen. Wo aber, wie bei Diocletian C. 4, 1, 8 aus dem Eide ein vollstreckbarer An- spruch (*ad similitudinem iudicati*) hervorging und das *iusiurandum* zurück- geschoben werden konnte (s. Stephanos zu Bas. 22, 5, 34 – Heimb. II S. 559), darf wohl nur an einen Zwangseid gedacht werden. Ein Widerspruch zum klassischen Rechte ergibt sich allerdings aus den Anfangsworten: *Actori delato . . . iureiurando*. Ein Versuch, die Schwierigkeit zu beseitigen, oben S. 40 Anm. 18.

*Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta <pecunia> agis.*²²

S schuldet dem G – wie dieser behauptet – eine konstituierte Geldsumme. Die Parteien vereinbaren Entscheidung ihres Streitiges durch einen Schiedseid des G. Dieser schwört bejahend. S will ihn nun auf die *Aktio in factum* aus dem Eide beschränken; G zieht, vermutlich wegen der *sponsio dimidiaie partis* (Gai. 4, 171), die *Aktio de pecunia constituta* vor. Papinians Gutachten aber lautet: obwohl G die *Aktio* aus dem Eide habe (*cum habeas – cum* ist adversativ gesetzt), könne er den beabsichtigten Prozeß *recte* aufs Konstitut stützen.²³

Damit ist offenbar dem (freiwilligen) Schiedseid bejahenden Inhalts die novierende Kraft abgesprochen. Alt- und Neuschuld bestehen nebeneinander.²⁴

Von den Pandektenzeugnissen, die, soweit sie das Eidesrecht und die *Konfessio in Jure* betreffen, zu einem guten Teil arg verfälscht sind, führe ich zur Ergänzung des zuletzt Gesagten ein einziges an, dessen erster Satz für klassisch gelten darf.

Ulp. 1. 27 ad ed. 794 D. 42, 1, 56:

*Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur.*²⁵

²² Das Folgende *sed et – necessitas* ist gewiß unecht; so Pringsheim-Beseler in Festschrift f. O. Lenel 1921 S. 225 f.

²³ Die von G. Demelius, Schiedseid 65–67, vorgeschlagene Auslegung von fr. 25, 1 cit. muß ich durchaus ablehnen.

²⁴ Die oben auf Papinian gestützte These wird m. E. nicht erschüttert durch Äußerungen in den Pandekten (gesammelt z. B. von Savigny, System 7, 64 Anm. f.), die den Eid mit Rechtsakten vergleichen, welche aufhebend wirken. Bei den meisten Stellen ist die Echtheit (s. den Index itp. I u. suppl. I) sehr fraglich. Zu Paul. 1. 18 ad ed. 280 D. 12, 2, 26, 2: *Iurisiurandi condicio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventionione, quamvis habeat et instar iudicii* s. Beseler, Beitr. 3, 128. Treffend spricht Savigny von einer 'umbildenden Kraft' des Eides. Wie der verneinende Eid auf das *dare oportere* des Schuldners einwirkt, zeigen die Inst. 4, 13, 4.

²⁵ Das Folgende: *post orationem – habentur* ist ein Glossem oder itp.; s. A. Giffard, Nouvelle revue hist. de droit XXIX (1905), 470 f., dem B. Biondi, Il giuramento decisorio (1913) 19, 1 zustimmt. – Fr. 56 cit. stammt aus dem Vieles umfassenden 27. Buche von Ulpian's Kommentar ad ed. Im Edictum³ S. 249 weist Lenel ihm (und ebenso dem Fr. 5 D. 42, 2), freilich zweifelnd, einen Platz an in der Erörterung des Zwangseides über *pecunia consti-*

Der Jurist hat nur eine Wirkung der von ihm in eine Linie gestellten Akte im Auge: nicht die Vollstreckbarkeit, nur die Feststellung. Wenn er sagt: *nihil quaeritur*, so kann das nur heißen: nach der gerichtlichen *Konfessio* und nach dem Schwur ist die Streitsache wie durch Urteil erledigt.

Allein die Ausdrucksweise des Klassikers ist nicht ganz genau und jedenfalls irreführend. Daß 'nichts weiter untersucht wird' das trifft zu, wenn an das durch einen von jenen drei Akten abgeschlossene Verfahren gedacht wird. Ist dieses aber immer das letzte? Kann und muß nicht zuweilen dem ersten ein zweites folgen, das nichts durchaus Neues, sondern ein mit jenem eng zusammenhängendes Nachspiel ist?

Aus Streitbefestigung und Urteil lassen die Juristen ein neues Kampfmittel entstehen: die *actio iudicati*. In aller Regel dient diese nur als Grundlage für die in *Jure* zu bewilligende Vollstreckung. Leistet aber der Verklagte Widerstand und wird dieser nicht als sichtlich frivol vom Beamten abgewiesen, so entwickelt sich aus jener *actio iudicati* ein zweiter Prozeß. In diesem neuen Verfahren kann der Verklagte zur Strafe ins Doppelte verurteilt werden. Ebensogut aber kann der Sieger im ersten zum Besiegten im zweiten Prozesse werden, namentlich deshalb, weil das Urteil als nichtig erkannt wurde. Demnach führt der durch Veragung der Exekution zum Angriff gedrängte Kläger zuweilen einen Nachprozeß herbei, den die Rechtsordnung zum Besten des Verklagten zuläßt und zulassen muß, weil die untilgbare Geltung des Urteils ein Hohn auf Vernunft und Billigkeit wäre.

Was im vorstehenden über die *res iudicata* gesagt und keineswegs neu ist, muß sicher der Hauptsache nach auf die von Ulpian im fr. 56 zit. daneben genannte gerichtliche *Konfessio* und auf

tuta. In der Paling. II p. 579 n. 2 und 3 fügt er zu den hier genannten zwei Stellen Bemerkungen bei, die ich für richtig halte. Sollten sie jetzt widerrufen sein? Vgl. unten S. 50f. u. Anm. 40. — Trotz des beschränkenden *nihil quaeritur* läßt Giffard a. a. O. S. 470f. Ulpian im fr. 56 cit. die Gleichstellung der genannten drei Rechtsakte 'en toutes matières' behaupten, um daraus zweifelhafte Folgerungen abzuleiten. Auch Demelius, Schiedseid 16, benutzt grundlos fr. 56 cit. als Beleg für den Eintritt der Exekutionsreife durch den gerichtlichen Zwangseid; vgl. dazu oben S. 40 Anm. 10 und S. 41 Anm. 21. Endlich die von B. Biondi a. a. O. 10 vorgeschlagene Deutung von fr. 56 scheint mir nicht haltbar zu sein.

den Schiedseid ausgedehnt werden. Der letztere fällt nicht in den Rahmen dieser Abh. Dagegen führt uns die Erwähnung der *confessio in iure* zurück zu der oben begonnenen Erläuterung des c. XXI der L. Rubria.

Dort (S. 39 ff.) ist zunächst ohne Rücksicht auf Ulpian's fr. 56 gezeigt, was nach dem Gesetzestext (XXI und XXII) als Inhalt des Anerkenntnisses erscheint: nicht eine Kräftigung der Urschuld, sondern die Begründung einer neuen, die trotz des Gebrauchs von '*confiteri*' gar nicht Bezug nimmt auf das alte Verhältnis und gerichtet ist auf die Leistung dessen, was der Ansprecher fordert.

Die Feststellung aber, Ulpian's '*nihil quaeritur*', beruht zunächst darauf, daß die neue Schuld zustande kommt durch eine mündliche Erklärung, meist gefaßt nach einem üblichen Formular, ausgesprochen zwischen den in Jure anwesenden Parteien und angesichts des Magistrats. Diese Erfordernisse, besonders die kontrollierende Mitwirkung des Beamten, rechtfertigen auch das nach Ablauf der Respektstage ohne weiteres gegebene Recht auf Exekution, sofern nur der durch die Konfessio erzeugte Anspruch auf Geld gerichtet ist. Worin sich aber im Punkte der Vollstreckbarkeit das Rubrische c. XXI vom gemeinen Römerrechte²⁶ unterschied, das ist schon oben in Anm. 16 auf S. 38 gesagt.

Als das schwierigste Stück im Konfessionsrecht der Tafel von Veleia gelten die Zeilen 6, 7 in II. Wenn einer eine bestimmte Geldschuld anerkannt haben wird:

d. o. debereve se confessus erit, neque id quod confessus erit solvet satisve faciet, aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defendet . . .

Zweierlei darf jetzt als unbestritten gelten: c. XXI (ebenso XXII) behandelt nebeneinander den Konfessus und den Indensus. Andererseits sondert es den zweiten von dem ersten scharf ab, und zwar auch da, wo es beide dem gleichen Rechte unterstellt. Erst am Schlusse, wo von der Ausführung des Duktionsdekretes die Rede ist (Z. 19. 20), erfaßt es einmal beide mit den-

²⁶ Lenel, *Edictum*³ § 199. 200 (S. 410) zweifelt nicht an der fortdauernden Geltung des Zwölfartfelsatzes III, 1 in der klassischen Zeit, obwohl die Belege mangelhaft sind.

selben Worten: *queique eorum quem, ad quem ea res pertinebit duxerit . . .*

Die hier oben im Sperrdruck erscheinenden Textworte kommen in c. XXI mit geringen Abweichungen viermal vor,²⁷ zweimal in Verbindung mit dem *Konfessus*, zweimal mit dem *Indefensus*. Die Zugehörigkeit zum einen oder anderen ist namentlich in II Z. 16 und 17 etwas zweifelhaft. Doch entscheidet m. E. auch für die Deutung von Z. 16 f. die sonst überall festgehaltene Regel,²⁸ des Inhalts: die Beschreibung des *se non defendere* einzuleiten mit: (*si* oder *qui*) *in iure non responderit*, dem dann zumeist ein *se sponsione iudicioque non defendere* nachfolgt. Hiernach ist die Textstelle: *eum(ve) qui bis non defenderit* in Z. 16. 17 mit dem Voraufgehenden zu verknüpfen und daher nur auf den *Konfessus* zu beziehen.

Nun könnte man freilich einwenden, daß gerade in Z. 17 f. der *non respondens* alleinsteht ohne Ergänzung durch *se iudicio non defendere*. Allein diese Anomalie läßt mehrere Erklärungen zu. Vor allem könnte der Gesetzverfasser absichtlich auf die Wiederholung eines Satzes verzichtet haben, der als Begleiter des *non respondens* aus dem Vorhergehenden sattsam bekannt war. Ebensogut möglich wäre es, in dem überlieferten Texte eine Lücke anzunehmen, die wir entweder dem Abschreiber des Entwurfes oder dem Erzstecher zurechnen dürften. Handelt es sich aber um eine Lücke, so hätten wir dann in Z. 18 nach '*satisve faciet*' etwa einzufügen: *neque se sponsione iudicioque u. o. defenderit*.²⁹

Der Gang des Verfahrens im Fall des *Konfessus in Jure*, der auch die fällig gewordene Geldschuld nicht tilgt und, statt das drohende Duktionsdekret anzunehmen, auf einen neuen Rechtsstreit hindrängt, ist – wie ich glaube – in der *Rubrica* klar genug

²⁷ Ob die bezeichneten Worte – beim *Indefensus* – nicht noch ein fünftes Mal hätten eingefügt werden sollen, darüber spreche ich sofort oben im Texte. – Im c. XXII begegnet die erwähnte Wortgruppe fünfmal: einmal im Zusammenhang mit dem *Konfessus*, viermal mit dem *Indefensus*.

²⁸ Gradenwitz, Dekomposition 36, hebt die genannte Regel hervor, nimmt aber eine Ausnahme an und nennt den *Passus II Z. 14–17* 'schlechtest, unerklärlich stilisiert und pervers' (so S. 35 f. und in Anm. 40).

²⁹ Über das *se defendere* und die Verweigerung der Einlassung s. die Zusammenstellung oben S. 30.

vorgezeichnet und jedenfalls mit Hilfe der Analogie, welche die besser bekannte *Actio iudicati* bietet, befriedigend aufzuhellen. Wie im Prozesse das richterliche Urteil nicht immer das letzte Wort ist und bleibt, so kann auch der Partner des *Konfessus* nicht mit unbedingter Sicherheit auf die Feststellung der Geldschuld und auf Befriedigung oder Zwangsvollstreckung wider den Gegner rechnen.

Das Urteil wie die *Konfessio* müssen verständigerweise einer Nachprüfung unterliegen, und diese ist – wenn nötig – im Wege des ordentlichen Prozesses zu beschaffen. Zuweilen sind die genannten Rechtsakte mit Mängeln behaftet, die Nichtigkeit zur Folge haben; so beispielsweise wenn die beteiligten Parteien der erforderlichen Rechts- oder Handlungsfähigkeit entbehren; ebenso wenn ein Formalerfordernis der *Konfessio* außer acht geblieben ist. Oder: *Konfessio* und *Konfessio* sind gültig zustande gekommen, und Rechte sind aus ihnen hervorgegangen. Der Sieger aber und der Partner des *Konfessus* – vielleicht gar ihre Erben – machen jene Ansprüche erst zu einer Zeit geltend, als sie – wie behauptet wird – bereits durch Erfüllung oder andere Tatsachen vernichtet sind. In diesem wie in jenem Falle kann leicht zur Erledigung der streitig gewordenen Frage ein Prozeß ganz unentbehrlich sein.³⁰

Weist das *se iudicio defendere* ohne Zweifel hin auf Formelannahme, mit anderen Worten auf Begründung (*Kontestation*) eines *Judiziums*, d. h. eines Prozesses, so schließt sich sofort die Frage an, welcher Art die Formel war und wie sie etwa hieß? Doch damit nicht genug. G. Demelius³¹ hat die seltsame Wahrnehmung gemacht, daß es doch ein paar Gelehrte gibt (*Donell*, *Platner*, *Degenkolb*), die an eine ‘*actio confessi*’ glauben, mögen sie auch ihre Überzeugung nur sehr nebenbei laut werden lassen. Wunderlich aber ist ihre These nur dann, wenn die *Kon-*

³⁰ Die dem Praktiker gewährte Einsicht ins Rechtsleben war für W. Püschel, *Confessus pro iud.* 81 ff. wohl der Wegweiser zum richtigen Verständnis des *iudicio se defendere* in den Kap. XXI, XXII der *Rubrica*. Daß L. Wenger, dessen Erstlingsschrift die *Actio iudicati* behandelt, ihm grundsätzlich beistimmen würde (*R. Zivilprozeß* S. 218 f., 23; dazu besonders S. 220), war vorauszusehen. In der Hauptsache irrig selbst noch 1901 Th. Kipp in *Pauly-Wissowa*, R. E. IV, 865; vgl. ferner oben S. 11 Anm. 10.

³¹ *Confessio* 216 u. A. 2.

fessio in Jure nichts Anderes ist als geäußerter Verzicht auf 'prozessualen Widerstand'.

In der vorliegenden Abhandlung ist schon oben S. 35 f. 39 der Versuch gemacht, eine von G. Demelius wesentlich abweichende Meinung zur Geltung zu bringen.³²

M. E. hat das römische Anerkenntnis in der Regel positiven Inhalt, es bejaht das Dasein eines Rechtsverhältnisses oder einer einzelnen Tatsache³³ von rechtlicher Bedeutung.

³² Ich wiederhole: *confiteri* ist ein 'Mitreten' der angesprochenen Partei. Wenger, Zivilprozeß 107, äußert sich in gleichem Sinne.

³³ Im c. XXI bejaht der Confessus das in Frage stehende Rechtsverhältnis im ganzen: eine bestimmte Geldschuld, wie sie der Ansprecher behauptet. Von diesem und dem analogen Fall der *Confessio certae rei* (s. Gradenwitz, Dekomp. 48) mag die Entwicklung ausgegangen sein. Allein schon die Zeit der Rubria kennt daneben im c. XXII einen wesentlich anderen Typus, von dem kunterbunt ein paar Beispiele angeführt sind. Gegenstand des Anerkenntnisses können auch einzelne Stücke eines juristischen Tatbestandes sein. Die von Delikten handelnde Zeile (32 in f. u. 33) ist mehrdeutig (s. Biondi, *Actiones noxales* 211 f.). Will das *obligatumve esse* die rechtliche Wirkung des *fecisse* anzeigen, so waren wohl zwei Arten der *Confessio* zulässig: das Geständnis der Deliktshandlung und das Anerkenntnis der daraus entstandenen Schuld. Ferner lautet Z. 32 so: *eiusve eam rem esse aut se eam habere*. Mit Recht betont Demelius, Conf. 149, das *aut* dieses Textes, wodurch die Deutung 'auf den Besitz der vindizierten Sache' unmöglich gemacht sei. Nicht von einem, sondern von zwei getrennten Geständnissen ist die Rede, freilich von solchen, die man auf benachbarte Aussagen beziehen möchte. Demelius versteht die voranstehenden Worte von 'in rem actiones'; und das ist m. W. auch die ziemlich allgemein geteilte Ansicht; s. von Neuren z. B. Gradenwitz, Dek. 21. 23, Püschel 143, selbst (trotz 134, 1) Giffard, Conf. 133 ff. und Betti, *Atti Venezia* 74, II p. 1467. Allein diese Lehre ist gewiß unrichtig, mit der Rubria ganz unvereinbar. Denn beide Kapitel handeln immer wieder vom Defensionszwang und vom *se defendere*, während doch für die *in rem* Aktionen Einlassungsfreiheit gilt und daher nur vom *defendere rem* gesprochen werden kann. Hinzu kommt noch der Mangel eines Zeugnisses aus frühklassischer Zeit für den Gebrauch einer *Confessio in Jure*, die den Eigentumsprozeß ausschließen würde. Die Überlieferung jener Zeit kennt neben der *Confessio debiti* nur die *in Jure Zessio* (s. oben S. 33 Anm. 10). Die zutreffende Deutung aber von Z. 32 ist nahegelegt durch die auf Gai. 4, 51 gestützte, auf den Hauptfall der A. ad exhibendum (d. i. die Vorbereitung des Eigentumsstreites) berechnete Prozeßformel, wie sie die drei älteren Ausgaben von Lenels *Edictum* (§ 90) aufweisen. Einer neueren, in der Aufl. von 1927 vorgeschlagenen Formelfassung vermag ich nicht zuzustimmen. Sie ist bekämpft in einer Miscelle der SavZ. R. A. 48 (1928), 561–63. Wie Z. 32

Nun handeln die hier erläuterten Gesetzkapitel bloß vom Schuldanerkenntnis. Nach den Vorschriften der *Rubria* erwirbt also der Partner des *Konfessus* ein Forderungsrecht, das sich häufig einem schon früher begründeten hinzugesellen wird. Wo aber ein Recht entstanden ist, muß zur Durchsetzung auch

der *Rubria* und wie der zweite Absatz der *Aquiliana stipulatio* (*quodve tu meum habes tenes possides*), so stellt auch jene ediktales Musterformel getrennt zwei vom Kläger behauptete Voraussetzungen der Exhibitionspflicht auf: das Eigentum der Sache beim Ansprecher, das Haben der Sache (wofür wohl Julians Formel nur noch '*possidere*' gebraucht) beim Gegner. Im Bestreitungsfall war das erstere, ohne strengen Beweis, dem Prätor glaubhaft zu machen (dazu SavZ. R. A. 42, 436, 1 und gegen H. Krüger, SavZ. R. A. 45, 63–66 Lenel, Edictum⁸ 222, 2, ferner zu S. 64, 3 Jörs in Pauly-Wissowa, R. E. V, 536 f., Heumann-Seckel⁹ s. v. *Iudex* S. 292 f.), während der Besitz (oder *dolus*) des Verklagten vor dem *Iudex* zu erweisen war. Die Schwierigkeit, das eine und das andere darzutun, fiel weg, wenn seitens beider Parteien Geständnisse erfolgt waren. Allein solchenfalls wird der Prozeß zumeist ganz unterblieben sein. Daher hebt das Gesetz nur hervor, was im Leben weit häufiger vorkam: *Konfessio* bloß über einen Punkt (*aut!*). Wie dann der Zusatz gefaßt war, den die Formel erhielt, das wissen wir nicht. Sehr unwahrscheinlich ist es, daß für den beschränkten Zweck der Exhibitionspflicht die Eigentumsfrage in der Form der gerichtlichen *Zession* erledigt werden mußte. Der erwähnte Zusatz zur Prozeßformel wäre denkbar in der Gestalt einer *Praescriptio*. – Das im Vorstehenden nur Angedeutete ist zum Teil näher ausgeführt in der SavZ. R. A. 42 (1921), 420 ff. 432 ff. – Um keine auffallende Lücke entstehen zu lassen, noch ein Wort über Z. 33: . . . *obligatumve se eius rei noxiaeve esse* . . . In Sachen der Noxalhaftung des Gewalthabers gehen B. Biondi (*Actiones noxales* 1925; Bull. IDR. XXXVI, 99 ff.) und O. Lenel (Edictum⁸ § 58; SavZ. R. A. 47, 1 ff.) völlig auseinander. Der Mittelweg, den ich Prozeßformel 1, 120 f., 43 vorschlage, scheint keinen Anklang gefunden zu haben. Auf die große Verworrenheit der einschlägigen Quellen – wohl hauptsächlich verursacht durch byzantinische Itp. – ist noch kein klärendes Licht gefallen. Für Lenel ist das *obligatum se . . . noxiae esse* durchaus in Ordnung. Biondi (*Act. nox. p.* 210–212; dazu p. 8 ff. 10, 7) will das Unbehagen, das ihm die eben angeführten Worte bereiten, verscheuchen durch Hinweis auf den Gebrauch von *noxia* nel linguaggio più antico = delictum. Für meine Auffassung endlich (a. a. O.) ist das aus einer *Konf. in Jure* stammende *obligatum se . . . noxiae esse* samt den (Z. 34–36) daran geknüpften Folgen des *satis utei oportebit facere* und des *se iudicio u. o. defendere* keineswegs befremdlich, gleichviel, ob schon vor der *Konf.* die Schuld vorhanden war oder gar nicht bestand. Hingegen ist es allerdings unsinnig, wenn die *Rubria* die oben genannten Wirkungen auch hervorgehen läßt aus der *Konf.*: *eius eam rem esse aut se eam habere*. Hier ist mit Gradenwitz, Dek. 22 f., (schlimme) Auflagerung anzunehmen.

ein Prozeßmittel gegeben sein. Wie die Formel gefaßt war, dafür ist kein Beispiel überliefert.³⁴ Das als Muster bestimmte Schema kann wohl nicht dasselbe gewesen sein im Fall der *Konfessio*, die sich auf das Rechtsverhältnis im ganzen bezieht, und im Fall des Anerkenntnisses, das nur einzelne Stücke des Tatbestandes vom Streite ausnimmt.

Übrigens ist selbst der gewöhnlich gebrauchte Name der mehr oder minder auf *Konfessio* gestützten Formeln nicht sicher nachweisbar. Paul. l. 15 ad Plaut. 1218 D. 42, 2, 4 sagt von einem *lege Aquilia* Verklagten und (in Jure) Geständigen: *ex confesso tenetur*, während Ulp. l. 18 ad ed. 618 D. 9, 2, 23, 11 und fr. 25, 1, nach Julian, für dasselbe Prozeßmittel und ein ihm nachgebildetes den Ausdruck *confessoria actio* verwendet. Die letztere Stelle dürfte interpoliert sein; – fraglich nur, wie weit das Unrechte reicht – und recht unwahrscheinlich ist es, den Ausdruck

³⁴ O. Lenel stellt – wenn ich nichts übersehe – in seinem *Edictum*³ nur einmal: im § 77 (ad *legem Aquiliam*, die *adversus infitiantem* *Actio in duplum* gewährt) Vermutungen auf über die Fassung der Prozeßformel, die brauchbar ist gegen einen Verklagten, der in Jure geständig ist, den in Frage kommenden Sklaven *iniuria* getötet zu haben. Über die zur selben Klasse (Gai. 4, 9) gehörige *A. certa ex testamento* (§ 170) erklärt Lenel, betreffs der Formelfassung selbst auf Vermutungen verzichten zu wollen. Beide Fälle sind von besonderer Art wegen der Gefahr der Steigerung in *duplum*. Wo aber sollen wir im prätorischen Edikt Prozeßformeln für die Regelfälle suchen, und zwar für solche, wo die *Konfessio* das Rechtsverhältnis im ganzen befaßt? Ich kenne unter Lenels Ediktstiteln nur zwei, die geeignet wären, eine Ergänzung durch Formeln *ex confesso* aufzunehmen: t. XXXVI^a de *confessis et indefensis*, der sich an XXXVI de *re iudicata* anschließt, und t. XLII de *sententia in duplum revocanda*; allenfalls noch die Klausel (§ 202): *qui iudicatus prove iudicato erit . . .* (dazu die Belege S. 410, 5). Lenel hat – mit großer Zuversicht – den Formeln der *Actio iudicati* ihren Platz im Tit. XLII (S. 443) angewiesen. Darnach liegt es nahe, die Aufstellung des Formulars (vielleicht mehrerer) der *Actio ex confesso*, wenn nicht im selben Titel, so in der nächsten Nachbarschaft zu vermuten. Allein Lenel sagt darüber gar nichts. Und weshalb? Weil er – sehr wahrscheinlich – das Dasein der bezeichneten *A. ex confesso* ableugnet. Als er sein unvergleichliches *Ediktswerk* zum erstenmal (1883) veröffentlichte, war die 'Confessio' von G. Demelius nur etwas über zwei Jahre alt. Der Widerstand gegen dieses Buch ist sehr viel später erwacht. Demelius aber – unter anderem gestützt auf Paul. sent. 2, 1, 5 – im *Edictum*³ S. 236, 6 angeführt – verwirft (S. 216) aufs entschiedenste die Annahme einer *A. ex confesso*.

'*confessoria*' da, wo er eine *Aktio legis Aquiliae* kennzeichnet, auf die Kompilatoren zurückzuführen.³⁵

Wenn der nach c. XXI. XXII – unter Umständen – der *Konfessio in Jure* folgende Privatprozeß häufig der Aufmerksamkeit der Ausleger entging, so erklärt sich das Mißverständnis zu einem Teil aus dem Unvermögen, das *se iudicio defendere* zu erfassen,³⁶ zum anderen aus der irreführenden Paulussentenz 2, 1, 5:

Si qui de debito quocumque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur.

Welche von den mehreren Deutungen, die auf den ersten Blick möglich scheinen, mag wohl das Richtige treffen? Paul Krüger hat schon 1878 als Herausgeber der Sentenzen (S. 42 f.) die Unverlässigkeit der – zumeist von den Westgothen überlieferten – Rubriken und unter den Belegen dafür auch 2, 1, 5 hervorgehoben.

Die Sentenz 5 – sagt er³⁷ – müsse von den vorhergehenden (1–4) getrennt werden. Denn sie falle ganz heraus aus dem, was die Überschrift anzeigt. Sie ist also fehl am Ort. Wo aber sollen wir sie nun einordnen?

Einen Schritt vorwärts wagt Fritz Schulz.³⁸ Paul. 2, 1, 5 könnte seiner Meinung nach 'auch zu der folgenden Rubrik (des Ediktes wie der Sentenzen) über das Konstitut gehören'. Dafür beruft er sich – m. E. treffend – auf die *Paling. Ulp.* nr. 794. 795. Schon Lenel³⁹ hat erkannt, wodurch diese zwei Fragmente (D. 42, 1, 56, D. 42, 2, 5)⁴⁰ den Platz gewinnen

³⁵ Wegen der *Itp.* s. den Index I u. Suppl. I. Sehr ausführlich handelt über die dingliche '*confessoria*' der Byzantiner und nebenbei über den Namen der hier in Rede stehenden *Aktio G. Segrè* in *Mélanges Girard* II, 511 ff.

³⁶ Siehe oben S. 12 Anm. 14.

³⁷ Wie ich aus Cujaz ersehe, hat bereits Janus a Costa diese Trennung verlangt.

³⁸ *SavZ. R. A.* 47 (1927), 45, 3.

³⁹ Siehe oben S. 42 f. Anm. 25.

⁴⁰ Der Text von fr. 56 cit. ist – soweit er dem Klassiker gehört – oben S. 42 abgedruckt. D. 42, 2, 5 = Lenel *Ulp.* 795 lautet so: *qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.* Genau das, was *Ulp.* deutlich sagt, wird man gelten lassen müssen; vgl. F. Schulz, *SavZ. R. A.* 32 (1911), 83, 3; Püschel a. a. O. 229 ff. M. Kaser, *Restituere als Prozeßgegenstand* (1932) 53 f., fürchte ich nicht recht zu verstehen. Was Kaser – wie es scheint – als Auffassung Lenels

konnten in einem Kapitel des Buches 27 von Ulpian's Ediktskommentar, wo ausführlich die *A. de pecunia constituta* erörtert ist. Dorthin sind sie nicht etwa geraten durch Ähnlichkeit der Grundsätze, die an diesem und jenem Ort ihre Geltung bewähren, sondern vielmehr durch die Gegensätzlichkeit in einem wichtigen Punkte. Richterliches Urteil, Anerkenntnis in Jure und Schiedseid wirken feststellend, und die 'festgestellte' Obligation ist ganz unabhängig von den Grundverhältnissen,⁴¹ die durch jene drei Rechtstatsachen neu geregelt werden. Durchaus anders geartet ist aber die aus dem Konstitutum debiti hervorgehende Obligation. Ihre Unselbständigkeit ist klar bezeugt durch die Prozeßformel: *S. p. N^m N^m . . . constituisse . . . eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse.*

In dem hier Gesagten dürfte alles zusammengetragen sein, was geeignet ist, Paul I. c. ins rechte Licht zu rücken. Mit den Worten *ex ea re actio creditori non datur* ist weder angespielt auf die Formel zur Verfolgung des alten *debitum*, noch ist durch sie die Aktio, die aus der unbestrittenen *Konfessio* (*confessus docetur*) entspringt, genügend bezeichnet. Nur eines ist von dieser neuen Aktio (*confessoria*) ausgesagt: der *creditor*, dem die *Konfessio* zugute kommt, braucht sich nicht auf die *ea res*, d. h. auf das alte Schuldverhältnis, zu berufen, was er bekanntermaßen tun müßte, wenn das in Frage stehende Prozeßmittel nach dem Vorbild der *A. de pecunia constituta* eingerichtet wäre.⁴²

Nun möchte man allerdings fragen: weshalb ist die durch eine *Konfessio* und allein durch sie begründete Aktio nicht neben der Exekution deutlich genannt? Ich antworte: weil bei Geldschulden jene Aktio als Mittel zur Entfaltung eines Rechtsstreits im Leben gewiß nur sehr selten vorkam. An Geldschulden aber dürfen wir denken, wenn unser § 5 statt in den ersten, vom Schieds-

abwehrt, hat dieser (Pal. I. c.) nicht behauptet. — Die Streitbefestigung, von der Ulp. spricht, kann nur die eines Ästimationsprozesses *ex confesso* sein. So auch Kaser.

⁴¹ Durch das richterliche Urteil — nur durch dieses — wird das Grundverhältnis auch vernichtet oder doch *per exceptionem* unwirksam gemacht; s. Gai. 3, 180 f.

⁴² Nicht zu vergessen: Nach meiner Meinung und vermutlich auch nach P. Krüger u. F. Schulz gehört die in II, 1 den Schluß machende Sentenz vielmehr in den zweiten Titel, der überschrieben ist: *de pecunia constituta.*

eid handelnden, in den zweiten Titel 'de pecunia constituta' gehört.

In den gedachten Fällen wird der Ansprecher dem Geständigen gegenüber in aller Regel leichtes Spiel haben und den Säumigen daher sofort mit Zwangsvollstreckung bedrohen, die ja unmittelbar aus der *Konfessio* entspringt und rasch zum Ziele führt. Andererseits der *Konfessus* durfte, wenn er Einsicht und Vorsicht hatte, den Beamten nur dann für die Ablehnung der erbetenen Exekution und für Zulassung der, der *Sponsio t. p.* wegen, gefährlichen *Actio ex confesso* zu gewinnen suchen, wenn er überzeugt war, durch seine triftigen und gut beweisbaren Einwendungen die Forderung des Gläubigers entkräften zu können.

Diese und ähnliche Erwägungen rechtfertigen es, wenn der Verf. der Paulus-Sentenz die Vollstreckbarkeit der in *Jure* anerkannten Schuld nicht bloß in den Vordergrund rückt, sondern sie auch zur Vertretung der nicht genügend gekennzeichneten *Actio ex confesso* benutzt. Verkehrt aber ist es, aus der Nennung der ersteren einen Schluß zu ziehen auf das Nichtdasein der letzteren.⁴³ Der Irrtum hätte nicht entstehen können, wenn nicht Paul I. c. aus dem Zusammenhang gerissen und überdies am unpassenden Orte eingeordnet wäre.⁴⁴

Vielleicht ist es nicht unnötig, auch noch die oben vorgeschlagene Deutung von '*ex ea re actio non datur*' besonders zu begründen. Nach Püschel⁴⁵ wären jene Worte auf den Ausschluß der Klage aus der ursprünglichen *causa*, d. h. aus dem alten *debitum* zu beziehen. Zunächst ist nicht leicht einzusehen, weshalb der römische Prätor dem Gläubiger die begehrte *Actio* aus dem alten *debitum* versagt haben sollte, wenn doch die *Konfessio* ohne novierende Kraft war. Sodann aber würden wir uns durch die Billigung von Püschels Ansicht in Widerspruch setzen

⁴³ Die unrichtige Ablegnung des Daseins einer *Actio ex confesso* begegnet auch bei Cuiacius ad Paul. sent. I. c. (Opp. I). Doch macht dieser sofort aufmerksam auf die *Actio confessoria ex lege Aquilia*.

⁴⁴ Vergleichbar mit Paul. sent. 2, 1, 5 scheint Antonin C. I. 7, 59, 1 (a. 211) zu sein. Allein der Schluß des Justinianischen Textes: *cum et solvere cogeris* ist ein echter Zusatz. Denn in der Urfassung *ex corpore Gregoriani* in der Appendix II leg. Rom. Wisigoth. (ed. P. Krüger, Coll. III) II, 7 fehlen jene Worte.

⁴⁵ A. a. O. 107-110.

mit der oben (S. 41 f.) angeführten Entscheidung, die, den analogen Fall des Schiedseids behandelnd, als ein Gutachten Papinians in erhöhtem Maße Beachtung erheischt.

Wie sich gezeigt hat, steht die sog. Paulus-Sentenz keineswegs der Annahme eines Prozesses entgegen, der nach dem Muster des Verfahrens mit der *Aktio iudicati* die Frage der Rechtsgeltung einer *Konfessio in Jure* prüft und entscheidet. Daß die Kap. XXI. XXII dem *Konfessus*, der seinen Partner nicht befriedigt, un-leugbar ein *iudicium* der bezeichneten Art zumuten, brauche ich nicht nochmals darzutun. Einzelne wichtigeren Fragen aber, die sich auf jenes Verfahren beziehen, sollen hier noch kurz erörtert werden.

Die heutige Wissenschaft⁴⁶ spricht dem gemeinen Römerrecht zwei Bestreitungsmitel zu gegen das Richterurteil in Privatsachen, wobei sie noch absieht von der kaiserrechtlichen Appellation. Üblich ist es, den zu engen Ausdruck 'Nichtigkeitsbeschwerde' zu gebrauchen und der 'defensiven' eine 'offensive' Beschwerde gegenüberzustellen. Die erstere ist kein selbständiges Prozeßmittel, sondern nichts Anderes als eine besondere Art der Verteidigung gegen den mit der *Aktio iudicati* bewirkten Angriff. Der Verklagte wehrt sich hier gegen den Ansprecher mit der Behauptung: dessen Forderung sei nie gültig entstanden oder habe später ihre Wirksamkeit eingebüßt. Die zweite Beschwerde: das *in duplum revocare*⁴⁷ im e. S. ist ein Angriff des besiegten Verklagten gegen das Urteil, wodurch dessen Nichtigkeit in einem neuen Prozesse festgestellt werden soll.

In den Bereich dieser Abhandlung fällt bloß die defensive Beschwerde, von der aus Anlaß des *se iudicio (non) defendere* schon wiederholt die Rede war. Die offensive ist hier nicht genauer zu untersuchen, weil sie auf die *Konfessio* keine Anwen-

⁴⁶ Es genügt hier zu nennen: Keller, Civilprozeß⁸ § 83 A. 983; Lenel, Edictum³ 445 f.; Wenger, Zivilprozeß 201 f., 218 f. A. 23.

⁴⁷ Nach Lenel, Edictum³ 445 wäre dieser Ausdruck auch passend für die defensive Beschwerde, obwohl er dafür in den alten Quellen nicht nachweisbar ist. Hingegen sind wiederum über die Gestaltung des *revocare in dupl.* nur Vermutungen möglich; eine wahrscheinliche bei Lenel 446. Belegt ist das offensive Rechtsmittel durch Cic. pro Flacco 21, 49; Alexander (*ex corpore Gregoriani*) App. II ad l. Rom. Wisig. II, 6 (Coll. III); Paul. sent. V, 5a, 7a [6a]; V, 5a, 8.

dung findet nach einer Paulus-Sentenz (V, 5 a, 5 <7>), die so lautet:

Confessionem suam reus in duplum revocare non potest.

Unbesehen dürfen wir freilich diesen Text nicht hinnehmen, obwohl er nicht von den Westgothen überliefert ist, sondern aus einer der Appendices (II, 10) des Breviars stammt, die einige Handschriften jenes Gesetzes aufweisen.⁴⁸ Den Platz, den die Sentenz (*ex corpore Pauli sent.*) heute im Titel (5 a): *de effectu sententiarum* einnimmt, dürfte sie erst von Cujaz erhalten haben. Bestreitbar aber ist V, 5 a, 5 deswegen, weil die Paulustexte wahrscheinlich schon in der Zeit vor dem Breviar, sei es vom Urheber des Kompendiums, sei es von Späteren umgearbeitet und modernisiert sind.⁴⁹ Das Verhältnis der Sentenzen zum klassischen Prozeßrecht läßt sich erschließen aus § 1 von V, 5 a, wo in prägnanter Kürze die neue Gerichtsverfassung dargelegt ist, die keinen Raum mehr hat für den alten *iudex privatus*. Indes hängt die *Konfessio in Jure* mit der Ordnung des Streitprozesses nur sehr lose zusammen. Genauer: nur durch die hier wie dort unentbehrliche Vorbereitung mittels Aktionenedition. Als die Prozeßformel vom Ende des dritten Jahrhunderts ab mehr und mehr in Verfall geriet, war eine Umbildung jener Edition unerläßlich. Was wir von ihr aus der Zeit zwischen Diokletian und Justinian wissen, das ist in meiner 'Anklage' von 1917 S. 176–178 in A. 90 zusammengestellt.

Auch der für den Akt der *Konfessio* selbst vorgeschriebene Formalismus, wie ihn die *Rubria* schildert,⁵⁰ war für den Verf. der Sentenzensammlung gewiß nicht mehr bindendes Recht. Schon Ulpian stellt im Tribunalienwerk⁵¹ (l. 5 D. 42, 2, 6,

⁴⁸ Vgl. P. Krüger, *Collectio libr. iur. Anteustiniani III* (1890), 249–252. 261.

⁴⁹ Siehe Seckel-Kübler, *Iurispr. Anteust.* II, 1 (1911) p. 3, Kantorowicz, *SavZ. R. A.* 33 (1912), 460 f. Die Entstehungszeit des Kompendiums ist mit großer Wahrscheinlichkeit bestimmt (um 300 n. Chr.) von E. Levy, *SavZ. R. A.* 50, 293, dazu A. 2.

⁵⁰ Siehe oben S. 33–36.

⁵¹ Über den Namen des Werkes Wlassak, *Z. röm. Provinzialprozeß* 68–73, über den Inhalt des 4. Buches (es handelt von der Gerichtsbarkeit der ital. *Juridici*) glaube ich das Richtige nahezu erwiesen zu haben. Auch das

3),⁵² das freilich nirgends vom Gericht des Stadtprätors handelt, die überraschende Frage:⁵³

*Si quis absente adversario confessus sit, numquid non debeat pro iudicato haberi,*⁵⁴

5. Buch gehörte – wie ich vermute, ohne es beweisen zu können – jenen Juridici. Vgl. Wenger, *Zivilprozeß* 53 f. A. 57.

⁵² Ulp. l. 5 trib. 2277 D. 42, 2, 6 ist großenteils itp., insbesondere § 1 u. 2. Doch kann ich die schöne Lösung, die unsere Radikalkritiker vorschlagen, indem sie im § 2 alles zwischen *esset* und *dabitur* athetieren, nicht gutheißen. Hätte einer der Byzantiner für das Getilgte einen neuen Text liefern sollen, so wäre das Unstimmige, Holperige, Unordentliche des § 2 ganz unerklärlich. Ohne Zweifel handelte es sich um eine Flickarbeit, wobei man einzelne Brocken schonen wollte. – Auch '*subsequi voluntatem*' gilt jenen Kritikern für unecht. Allerdings ist *subsequi* = 'stattfinden' byzantinisch (Seckel, E. Levy). Hingegen erregt das Wort keinen Verdacht, wo es im Sinne von 'sich nach etwas richten' gebraucht ist. Diese letztere Bedeutung belegt z. B. Georges aus Cicero. – Zu fr. 6 cit. § 1 vgl. P. Krüger im *CIC*¹³ (1920) ad h. l.

⁵³ Zu Ulp. l. c. § 3 vgl. Giffard, *N. revue* 29, 457 f. – Meine Darstellung weicht, soweit sie über die Erläuterung der Rubrischen Kapitel hinausgeht, in einem wichtigen Punkte von dem heutigen Schrifttum, namentlich von dem französischen, ab. Girard hat im letzten Titel seines Manuel ein sehr ansprechendes Bild der *procédure extraordinaire* entworfen. Allein die Aufgabe, die er übernahm, war befriedigend gar nicht zu erledigen. Denn die zahlreichen Gerichte, die seit Augustus bis in die byzantinische Zeit aufkamen und insgesamt bald mehr, bald minder vom sog. *Ordo* absahen, hatten weder ein einheitliches Verfahren, noch konnte dieses durch 5 Jahrhunderte dasselbe bleiben. Demnach war auch die Kluft, welche die zwei Verfahrensarten trennt, keineswegs überall und jederzeit von gleicher Tiefe. L. Wengers glänzendste Leistung ist seine Darstellung der amtlichen Kognition. Unbeirrt durch übertriebene Abstraktionen, unterstützt von den ägyptischen Papyren war er in der Lage, den großen, bestimmenden Ereignissen wie dem Wandel des Zeitgeistes besser Rechnung zu tragen und so die Wirklichkeit einer wenig durchforschten Epoche in helleres Licht zu setzen. – Betreffs der nachklassischen *Konfessio* vgl. seinen *Zivilprozeß* 274 f.

⁵⁴ Der Spruch: *conf. pro iud.* will hier gewiß nicht die Vollstreckbarkeit in Erinnerung bringen, sondern (ebenso wie Ulp. D. 42, 1, 56; oben S. 42 f.) die bindende, Widerruf ausschließende Kraft. Nicht anders dürfen wir auch urteilen über die in D. 42, 2, 6, 2 im Zusammenhang mit einer *oratio d. Marci* angeführte Gleichstellung des Anerkenntnisses fremden Eigentums mit einer richterlichen *pronuntiatio*. Daß aber K. Marcus in Sachen der *Konfessio in Jure* Erhebliches geschaffen hat, bezeugen zwei Aussprüche, die beide unklassisch und trotzdem glaubwürdig sind: fr. 56 cit. in f. und fr. 6, 2 cit. Vgl. dazu oben S. 33 f. A. 10 u. S. 42 f. A. 25. – Wie nötig es in der Zeit der Spätclassiker war, die Unverbrüchlichkeit des in *Jure confessum* einzuschärfen, das zeigt ein

und die etwa 100 Jahre jüngeren Sentenzen lassen in V, 5 a, 3⁵⁵ das Formerfordernis glattweg fallen. Demnach haben wir auch für den obigen, im § 5 <7> folgenden Satz keine ganz sichere Gewähr der Herkunft aus dem Rechte der Klassiker. Andererseits ist für eine Bestreitung der Textesechtheit bisher nicht der geringste Anhalt entdeckt, während die Fassung der Sentenz sicher gar keinem Einwand unterliegt.⁵⁶

Prüfen wir dann den § 5 nach seinem Inhalt, um ihn mit dem Richterurteil zu vergleichen, so darf uns die gegensätzliche Behandlung hier und dort nicht Wunder nehmen. Die Gültigkeit des Urteils kann in zweifacher Weise bestritten werden, die der *Konfessio* nur in der Abwehr vom Verklagten. Wodurch rechtfertigt sich die Unterscheidung?

Reskript des K. Antoninus v. J. 211 (C. I. 7, 59, 1): *Confessos in iure pro iudicatis haberi placet. quare sine causa desideras recedi a confessione tua [cum et solvere cogeris]*. Das Eingeklammerte ist interpoliert; s. oben S. 52 Anm. 44. Vielleicht war es der Wegfall der in der Rubria angeordneten Formen, was den Versuch erleichterte, das Zugestandene abzuleugnen oder zu widerrufen. – Das Sprichwort lautet allgemein. Hingegen ein Reskript Diokletians (C. I 6, 31, 4) an *Modestinus miles* lehrt: *ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet*. Diese letzteren Worte gelten nach dem Vorgang von A. Pernice, SavZ. R. A. 14, 164 f., 4 in f. interpoliert. So Lenel, Ed.³ 410, 5; Püschel a. a. O. 179. 181; Gradenwitz, SavZ. R. A. 44, 571. Aus welchem Grunde aber sollten die Justinianer, im Widerspruch zu anderen Zeugnissen, den beschränkenden Zusatz gemacht haben? Ich finde keinen. M. E. ist der störende Satz auf den schlecht unterrichteten *miles* zurückzuführen, dem ja zweifellos die abwegige Vergleichung des unwiderruflichen *repudiare successionem* mit dem Schuldanerkennnis und so wohl auch die *certa quantitas* zur Last fällt. Dieser nebensächliche, fälschlich eingefügte Umstand wurde dann aus Versehen in den abweisenden Bescheid mitaufgenommen. Wegen der Doppelbedeutung von 'quantitas' in den Rechtsquellen s. Püschel a. a. O. 151, 1.

⁵⁵ Dazu SavZ. R. A. 25, 170, 1 u. (zustimmend) Wenger, Zivilprozeß 108, 51. Die Sentenz spricht von einer verfügenden *Konfessio*, die jetzt formfrei sei, während sie ehemals (in klassischer Zeit) die *sua vox* des Bekennenden verlangte. Das eingeschaltete 'quocumque modo' steht der Annahme einer rechtsgeschäftlichen *Konfessio* nicht entgegen. Denn derselbe Ausdruck kehrt wieder in Paul. sent. II, 1, 5, wo die Wesensart des *confiteri* durchaus feststeht.

⁵⁶ Dessenungeachtet sei hier eine Verwahrung gestattet. Solange die seit Jahren ersohnte kritische Ausgabe aller Paulus-Sentenzen – nach dem Muster von F. Schulzens *Epitome Ulpiani* – noch fehlt, wird jeder, der ein nicht ganz geheures Stück anfaßt, Gefahr laufen, dilettantisch zu arbeiten.

Wie es scheint, braucht man im Texte der Sentenz bloß die *confessio sua* zu betonen, um die Antwort zu finden. Der Konfitierende setzt eine eigene Handlung, wenn auch unter Aufsicht des Magistrats; dagegen das Urteil wird von einem dritten gesprochen, mag der Richter immerhin – wie nach altem Prozeßrecht – ein von beiden Parteien angenommener (*captus, sumptus*) sein. Demzufolge ist die Bindung an die Confessio in Jure strenger als die ans Judikat; dem Geständigen also die Feststellung der Nichtigkeit seiner Erklärung im Wege des Angriffes versagt.⁵⁷

Auf der gleichen Erwägung dürfte eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Appellation beruhen, über die kurz und unbestimmt die Sentenz V, 35, 2 (aus dem Breviar) berichtet:

appellationes . . . quae a . . . confessis fiunt, recipi non placuit.

Es lohnt sich kaum, diesen Worten besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Appelliert (im eigentlichen Sinn) wird gegen End- und (trotz vieler Verbote) gegen Zwischenurteile. Hat es aber Berufungen gegeben wider Konfessionen, die ein Urteil ersetzen? An solche ist schwerlich gedacht. Der Titel 35 vereinigt Fragen des Straf- und des Zivilprozesses. Im ersteren kommen nur *confessi* vor, die verurteilt oder freigesprochen werden. Diese Verurteilten will wohl die Sentenz von der Appellation ausschließen.⁵⁸

Die Sentenz V, 5 a, 5 ist verneinenden Inhalts; aus ihren Worten aber folgt ein anderwärts – nicht bei der Confessio – von der Rechtsordnung anerkanntes, offensives *in duplum revocare*. Ein solches ist als Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten gegen das Judikat sicher bezeugt, und zwar schon für die Lebenszeit Ciceros. So wenig ein zwingender Schluß möglich ist, entspricht es doch der Wahrscheinlichkeit, daß jene in der Sentenz aus-

⁵⁷ Ein sehr erheblicher Folgesatz ist mit dieser These verknüpft: der Ausschluß des Confessus von der Anfechtung wegen Nichtigkeit, sobald er die Schuld ex confesso erfüllt hat. Wie verhält sich dazu Ulp. I. 58 ad ed. 1375 D. 42, 2, 2? Siehe weiter unten III Miszelle 2.

⁵⁸ Dieser Meinung scheint auch Cujaz in Pauli sent. V 34, 2 Opp. I zu sein. Anders aber Kipp in Pauly-Wissowa, R. E. II, 197, IV, 865; vgl. noch Wenger, Zivilprozeß 219, 23.

gesprochene Verneinung, sei es von Anfang her, sei es in der ausgehenden Republik, Geltung hatte, im Gegensatz zu der wider das Urteil zulässigen Vernichtungsklage.

Es liegt nahe, das eben Gesagte zusammenzuhalten mit den Texten der L. Rubria, die über die gerichtliche *Konfessio* handeln. Von den in Frage kommenden Kapiteln ist XXI, das ein geschlossenes Ganzes bildet,⁵⁹ viel besser geeignet, die erwartete Auskunft zu geben, als XXII, weil letzteres in den Z. 45 und 46 von der Tätigkeit redend, die der stadtrömische Gerichtsherr in gallischen Rechtssachen entfalten soll, Ausdrücke gebraucht, die sehr allgemein lauten und daher verschiedenartige Deutung zulassen. Dagegen macht das Kap. XXI durchaus den Eindruck, für verlangte *pecunia certa credita*, die gerichtlich zugestanden ist, eine lückenlose Ordnung vorzutragen. Und diese Anordnung schließt ganz deutlich ein offensives *in duplum revocare* des Geständigen aus, da sie nirgends auch nur ein Wort fallen läßt über ein Handeln des Konfessus als Kläger. Nach dem Gesetzestext ist der Partner des Ansprechers anfänglich einer, *a quo pecunia petetur*, später infolge des Anerkenntnisses einer, *der dare oportere debere se confessus est*; sonst aber wird nichts von ihm ausgesagt.

Die Vergleichung von Paul. V, 5 a, 5 und der Rubria XXI hat also für ein erhebliches Gebiet des Konfessionsrechtes Übereinstimmung zutage gefördert. Man darf wohl sagen: die zwei Zeugnisse bestätigen und ergänzen einander gegenseitig. Was die weit jüngere Sentenz bekundet, darf angesichts der Rubria nicht für spätes Recht genommen werden. Vielmehr war vermutlich die Umkehrung des in der Sentenz Behaupteten in Rom niemals geltendes Recht.

Abschwächen ließe sich freilich die Beweiskraft der Rubrischen Niedergerichtsordnung durch den Einwand: diese sei eine Quelle bloß partikularen Rechtes, und die offensive Nichtigkeitsbeschwerde sei ihr ferngehalten worden, um die Duovirn nicht mit verwickelten Verfahrensarten zu belasten, denen sie kaum gewachsen waren. Indes scheint mir diese Erwägung nicht genug Gewicht zu haben gegenüber der feststehenden Tatsache, daß

⁵⁹ Dabei ist von dem Schlußsatz des Kapitels abgesehen, von dem unten noch die Rede sein soll.

die wider die *Konfessio* gerichtete offensive Beschwerde nirgends⁶⁰ bezeugt ist, weder für das partikulare noch für das gemeine Römerrecht.

In einem Punkte decken sich die zwei verglichenen Quellen völlig: beide reden bloß von konfitierenden Schuldner.⁶¹ In anderer Richtung aber lautet die Paulus-Sentenz allgemeiner als c. XXI. Das letztere ist beschränkt auf Konfessionen von *pecunia certa cred.* und stellt demnach auch nur in dieser Begrenzung die Unzulässigkeit eines offensiven *in duplum revocare* fest. Aus dem nachfolgenden Kap. XXII, das Anerkenntnisse regelt, die *quid praeter pecuniam cert. cred.* betreffen, läßt sich – wie oben gezeigt ist – der Ausschluß der Nichtigkeitsklage nicht mit gleicher Sicherheit erweisen. Dessenungeachtet wird wohl die Entscheidung für richtig gelten dürfen, welche der Paulus-Sentenz entspricht und ihr also volle Glaubwürdigkeit zuerkennt.

Den Inhalt der voranstehenden Zeilen wird ein Leser vielleicht mit dem herabsetzenden Worte: *Quisquilien!* abtun wollen. Dem möchte ich widersprechen. Wenn das im Obigen Ausgeführte zutrifft, gewinnt ein in den zwei Kapiteln der *Rubrica* oft wiederkehrender Satz erhöhte Bedeutung.

Über die Unhaltbarkeit einer Ordnung, die es versuchen wollte, den Streitprozeß schlechthin mit einem Urteil abzuschließen, ist schon früher (S. 23. 43. 46) einiges gesagt. Ehe unter dem Prinzipat die Appellation – im Amtsprozesse – aufkam, mußte lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde Abhilfe schaffen. Nun möchte man erwarten, angesichts der – in der Hauptsache – gleichen Wirkungen, die aus dem Urteil und aus der *Konfessio in Jure* hervorgehen, die nämliche Ordnung zur Bekämpfung der

⁶⁰ Die Ablehnung der Nichtigkeitsklage gegen die *Konfessio* – obwohl längst anerkannt – dürfte erst in Worte gekleidet sein, als der Spruch *confessus pro iudicato est* aufgekommen war und sodann unerwünschte Folgerungen aus jener Gleichstellung durch einschränkende Grenzlinien abgewehrt werden sollten.

⁶¹ Auch der die Gleichstellung von *Konfessio* und *Judikat* anordnende Spruch wird in *Paul. sent. V, 5a, 2* bloß auf *debitores* bezogen. Das Anerkenntnis dinglicher Rechte ist im Titel 5a niemals erwähnt. Hier und anderwärts zeigt sich, daß *confessio* u. *conf. debiti* ursprünglich zusammenfielen. Auch nach *K. Marcus* ist dieser Sprachgebrauch nicht erloschen.

Nichtigkeit bei der letzteren wie beim Judikat zu finden. Allein die Prüfung der Quellen ergibt allem Anschein nach eine wichtige Abweichung.⁶² Zum (offensiven) *in duplum revocare* ist der *Konfessus* grundsätzlich nicht zugelassen. Freigestellt ist ihm bloß die Abwehr der *Aktio ex confesso* des Ansprechers unter Hinweis auf die Nichtigkeit des unter den Parteien in *Jure* vollzogenen Aktes der *Konfessio*.

Um die Natur des eben genannten Prozeßmittels (c. XXI Z. 5–7) festzustellen und Mißverständnisse zu verhüten, die betreffs der im selben Kapitel (Z. 9–14) angeordneten *Damnationsfiktion* entstehen könnten, wird es nötig sein, hier eine kurze Erläuterung der angerufenen Gesetzesnormen einzuschalten. Voranzuschicken ist aber eine weitergreifende Bemerkung, die zusammen das XXI. und das XXII. Kap. in Betracht zieht.

Von unseren Gelehrten werden die in den zwei erhaltenen Abschnitten der *Rubria* aufgezeichneten Vorschriften gewöhnlich umgesetzt in Darlegungen, die 1. handeln von der *Konfessio in Jure*, von ihren Erfordernissen und von den Verbindlichkeiten, die mit ihr verknüpft sind, und 2. von der *Zwangspflicht*, die jeden trifft, der in *Jure* von seinem Gegner aufgefordert wird, mittels einer edierten, vom Magistrat genehmigten *Zivilaktio in personam* mit ihm eine *lis*, d. h. ein Streitverhältnis durch Annahme der dargereichten Formel (durch *iudicium accipere* – bei Plin. ep. 5, 10, 1: *formulam accipere*) zu begründen. Vermutlich hatte die *Rubria* für die Prozeßgründung (ebenfalls *iudicium* genannt) neben den zivilen auch gleichgeartete, *in factum* konzipierte Formeln des *Honorarrechtes* im Auge.

In den Fällen des c. XXI war der heute *Einlassungs-* im alten Rom *Defensionszwang* genannten Auflage durch das bloße *iudicio se defendere* nicht genügt. Auf Verlangen des Klägers hatte der Belangte noch weiter die Pflicht, eine *Sponsionsobligation* auf sich zu nehmen.⁶³ Und noch eines scheint die *Rubria* vom Verklagten zu verlangen. Immer wieder wird dieser getadelt, weil er *in iure non respondit*. Allein in Wahrheit hat dieses Benehmen, so ärgerlich es sein mochte, recht wenig zu bedeuten. Wenn nämlich der Störrige knapp vorm Schluß der Verhand-

⁶² Dazu oben S. 54–57.

⁶³ Näheres darüber im dritten Abschnitt unter 1.

lung erklärte, sich zu unterwerfen, und hierauf wirklich *iudicium accipit*, ist nun alles in schönste Ordnung gebracht.

Gegen das hier Gesagte ist ernstlich kaum etwas einzuwenden. Dennoch habe ich bisher keineswegs schlicht berichtet, was die Rubria enthält. Vielmehr ist meine Darlegung durchaus aus Schlußfolgerungen hergestellt, die aus den Texten des Gesetzes – allerdings mit voller Sicherheit – gewonnen werden konnten. So erklärt das Gesetz z. B. nicht: der ins Jus Geladene soll dem Gegner und dem Beamten Rede und Antwort stehen. Wohl aber erfahren wir, welche Nachteile den treffen, der bis zum Schluß der Verhandlung im Schweigen verharret hat.

Um es allgemein auszudrücken: die Kap. XXI und XXII sind nicht Teile eines Prozeßgesetzes im engeren Sinn, sondern Stücke einer Exekutionsordnung. Daher reden sie immerfort von Parteien, die etwas unterlassen haben, was sie hätten tun sollen, und von Maßregeln, welche die Ungehorsamen mit Nachteilen belegen.

Diese Eigenart der Rubrischen Kapitel ist gehörig zu beachten, wenn das verschwiegene Normalverfahren gegen den *Konfessus* richtig erschlossen werden soll.

Unter c. XXI (über *pecunia certa credita*) Z. 5–7 ist folgender Fall einzuordnen. Ein Munizipalbürger hat in Jure dem Petenten gegenüber anerkannt, eine bestimmte Geldsumme (die ihm etwa dargeliehen war) schuldig zu sein: *d(are) o(portere) debereve se confessus* (est). Der Debitor hat die fällig gewordene Schuld *ex confesso* weder bezahlt noch sich sonstwie durch Abfindung befreit (*neque . . . solvit satisve fecit*). Jetzt bedroht ihn der Gläubiger (nach l. XII tab. III, 1 ff.) mit dem *duci iubere* des Magistrats. Der Debitor aber erwidert ihm: er sei bereit, zu spondieren und einen Prozeß anzunehmen über die Gültigkeit seiner *Konfessio*, die er bestreite. Mit diesem Antrag macht sich der *Konfessus* keines Prozeßdeliktes schuldig. Vielmehr betritt er den Weg, den ihm das Gesetz freigibt, indem es ihm gestattet: *se sponsione iudicioque uti oportet defendere*.

Nun fehlt freilich zum Fortgang des Verfahrens, so wie ihn der zu Verklagende wünscht, noch etwas Wichtiges, im Gesetze Verschwiegenes: nämlich außer der Bereitwilligkeit des Klägers die Genehmigung des Magistrats: das *dare iudicium*, in unserem

Fall das *dare* einer *Aktio ex confesso*. Was geschehen soll, darüber liegt die Entscheidung vornehmlich in der Hand des Beamten. Der Kläger wird begreiflich widersprechen, wird den Prozeß ablehnen und statt dessen ein auf *duci iubere* lautendes Dekret erbitten. Diesem Gesuch kann willfahrt werden, falls der *Duovir* in dem Antrag des *Konfessus* nur eine Ausflucht sieht, um einer klaren Zahlungspflicht einstweilen zu entgehen. Wenn sich aber der Verklagte glaubhaft auf Tatsachen beruft, welche die *Konfessio* als nichtig erscheinen lassen oder die Leistungspflicht später beseitigt haben, ist der Beamte in der Lage, durch Verweigerung des *Duktionsbefehls* den Ansprecher auf den Prozeßweg zu drängen.

Ob und inwieweit die so herbeigeführte *Aktio ex confesso* nach dem Muster der *Aktio iudicati* eingerichtet war, darüber bestehen Zweifel und Streit.⁶⁴ M. E. ist die gestellte Frage so lange nicht spruchreif, als nicht ermittelt ist, wie sich die eben genannte *Aktio ex confesso* zu der im selben Kapitel (Z. 9–10) angeordneten *Damnationsfiktion* verhalten mag.

Darf man etwa sagen, in dem oben geschilderten Rechtsfall sei der *Konfessus* nach *Rubrischem Rechte* einem *damnatus* gleichzuachten, obwohl er sich erboten hat zum gehörigen *se defendere*?

Bedenken gegen die rasche Beantwortung dieser Frage könnten nur entstehen aus einer unklaren Ausdrucksweise der einschlägigen Texte. Hierüber ist eine Zwischenbemerkung nötig.

Ein für die *Stilisierung* der Gerichtsgesetze von Neubürgern bestimmtes, vielleicht in Rom vorhandenes Schema hat die Gesetzverfasser zu vielfachen, geschmacklosen Wiederholungen gezwungen. Wer als *Konzipient* des Entwurfs sagen sollte, welche Pflichten dem *Konfessus in Jure* erwachsen und unter welchen Voraussetzungen ihn *Exekutionsfolgen* treffen, hatte sich darüber statt einmal dreimal zu äußern. Sehr begreiflich also der Versuch, solchem Zwang zu entgehen oder ihn doch zu lockern.

Zum erstenmal erscheint in Z. 4–7 eine nahezu tadellose

⁶⁴ Vgl. Püschel a. a. O. 121, 123, 125 und dagegen die Zweifelsfrage Wengers *Zivilprozeß* 219, 23: 'ob es bei defensiver Geltendmachung der Nichtigkeit... der *Konfessionsschuld* ohne *poena dupli* abgegangen sei?'

Aufzählung der positiven (*confessio*) und negativen (*non solvere – non defendere*) Tatsachen, die Rechtsfolgen auslösen.⁶⁵

Bei der ersten Wiederholung (Z. 11) aber sind die in kausaler Beziehung zur Confessio stehenden und ihr nachfolgenden Ereignisse gestrichen und – wie es scheint – ersetzt durch ein zugefügtes, rückverweisendes *ita: is, qui ita confessus erit*. Irrig wäre es, den Konzipienten der Kürzung wegen als nachlässig zu schelten. Denn die Planmäßigkeit der Ausdrucksweise erhellt deutlich aus dem vollkommenen Parallelismus bei der ersten, entsprechenden Wiederholung im c. XXII Z. 41. Auch das auf Vorhergehendes hinweisende *ita* findet sich im letzteren Kap. (Z. 40)⁶⁶ wieder in Begleitung der zum erstenmal wiederholten *confessio*.

Mit den in XXI Z. 4–7 angeführten Handlungen und Unterlassungen, die das Gesetz in Z. 9–14 regelt, indem es für sie die Damnationsfiktion in Kraft setzt, stimmt, wenn nicht den Worten, so dem Sinne nach überein die zweite Wiederholung der Confessio (Z. 15–17), die wieder genannt ist zusammen mit den an sie geknüpften, vom Confessus außer acht gelassenen Verpflichtungen. Die hierauf bezüglichen Z. 15–17 nebst den anschließenden Z. 18 f. lauten folgendermaßen:

II vir IIII vir ... (is) eum, qui ita quid confessus erit neque id solvet satisve faciet eum(ve), qui se sponsione iudiciove utei(ve) oportebit non defenderit,⁶⁷ ... t(antae) p(ecuniae), quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur, dumt... s. f. s. duci iubeto, ...

Die hier wie im Gesetze aneinandergereihten drei Texte ordnen durchaus das nämliche an. Der stilistische Aufbau von XXI

⁶⁵ In XXI Z. 5–7 würde man statt *aut se ... non defendet* erwarten *neque se ... defendet*, zumal da der genauere Ausdruck in XXII Z. 34–36 gebraucht ist: *sei ... confessus erit ... neque ... satis u. o. faciet ... neque se iudicio u. o. defendet*. Doch erklärt sich das *aut* wohl aus der positiven Fassung des Gedankens: der Confessus muß entweder erfüllen oder sich gegen die Verfolgung des Anspruchs aus der Konf. verteidigen. Über den Sinn des Textes ist keinesfalls irgendein Zweifel.

⁶⁶ Hier nur das einzige Mal, während *ita* im c. XXI wie in Z. 11, so in Z. 15 eingesetzt ist.

⁶⁷ Für XXI Z. 16. 17 lege ich den von F. Ritschel (zuerst im Bonner Programm von 1851) u. Mommsen, CIL I¹ p. 117–19 hergestellten Text zugrunde. Ersterer ergänzt in Z. 16 *eum* in *eumve* und streicht in dem über-

(ebenso von XXII) verdient also keineswegs belobigt zu werden. Indes will ich nicht Kritik üben, sondern versuchen, für jeden Absatz das ihm Eigentümliche hervorzuheben.

Der erste Text ist der gewichtigste. Er will zeigen, wann der *confessus* wegen Ungehorsams unter die Damnationsfiktion fällt. Der zweite vermeidet unnütze Wiederholung durch Verweisung auf den ersten. Mit jener Fiktion ist er stilistisch eng verbunden und gibt Auskunft über ihren Inhalt. Der dritte endlich wiederholt ausdrücklich, zum Teil mit anderen Worten, was schon im ersten zu lesen ist. Der Satz (Z. 16 f.) *cum<ve> – non defenderit* gehört zum Konfessus-, nicht zum Indefensusteil. Der Gesetzverfasser verbindet dann mit dem dritten Absatz die auf der Damnationsfiktion beruhende Anweisung an den Magistrat, das *duci iubere* auszusprechen.

Auf Grund der vorstehenden Analyse des Gesetzwortlauts dürfen als Ergebnis nebeneinander zwei, m. E. durchaus gesicherte Behauptungen aufgestellt werden. Die eine spricht nur aus, was das Gesetz (XXI) seinen Worten nach deutlich anordnet und was wohl allgemein angenommen ist.

Wer auf eine zivile Forderung von *pec. certa cr.* seine Schuld in Jure anerkennt, dann aber nach eingetretener Fälligkeit den Gläubiger weder befriedigt noch sich auf dessen edierte *Actio ex confesso* durch gehörige Sponsion und Litiskontestation eingelassen hat,⁶⁸ der soll einem durch Richterurteil gültig (*iure lege*) damnierten gleichgeachtet werden. Daher soll ihm nachher Verteidigung gegen eine auf prozessualischen Ungehorsam des Konfessus und die Damnationsfiktion gegründete Prozeßformel nur gestattet sein nach Leistung der *satisdatio iudicatum solvi*

lieferten (offenbar falschen) *uteive* das *ve* weg. Ritschels Vorschlag, statt *iudiciove* *iudicioque* zu setzen, hat Mommsens Zustimmung nicht gefunden. Im übrigen ist Ritschels Text – soweit meine Kenntnis reicht – unberührt in die späteren Ausgaben der L. R. übergegangen. Dagegen hat Gradenwitz Dekomp. 35 A. 40 mehrfache Bedenken gegen den überlieferten Text erhoben und auf S. 36 den Passus c. XXI Z. 15–18 als 'pervers' bezeichnet. M. E. ohne triftigen Grund. Die fraglichen Zeilen weichen nur in Kleinigkeiten von dem in den zwei Kapiteln beobachteten Schema ab, ohne den Sinn irgendwo zu ändern.

⁶⁸ Diese dritte Voraussetzung für den Eintritt der Fiktion darf nicht übersehen werden; vgl. oben S. 18. 28. 38 A. 16 in f. S. 45 f.

und unter Gefahr der Duplierung wegen *infinitatio*. Unter so schweren Bedingungen aber war die Aussicht auf ein Nachverfahren, das vorerst noch den begreiflichen Widerwillen des Magistrats zu überwinden hatte, tatsächlich kaum mehr als ein täuschender Wahn.⁶⁹ Eine offensive *revocatio in duplum* wird man vollends im Munizipium für ausgeschlossen erachtet haben.

Andererseits ist freilich die Damnationsfiktion im c. XXI mit so peinlicher Strenge als Leitgedanke für die Behandlung der Konfessi wie der Indefensi festgehalten, daß aus ihr (wie Z. 14–19 zeigen) auch die Anweisung an den Beamten zum *duci iubere* abgeleitet wird. Die Folge davon ist eine sonderbare Lücke im Gesetz, d. h. in den uns erhaltenen Teilen. Z. B. ein Geldschuldner, der in Jure konfittiert hat, wird säumig. Statt dem Gläubiger Widerstand zu leisten, bietet er sich selbst zur Verhaftung an. Darf sie der Beamte unter solchen Umständen verhängen? Nicht nach c. XXI, dagegen allerdings nach gemeinem Rechte.⁷⁰

Nun fragen wir aber, ob das genannte Kapitel nicht doch Einblick gewährt in die Behandlung naheliegender Fälle, wo der gesetzliche Tatbestand nicht voll geworden ist? Z. 5–7 verlangen von dem in Jure geständigen Schuldner, der den Gläubiger nicht befriedigt, daß er sich *sponsione iudicioque utei oportet* defendiere, um ihn dann sofort mit dem Banne der Damnationsfiktion zu bedrohen. Das Gesetz handelt im weiteren nur vom Verklagten, der nicht gehorcht. Damit aber schafft es selbstverständlich weder den ausgesprochenen Befehl aus der Welt, noch verzichtet es auf die Aussicht, die sicher der Regel des Lebens entsprach, das Gebot freiwillig erfüllt zu sehen.

Was also soll der Konfessus tun, um dem Gesetze Genüge zu leisten? Gefordert wird von ihm die Einlassung (durch Litis-kontestatio) auf die vom Ansprecher als Erzeugnis der entgegen-genommenen Konfessio edierte Aktio. Dieses im c. XXI des öfteren genannte Prozeßmittel (Paulus: *'ex confesso'*) ist im Gebiete der römischen Rechtsquellen eine wahre Seltenheit und um so merkwürdiger, als es gebaut ist ohne jede Anlehnung an die Aktio iudicati.

⁶⁹ Zur Ergänzung des hier Gesagten s. oben S. 10, 62, 64.

⁷⁰ Diese schon oben S. 37 vorgeführte Entscheidung ist hier nochmal in Erinnerung gebracht, weil sie dem unmittelbar Folgenden zur Stütze dienen soll.
München Ak. Sb. 1934 (Wlassak) 5

Der Beweis dieser These ist leicht herzustellen. Das *iudicium*, von dem Z. 7 redet, wird gebraucht einem Konfessus gegenüber, der sich dazu anschickt, durch Annahme der dargebotenen Formel *Lis* zu kontestieren. Der Gesetzestext aber bringt zu diesem ausdrücklich gar nicht genannten Verklagten einen anderen Konfessus in Gegensatz, der jenes *iudicium* und vielleicht schon vorher die begleitende *sponsio* zurückgewiesen hat, der sich also so gebärdet wie ein Verklagter, der, ohne konfittiert zu haben, die Annahme der edierten *Aktio pec. certae cred.* ablehnt, indem er *non respondet* oder *se non defendit*.

Nun ist eines ganz klar. Die *Rubria* mußte die Verklagten der letzteren und zugleich der schlimmen Art weit strenger behandeln als jenen Konfessus, der allen Anforderungen des Gesetzes nachkommt.

Wenn aber der Ungehorsam gegen die Einlassungspflicht bestraft wird mit der Erstreckung der *Damnationsfolgen* auf die Widerspenstigen, so muß der mit *Aktio ex confesso* Verklagte, der den Prozeß gehorsam auf sich nimmt, offenbar frei bleiben von den beschwerlichen Auflagen der *Aktio iudicati*;⁷¹ zumal da jener Prozeß für ihn als defensive Nichtigkeitsbeschwerde das einzige⁷² Mittel war, die Wirkungen der *Konfessio* von sich abzuwehren.

Das *duci iubere* aus c. XXI hatte – wie oben gezeigt ist – der sich gehörig defendierende Verklagte nicht zu fürchten. Unterlag er freilich im Prozesse *ex confesso*, so war *Personalexekution* gegen ihn als *iudicatus* zulässig.

Die im c. XXI erkennbare Lücke führt zunächst zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ausfüllung durch gemeines Römerrecht statthaft war? Dann weiter zur Frage, von welcher Zeit ab in Rom die auf Geld lautende *Konfessio in Jure* eine unmittelbar vollstreckbare Forderung zustande brachte? Mit diesem letzteren Satze bringen unsere Gelehrten häufig das fatale Sprichwort: *confessus pro iudicato est* in Zusammenhang. Indes sind die bei Justinian als Axiom auftretenden Worte keines-

⁷¹ Mit dem im Texte Ausgeführten ist die oben S. 62 Anm. 64 berührte Streitfrage gegen Wenger entschieden, doch allerdings nur nach der im c. XXI der *Rubria* angenommenen Ordnung.

⁷² Siehe oben S. 57–59.

wegs eindeutig, und sie sind auch nicht durchsichtig genug, um den Sinn zu verraten, der ihnen jeweils zukommt. Übel aber steht es insbesondere mit der Erforschung der Entstehungszeit des Sprichwortes. Auf die Zwölftafelstelle III, 1 f. ist seit den neueren kritischen Arbeiten kein rechter Verlaß mehr.⁷³

Die *Damnationsfiktion* des c. XXI ist dem Anschein nach ohne Einfluß auf die Entwicklung des gemeinen Römerrechtes geblieben. Keinesfalls darf sie mit der bei Justinian – wohl durch mehrfache *Itp* – so stark hervortretenden Gleichstellung des *confessus* und *iudicatus* in Verbindung gesetzt werden. Denn jene Fiktion verlangt einen Geständigen, der zum *Indefensus* geworden ist. Eine Vermutung über die Ursprungszeit des in den D. 42, 2 unablässig wiederholten Denkspruchs (unter K. Marcus) ist oben S. 33 f. in Anm. 10 angedeutet.

Die drei im vorstehenden erwähnten Fragen sind hier nicht aufgeführt, um ihre Erörterung in der gegenwärtigen Abhandlung anzukündigen. Ich denke nicht daran, eine solche Absicht zu verwirklichen, weil ich guten Grund habe, meiner Arbeitskraft zu mißtrauen, und weil ich auch vermute, jetzt schon den räumlichen Grenzen recht nahe zu sein, die ich mir selbst gezogen habe, als mir kürzlich die ehrenvolle und erfreuliche Einladung gemacht wurde, meine Studien über die *Lex Rubria* zum Abdruck in den Sitzungsberichten der Bayerischen Akademie der Wissenschaften zu bringen.

Was an diesem Orte noch nachfolgt, das ist eine kleine Sammlung von nur halb ausgeführten Skizzen, die mit oder ohne Anhalt in der *Rubria* die Lehre von der *Konfessio in Jure* betreffen. Eine Ausnahme macht nur der die Reihe abschließende Aufsatz. Er bringt die Abwehr eines erst 1930 bekannt gewordenen Angriffs auf meine Schrift, die vom *Judikationsbefehl* handelt. Der Zusammenhang mit der *Veleiatischen Tafel* fehlt auch in diesem Schlußstücke nicht. Denn das *iudicari iubere* des Gerichtsmagistrats tritt in keiner alten Quelle so deutlich hervor wie in den erhaltenen Resten der *Lex Rubria*.

⁷³ Vgl. oben S. 38 Anm. 16.

Dritter Abschnitt

Miszellen

1. Die *Sponsio tertiae partis* im Kap. XXI der L. Rubria. – 2. Nichtigkeit der *Konfessio in Jure* wegen Irrtums – 3. Der Schlußsatz von Kap. XXI der L. Rubria. – 4. Nachtragsbemerkungen zum Kap. XXII der L. Rubria. – 5. Der *Judikationsbefehl* in der L. Rubria – Abwehr gegen Th. Kipp

1. Die *Sponsio tertiae partis* im Kap. XXI der L. Rubria

Im c. XXI befaßt die Einlassungspflicht, so oft sie erwähnt wird, immer zweierlei: das *se sponsione* und das *iudicio u. o. se defendere*. Bald ist *iudicioque* bald *iudiciove* gesetzt. Einmal (Z. 8) lesen wir: *sei . . . neque de ea re sponsionem faciet neque iudicio u. o. se defendet*. Die Doppelpflicht ist für den *Konfessus*, der in Ungehorsam verfällt, mit denselben Worten ausgedrückt wie für den von vornherein die *Defension* verweigernden.

Vom ersteren verlangt das Gesetz die *Annahme* der *Aktio ex confesso*, vom letzteren die der *A. pec. certae creditae*. Diese *Aktio*, die für den vom Anfang an nicht *Respondierenden* allein in Frage kommt, ist – wie *Gaius* berichtet – ausgezeichnet durch den mit ihr verbundenen *Zwang* zum *Abschluß* einer *sponsio tertiae partis*. Sicherlich stammt die *Erweiterung* der *Einlassungspflicht* bei der strengen *Geldklage* her aus dem *prätorischen Album*;¹ und aus diesem dürfte sie in die *Rubria* mit allen begleitenden *Umständen* übernommen sein, mithin samt der *restipulatio* und samt der *Befugnis* des *Klägers*, auf der *Sponsion* zu bestehen oder sie *beiseite* zu lassen.²

Wie sich gezeigt hat, ist im Rahmen des c. XXI der *Sponsionszwang* gegen den *Indefensus* ohne Schwierigkeit zu er-

¹ Vgl. besonders *Gai.* 4, 13 u. 4, 171; dazu *Lenel*, *Edictum*³ 238 f. Unbegründet ist es, wegen *Cic. p. Roscio com.* 4, 10 (*legitimae partis*), den *Ursprung* der *Sponsio t. p.* in der L. *Silia* zu suchen; vgl. *Pernice*, *Labeo III* S. 226 f., 4, und jetzt auch die neuen (1933) *Frammenti di Gaio* Z. 204 ff.

² Nach dem *Gesetzestext* könnte man auch an eine von *Amts* wegen zu *wahrende Pflicht* des *Magistrats* denken, die *Aktio* nicht ohne *vorausgehende sponsio* und *restipulatio* zuzulassen. Dagegen aber *Gai.* 4, 171: . . . *sponsionem facere permittitur*.

klären. Dürfen wir aber das nämliche auch annehmen für den daneben genannten Konfessus in Jure, der anerkannt hat, die eingeforderte *pecunia certa cr.* zu schulden? Oder sind wir wirklich genötigt, besondere Nebenumstände heranzuziehen, welche die Parteien zur Beifügung einer Sponsio veranlassen, z. B. – wie Gradenwitz³ vorschlägt – einer Strafsponsion, die dazu bestimmt wäre, das dem Konfessus für ein *restituere* 'zugebilligte *tempus*' zu sichern? Nach meinem Ermessen ist es überflüssig, die Deutung von XXI auf Nebenwegen zu suchen, weil eine viel näher liegende Erklärung dargeboten ist durch den scharfen Gegensatz, der in die Augen springt, sobald Z. 34. 35 in XXII verglichen wird mit dem Gesamthalt des voraufgehenden Kapitels Z. 2–21.

In allen Fällen, wo *quid praeter pecuniam certam cr.* eingefordert wird, genügt nach c. XXII (Z. 36) der säumig gewordene Konfessus grundsätzlich seiner Einlassungspflicht, wenn er *se iudicio u. o. defendit*, er müßte denn kraft besonderer Bestimmung zum *sponsionem facere* angehalten sein (Z. 34 f.):

*sei sponsionem fieri oportebit.*⁴

Demnach ist hier eine Ordnung festgesetzt, die von der Behandlung der zivilen Schulden auf *pecunia certa cr.* wesentlich abweicht. Denn die letzteren sind einer Einheitsregel unterworfen, die schlechthin keine Ausnahmen zuläßt und auch insofern für streng gelten muß, als sie die Einlassungspflicht überall auf das *sponsione se defendere* ausdehnt. Der Gläubiger hat also nach XXI als Sieger im Prozesse immer Aussicht auf den Gewinn der Drittelprämie.⁵

Nun wissen wir aus dem Obigen bereits: der mit Aktio *c. c. pecuniae* Belangte ist zwifach einlassungspflichtig, und zwar ebenso

³ Dekompos. 36. Verwiesen ist auf Ulp. D. 42, 2, 6, 2. Ich halte den Vorschlag für durchaus nicht überzeugend. Übrigens druckt Gradenwitz gerade auf seiner S. 36 die Textworte aus c. XXII ab. Meiner Ansicht nach hätten ihm diese als Warnung dienen können.

⁴ An welche Fälle im Gesetz gedacht sein mag, das kann hier nicht erörtert werden. Übrigens ist darüber schwerlich Anderes erreichbar als eine Auswahl von Vermutungen.

⁵ Das m. E. Richtige hat gelegentlich H. H. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio (1904) 9–14 im Streite gegen Karlowa, R. R. G. 2, 594 ff. ausgesprochen.

nach dem prätorischen Edikt wie nach der Rubria XXI. Das Munizipalgesetz (XXI Z. 6. 7) legt dieselbe Doppelpflicht auch dem Konfessus auf, nötigt ihn also zur Sponsio *tertiaie partis* und zur Annahme der Aktio *ex confesso*. Offenbar kann ja die Partei, die ihre Geldschuld anerkannt hat und hierauf die Einlassung in den Prozeß verweigert, nicht besser behandelt werden als einer, der weder konfittiert noch defendiert hat.

Die Rechtsfolgen, die in den vorgenannten Fällen eintreten sollen, wenn der Verklagte indefensus ist oder wird, regelt die Rubria durch Aufstellung der Damnationsfiktion und durch die ausdrückliche Anordnung des *duci iubere*. In die gleiche Rechtslage gerät – ohne von der Fiktion berührt zu werden – auch der Konfessus,⁶ der nicht erfüllt, vom Gläubiger verklagt wird, den Prozeß annimmt und darin unterliegt.

Für alle hier erwähnten Fälle – nur mit Ausnahme des letzten – drängt sich eine Frage auf, die man vielleicht vermissen würde, deren Beantwortung aber nutzbringend nicht gegeben werden kann ohne ausführliche Darlegung der für und wider sprechenden Gründe. Daher ist Beschränkung der Aufgabe nötig. Vor allem will ich die Frage als solche ins klare bringen und dann nur kurz aufmerksam machen auf die Schwierigkeiten, die einer sicheren Lösung entgegenstehen.

Der Verurteilung – der wirklichen wie der fiktiven – muß häufig Zwangsvollstreckung folgen. Ihr Zweck ist Eintreibung des geschuldeten Geldbetrags. Wie hoch aber beläuft er sich? Wäre der Verklagte nicht in Ungehorsam verfallen, so hätte sich die Schuldsomme auf Grund der Sponsio um ein Drittel vergrößert. Dieses Drittel aber kann dem Verklagten unmöglich erlassen sein, wenn er in Widerspenstigkeit verblieben ist. Indes hat bisher eine dementsprechende Festsetzung des Schuldbetrags gar nicht stattgefunden, weil mangels der Einlassung auch kein Urteil gefällt war. So konnte anscheinend der Gläubiger die Be-

⁶ Die Verpflichtung zum Abschluß der Sponsio (m. E. *t. part.*) ist für den Konfessus durch c. XXI Z. 6. 7 bezeugt, gleichviel, ob er bereit ist zum *se iudicio defendere* oder nicht. Die Erwähnung des Anerkenntnisses in der Prozeßformel verändert das Gepräge der Aktio *pec. certae cr.* nicht wesentlich. Ich vermute, daß ihr eine auf die Konfessio hinweisende Praeskription vorausgeschickt war.

rechnung der zu leistenden Summe erst im Exekutionstermin erwirken, bei Gelegenheit des *duci iubere*. Das Gesetz (XXI Z. 18. 19) ist dieser Deutung insofern günstig, als es nicht hinweist auf die anfänglich verlangte (*peteita*) *pecunia certa*, sondern den Beamten ermächtigt zum Zuspruch des Schuldners *tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur*.⁷

Zu Lenels Annahme (oben S. 68 Anm. 1) einer Sponson, die nur den Strafbzuschlag zur Hauptschuld betrifft, paßt auch die Bestimmung sehr gut, daß die Fiktion des Gesetzes (XXI Z. 13. 14) den Verklagten so behandelt wie einen, der in einer Mehrzahl von Prozessen (*ex iudiciis dateis iudicareve iusseis*) damniert worden ist.

Wenn trotz alledem die vorgetragene Auffassung nicht ganz gesichert ist, so sind als gewichtigste Hindernisse zu nennen: Cic. p. Rosc. com. 5, 14 nach dem handschriftl. (nicht unhaltbaren) Texte (*Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est*) und die Rubria XXI Z. 7–9, wo im Indefensusteil folgendes zu lesen ist:

seive is ibei d(e) e(a) r(e) in iure non responderit, neque d(e) e(a) r(e) sponsionem faciet neque iudicio u. o. se defendet.

Die erste *ea res* soll die *pecunia certa petita* sein. Ist es dann möglich, die zweite bloß auf die *tertia pars* zu beziehen? Wer sich scheut, ganz sorglose Redaktion anzunehmen,⁸ wird sich wohl mit Rudorff⁹ zur Vereinigung der zwei Posten in einer Sponson bekennen, die wirksam wird im Fall des Prozeßsieg des Klägers. Sollte diese – nicht unbedenkliche – Aufstellung zutreffen, so hätte der Schuldner aus dem prätorischen Album genau ersehen können, worauf die Vollstreckung zielen wird, wenn er die Sponson und den Prozeß durch Ungehorsam vereitelt.

⁷ Vgl. dazu oben S. 20 f.

⁸ Siehe aber F. Pringsheim, SavZ. R. A. 50 (1930), 372.

⁹ Edictum (1869) § 93 p. 103. Als Bedingung durfte freilich der Sponson nicht das Schuldigsein (*debere*) eingefügt werden. Lenel (oben S. 68 Anm. 1) hat es richtig ersetzt durch den Sieg des Klägers im Prozesse und lehnt auch die Verquickung der rein poenalen Sponson *tertia partis* mit der Kapitalschuld ab. Dagegen tritt – unter dem Einfluß von Jobbé-Duval – Th. Kipp für Rudorffs Auffassung ein in Münch. Krit. Vtljschr. 41 (1899), 367 unter Berufung auf Cic. p. Rosc. com. 5, 14. – Karlowas Hypothesen R. R. G. II, 594 ff. über die zugleich praejudizielle und poenale Sponson, aus der erst eine formula sponsionis erwachse, halte ich für irrig.

2. Nichtigkeit der *Konfessio in Jure* wegen Irrtums

Ulp. l. 58 ad ed, 1375 D. 42, 2, 2: *Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit.*¹⁰

Dieser aus dem Zusammenhang gerissene Ausspruch, dessen Sinn verlässlich kaum feststellbar ist, tritt an diesem Ort nur deshalb in Erscheinung, weil er – wenn den Worten zu trauen ist – einen Nichtigkeitsgrund beischafft, den der *Konfessus*, indem er *se iudicio defendit*, gegen die *Aktio ex confesso* des Gläubigers geltend macht.

Wer konfittiert hat, soll wegen Irrtums rechtlich so betrachtet werden wie einer, der *non fatetur*. Diese Ausdrucksweise deutet hin auf eine ohne weiteres gegebene Ungültigkeit.

Worauf sich das *errare* des *Konfessus* bezog, das war vermutlich aus Ulpian's Darlegung zu ersehen. Justinian's Gesetzgeber aber haben alles, was die Sentenz des Juristen aufklären konnte, weggestrichen und es den Späteren anheimgegeben, ihre Phantasie anzustrengen. So hat Bethmann-Hollweg¹¹ schon 1827 vorgeschlagen, ein Mißverständnis der Parteien anzunehmen, wobei der Konfittierende anderes zugesteht, als der Ansprecher von ihm verlangt. Allein wer möchte es dem alten Juristen zumuten, daß er um solcher Seltenheit willen jene allgemeine Regel aufgestellt habe? Woher aber der Antrieb kam zur erwähnten wunderlichen Erklärung, das ist leicht zu erraten. Hollweg wollte jeden Abbruch verhüten, den der arg überschätzte Spruch: *confessus pro iudicato est* erleiden könnte.

M. E. ist die wahrscheinlich richtige Deutung von den Forschern gefunden (Rudorff, G. Demelius, Püschel), die nach dem Nächstliegenden und zugleich Häufigsten ausblickten.

Wenn von einer Partei erzählt wird, sie habe in *Jure* eine Schuld eingeräumt, doch sei dabei ein Irrtum im Spiel gewesen, dürfte jedermann zunächst an eine irrig vorausgesetzte Urschuld denken und wird also wissen wollen, ob in solchem Fall durch jenes *errare* ein rechtsgültiges *fateri* verhindert sei. Dem Anschein nach bejaht Ulpian diese Frage.

¹⁰ K. Adler in Jherings Dogm. Jahrb. 33 (1894), 208 f. bezweifelt mit Unrecht die Beziehung von fr. 2 cit. auf die *Konfessio in Jure*.

¹¹ Versuche 271; festgehalten ist diese Erklärung im Civilprozeß 2 (1865), 540, 5.

Uneinig ist man im heutigen Schrifttum, ob der Satz, der das auf ein nichtiges (oder nur fälschlich angenommenes) Judikat Gezahlte von der Rückforderung mit Kondiktio ausschließt, zu erstrecken sei auf das irrigerweise unter gleichen Umständen zur Tilgung eines Konfessus Geleistete. Unter den *causae, ex quibus infitiando lis in duplum crescit* erscheint das in Jure Anerkannte nicht. Ferner hat die Damnationsfiktion von c. XXI mit dem Konfessus als solchem nichts zu schaffen; sie bezieht sich bloß auf den Geständigen, der ungehorsam geworden ist. Endlich unterliegt es nach meinem Ermessen – zum mindesten für das klassische Recht – schweren Bedenken, den Spruch: *confessus pro iudicato* für den gedachten Zweck zu verwenden. Und so sind denn auch die obengenannten drei Schriftsteller¹² einstimmig der Ansicht, daß betreffs der Kondiktio das Sonderrecht des Judikats nicht auf die Konfessio zu übertragen sei.

Die Schlußworte des fr. 2 cit. sollen interpoliert sein. Allein die Nichtbeachtung des Rechtsirrtums zugunsten des Irrenden hält die alte strengere Ordnung aufrecht und ist gewiß keine späte Neuerung.¹³ Was Buhl¹⁴ vorbringt, um die Unechtheitsbehauptung zu stützen, ist unerheblich; Eisele¹⁵ aber begnügt sich gar mit der Feststellung: 'zahlreiche' Nisi-Sätze sind interpoliert. Daraus macht er für sich 'fundatam intentionem'.

3. Der Schlußsatz von Kap. XXI der L. Rubria

L. R. c. XXI Z. 21–24: *Quo minus in eum, qui ita vadimonium Romam ex decreto eius, qui ibei i(ure) d(eicundo)p(raerit), non promeisserit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob e(am) r(em) iudicium recup(erationem) is, qui ibei i. d. p., ex h. l. det iudicareique d. e. r. ibei curet, ex h. l. n(ihilum) r(ogatur).*

¹² Rudorff, Ztschr. f. gesch. R. W. 14 (1847), 350–53, G. Demelius, Confessio 221. 226. 227, Püschel a. a. O. 116–22; anders aber Wenger, Zivilprozeßrecht 218 f. Anm. 23; S. 220 Anm. 27.

¹³ Ich folge Jörs, Röm. Recht 73 f.

¹⁴ Beitr. z. Lehre vom Anerkennungsvertrag (1875) 76.

¹⁵ SavZ. R. A. 10 (1889) 319.

Den rätselhaften Schluß von XXI wage ich vorzuführen, weil die *recuperatio*¹⁶ des Gesetzes mich mahnt, meine bisher vertretene Auffassung von Gai. 4, 185 zu verbessern, vor allem aber, weil es mich drängt, einer kleinen, ebenso mühsamen wie wertvollen Abhandlung meines längst verstorbenen Jugendfreundes, Emil v. Schrutka-Rechtenstamm, wenn möglich, die ihr gebührende Beachtung zu verschaffen.

Der mitgeteilte Text von c. XXI scheint mit den voraufgehenden Z. 2–24 gar nicht zusammenzuhängen. Einigermaßen trifft das auch wirklich zu. Ein zweimaliges *ita* weist deutlich auf vorher Gesagtes hin, das doch in den erhaltenen Fragmenten nirgends zu entdecken ist. Und daran ist auch gar kein Zweifel: vor dem *Quominus*-Satz stand ein Textstück, das verloren,¹⁷ entweder vom Schreiber des Entwurfs oder vom Graveur weggelassen ist. So liegt die Versuchung nahe, auch die Richtigkeit des Platzes, den der übriggebliebene Text einnimmt, zu verdächtigen. Dagegen aber schützt uns die Arbeit von Schrutka.¹⁸ Meines Wissens hat er als erster den dünnen Faden wahrgenommen, der den erhaltenen Rest mit den auf der Bronze vorhergehenden Zeilen verbindet. Freilich ist der Fund fast nur nebenbei und so bescheiden angezeigt, daß er selbst einem fleißigen Leser leicht entgehen konnte.

Nun aber – in wenigen Worten – zunächst eine Inhaltsangabe des Überlieferten, hierauf die von Schrutka vorgeschlagene Deutung.

Ein vor das Gericht des Munizipalbeamten gerufener Bürger verweigert das ihm durch dessen Dekret auferlegte *vadimonium Romam faciendum* und stellt auch keinen tüchtigen Vindex.

¹⁶ Zu '*recuperatio*' in Z. 23 vgl. L. Antonia de Term. (CILI¹ n. 204 p. 114), II Z. 4 f.: (*magistratus*) . . . *ita . . . ious deicunto iudicia recuperationes danto, ut ei ie[i] eos recuperare possint.*

¹⁷ Vgl. auch Rudorff in Puchta Institutionen¹⁰ 1 § 90 A. i. (S. 228).

¹⁸ In Sitz.Ber. der Wiener Akademie d. W., Phil.-Hist. Kl. CVI (1884), 463–476. – Rudorff, Ztschr. f. Rechtsgesch. 3 (1864) 79, der den Vindex im c. XXI in f. nicht für den ins Jus Vozierten, sondern für den Judikatus oder Konfessus eintreten läßt, erwähne ich hier nur deshalb, weil Gradenwitz, Dekomp. 27 f. A. 36 dessen Deutung zum Teil annimmt. – Betreffs des Ladungs-Vindex im c. XXI in f. und im praetorischen Edikte nach Julian vgl. Lenels Lehre in der jüngsten Fassung Edictum³ (1927) S. 55 f. 65–73.

Solchenfalls ist der Beamte des Municipiums unter bestimmter Voraussetzung ermächtigt, selbst ein – regelmäßig wohl dreigliedriges – Gericht von *recuperatores dati iussive*¹⁹ zu ernennen und dieses mit der Prüfung des Ungehorsams wie mit der Verurteilung des Schuldigen zu beauftragen. Was das kondemnierende Urteil als Strafe festsetzt, soll sich – sehr wahrscheinlich – decken mit dem, was im Hauptprozesse den Gegenstand des Streites ausmachen würde.²⁰ Zulässig aber ist dieses, eilige Durchführung in der Munizipalstadt erheischende Nebenverfahren nur, wo es sich in der Kernfrage um *pecunia certa credita*, meist um einen Betrag über *HS XV* handelt. Und so fehlt auch eine dem Schlußsatz von XXI entsprechende Bestimmung im c. XXII.²¹ Rechtssachen, welche die in XXI

¹⁹ So heißen sie in der L. col. Genetivae Iul. (CIL I² 594) c. 95. Über sie Näheres in meinem Judikationsbefehl (Wien 1922) 40 ff., 50 ff. Das Stadtrecht von Urso handelt vom Rekuperatorengericht des Multverfahrens, einer Abart des *publicum iudicium*, dagegen die L. Rubria l. c. und die Lex Antonia (oben in A. 16) von einem Prozesse, in dem sich öffentliche und private Interessen die Wage hielten. Die gesteigerte Einfachheit und Raschheit bei der Zuziehung von ernannten Kommissaren des Magistrats, also von rein staatlichen Richtern, mochte zu ihren Gunsten den Ausschlag geben. Den Gegensatz zu diesen *recuperatores dati* machen die bei Gai. 4, 46 erwähnten, deren Namen in der Prozeßformel den Worten: *recuperatores sunt* vorausgingen. Diese waren sicher, unter amtlicher Autorität, von den Parteien bestellt, daher Privatrichter.

²⁰ Ein Rückschluß auf die Ungehorsamsstrafe in XXI in f. dürfte statthaft sein aus Ulp. l. 1 ad ed. 177 D. 2, 3, 1, 4 (Lenel, Edictum³ 51 f.); s. Schrutka a. a. O. C VI, 468 f. – Ulp. l. 1 ad ed. 173 D. 2, 3, 1 pr. (*non tamen duumviris*) spricht für Lenels (Ed. ³ 56) Annahme, daß die partikuläre Norm in XXI in f. durch eine gemeinrechtliche Quelle beseitigt war. – Th. Mommsens (R. St. R. III. 1 S. 816, 5) Einwand gegen Lenel beachtet dieser in den späteren Aufl. des Ed. nicht, – wie ich glaube – mit Recht.

²¹ Siehe Schrutka C VI, 465, 467 f., 473. Der von Schrutka angenommene Beweggrund (Gebot für kleine Geldsachen: Raschheit der Erledigung und in der Heimatgemeinde) ist bei weitem der wichtigste. Daneben kommt in Betracht, daß in Sachen des c. XXII, die nach einem vergeblichen Versuche im Municipium häufig nach Rom abgegeben werden müssen, der Prätor starke Machtmittel hat, um – ohne Vadimonium – das Erscheinen des Verklagten vor seinem Tribunal zu sichern. – Übrigens ist der Duumvir, der kein Poenaljudizium zum Schutz seiner Jurisdiktion anordnen durfte, doch keineswegs ganz wehrlos. Über sein Recht zu büßen und zu pfänden s. Mommsen, St. R. III. 1 S. 815 mit den Belegen in A. 3.

näher bezeichnete *pecunia* zum Gegenstand haben, sind durch Strenge wie durch Raschheit ausgezeichnet. Die Strenge zeigt sich in der *Sponsio tertiae partis* und in dem zur Erledigung des Streitens zugelassenen Zwangseid;²² in der *Rubria* auch in der *Damnationsfiktion*. Die Raschheit ist – bei kleinen Geldsachen – gewährleistet durch den Ausschluß eines Eingriffs des stadtrömischen Gerichtes (vgl. dagegen c. XXII) und durch die dem *Duumvir* verstattete Verwendung von *recuperatores dati*, die keiner Annahme seitens der Parteien bedürfen,²³ schnell prüfen und schnell entscheiden.

Über die mehreren Gründe, die eine *revocatio* der Hauptsache nach Rom rechtfertigen können und über den Zusammenhang dieser Frage mit dem ob und wie der Textergänzung vor dem *Quominussatz* des c. XXI muß der Kürze halber auf Schrutka²⁴ verwiesen werden.

Von Vertagungs*vadimonien* führt Gai. 4, 185 vier Arten an, zuletzt das *recuperatoribus suppositis* (*factum*), *id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnatur*.

Die zwei im Druck hervorgehobenen Textworte sind die wichtigsten Wegweiser für die Erklärung. Eine gesicherte ist freilich m. E. nicht so bald zu erwarten.

In der *SavZ. R. A.* 33 (1912), 115–17 betrachte ich – wie Andere – das durch jenes *Vadimonium* veranlaßte Hilfsverfahren als richtigen Formelprozeß, demnach die *recuperatores* als durch Streitbefestigung bestellte Privatrichter. Für unmöglich halte ich diese Auffassung auch heute nicht, obwohl es hiernach sehr schwer fällt, eine durchaus befriedigende Formelfassung zu finden.²⁵ Mein Schwanken aber hat seinen Grund in der Erwägung, daß die Anforderung des Textes: *ut (qui non steterit) pro-*

²² Siehe Schrutka, CVI, 473. 474.

²³ Ablehnung, die begründet werden kann, ist auch im Fall von *recuperatoribus dati* nicht ausgeschlossen.

²⁴ Sitz.Ber. CVI 469–72. 475. 476.

²⁵ Lenel, *Edict*³ 85, ist anscheinend einverstanden mit der Auffassung des Hilfsverfahrens gegen den, *qui non steterit*, als Prozeß *per concepta verba*. Doch hält er die in meinen Formelentwurf aufgenommene *praescriptio* für unbrauchbar. – Nebenbei: daß der *'index captus'* ein *acceptus* ist, bestätigen jetzt die *Frammenti di Gaio Z.* 210–20.

tinus condemnetur kaum in anderer Weise so leicht und restlos erfüllt werden kann als durch die Annahme amtlich bestellter Kommissare, die der Prätor aus einer Liste sofort Erreichbarer (vielleicht Kanzlisten) erst auswählt, nachdem das *Vadimonium desertum* geworden ist. *Suppositi* aber heißen diese Richter bei Gaius wohl deshalb, weil die Verwendung von rasch urteilenden '*recuperatores*' der Regel nach durch eine der *Vadimoniums*stipulation beigefügte Schlußklausel angeordnet war.

4. Nachtragsbemerkungen zum Kap. XXII der L. Rubria

Dieses Kap. bezieht sich auf Schulden, die nicht *pec. certa cr.* zum Gegenstand haben. Der so weit gespannte Rahmen hat eine Bezeichnung des Verklagten zur Folge, die umständlicher ist als die in XXI begegnende. Er heißt hier nämlich: *a quo quid . . . petetur, quodve quom eo agetur*. Wozu dieser Zusatz? Um auch Verklagte zu befassen, von denen keine Leistung verlangt ('petiert') wird.

Von dem Gegensatz zwischen XXI und XXII hinsichts des Gebrauchs der *sponsio* war oben (S. 69) schon die Rede. Von der Deutung der *sponsio* aber in Z. 35 hängt mehr oder minder eine wichtige Entscheidung ab. Spielt das Wort hier auf ein Interdiktenverfahren an? Erstreckt sich also die Gerichtsgewalt der Munizipalbeamten auch auf die Handhabung des eben genannten Prozeßmittels? Wer mit einem Nein antwortet, mutet den gallischen Kleinbürgern eine Reise nach Rom zu, um in sehr dringenden und alltäglichen Sachen, z. B. in Besitzstreitigkeiten, Hilfe zu erlangen. Unsere Gelehrten aber sind uneinig. Was G. Demelius²⁶ anscheinend für selbstverständlich hält, will Wenger²⁷ sehr bestimmt verweigern. Denn 'nur der Imperienträger kann das Interdikt erlassen, nicht der bloß potestas besitzende Munizipalmagistrat.'²⁸ Die Frage ist m. E. nicht spruchreif. Ohne neue Quellen wird sie schwerlich bald zur Ruhe kommen.²⁹

²⁶ Confessio 147. 148. Aus dem Interdiktenverfahren erklärt Demelius 148. 149 das *sponsionem (non) facere* und *(non) restituere* in XXII Z. 35.

²⁷ Zivilprozeß 237.

²⁸ Vgl. oben S. 14 Anm. 19.

²⁹ Aus dem Fragment des c. XIX L. Rubr. ist keine verlässige Antwort abzuleiten.

Der Mannigfaltigkeit der Obligationsobjekte entsprechend, die unter c. XXII fallen, ist in Z. 31–33 u. 39 eine ziemliche Zahl von Sprüchen in der üblichen Fassung aufgeführt, wie sie der in Jure Konfitierende gebrauchen soll.³⁰ Unter ihnen befindet sich – was auffallen muß – kein einziger, der mit voller Sicherheit auf ein prätorisches *debitum* zu beziehen wäre. Allerdings ist die Aufzählung gewiß nicht erschöpfend. Das Gesetz hat vermutlich nur Konfessionen aufgenommen, die in der Caesarischen Zeit von der prätorischen Praxis in Rom bereits als statthaft anerkannt waren. Der Munizipalbeamte aber durfte schwerlich den Kreis erweitern, wenn nicht das stadtrömische Gericht beispielgebend vorangegangen war.

Sehr bemerkenswert ist in XXII das Nebeneinander von Konfessionen, die das Rechtsverhältnis im ganzen erfassen, und solchen, die nur ein einzelnes Stück des Tatbestandes außer Streit setzen. In ganz ausschweifender Weise ist solche Stoffteilung zum Zweck des Zugeständnisses erst von Justinian gestattet, und zwar in einem sicher interpolierten³¹ Satze bei Ulp. l. 5 de omn. trib. 2277 D. 42, 2, 6, 2: . . . *praetorem . . . debere . . . omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere*. Bei Obligationen aber, die mit *Intentio incerta* zu verfolgen waren, wird man, wie ich glaube, gerade jenes Zerstücklungsverfahren als das einzig sachgemäße anerkennen müssen.³²

Was im c. XXII vor allem in die Augen fällt: der Szenenwechsel, der Ersatz des munizipalen durch das hauptstädtische Gericht mitten im Verfahren, ist im Gesetzestext weder deutlich geschildert noch genügend aufgeklärt. Nach dem durch die Ladung veranlaßten ersten Erscheinen der Parteien gehört auch eine etwaige *Konfessio* noch vor das *Duumviralgericht*. Leistet daraufhin der Geständige, was er schuldet, oder nimmt der Ansprecher eine anderweitige Abfindung an, so ist die Sache in Güte beendet. Indes erfährt die Aufgabe des *Zweiherren* eine Erweiterung, wenn der *Konfessus* Erfüllung verweigert, dann aber die vom Gläubiger edierte *Aktio ex confesso* annimmt, gleich-

³⁰ Vgl. dazu und zum folgenden oben S. 47 f. Anm. 33.

³¹ So äußern sich über *omne omnino* G. Demelius, A. Pernice, O. Lenzel, Th. Kipp, Gradenwitz, Giffard u. A.

³² Vgl. auch Demelius, *Conf.* 152.

viel ob er sich im Rechte fühlt oder den Prozeß unter einem Vorwande in Gang setzt, nur um Zeit zu gewinnen. Wann ist also die Grenze erreicht, an der die gesetzliche Zuständigkeit des Munizipalbeamten ihr Ende findet? Ich antworte: sie endigt, sobald der Verklagte dem Beamten mit prozessuellem Ungehorsam entgegtritt, wobei es einerlei ist, ob er schon von vornherein gehörige Defension ablehnt und hartnäckig bei diesem Entschluß verharret, oder im Anfang konfittiert, um sich hernach als *indefensus* zu gebärden.

Mit dem Gesagten stimmt der Aufbau von Kap. XXII, das in zwei Teile zerfällt, völlig überein. In dem ersteren Abschnitt ist der Beamte gar nicht erwähnt, da er nur die Befugnis hatte, eine im Einverständnis der Parteien verlaufende Verhandlung zu leiten. Sobald aber eine Zwangsverfügung nötig war, mußte das Untergericht als hierzu unzuständig seine Tätigkeit einstellen und die Rechtssache zu weiterer Prüfung und Erledigung nach Rom abgeben.

Demgemäß handelt auch die zweite Hälfte von XXII von dem höheren Gerichte, dem diese Aufgabe zufällt, mit anderen Worten vom stadtrömischen Prätor. Dabei gedenkt das Gesetz vor allem seines *ius dicere*, d. h. seines Aufsichtsrechtes über alle Privatprozesse, die er entweder zuläßt oder verweigert; daneben dann seiner mannigfaltigen Dekrete, die teils vorsorglicher Natur sind, teils der Vollstreckung von rechtlichen Anordnungen dienen, die durch Übung von Zwang erfolgen bald gegen die Person des Schuldners, bald gegen das Vermögen. Man sieht: was den Magistraten der Munizipien fehlt, das ist dem Prätor in Rom reichlich zugeteilt.

Um endlich jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß vergeltender Zwang nach c. XXII allein vom römischen Prätor geübt werden darf, auch wo sich der Ungehorsam der Partei gegen den Beamten eines Munizipiums kehrte, spricht der Schlußsatz des Kapitels noch ausdrücklich das Verbot aus: *ne quis . . . nisei pr(aetor) . . . eorum quouis bona possidere proscribei venire duceique eum*³³ *iubeat*.

³³ Nach Lenel, Edictum³ 410 ist die Frage nicht unbestritten, ob Personalhaft auch gegen den *certae rei* und *incerti confessus* und gegen denjenigen zulässig war, der gegen *actio certae rei* oder *incerti indefensus* blieb. L. Rubr.

Um die Stücke eines Rechtsverfahrens aneinanderzuschliessen, das vor zwei verschiedenen Gerichten stattgefunden hat, stellt c. XXII eine Fiktion auf, die kaum einer Erläuterung bedarf. Nutzlos darf man diese Aufstellung gewiß nicht schelten; denn sie erhöht unzweifelhaft die Autorität der Ortsgerichte. Da sie zum Zusammenfügen der Stücke auffordert, mochte sie auch dazu beitragen, überflüssige Wiederholungen zu verhindern. Irrig aber wäre es, an die Fiktion die Erwartung schnellen Abschlusses der Gesamtprozedur zu knüpfen. Während für die Sachen des c. XXI (*pecunia certa*) Einrichtungen bekannt sind, die beschleunigend wirken, trifft das für XXII nicht zu. Im Gegenteil: die Trennung in zwei Stücke, die aus verschiedenen, weit auseinanderliegenden Städten stammen, kann den Fortgang des Verfahrens nur gehemmt haben.

Ist es aber glaublich, daß der Gesetzverfasser sich mit einer Fiktion begnügte und keinen Bedacht hatte auf Herstellung einer raschen Verbindung durch ein erzwingbares *Vadimonium*?³⁴ Mit dem Nichtdasein eines solchen wird man sich wohl erst abfinden, nachdem genügender Ersatz beigebracht ist. Nun bietet nach meinem Ermessen die *Rubria* selbst in XXII Z. 46. 47 dem Ansprecher Hilfe an, wenn er seinen Gegner im *Municipium* vergeblich belangt hat, und zwar Hilfe, die meist kräftiger sein wird als ein *Vadimonium*.

Hat nämlich der Schuldner in seiner Heimat – nach einer *Konfessio* oder ohne diese – das ihm edierte, vom Beamten gebilligte *iudicium* abgelehnt, so kann der Gläubiger die Verfolgung seines jetzt nach Rom gewiesenen Anspruchs gegen den zum *indefensus* gewordenen damit einleiten, daß er unter Berufung auf das genannte Gesetzkapitel Z. 46 f. und auf die Fik-

c. XXII in f. scheint aber zur Bejahung der Frage zu nötigen.³ Vgl. dazu noch S. 414 (§ 202), wo allerdings von der *missio in possessionem* die Rede ist. M. E. ist die Frage nach der *Rubria* XXII sicher zu bejahen betreffs des *indefensus*; dagegen eher zu verneinen betreffs des *confessus*, und zwar wegen Z. 34. 35 (*confessus . . . neque se defendet*) u. Z. 40. 41 (*ita confessus erit*) und Z. 48–50 (*confessus . . . neque se defendisset*); wogegen Z. 41. 42 (*confessus . . . aut non responderit neque se defenderit*) wohl keinen Gegenbeweis liefert.

³⁴ Ein freiwilliges war begreiflich jederzeit möglich.

tion *missio in bona* des Gegners erbittet. Schon durch diese Drohung wird er den Schuldner nicht selten zur Umkehr, sei es zur Zahlung oder zur Einlassung in den Prozeß, veranlaßt haben. Gelingt es aber diesem nicht, dem Fortgang der Exekution Einhalt zu tun, so war die unvermeidliche Folge davon der Umsturz seiner Wirtschaft durch *venditio bonorum*. Der im Munizipium vom ungehorsamen Schuldner nicht befriedigte Gläubiger mochte dann eine Rate seiner Forderung von dem *emptor* jener *bona* eintreiben. Übrigens blieb nach Zivilrecht daneben die Haftung des Kridars bestehen.³⁵

Den gleichen Zweck, dem die Fiktion im c. XXII dient, hat der Prätor im Auge, wenn er in einem Edikte³⁶ ein *poenales* (vielleicht auch *populares*) *iudicium* verspricht gegen den Verklagten, der *ius dicenti* (d. h. einem munizipalen Gerichtsmagistrat) *non obtemperaverit*. Die Formel dieses Prozesses ist abgestellt auf *quanti ea res est*.

Nur ganz flüchtig soll hier eine Frage berührt – keineswegs untersucht – werden, die – wie ich glaube – in XXII Z. 46 mit den dem Prätor geltenden Worten *ius deicito* gestreift ist. Dem sehr allgemeinen *ius deicito* folgt häufig (z. B. im c. XX Z. 17, c. XXIII Z. 57) eine Spezialisierung nach in der Fassung: *ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito*, die insofern nicht erschöpfend ist, als die *'iurisdictio'* gewiß auch das *iudicium non dare* in sich schließt.

In der erwähnten Z. 46 deutet m. E. das Gesetz hin auf Ästimationsprozesse,³⁷ die sich einstellen im Gefolge einer nicht auf Geld lautenden *Konfessio in Jure*, doch sicher nicht auf sie allein. Denn oft genug wird die Schätzung weder das einzige noch das wichtigste Stück unter den Aufgaben sein, deren Prüfung dem Spruchrichter zugewiesen ist. Man denke nur etwa an eine *Konfessio in Jure*, die von der Gerichtspraxis als streitausschließend anerkannt ist, obwohl sie nur einen kleineren Teil des in den Prozeß gezogenen Tatbestandes umfaßt.

³⁵ Vgl. dazu Lenel, *Edictum*³ § 218 S. 428 f.

³⁶ Näheres bei Lenel, *SavZ. R. A.* 2 (1881), 17–21; *Edictum*³ 51 f.

³⁷ Siehe Huschke, *Recht des nexum* 163 A. 244.

5. Der Judikationsbefehl in der L. Rubria. – Abwehr gegen Th. Kipp

Gradenwitz, Dekomp. S. 49, spricht von kleinen Verstößen, die einer unglücklichen Glossatorhand zuzurechnen sind, und fährt dann fort: die 'langatmigen Aufzählungen' [dreimal] in XX, einmal in XXI, [einmal in XXIII], die dem *iudicium dare* überall unmittelbar ein *iudicare iubere* anhängen (*iudicareque iubeto cogito – iudicium det itaque iudicare iubeat*, so in XX – *ex iudiciis dateis iudicareve recte iusseis*, so in XXI) 'sind nicht recht schmackhaft'.³⁸ Unter der Überschrift 'Probleme' wird dann noch (S. 49. 50) gefragt, wie die 'Seltsamkeiten der Überfüllung mit *iudicium dare iudicareve iubere* zu erklären' wären, ob etwa 'aus dem Übergang von *legisactio* zu den *concepta verba*'?

Wenn ich recht verstehe, ist Gradenwitz nicht abgeneigt, den Judikationsbefehl an den Privatrichter, den die Rubria so häufig neben dem *iudicium dare*, d. h. neben dem praetorischen Dekret, das die Parteienformel und damit den auf sie zu gründenden Prozeß den Streitenden gegenüber zuläßt, einem ungeschickten Glossator zuzuschreiben, demnach als unecht zu streichen.

Eine andere, quellentreue Auffassung des *Jussum iudicandi*, d. h. des obrigkeitlichen Befehles, der Bürgerpflicht entsprechend eine Rechtsache zu prüfen und zu entscheiden, ist mir seit 1888 immer klarer geworden. In aller Kürze, unter Beifügung der Hauptbelege, ist sie in den Römischen Prozeßgesetzen II, 56, 10 dargelegt, dann in breiter Ausführung 1921 in den Sitzungsberichten der Wiener Akad. d. W. (Bd. 197) veröffentlicht.³⁹ Zu meiner Freude hat sich diese Schrift sehr rasch durchgesetzt. Zunächst in Deutschland mit beifälligen Bemerkungen von O. Lenel, P. Koschaker und Anderen begrüßt, hat sie sofort Aufnahme in L. Wengers *Röm. Zivilprozeß* gefunden. Auch

³⁸ In eckige Klammern sind oben die Zusätze eingeschlossen, die ich dem Gradenwitzschen Texte eingefügt habe. Genannt war der Judikationsbefehl vermutlich auch im c. XIX, wo zu dem ersten überlieferten Worte (*iussum*) wohl zu ergänzen ist: *iudicareve*.

³⁹ Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes.

im außerdeutschen Ausland ist sie nicht unbeachtet geblieben. Besonders wertvoll ist mir die Würdigung, die ihr F. De Vischer⁴⁰ in einer Anzeige meiner Kl. Prozeßformel zuteil werden ließ. Ferner glaube ich einen Schluß ziehen zu dürfen auf günstiges Urteil mancher italienischen Gelehrten aus der Mitteilung von B. Biondi,⁴¹ daß meine Ansicht über die Auswirkung des Judikationsbefehls – zumal auf die Richtersentenz – allgemein gebilligt sei, und die Einwendungen von Arangio-Ruiz bloß Einzelheiten betreffen.

Nur mit starkem Widerstreben wende ich mich schließlich einer Antikritik zu, die der Verteidigung des 'Judikationsbefehls' und der 'Prozeßformel' gilt. Der Gegner weilt nicht mehr unter den Lebenden. Durch seinen Tod haben wir vorzeitig einen der Besten aus der Romanistengilde verloren. Wie hoch ich ihn von jeher schätzte, das zeigen meine älteren Arbeiten und zeigt zur Genüge auch die gegenwärtige. Theodor Kipp war einer der ersten, der auf meine terminologischen Untersuchungen über 'actio' (Pauly-W., R. E. I) hinwies und auf Grund meiner Breslauer Festschrift (1888) die Vertragsnatur der Litiskontestatio anerkannte. Unstimmigkeiten tauchten zwischen uns zuerst 1921 auf, als Kipp in einer Abhandlung,⁴² die von den Exzeptionen handelt, den Versuch machte, die bindende Kraft der kontestierten Formel zu lockern, indem er das Nachbringen peremptorischer Einreden (bis zum Urteil) gestattete, wenn nur eine, zur bloßen 'Formalität' gewordene *restitutio i. i.* vorausgegangen ist. Bekämpft sind diese Aufstellungen in meiner 'Prozeßformel' in einem kleinen Exkurse (1, 150–56). Besser unterrichtet aber sind wir über die Vorstellungen, die Kipp von den grundlegenden Akten des römischen Privatprozesses hatte, erst seitdem die

⁴⁰ In der Revue Belge de philologie et d'histoire (Bruxelles) VII (1928), 2.

⁴¹ Studi P. Bonfante IV, 35 f. u. A. 19.

⁴² SavZ. R. A. 42 (1921), 328–56. Das (vermeintlich) klassische Recht der perempt. Exzeptio soll aufgenommen und fortgebildet sein durch Erlasse K. Diocletians, namentlich durch C. I. 7, 50, 2; C. I. 8, 35, 8. Auch die bloße 'Formalität' der *rest. i. i.* wäre jetzt weggefallen. – In meiner Prozeßformel 1, 152 f., 61 ist die Echtheit der angeführten Kaisererlasse in Frage gestellt. Gleichzeitig aber hat A. Guarneri – Citati in den Studi S. Peruzzi (S. A.) p. 3, 2 und p. 6 ff. die Unechtheit beider Gesetze erwiesen; vgl. auch E. Levy, SavZ. R. A. 46 (1926), 417.

wertvolle übersichtliche Darstellung⁴³ vorliegt, die 1930 mit der Überschrift 'Das römische Recht' als Bestandteil von R. Stammers 'Das gesamte deutsche Recht' ausgegeben ist. Aus Kipps Beitrag gehören hierher S. 148 f. und die polemisierende Anm. 2.

Die in dem Sammelwerk vorgetragene Lehre deckt sich weder mit meiner Ansicht, noch mit der von der Kellerschule vertretenen. Sie bringt aber nicht etwa Neues, sondern ist durchaus eklektisch: eine unklare Mittelmeinung, die Widersprüche vereinen will. Sie handelt von der Prozeßgründung und von der (neueren) Formel.⁴⁴ Den Judikationsbefehl lehnt sie ab.

Die Litiskontestation 'hat Vertragsnatur'. Daraus wird richtig gefolgert: 'wenn der Beklagte sich weigert, die Formel anzunehmen', nicht defendiert, 'kommt der Geschwornenprozeß nicht zustande'. Allein trotz jener 'Natur' des Aktes hat die Formel 'die Gestalt eines prätorischen Dekrets'. Der Prätor erteilt sie (*dare, reddere iudicium*) schriftlich dem Kläger.

In dem Vorgang, aus dem die Prozeßformel hervorgeht, werden die Entwicklungsstufen von Kipp nicht gesondert. Wichtig ist es besonders, die tatsächliche Herstellung und die rechtliche Vollendung auseinanderzuhalten, ferner die Anteile, die den drei beteiligten Personen zukommen. Den ersten Entwurf der Formel hat zweifelsohne (Cic. pro Caec. 3, 8)⁴⁵ der Kläger in voller Freiheit zu liefern (gewöhnlich von seinem Juristen unterstützt), obwohl es der Prätor ist, *qui iudicia dat* (Cic. l. c.).⁴⁵ Dieser Entwurf ist zunächst außergerichtlich, hierauf in Jure als Antrag dem Gegner wie dem Magistrat zu edieren. Von jetzt ab unterliegt die Formel der Kontrolle des Prätors (dessen *curare* und *iubere*). Auf Postulation des Verklagten oder auf eigenen An-

⁴³ Das Werk ist für weitere Kreise, nicht bloß für literaturkundige Fachgenossen bestimmt. Aus diesem Grunde vermissen ich eine Bemerkung, die feststellt, daß der Quellenstoff für die Kritik an meinem 'Judikationsbefehl' ausschließlich aus meiner Kl. Prozeßformel I genommen ist.

⁴⁴ Über das Verhältnis der einen zur anderen vgl. etwa meine Prozeßformel 1, 75-78.

⁴⁵ Dazu meine Prozeßformel 1, 17. 72 f. 87. 101 f. Von der Abfassung (*concipere*) der Formel (Gai. 4, 37: *formula ita concipitur*; 4, 30: *per concepta verba*) von seiten des Klägers (freilich nur eines Stückes der Formel) spricht Gai. 4, 68: . . . *bonorum emptore agente qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit*. - Vgl. ferner meine Prozeßformel 1, 5.

trieb kann der Gerichtsherr Änderungen des Textes anordnen.⁴⁶ Doch hat selbst die so berichtigte, vielleicht auch protokollierte Formel noch keine Rechtsgeltung. Um gültig zu werden, muß sie zunächst durch amtliches Dekret (durch das *iudicium dare*), das die Formel als Ganzes erfaßt, zur Streitbefestigung zugelassen⁴⁷ sein; und sodann müssen die Parteien durch den allein zwischen ihnen spielenden Akt des förmlichen *edere* und *accipere iudicium* den Prozeß – wenn man lieber will, ein Prozeßverhältnis, das selbst wieder *iudicium* heißt – begründet haben.

Den Parteien also gebührt das letzte, daher das entscheidende Wort. Die Formel aber ist, durch die Kontestatio vollendet, ihr Vertragstext, für sie selbst bindend, für den Prätor unberührbar.

Allein Kipp kehrt trotz der bedeutenden, meiner Lehre gemachten Zugeständnisse⁴⁸ in Sachen der Prozeßformel zu F. L. Keller zurück. 'Die Formel' – behauptet er – 'hat die Gestalt eines prätorischen Dekrets.'⁴⁹ Und nochmal: 'Die Formel erscheint nach Auffassung der Quellen als vom Prätor ausgehend; *iudicium dabo, in iudicio adiciam* (Ulp. D. 9, 3, 1, pr.).'

Nun gebe ich zu erwägen. Der römische *actor* – ich lege *ius civile* zugrunde – betreibt seine Rechtsverfolgung in vorgeschrie-

⁴⁶ Davon das Nähere in meiner Prozeßformel 1, 110–24. Über den wechselnden Sprachgebrauch, wo die Ergänzung von Texten in Frage kommt: bald unvermitteltes *addere* (= *adicere*), bald *addi iubere, curare* s. l. c. 1, 122.

⁴⁷ Für Kipp ist das prätorische *iudicium dare* die körperliche Übergabe der Formel an den Kläger. Dagegen habe ich in meiner Prozeßformel 1, 165–85. 192 ausführlich die oben angeführte Deutung zu begründen versucht. Kipp läßt sie unbeachtet. Vgl. aber O. Lenel, *SavZ. R. A.* 47, 36 f.

⁴⁸ Eines will ich hier noch nachtragen. *A. a. O.* S. 148, 2: 'Die Formel mit den Worten: *Titius iudex esto* könnte freilich als Parteireden allenfalls gedacht werden; ebenso das *condemnato, absolvito*; selbst das *condemna, absolve*.'

⁴⁹ Von dieser Annahme aus wird begreiflich, was Th. Kipp, *Geschichte der Quellen*⁴ 50 behauptet: die Prozeß-formulae des Albums seien Formulare für Amtshandlungen, namentlich für solche, mittels deren der Prätor den Geschworenen zur Untersuchung und Entscheidung eines Falles beauftragt und instruiert (so nach Keller, *Civilprozeß*⁶ S. 112). Kipp übersieht, daß die *formulae* ihre Hauptaufgabe bei der Streitbefestigung zu erfüllen haben. Was er im Auge hat, das ist ein Judikationsbefehl, den er als selbständiges Gebilde zu Unrecht leugnet und der gewiß nicht zusammenfällt mit der Prozeßformel unserer Quellen. Vgl. meinen Judikationsbefehl 17 (gegen Buß).

bener Weise. Nach Keller-Kipp muß er zu diesem Zweck ein Dekret des Prätors erwirken. Mit diesem Dekret hat er zu agieren. Ins Heutige übersetzt: wer klagen will, muß zuerst einen bewilligenden Bescheid des Gerichtes einholen. Mit diesem Gerichtsbescheid hat er sodann die Klage zu erheben.⁵⁰

Ginge die Formel vom Prätor aus – wie meine Gegner behaupten –, so müßte er, der Beamte, die darin sprechende Person sein. Dem aber kann niemand zustimmen, der die Quellen einigermaßen kennt. Die römischen Juristen schreiben die Litiskontestatio ausschließlich den Parteien zu, niemals daneben dem Prätor, und wo sie die Wirkungen der Streitbefestigung hervorheben: das Prozeßverhältnis mit seinen Folgen, die Ausschlußwirkung andererseits, lassen sie wieder den Beamten beiseite und nennen als Urheber bloß die Parteien, besonders häufig den Kläger, von dem das *agere*, *petere*, *intendere* beschafft wird.

Weniger bekannt ist es, daß die Klassiker zuweilen eine Tätigkeit annehmen, die nur einem einzelnen Teilstück der Formel entspricht, um dann jene Handlung mit den Parteien oder mit einer von ihnen als Subjekt zu verknüpfen. Als Beispiele nenne ich das *fungere* (Gai. 4, 38: *fungimus*), das allgemein brauchbare *ponere*, *dicere*, *complecti* (Paul. Coll. 2, 6), dann *demonstrare*, *designare* (Gai. 4, 60), *condemnare* (?), *praescribere* (Gai. 4, 131a).⁵¹ Diesen und anderen Zeugnissen gegenüber dürfte es

⁵⁰ Dazu meine Prozeßformel 1, 4 unten.

⁵¹ Die Belege für *demonstrare*, *designare*, *condemnare* sind im Vocab. iurispr. r. I u. II zu finden. Von den zu *condemno* I p. 874 angeführten Stellen sind zwei: D. 48, 5, 2 pr. u. D. 49, 14, 48, 1 von vornherein auszuschneiden, weil sie nicht vom Privatprozesse handeln. Die übrigbleibenden sind wohl alle als unecht verworfen. Ob mit Recht, das wäre hier nur so weit zu prüfen, als die Anfechtung den 'kondemnierenden' Kläger betrifft. Daß die anderen, oben erwähnten Formelworte – von handelnden Parteien gebraucht – nicht unklassisch sind, das glaube ich behaupten zu können. Die Verwendung von '*condemnare*' aber im gleichen Sinne mögen die Juristen vermieden haben wegen des hindernd im Wege stehenden Richters, der 'kondemniert'. – *Intendere* ist oben in der zweiten Reihe nicht mitangeführt, weil dieses Wort, welches das Hauptstück der Formel anzeigt, sicher häufig = *agere* gesetzt ist. – Von den oben genannten Belegstellen ist – wie bekannt – Gai. 4, 60 von mehreren Kritikern als unecht beanstandet. Ich aber stehe durchaus auf O. Lenels Seite (SavZ. R. A. 48, 1 ff. und Bd. 50, 12–17) und meine sogar, weitere Erwägungen seien noch in Bereitschaft, um die Antikritik namhaft zu verstärken.

in hohem Grade gewagt sein, heute noch an Kellers⁵² 'schriftlich erlassenen Ausspruch des Prätors (*formula*)' festzuhalten, durch den der Judex ernannt und mit seiner Aufgabe befehlsweise bekannt gemacht wurde.'

Th. Kipps Widerspruch kehrt sich auch gegen den von mir gelehrten⁵³ selbständigen Judikationsbefehl. Meine Abwehr kann und muß an diesem Orte sehr kurz sein. Sie wird beschränkt bleiben auf das zu Privatprozessen hinzutretende *iussum* und nur das Wichtigste andeuten.

Nach Kipp 'kann der Judikationsbefehl sehr wohl in der Formel liegen'; denn auch 'diese gehe vom Prätor aus'. Letzteres ist eine unhaltbare Behauptung. Wie schon gezeigt wurde, ist die Formel ein Vertragstext der Parteien⁵⁴. Sie sind es, die in der Formel zueinander sprechen. Ein Mittun des befehlenden Beamten ergäbe ein unmögliches, groteskes Gebilde.

Kipp aber will diesem Vorwurf dadurch entgehen, daß er – Keller folgend – das *iudicium dare* mit der Formel verschmilzt und so ein einziges Dekret des Prätors zuwege bringt, in dem auch der Judikationsbefehl unterschlüpfen könnte. Leider ist auch dieser Ausweg versperrt. Denn das prätorische Daredekret ist an die Parteien gerichtet,⁵⁵ dagegen der Judikationsbefehl zweifellos an den Richter.⁵⁶ Es kann sich daher nicht um ein einziges Dekret handeln, sondern um zwei gesonderte, die durchaus verschiedenen Inhalts sind und sich auch nicht an dieselbe Person wenden.

Nun aber ist es wohl an der Zeit, die nutzlose Erörterung abzubrechen, um wieder an die Quellen heranzutreten mit der Frage, ob es etwa mit ihrer Hilfe gelingen mag, von dem wirren Spuk der Kellerschule loszukommen?

Die Rubrischen Fragmente weisen in drei Kapiteln sechsmal die Wortgruppe auf: *iudicia dato iudicareque (iudicareve) iubeto* (einmal folgt noch *cogito*), wobei die Worte immer in der gleichen Folge erscheinen.

⁵² Röm. Civilprozeß⁶ § 23 S. 112.

⁵³ In den Sitzber. d. Wien. Akad. d. Wissenschaften, Phil.-Hist. Kl. Bd. 197 (1922): Der Judikationsbefehl der röm. Prozesse.

⁵⁴ Vgl. auch meine Prozeßformel 1, 3. 143 f. 147. 149. 150 f.

⁵⁵ Siehe meinen Judikationsbef. 18 ff. 29.

⁵⁶ Siehe meinen Judikationsbef. 17 f. 26–29. 116. 246.

Die Bedeutung des *iudicium dare* bedarf hier keiner genaueren Erläuterung. Die in solcher Weise angezeigte amtliche Handlung gestattet den Parteien die Prozeßgründung unter Verwendung einer bestimmten Formel. Daher muß jener Amtsakt dem Vertragsschluß: der *Kontestatio* der Parteien, vorhergehen.

Anders aber verhält es sich mit dem *iussum iudicandi*. Dieses setzt einen bereits bestellten Richter, mit anderen Worten eine mit *Titius iudex esto* kontestierte Formel voraus und schließt den Prozeßaufbau ab. Was also schafft der Judikationsbefehl? Er fügt der von den Parteien erteilten Ermächtigung⁵⁷ zum *condemnare – absolvere* die auf den Streit zwischen *A. A.* und *N. N.* spezialisierte, aus dem *munus iudicandi* fließende Richterpflicht hinzu. Solche Gebundenheit können begreiflich nur Magistrate dem Bürger auflegen, nicht die Parteien dem gleichgeordneten Genossen.

Über den Inhalt des Judikationsbefehls wäre noch viel mehr zu sagen. Doch darf ich wohl davon absehen, zu polemischen Zwecken weitere Mitteilungen zu machen; im übrigen wird es genügen, auf meine Schrift zu verweisen.

Das *Daredekret*, der Judikationsbefehl (beides Amtshandlungen) und die Streitbefestigung (ein Rechtsgeschäft lediglich unter Privaten) sind so grundverschieden, daß man nur schwer begreift, wie ein hochbegabter, scharfsinniger und vielwissender Jurist auf den Gedanken verfallen konnte, aus jenen dreien eine höchst verwickelte Einheit zurechtzukneten, die der vielgerühmten Klarheit des Römerrechts geradezu Hohn spricht. F. L. Keller aber hatte einen steinharten Kopf, und der riet ihm, den in der Jugend begangenen Fehler standhaft durchs ganze Leben zu tragen.⁵⁸ Wer Keller richtig beurteilen will, darf den umfanglichen Aufsatz in der Halleschen Literaturzeitung von 1846 Bd. II über und gegen H. Buchka nicht außer acht lassen, ein recht merkwürdiges, nicht sicher zu deutendes Schriftstück. Die

⁵⁷ Varro I. I. 6, 61 spricht von einer *potestas* des *Judex*, Fest. p. 356 (M.) von einem *ius statuendi*.

⁵⁸ Ein ähnliches Urteil habe ich vor vielen Jahren aus dem Munde von Gustav Hartmann (Göttingen) vernommen und von Joh. Emil Kuntze (Leipzig), mit dem mir kurz vor seinem Tode ein unvergeßliches Gespräch vergönnt war.

behandelten Begriffe sind darin aufs allerschärfste zugespitzt. Manchmal hatte ich den Eindruck, der Verf. blicke zwischen den Zeilen nach dem Leser und sei erstaunt über das ihm, dem Verfasser, geschenkte Vertrauen.

In Sachen des Judikationsbefehles verhängt Th. Kipp einen Tadel über meine Schrift. Zuerst bemerkt er im Hinblick auf meine Lehre: 'ich glaube das nicht.' Sodann hält er mir als unglaubwürdig die Formelabschrift vor (m. E. die unerläßliche Beilage jenes Befehls) und den *viator*, der dem Richter das Jussum nebst der Formel zubringt. Beides sei nur hypothetische Annahme und für die ältere Zeit sehr unwahrscheinlich.

Meine Entgegnung lautet: die Formelabschrift als Beilage des Judikationsbefehles ist nicht bloß vermutet, sondern durch die L. Rubr. c. XX Z. 21 so gut wie erwiesen; s. Judikationsbef. 17. 111 f. Hinsichts des *viator* freilich muß ich die 'Hypothese' ohne weiteres zugestehen. Nur meine ich, die Erfindung des *viator* sei gewiß nichts allzu Phantastisches. Wenn Papinian (l. 3 quaest. 102 D. 5, 1, 39 pr.)⁵⁹ *in addicendo* Anwesenheit und Kenntnis des Iudex für unnötig erklärt, andererseits ein Spruchrichter, der von der Formel nichts weiß, zweifellos ein Unding ist, wird man wohl das Unvermeidliche, ich meine den kleinen *viator*, selbst ohne Zeugnis anerkennen müssen.

In der polemisierenden Anm. wendet sich Kipp unter anderem gegen die von mir schon 1888 behauptete Unterschiedenheit der *lis ordinata* und *lis contestata*. Diesen Streit nehme ich nicht wieder auf. Er ist m. E. schon von Cuiacius, Observ. 18, 23 richtig entschieden und neuerdings (1903) wieder von O. Lenel in der SavZ. R. A. 24, 332 ff. (gegen Hölder). Wichtig ist es besonders, der *lis* und dem *iudicium coeptum, inchoatum* die Bedeutung zu wahren, die ihnen in den alten Quellen zukommt. Ein 'begonnener' Prozeß ist nach der Ausdrucksweise der Juristen der kontestierte, nicht auch der bloß vorbereitete.

Seine Verteidigung der Keller-Lehre schließt Kipp ab mit einem seltsamen Ausspruch, der ohne Kritik nicht hingegenommen werden kann. Vorher sind ein paar einführende Worte nötig.

⁵⁹ Dazu mein Judikationsbef. 112 f. Interpolationsvermutungen im Index itp. Suppl. I.

Dem Volksbewußtsein in Rom war seit alters das Verbot des *actum agere* tief eingeprägt. Sicherlich stammt es von den Juristen her, die so die Ausschlußwirkung der Streitbefestigung zum Ausdruck brachten. Der Wortlaut der *Maxime*, den wir heute bevorzugen, begegnet bei Quintilian inst. 7, 6, 4: *Bis de eadem re ne sit actio*. Allein dieser Text ist gewiß nicht der einzige, den die Römer in Wort und Schrift im Gebrauche hatten. E. I. Bekker hat 1853 für seine Prozessualische Consumption 21–26 eine beträchtliche Zahl von Bruchstücken zusammengebracht, die einer etwas abweichenden Fassung der Ausschlußregel angehören müssen. Ein später angefertigter Nachtrag zu jener Sammlung ist vom selben Autor 1871 im 1. Bande seiner Aktionen 335 f. veröffentlicht.

Die zahlreichen von Bekker aufgeführten Zeugnisse für das *ne bis* sehen – mit einer einzigen Ausnahme⁶⁰ – vom Gerichtsmagistrat durchaus ab. Die Entstehung der Rechtsätze, welche die Wirkungen der *lis contestata* ordnen, liegt völlig im Dunkel. Sie mögen durchaus ein Werk der priesterlichen Juristen sein, während der Gerichtsmagistrat keinen Anteil daran hatte. Die Handhabung jener verneinenden Regel aber ist ohne tätige Mitwirkung des Consuls, später des Prätors in Jure nicht denkbar. Wenn auch von ihr so gut wie gar nicht die Rede ist, so erweist sich daraus nur die Übermacht der alten Pontifizes und die Beherrschung auch der Volksanschauung durch sie.

Nach diesem Exkurs wende ich mich Kipp zu, der folgendes ausführt: 'Der Kläger kann über dieselbe Sache nicht zum zweiten Male klagen, gleichviel, welches der Ausgang des ersten Prozesses gewesen ist. Dies hat man⁶¹ in Anhalt an die römischen Quellen in den Satz zusammengefaßt: 'de eadem re non bis datur actio.'³

⁶⁰ Terenz Phormio, 402–05, legt dem Parasiten die Worte in den Mund: *At tu qui sapiens es, magistratus adi, iudicium de eadem causa iterum ut reddant tibi: quandoquidem solus regnas, et soli licet hic de eadem causa bis iudicium apiscier*. Mommsen, R. StfR. 177, 3, erklärt die *magistratus iudicium reddentes* 'für ganz unrömisch'. Mit Unrecht. Siehe O. Fredershausen, *De iure Plautino et Terentiano caput I* (1906) 62, 3, dem B. Kübler, *Wochenschr. f. klass. Philologie XXV* (1908), 946 ff., zustimmt. Terenz ist 595 d. St. (159 a. C.) gestorben.

Damit vergleiche man Gaius, der in 4, 108 von der Legisaktionszeit berichtet: *qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*. Dieser Satz gilt auch nach der Prozeßreform unter den Voraussetzungen, welche Gai. 4, 107 anführt. In allen anderen Fällen muß sich der Verklagte zum Schutz gegen erneute Verfolgung der 'exceptio rei in iudicium deductae' bedienen.

Was in dieser Darlegung Kipp gehört, ist unter Anführungszeichen gesetzt. Für welche Zeit er sein neugefaßtes Sprichwort aufstellt, das sagt er nicht. Da es eine *ipso iure* wirksame Konsumption noch im neueren Rechte gibt, vermute ich, daß er die voraebutische Epoche ebenso im Auge hatte wie die nachaebutische. Hiernach wäre Kipp mit mir einverstanden in der Annahme eines *dare* und *non dare* (Zulassung und Verweigerung) auch der Legisaktio.

Meine Bedenken gegen Kipps Neuerung zielen also anderswohin. Das neugefaßte Sprichwort ist nicht unrichtig, aber unrömisch. Das *dare* und *non dare actionem* geht vom Magistrat aus. Die alte Juristensprache aber verschweigt sein Mittun. Weshalb? Weil der Gerichtsbeamte in der Legisaktio und im legitimen Formelverfahren nur pflichtgemäß ausführt, was ihm das Jus civile bindend vorschreibt. Nach Kellers Ansicht ist es der Prätor, der von sich aus die Wiederholung des Prozesses *de eadem re* verhindert, weil er es war, der den ersten Prozeß kontestiert hat. Anders aber unsere Quellen. Ihnen zufolge sind es ausschließlich die Parteien, die agieren, d. h. *lis contestieren*, und sie selbst schieben durch ihre Formalhandlung den Riegel vor, der ihnen von Rechts wegen die nochmalige Prozeßgründung versperrt: *qua de re actum semel est, de ea postea ipso iure agi non potest*.

⁶¹ Wer 'man' ist, das bleibt ungesagt. Meines Wissens – wer übersieht freilich die Literatur vollständig? – vor Th. Kipp niemand. Ganz treffend aber wird jenes 'man' auf die Kellerschule bezogen. Denn zu ihrem Besten werden die alten Pontifizes und alle ihre römischen Nachfolger berichtigt.

c. 19	77 ²⁹ . 82 ²⁸	5, 5 a, 3	56. 56 ⁵⁵
c. 20	32. 82	5, 5 a, 5 <7>	54. 56. 57
c. 20 Z. 7-40	24	5, 5 a, 7 a [6a]	53 ⁴⁷
c. 20 Z. 17	81	5, 5 a, 8	53 ⁴⁷
c. 20 Z. 21	89	5, 35, 2	57
c. 23	82		
c. 23 Z. 57	81		
		Probus	
		de notis	
Institutiones Iust.		4, 1	34
4, 13, 4	42 ²⁴		
		Quintilianus	
		Inst. orat.	
Lex XII tab.		7, 6, 4	90
III, 1	37. 38		
III 1-3	38 ¹⁶ . 61. 67		
		Terentius (Afer)	
		Phormio 402-405	90 ⁶⁰
		Paulus	
		Sententiae	
2, 1, 5	11 ¹⁰ . 49 ³⁴ . 50f. 50 ⁴² . 56 ⁵⁵		
5, 5 a, 1	54	Varro	
5, 5 a, 2	59 ⁶¹	de lingua lat.	
		6, 61	88 ⁵⁷

Zergliederung des Rubrischen Kapitels XXI col. II Z. 2—21

2 A quoquomq(ue) pecunia certa credita signata forma p(ublica) p(opulei) R(omanei), in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura)

3 f(oro) v(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ve, quae sunt eruntve in Gallia Cisalpeina, petetur, quae res non

4 pluris HS XV erit,

I sei is eam pecuniam in iure apud eum, qui ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), ei qui eam petet, aut ei quous nomine ab eo petetur, dare oportere debereve se confessus erit neque id quod confessus erit solvet satisve faciet, aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defendet

Z. 4-9

II seive is ibei d(e) e(a) r(e) in iure non responderit,¹ neque d(e) e(a) r(e) sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit se defendet:

9 tum de eo, a quo ea pecunia petita erit, deque eo, qui eam

10 pecuniam d(arei) o(portebit), s(iremps) res lex ius caussa que o(mnibus) o(mnium) r(erum) esto atque utei esset esseve

11 oporteret,

I sei is, qui ita² confessus erit

Z. 11-12

II aut d(e) e(a) r(e) non responderit aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defenderit

12 eius pecuniae iei

13 qui eam suo nomine petierit quoive eam d(arei) o(portebit), ex iudiciis dateis iudi-

14 careve recte iusseis iure lege damnatus esset fuisset. quique quomque

15 Ilvir IHvir praefec(tus)ve zbei i(ure) d(eicundo) p(raerit),

I is eum, qui ita quid confessus erit neque id solvet satisve faciet, cum<ve>, qui se sponsione iudiciove utei<<ve>> oportebit non defenderit,

Z. 15-18

II aut in iure non responderit neque id solvet satisve faciet, <aut se sponsione iudicioque uti oportebit non defenderit>,³

18 t(antae) p(ecuniae), quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos am-

19 bigetur, dumt(axat) [HS] XV s(ine) f(raude) s(ua) duci iubeto; quique eorum quem, ad quem

20 ea res pertinebit, duxserit, id ei fraudi poenaeve ne esto; quodque ita fac-

21 tum actum iussum erit, id ius ratumque esto.

Die Ziffer I ist den Textstücken vorgesetzt, die zum sog. Confessus-Teil gehören, II weist auf den Indefensus-Teil hin. Im übrigen sind die auf diesem Blatte gebrauchten Zeichen (Kursivlettern und vier Arten von Klammern) aus Bruns-Gradenwitz, Fontes I ed. VII. bekannt. Ihre Erläuterung ist dort auf pag. XVII gegeben.

¹⁾ Vgl. Wlassak, Klass. Prozeßformel I, 207-10.

²⁾ S. oben S. 63.

³⁾ S. oben S. 20 A. 25 u. S. 45 bei A. 29.