gebene. Bei der *fidejussio* handelt es sich meist um den (lehrhaft vorgetragenen) Satz, dass es für ihre Zulässigkeit keinen Unterschied mache, ob die *principalis obligatio civilis* oder *naturalis* sei. Hier hat also die *civilis obligatio* die *naturalis obligatio* nach sich gezogen, und nachdem einmal der letztere Begriff gewonnen war, fanden die Juristen (wie später noch mehr die Compileratoren) Gefallen an ihm, so dass sie ihn auch auf die *condictio*, obgleich sie das eigentliche Gebiet des *debitum* war, übertrugen. Es waltete demnach zunächst das Gesetz der Anziehung, dann das der Ausdehnung.

Die Stellen, die Gradenwitz besprochen hat, erfahren bei ihm eine gute Auslegung. Ich mache besonders auf Dig. 44, 7, 58 (59) aufmerksam: *pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur*. Hier, sagt er S. 164, „ist es in der That das 'naturale', dass ein Kind nicht verpflichtet wird, denn die Willensunreife der Kinder, ihre Unzulänglichkeit ist Natur, nicht Menschensatzung.“ Dann aber ist auch noch der Excurs über das System des Gajus, Buch 2 § 18 ff. zu erwähnen (vgl. dazu auch die Bemerkungen von Paul Krüger in dieser Zeitschrift Bd. 22 S. 49 ff.). Gradenwitz zeigt, dass das die Darstellung beherrschende Prinzip die Eintheilung der *res in Mancipi* und *nec Mancipi* und damit die *Mancipatio* mit ihren Aequivalenten ist. Darnach stellen sich die §§ 66—79, die von den originären Erwerbsarten handeln, als ein Gajanisches Einschießel in die ursprüngliche Vorlage dar und wird durch ihre Ausschaltung das System dieser Vorlage ebenso einfach, wie es Pernice für die Obligationen hergestellt hat. Ich benutze den Anlass, um eine frühere missverständliche Aeusserung von mir richtig zu stellen. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. 22 S. 331, hatte ich zu der von Gradenwitz mitbesorgten 6. Auflage der Bruns'schen *Fontes* bemerkt, dass die *negotia* in dieser Auflage nach dem von Pernice entwickelten System neu geordnet seien; in Wahrheit trifft dies nicht für die *negotia* insgesamt, sondern nur für die obligatorischen zu.

Münster i. W.

Hugo Krüger.

Girard, Paul Frédéric: *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques (prix Odilon Barrot). (Vol.) 1. *Les six premiers siècles de Rome*. Paris, A. Rousseau 1901. XXX, 339 S. 8° und 2 Karten. 15 Frs.

Der gelehrte und wohlbekannte Pariser Professor, der sich bereits durch seinen *Manuel élémentaire de droit romain* (3. éd., 1901) und seine *Textes de droit romain annotés* (2. éd., 1895), sowie durch eine Reihe guter Aufsätze allenthalben Freunde erworben hat, tritt jetzt mit einem werthvollen Werke, das recht eigentlich eine Lücke in

unserer neueren romanistischen Litteratur ausfüllt, an die Oeffentlichkeit. Sein Plan ist, eine vollständige geschichtliche Darstellung der römischen Gerichtsverfassung zu geben, eine vollständige insofern, als sie von der Gründung der Stadt bis zum Untergange des weströmischen Kaiserreichs durchgeführt wird, Civil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit umfasst und sich auf Rom, Italien und die Provinzen erstreckt. In vier Bänden will Girard den gesamten Stoff bewältigen. Der erste, vorliegende Band behandelt drei Perioden: die Königszeit, die Zeit von der Einführung der republikanischen Verfassung bis zu den Licinischen Gesetzen (ausschliesslich) und die Zeit von diesen Gesetzen (Errichtung der Praetur) bis zum Beginn des siebenten Jahrhunderts der Stadt (lex Aebutia ausschliesslich). Der zweite Band soll dem letzten Jahrhundert der Republik gewidmet sein. Der dritte umfasst die Kaiserzeit, die in zwei Perioden getheilt wird, deren zweite mit Diocletian beginnt. Ein vierter Band endlich wird eine Liste der Magistrate und der Geschworenen, sowie der Gerichtsbezirke enthalten, und auf das Erscheinen dieses letzten Bandes darf nach Girards ausdrücklicher Bemerkung zuerst gerechnet werden.

Damit ist das eigentliche Thema des Verfassers gezeichnet. Aber die römische Gerichtsverfassung, zumal in dem weiten Sinne, in dem Girard sie fasst, hängt doch zu eng einerseits mit dem Prozess und andererseits mit dem Staats- und Verwaltungsrecht zusammen, als dass er nicht auch in diese Materien hätte tief eingreifen müssen. Thatsächlich ist in sein Buch fast die ganze Lehre des römischen Prozesses, insbesondere des Civilprozesses, eingeflochten, und an staats- und verwaltungsrechtlichen Ausführungen und Bemerkungen ist es so reich, dass sich vielleicht eine grössere Beschränkung empfohlen hätte.

Girard bringt manches Originelle, worauf unten gelegentlich hingewiesen werden wird. In der Hauptsache freilich, wie es bei der Art seines Werkes ja nur natürlich ist, unterrichtet er uns über den neuesten Stand der Lehre und nimmt er für die eine oder für die andere Meinung Partei, sie bald unverändert vertretend, bald etwas verschiebend, bald mit mehr Zeugnissen belegend, bald auf bessere innere Gründe stützend. Insbesondere ist es Mommsen, dem sich Girard, wie überhaupt, so vor Allem auf dem Gebiete des Strafrechts anschliesst: sehr erklärlich gegenüber einer solchen Autorität und noch natürlicher beim Uebersetzer des Mommsen'schen Staatsrechts. Wer Mommsen folgt, darf weitester Zustimmung gewiss sein; und so liegt ein doppelter Grund dafür vor, wenn die nachstehende Besprechung auf den die Straf- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit jeweils behandelnden Theil am wenigsten eingeht.

Girards gewissenhaftes und umsichtiges Arbeiten, verbunden mit umfassender Kenntniss der Quellen und der Litteratur, ist bekannt; gleichwohl lassen sich Bedenken gegen manche seiner Aufstellungen nicht unterdrücken. Den ganzen Inhalt seines Buches hier wiederzugeben, kann nicht die Absicht sein; so beschränke ich mich auf das Hauptsächlichste und das sonst nach meiner Meinung Interessante.

Die Rechtsprechung des Königs betrachtet Girard nach Ort, Zeit und Competenz. Der Ort ist das (erhöhte) tribunal, das sich auf dem comitium befindet; aber der König kann auch an jeder andern Stelle der Stadt zu Gericht sitzen. Er bedient sich alsdann der sella curulis, die er auf dem königlichen Wagen mit sich führt. Die Zeit der Gerichtssitzung steht ebenfalls in seinem Belieben. Da er aber ausserdem sowohl die Comitien zu halten als auch die Culthandlungen zu vollziehen hatte, so war eine Eintheilung der Zeit und insbesondere der Tage nöthig, und auf dieser realistischen Grundlage beruht nach Girard der nach Numa benannte Kalender mit seinen dies fasti, comitiales, nefasti u. s. w. Zudem hält er es für wahrscheinlich, dass bis zur lex Hortensia die auf jeden letzten Tag der achttägigen Woche fallenden nundinae der Rechtsprechung verschlossen waren, wie sie es stets für die Abhaltung der Comitien waren. Was die Competenz des Königs in Civil- und Strafsachen angeht, so war auch sie grundsätzlich schrankenlos. Er war der einzige Richter, und nur im Falle seiner Abwesenheit von der Stadt vertrat ihn in Allem der praefectus urbi. Wohl konnte der König seine Gerichtsbarkeit delegiren; er konnte auch z. B. vor der Vollstreckung der von ihm erkannten Todesstrafe die Comitien befragen; aber eine Verpflichtung dazu bestand für ihn ebensowenig, wie es ein Recht des Verurtheilten auf provocatio ad populum gab. Nur in einem hierhergehörigen Falle nimmt Girard zweifelnd eine Beschränkung der königlichen Macht an: um eine ordnungsmässig erkannte Strafe im Gnadenwege zu erlassen, sei vielleicht die Mitwirkung des Volkes nöthig gewesen, wie sie es zweifellos bei der Arrogation und der Errichtung eines Testaments war.

Nicht übergangen werden darf, was Girard über die Civiljurisdiction des Königs und seine Competenz für sie sagt. Der König sei sich nämlich seiner Rolle auf diesem Gebiete noch nicht voll bewusst gewesen, er hätte sich der Civiljustiz gegenüber noch indifferent verhalten, und es hätte erst eines eigenthümlichen Mittels bedurft, um ihn zur Uebernahme des Richteramtes zu veranlassen. Das begründet Girard in folgender Weise. Das älteste römische Recht weise eine Anzahl aussergerichtlicher formeller Akte auf, durch welche derjenige, der sich in seinem Rechte verletzt glaubt, sich selbst Genugthuung verschaffe. Als solche aussergerichtliche Akte führt Girard auf: das Verfahren gegen den fur manifestus, das furtum quaerere lance licioque und, was besonders erwähnenswerth ist, die vindicatio und contravindicatio. Man kennt nicht, fährt er fort, den genauen Zeitpunkt, in dem einige solcher aussergerichtlicher Akte zu gerichtlichen Prozesshandlungen geworden sind und zu regelrechten Prozessen geführt haben. Aber die legis actio sacramento wenigstens lässt doch erkennen, wie sich der Uebergang vollzog. Diese Prozessform macht einen Eid des Klägers und einen entgegengesetzten des Beklagten nöthig, und damit ist ein Mittel gefunden, den Rechtsstreit vor die oberste Autorität und zugleich mächtigste Instanz im Staate, die Unsicherheit und Widerstand ausschliesst, nämlich vor den König zu

bringen; denn der König als oberster Priester hat die Pflicht zu untersuchen, wessen Eid falsch ist, damit der Falscheid Sühne findet. Ohne diesen durch die beiden entgegengesetzten Eide ausgeübten Zwang bleibt der König, wie Girard nochmals betont, gegenüber den Streitigkeiten der Privaten um civilrechtliche Dinge theilnahmlos und unthätig. Es existirte eben kein ordentliches Organ für die Entscheidung solcher Streitigkeiten bis zur Einführung der *legis actio sacramento*; wäre der König dieses Organ gewesen, so hätte er die Civilprozesse ohne das Mittel der Eide an sich ziehen können. Nachdem aber einmal durch das Eidesverfahren der Weg zum Könige geöffnet war, hätten die Parteien es vorgezogen und sich daran gewöhnt, *vindicatio* und *manus injectio* mit Rücksicht darauf, dass sich eventuell ein Streit daran knüpfte, von Anfang an vor dem Könige, anstatt wie bisher aussergerichtlich, vorzunehmen. Soweit Girard. Wir müssen zu seiner Auffassung, die an bereits von Anderen geäusserte Meinungen anklingt, aber in der Begründung der vermeintlichen Incompetenz des Königs neu ist, Stellung nehmen. Er sagt zwar selbst, dass sie nur eine Hypothese sei; aber sie fände doch eine feste Stütze an der inneren Logik der Institutionen. Abgesehen davon, dass bisher Jeder seine besondere Ansicht über die Entstehung der *legis actio sacramento* und andere altcivile Dinge auf diese Logik gegründet hat, setzt Girards Erklärung zunächst voraus, dass die *legis actio sacramento* ihren Namen von der ursprünglichen Eidesleistung der Parteien hat. Diese Meinung, die auch ich theile, gewinnt immer mehr Anhänger. Wer sich aber nicht zu ihr bekennt, muss Girard von vornherein die Gefolgschaft versagen. Aber weiter! Man hat sich mit Recht darüber gewundert, dass der alte Civilprozess in seinem ordnungsmässigen Verlaufe den Umweg über einen Falscheid nehmen musste, dass die Parteien nicht anders Recht erhalten konnten, als durch den gewiss bedenklichen Zwang für die eine Partei, falsch zu schwören. Man hat diese Merkwürdigkeit verschieden erklärt. Die meisten Erklärungsversuche, und das gilt auch für denjenigen Girards, laufen darauf hinaus, dass die Eidesleistung allein die richterliche Thätigkeit in Bewegung zu setzen vermöge: sie sei Vorbedingung für die Eröffnung des Rechtsweges. Ich habe demgegenüber früher (Geschichte der *capitis deminutio* [1887], S. 218) die Ansicht vertreten, dass der Eid nicht in einem so äusserlichen Zusammenhange mit dem Prozessverfahren stand, sondern dass er eine prozessuale Funktion innerhalb des bereits begonnenen Prozesses erfüllte: der Eid sei ein (summarisches) Beweismittel gewesen, das freilich versagen musste, wenn beide Parteien ihre entgegengesetzten Behauptungen beschworen. Ich halte auch heute noch an dieser Ansicht fest. Inzwischen haben auch Andere ähnliche Meinungen, wenn auch mit anderen Begründungen, geäussert. Aber auch sonst fehlt es jener zuerst genannten Gruppe von Meinungen nicht an Gegnern. Ich nenne z. B. Gradenwitz, der in seiner auch als Sonderabdruck aus der Berliner Festgabe für Gneist erschienenen Schrift: *Zwangsvollstreckung und Urtheils-*

sicherung (1888), S. 9, sagt: „Ganz ausser Betrachtung bleibt die Frage nach dem Ursprung und der Bedeutung des sacramentum; dieses ist ein zweiter, selbständiger Prozessgedanke; die eben geschilderte actio in rem konnte auch ohne sacramentum weitergeführt werden, und das sacramentum konnte auch ohne jene bestehen“, unter Berufung auf Bekker, Aktionen, Bd. 1, S. 57 ff. Schwerlich wird man sich darüber einigen, nicht schon, welche Ansicht, sondern auch nur, welche der beiden Gruppen von Ansichten das Rechte getroffen hat, und daher muss auch Girard von vornherein auf Widerspruch gefasst sein. Stellt man sich aber in der Auffassung der Funktion der Eide auch wirklich auf seinen Standpunkt, so bleibt die weitere Entwicklung seiner Ansicht doch recht anfechtbar. Daraus, dass ohne Eide ein Civilprozess nicht möglich gewesen wäre, in Verbindung mit der Thatsache, dass es aussergerichtliche formelle Rechtsverfolgungsakte schon in der ersten Zeit der Könige gegeben habe, zieht Girard den Schluss: der König sei sich seiner Aufgabe als Civilrichter nicht recht bewusst gewesen, der Civilprozess gehe ihn an sich nichts an, ohne Eide könnten die Parteien nicht an ihn herankommen. Ist das wirklich glaubhaft? Der König, dessen fast unbeschränkte Machtvollkommenheit Girard so schön geschildert, sollte sich in ängstlicher Scheu, aus Competenzbedenken oder wie man es sonst nennen mag, vor den Privatstreitigkeiten der Bürger, von denen er doch in allen andern Dingen Gehorsam zu erzwingen wusste, gebeugt und zurückgezogen haben? Regierte er nicht über ein geschlossenes und geordnetes Staatswesen, und in dieser Ordnung sollte die Civilrechtspflege keinen Platz gefunden haben? Griff der Staat in die Privatverhältnisse der Bürger hinsichtlich der Arrogation und der Testamenterrichtung ein, so wird er auch für ordnungsmässige Erledigung der Civilprozesse gesorgt haben! Und auf der andern Seite: betont Girard S. 42 nicht selbst als den Vorzug des Königsgerichtes in Civilsachen, dass die höchste Autorität im Staate, die schwer zu missachten war, eben der Richter gewesen sei, dass seine Rechtsprechung une justice officielle, d'une vigueur et d'une sûreté singulières gewesen sei? War das römische Volk einmal zu dieser recht naheliegenden Erkenntniss gekommen, weshalb betraute man den König mit der Civilrechtspflege nicht ohne Weiteres, d. h. ohne erst durch ein künstliches Mittel, wie es die doppelte Eidesleistung war, einen Druck auf ihn ausüben zu müssen? Welcher Gedanke zudem, dass man darüber gegrübelt und gesonnen hätte, auf welchem Wege man den König mit der Civiljurisdiction befassen könnte, bis ein Erleuchteter ausgeklügelt hätte: halt, wir machen es mit zwei Eiden, dann haben wir ihn gefangen! Ferner setzt Girard, genau wie es Jobbé-Duval gethan hat (s. diese Zeitschrift, Bd. 21, Rom. Abth., S. 431 ff.) eine erstaunliche Bereitwilligkeit der römischen Bürger voraus, in Friede und Güte Alles zu thun, um den Prozess überhaupt in Gang zu bringen: einträchtiglich hätten sie die beiden erforderlichen Eide geleistet. Aller Erfahrung nach ist aber ein Beklagter ein recht widerhaariger Mensch. Vindicirt

Kläger eine Sache, die der Beklagte als ihm gehörig besitzt, so sagt Letzterer zu jenem: „mache, was du willst; ich gebe sie dir nicht“, und er wird sich hüten, dem Kläger den Gefallen zu thun, ihm bei der Durchsetzung seines Anspruches irgendwie behilflich zu sein. Und leistete Kläger auch den heiligsten Eid, es liesse den Beklagten kalt; auf seinen Gegeneid könnte jener lange warten. Viel richtiger beurtheilen diejenigen die Menschennatur, welche meinen, auch im alten Rom habe die aussergerichtliche Rechtsverfolgung zum Handgemenge geführt, an dem sich eventuell Nachbarn und Freunde theilnahmen, und dem Stärkeren feile der Sieg zu, folgte aber auch die Rache des Besiegten. Und das Alles sollte der König ruhig mitansehen, ohne mit seinem Machtwort dazwischenzufahren und den Streit zum Austrag zu bringen? „Dünkt ihn meine Macht zu wenig?“ Fürwahr, weder der Eide, noch sonst eines Mittels bedurfte es, um ihn zum Civilrichter zu machen: er war es aus eigenem Recht oder, wenn man will, aus eigener Macht. Gewaltthätigkeiten der Bürger unter sich durfte er nicht dulden, und er verhinderte sie, indem er ihre Streitigkeiten schlichtete.

Aber Girard hat, wie gesagt, noch einen Grund für seine Ansicht, dass den König ursprünglich die Privatstreitigkeiten der Bürger um Mein und Dein nicht gekümmert hätten. Jene oben aufgeführten aussergerichtlichen Akte seien Marksteine in der Entwicklung des römischen Civilprozesses; sie zeigten, dass der sein Recht Verfolgende sich selbst Genugthuung hätte verschaffen müssen. Der Gedanke kehrt bei den meisten Neueren wieder, und unsere Schriftsteller sprechen gewöhnlich von „Selbsthilfe“, um jene Akte zu charakterisiren. Aber welch' schiefer Gedanke! Blosser Selbsthilfe, un acte de brigandage, war es nicht, wie auch Girard S. 39 richtig bemerkt, sondern rechtlich geordneter Parteibetrieb, wie auch unser heutiges Prozessrecht solche aussergerichtlichen Akte des Parteibetriebes kennt. Der Staat hatte bereits mitgesprochen: bestimmte Formen sind vorgeschrieben, bestimmte materielle Voraussetzungen sind aufgestellt. Daraus ergibt sich aber, dass der Staat auch den Erfolg sichern, bez. wenn die Aktion nicht in Ordnung war, verhindern musste, dass er hier nicht alles der „Selbsthilfe“ überlassen konnte und durfte. Folgt auf die aussergerichtliche vindicatio die aussergerichtliche contravindicatio, tritt der aussergerichtlichen manus injectio ein vindex entgegen, so muss die „Selbsthilfe“ zu Ende sein und muss der Staat, der sie geregelt hat, auch für die ordnungsmässige gerichtliche Durchfechtung sorgen. Jene aussergerichtlichen Rechtsverfolgungs- oder Rechtsvertheidigungsakte stellen sich also nur als dem Parteibetrieb überlassene prozessvorbereitende Handlungen dar. Anstatt dass sie, wie Girard meint, das Fehlen eines ordentlichen Gerichtsverfahrens beweisen, setzen sie im Gegentheil das Vorhandensein desselben voraus. Man darf sie daher nicht zeitlich vor die Entstehung der legis actio sacramento setzen und weiterhin schliessen, dass der König den Civilprozessen fremd gegenübergestanden habe, weil die Austragung Sache der Parteien

selbst gewesen wäre. Was vor ihnen lag, war reine, ungeordnete Selbsthilfe.

Mit der Einrichtung der Republik traten an die Stelle des einen, lebenslänglichen und unverantwortlichen Königs zwei verantwortliche Jahresconsuln; doch ging auf sie die königliche Gewalt nur getheilt und die ihnen vorbehaltene nur beschränkt über. Auf dem Gebiete der Civilrechtspflege, bei der wir zuerst stehen bleiben wollen, wurden nach Girards Darstellung zwei grundlegende Neuerungen eingeführt. Einmal wurden Justiz und Kultus vollständig getrennt, und nur die Justiz fiel den Consuln zu. Dem entsprach es, dass im Prozesse die Eide, sacramenta, abgeschafft und an ihre Stelle Geldsummen gesetzt wurden. Sodann aber ward der so verweltlichte Civilprozess, um die Garantien der Rechtsprechung zu erhöhen, nicht ganz in den Händen des weltlichen Magistrats gelassen, sondern dieser hatte nur die eigentliche legis actio zu leiten und zu überwachen, Beweisverfahren und Entscheidung dagegen musste er an einen Geschworenen, den *judex privatus*, abgeben. Girard zählt also nach Mommsens Vorgang die Einsetzung des Geschworenengerichts zu den mit der Republik selbst eingeführten Neuerungen. Zur Unterstützung dieser Meinung wäre vielleicht noch anzufügen, dass diese Neuerung gar nicht so sprunghaft war, wie es scheinen könnte, wenn man erwägt, dass der König nur die legis actio zu leiten pflegte, die Leistung der Eide aber, die Verhandlung und die Entscheidung des Prozesses regelmässig einem aus dem Priesterkollegium überliess. Man machte also mit der Einführung des Geschworenengerichts eine zwar nur fakultative, aber doch so gut wie feststehende Einrichtung, nämlich die Trennung von *jus* und *judicium*, obligatorisch, nur dass man gemäß der grundsätzlichen Theilung von weltlichem Imperium und Priesterthum das Priestergericht durch das weltliche des Geschworenen ersetzte. Hiernach ist es nicht unwahrscheinlich, dass das Geschworenengericht, wie es eben auch Girard lehrt, vom Beginn der Republik an funktionirte. Aber wie steht es mit der äusseren Beglaubigung dieser Meinung? Girard beruft sich S. 81 auf die Tradition, die Cicero und Dionys in mehreren bereits von Mommsen angeführten Stellen bezeugten. Aber Cicero de republ. 5, 2, 3 stellt nur den nackten Satz hin, dass es in der Königszeit den *judex privatus* nicht gegeben hat. Wohl erfordert dieser Satz einen Gegensatz; aber ist als solcher unbedingt die ganze Zeit der Republik oder nur das Zeitalter Ciceros zu denken? Dionys gar schreibt die Einsetzung des *judex privatus* dem Servius Tullius zu. Nach Mommsen ist dies nur eine andere Wendung des Gedankens, dass der Geschworene mit der Republik gleichaltrig ist. Aber man wird doch Angesichts dieses Materials zugeben müssen, dass die „Tradition“, die Girard als feststehend annimmt, weder einheitlich noch sicher bezeugt ist. Sie wird zudem durch Pomponius, Dig. 1, 2, 2, 6, in Frage gestellt. Gewiss drückt sich dieser nicht so deutlich aus, dass man nicht seinen Ausspruch nach Belieben wenden könnte. Girard, S. 58 N. 1, legt die Stelle so aus, dass die Pontifices in der Zeit nach den

XII Tafeln in Civilprozessen nicht mehr judicirten; aber was verbietet, sie anders zu verstehen? Girard sagt überdies, in solchen rechtsgeschichtlichen Dingen verdiene Pomponius, der Zeitgenosse Hadrians, wenig Glauben. Ich kann hierbei die abschweifende Bemerkung nicht unterdrücken, warum denn gerade Gajus, der noch jünger als Pomponius und kein besserer Rechtsgelehrter war, dem die Neueren aber fast blindlings folgen, ein zuverlässigerer Gewährsmann in derartigen Dingen gewesen sein sollte. In Wahrheit giebt auch jeder Schriftsteller dessen Autorität preis, wenn seine Ueberlieferung zur eigenen Ansicht nicht stimmt (s. unter Hunderten von Beispielen Girard selbst S. 189 N. 2), während man dem Gegner ein gleiches Verfahren zum grössten Vorwurf macht. Ich stehe immer noch dem rechtsgeschichtlichen Wissen und Sinn des Gajus sehr misstrauisch gegenüber und verdenke es Niemandem, wenn er dem Pomponius Irrthum und Unkenntniß vorwirft. Gerade der auf Schritt und Tritt anfechtbare Bericht des Pomponius in seinem Euchiridion sollte zu bedenken geben, was von Gajus' Buch 4 der Institutionen zu halten ist. Aber mit der obigen Nachricht des Pomponius kann ich doch nicht so schnell fertig werden, wie Girard. Denn dass die Pontifices noch bis tief in die Zeit der Republik hinein die eigentlichen Rechtskundigen waren, ist ja bekannt, und da muss man doch ernstlich fragen: woher kam ihnen diese Kenntniß? Weil sie den Kalender feststellten, führt Girard an erster Stelle zur Erklärung an; aber was hat die Regelung der dies fasti, nefasti u. s. w. mit dem materiellen und formellen Civilrecht selbst zu thun? Und sein zweiter Grund lautet: weil sie früher einmal Gehilfen des Königs in der Erledigung der Civilprozesse gewesen sind. Und darum sollten Priesterthum und Kenntniß des Civilrechtes auch später noch unzertrennlich gewesen sein? Aber die Priester hätten noch immer dem Volke Rechtsbelehrungen ertheilt! Die plebs wird für die patricischen Pontifices nicht gerade viel Zutrauen übrig gehabt haben. Ich sehe keinen zwingenden Grund gegen die von Pomponius nahegelegte Annahme, dass noch in republikanischer Zeit der Civilprozess über die Eide zum priesterlichen Gerichtshofe führte; sie ist ebenso möglich, wie die entgegengesetzte von Girard, die ich deshalb auch nicht gerade bekämpfe.

Was Girard über das vadimonium sagt, ist einleuchtend. Wird nach eröffnetem Verfahren der Prozess vertagt, so muss der Kläger selbst dafür sorgen, dass der Beklagte am festgesetzten Tage wieder in jure erscheint; denn der Magistrat wendet zu diesem Zwecke seine Coercitionsmittel nicht an. Kläger fordert den Beklagten auf, ihm Sicherheit für sein Erscheinen durch vadimonium zu leisten; weigert dieser sich, so darf ihn Kläger verhaften und in seinen carcer privatus führen und solange festhalten, bis er vades (oder subvades) stellt. Findet sich Beklagter trotz geleisteten vadimonium in jure nicht ein, so hält sich Kläger an die vades. Endlich hat Girard die Ernennung und Thätigkeit des judex privatus und der arbitri gut geschildert und das Wenige, was von den Recuperatoren in dieser Periode zu sagen ist, zusammengestellt.

Auf dem Gebiete der Strafrechtspflege ist der republikanische Magistrat in seiner Competenz wesentlich durch die Provocationsgesetze beschränkt worden. Girard giebt eine schöne Uebersicht der Fälle, in denen sie nicht gelten. Sie gelten nicht, wenn Delicte in Frage kommen, die vor das *forum domesticum* (des Hausvaters, des *pontifex maximus*) gehören, die ferner als Privatdelicte von den Civilgerichten abgeurtheilt werden, und die drittens internationale Vergehungen sind. Sie beschränken nur die Competenz der ordentlichen Magistrate, also nicht diejenige des Dictators oder der *Decemviri legibus scribundis*. Sie greifen nicht Platz gegenüber den ordentlichen Magistraten, wenn sie ausserhalb Roms sind, d. h. wenn sie die Militärgewalt ausüben; ferner dann nicht, wenn Sklaven, Frauen oder Fremde strafrechtlich verurtheilt sind. Endlich giebt es keine Provocation wegen Disciplinarstrafen. Treffend vergleicht Girard die Beschränkungen, die dem Magistrat auf dem Gebiete der Civilrechtspflege auferlegt sind, mit denjenigen auf dem Gebiete der Strafrechtspflege; man ersieht daraus, dass nicht dieselben Gedanken maßgebend waren.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Magistrate ist fast unbeschränkt geblieben. Sie ergreift die Prozesse zwischen dem Staate und den Privaten um Eigenthum oder Forderungen; diese Prozesse sind also den ordentlichen Gerichten entzogen. Hier ist der Staat zugleich Partei und Richter. Aber zwei Einflüsse haben die Befugniss des Staates, in eigener Sache Recht zu sprechen, denaturirt und ihre Ausübung gemildert: die Vertheilung der Sorge um die pekuniären Interessen des Staates auf verschiedene Magistrate, Consuln, Quaestoren und Censoren, und die Delegation seiner Rechte an Private (*pignoris capio*); letzterenfalls gehen die Prozesse an die ordentlichen Civilgerichte.

Wir gehen nun zur dritten Periode, die mit den Licinischen Gesetzen beginnt und bis vor den Erlass der *lex Aebutia* reicht, über. In diesem Zeitraum hat sich in der Gerichtsverfassung wenig geändert. Die wesentlichen neuen Momente sind nach Girard: Erstarkung des Einflusses des Senats in Sachen der Verwaltungs- und auch der Straf-, weniger in Sachen der Civilgerichtsbarkeit; Einsetzung der Praetur und der curulischen Aedität und Einsetzung der Provinzialbehörden.

Man streitet, ob vor der *lex Plaetoria* der Praetor sechs oder nur zwei Lictoren gehabt habe (s. die ansprechende Lösung von Girard S. 170, N. 9); das genannte Gesetz setzte für den praetor urbanus zwei Lictoren fest. Girard, dessen Stärke ja die Datirung römischer Gesetze ist, sucht das Alter der *lex Plaetoria* zu ermitteln. Das Datum müsse liegen zwischen dem Jahre 512, in welchem der praetor peregrinus eingesetzt ist, im Gegensatz zu dem der bisherige Praetor die Bezeichnung urbanus erhalten habe, und dem Jahre 570 als dem Jahre des Todes des Plautus, der die *lex Plaetoria* bereits gekannt hat. Anderweite Anhaltspunkte führen Girard zu einer genaueren Fixirung, nach der das Gesetz entweder um 512 oder um 527 gegeben sein müsse. Voraussetzung dieser ganzen Berechnung ist, dass der praetor urbanus

diese Bezeichnung zur Unterscheidung vom praetor peregrinus, also erst mit dessen Einsetzung erhalten habe. Mommsen, auf den sich Girard beruft, sagt das Letztere zwar auch (Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 2, Abth. 1, S. 187), aber doch nicht so bestimmt wie Girard. Unmöglich ist es jedenfalls nicht, dass man den Praetor, dem man vor Allem die Civiljurisdiction übertrug, und den man deshalb mehr an die Stadt band, während den beiden Consuln im Wesentlichen die Kriegführung oblag, „urbanus“ nannte im Gegensatze zu den Consuln, die zunächst ebenfalls unter Beibehaltung ihrer ursprünglichen Bezeichnung praetores hießen. Mommsen a. a. O. S. 72 schreibt: „Die beiden Kategorien (von Praetoren) scheint man anfänglich als praetor maior und praetor minor oder auch als praetor maximus und praetor schlechtweg unterschieden zu haben“; aber auch der Sprachgebrauch, der den praetor maximus und den praetor urbanus unterscheidet, ist m. E. denkbar. Zur Vergleichung könnte man den quaestor urbanus heranziehen, und bei diesem liegt ja wahrscheinlich die Sache so, dass der Zusatz „urbanus“ erst später, als noch andere Quaestoren hinzugekommen waren, üblich ward; aber eben darin liegt ein beachtenswerther Unterschied: die beiden ältesten Quaestoren, die späteren urbani, hatten Anfangs noch keine Kollegen, während der Praetor von Anbeginn an Kollege der Consuln-Praetoren, wenn auch minderen Ranges, war. So erscheint Girards Schluss doch nicht ganz sicher, und sehr wohl kann daher die lex Plaetoria vor 512 liegen.

Seit der Schaffung der Praetur hätten nach Girard weder die Consuln noch der Dictator Civiljurisdiction gehabt; nur die freiwillige Gerichtsbarkeit, die „legis actio“, wäre ihnen geblieben. Die entgegengesetzte Ansicht ist aber nicht ohne Weiteres zu verwerfen. Denn wenn die „legis actio“ zur Zuständigkeit der Consuln gehörte, so war ihnen ja recht eigentlich dieselbe Thätigkeit in der Civilrechtspflege zugewiesen, wie dem Praetor. Es ist wohl denkbar, dass erst eine spätere Zeit, als der Legisactionenprozess fast ganz verschwunden war, die legis actio, d. h. was von ihr übrig geblieben war, mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit verselbigte. Girard selbst (S. 172 N. 2) giebt zu, dass der Consul extra ordinem, wie man es nannte, judiciren und sogar einen Richter ernennen konnte: setzt dies nicht überhaupt Civiljurisdiction voraus? Es ist gar nicht verwunderlich, wenn man keine Beispiele findet, dass der Consul regelrechte Civilprozesse instruiert hätte, und darum ist dieser Gegengrund Girard's nicht vollwichtig. Nach Allem darf man billig fragen, ob nicht principiell der Consul neben dem Praetor, zum Mindesten anfänglich, die Civiljurisdiction wie dieser gehabt habe, nur dass er begreiflich von ihr wenig Gebrauch gemacht haben wird.

Der Praetor ernennt den judex; aber, wie Girard ausführt, die Parteien einigen sich auf ihn. Und zwar verabreden sie entweder von Anfang an einen bestimmten, oder der Kläger macht an der Hand der Senatorenliste, die zugleich die Geschworenenliste war, dem Beklagten solange Vorschläge, bis dieser annimmt. Aber wie, wenn dem

Beklagten keiner von der ganzen Liste als *judex* genehm ist? Girard hat die Frage, wohl weil der Fall nicht leicht vorgekommen sein mag, nicht gestellt; vielleicht darf man annehmen, dass alsdann der Beklagte als *indefensus* galt.

S. 187 ff. giebt Girard eine werthvolle Uebersicht der Gesetze, welche das Legisaktionenverfahren ergänzt oder abgeändert haben, mit Bemerkungen über Alter und Inhalt. Ich erwähne hierzu nur, dass die verbreitete Annahme der exekutorischen Kraft des *nexum*, die durch die *lex Poetelia Papiria* beseitigt worden sei, jetzt von Mitteis (diese Zeitschrift, Bd. XXII, S. 96 ff.) m. E. widerlegt ist.

Der Praetor hat nach Girard in dieser Periode noch keine diskretionäre Macht: er kann nicht *actionem dare* und nicht *denegare*. Das kann doch nur insofern richtig sein, als er sich dieser Befugniß noch nicht voll bewusst war und sie noch nicht mit der Sicherheit der späteren Praetoren, denen dabei die Einrichtung des Formularprozesses wesentlich zu Hilfe kam, ausübte. Grundsätzlich lässt sich ihm jene Befugniß wohl nicht absprechen; nur unterlag er einmal wahrscheinlich der Intercession der Volkstribunen und war er sodann nach Beendigung seines Amtes verantwortlich. Girard folgert aus dem behaupteten Mangel der diskretionären Macht, dass der Praetor auch nicht die in *integrum restitutio* hätte gewähren können. Die Folgerung fällt mit der Praemisse; aber ausserdem scheint mir doch im Gegensatze zu Girard, S. 206 N. 1 a. E., Terenz, *Phormio* 2, 4, 10 ff.: „*Quod te absente hic filius egit, restitui in integrum aequomst et bonum, et id inpetrabis*“ deutlich im Ausdruck und in der Sache auf die in *integrum restitutio* hinzuweisen, wenn auch der besondere Fall bei Terenz, dem Dichter, weder römisch noch römisch gedacht ist. In welchen Dingen der Praetor auch nach Girard freie Hand hatte, dafür giebt er S. 201 ff. einige zweifelloße Beispiele: Ertheilung der *Vindicien*, *interdictio prodigi*, Beurtheilung des *crimen suspecti tutoris*, Ernennung von Vormündern, wenn weder gesetzliche noch testamentarische da waren, Erlass von *Interdicten*, *missiones* in possessionem, vielleicht auch Zwang zum Abschluss von prätorischen Stipulationen.

Nach Einsetzung des *praetor peregrinus* ist die Kompetenz zwischen ihm und dem *praetor urbanus* getheilt, aber wie? Die offizielle Bezeichnung des *praetor peregrinus* ist in republikanischer Zeit: *praetor qui inter peregrinos jus dicit*; im Gegensatze dazu bezeichnete man, auch in der Sprache der Gesetze, den urbanus als *praetor qui inter cives jus dicit*. Aber diese Bezeichnungen geben auf zwei wichtige Fragen keine Auskunft. Vor welchem Praetor prozessirten zunächst die Latinen? Man weiss es nicht sicher; Mommsen und Girard verweisen sie vor den urbanus. Und ferner: welcher Praetor war kompetent für die Prozesse *inter cives* (bez. Latinos) *et peregrinos* (bez. Latinos)? Auch diese Frage bleibt ungelöst. Und daran reiht sich eine dritte bedeutsame Frage: konnten die Peregrinen (und Latinen) auch mit *legis actio* prozessiren? Girard bejaht sie, aber mit Einschränkung. Die Peregrinen hätten die *legis actio* nur auf Grund

einer General- oder einer Spezial-Concession gehabt. Die letztere läge ausgesprochen z. B. in internationalen Verträgen (mit Latinern und Karthagern), die erstere in den *leges Calpurnia* und *Junia*. Aber wenn nun auch wirklich solche privilegierten Peregrinen vor dem römischen Praetor hätten *lege agere* können, so hängt doch die Form zu eng mit dem materiellen Rechte zusammen. Wenn der *civis* im Verfahren der *legis actio sacramento* z. B. ein „*meum esse ex jure Quiritium*“ behauptete, wie contravindicirte der Peregrine? Bloss: *meum esse* oder auch: *meum esse ex jure Quiritium*? Girard, S. 214 N. 1, sagt: der Peregrine hat die *legis actio*, quand il a reçu l'aptitude à devenir civilement propriétaire ou créancier. Heisst das: den Peregrinen war unter den obigen Bedingungen wirklich *dominium ex jure Quiritium* garantirt, oder fingirte man es nur, wie man es im späteren Formularprozess that? Oder ward vom praetor peregrinus, wie man es ja auch behauptet hat, von Anfang an der Prozess per formulas instruiert? Das Alles bleibt zweifelhaft, und mehr noch die bisher zurückgestellte Frage: wie prozessirten denn im römischen forum die nichtprivilegierten Peregrinen? Die letzteren Fragen treten übrigens nicht erst für das Verfahren vor dem praetor peregrinus auf, sondern, wie Girard mit Recht bemerkt, auch schon für dasjenige vor dem praetor urbanus, als dieser noch der einzige Praetor war.

Was die Administrativjustiz betrifft, so ist auf ihre Kosten die Thätigkeit der Civilgerichte erweitert worden. Zwei Gruppen von Fällen sind hier zu unterscheiden. Die erste Gruppe ist von Mommsen ins rechte Licht gesetzt. Sie umfaßt diejenigen Fälle, in denen Gesetze eine feste Busse wegen gewisser Vergehungen statuirt haben; obwohl dieselben strafrechtlicher Natur sind, so werden sie doch im Wege der Civilklage vor dem Praetor verfolgt. Die zweite Gruppe betrifft persönliche und dingliche Klagen, die irgend ein Privater oder irgend ein Magistrat im Interesse des Staates anstellt.

Besonders interessant ist der Abschnitt, der die Jurisdiction über Italien behandelt. Grundsätzlich sind nach der Unterwerfung Italiens durch die Römer alle Italiker Gerichtseingesessene von Rom; aber dieses Prinzip verträgt Beschränkungen. Einmal nämlich hatten die latinischen Gemeinden und Kolonien, sowie die Gemeinden derjenigen Völkerschaften, die sich eine gewisse Selbständigkeit bewahrt hatten, wie die etruskischen, die griechischen Süditaliens und die sabellischen, ihre eigene Gerichtsverfassung; und sodann schuf die Einsetzung municipaler Aedilen, vor Allem aber die Einrichtung der praefecti jure dicundo eine neue Ausnahme. Die letztere Neuerung, mit der sich Girard besonders eingehend beschäftigt, bezweckte, die in entfernteren Bürgerkolonien oder Bürgergemeinden wohnhaften römischen Bürger von der Verpflichtung, ihre Civilprozesse in Rom auszutragen, zu entbinden. Festus unterscheidet zwei Gruppen von Praefecturen: die Praefecten der ersten Gruppe, das sind die vier Praefecten Campaniens (praefecti Capuam Cumas), werden — nach Girard erst nach dem Jahre 631 — vom Volke gewählt; die übrigen, deren Liste bei Festus, nebenbei

bemerkt, nicht vollständig ist, werden vom Praetor ernannt. Die Reihenfolge, in der Festus die einzelnen Praefecturen beider Gruppen aufzählt, ist weder alphabetisch, noch chronologisch, noch geographisch. Für die erste Gruppe hat Girard aber doch eine Ordnung ausfindig gemacht. Er geht davon aus, dass die vier Praefecten Campaniens zehn Praefecturen hatten, dass also diese zehn Praefecturen zu ungleichen Theilen von zwei oder drei auf die vier Praefecten vertheilt gewesen sein müssen. Jeder Praefect habe wahrscheinlich seine eigene Tour gehabt, so dass seine conventus bei der ersten Praefectur seines Bezirkes begonnen und bei der letzten geendigt hätten (ähnlich schon Lange, Röm. Alterthümer, Bd. 1, S. 908). Girard meint nun, dass Festus die campanischen Praefecturen in der Reihenfolge der Bezirke der vier Praefecten und ihrer Reiseroute aufgezählt habe. Darnach sei der erste Praefect für Capua und Cumae, der zweite für Casilinum Volturnum und Liternum, der dritte für Puteoli, Acerrae und Suessula, der vierte für Atella und Calatia bestellt gewesen. Durch eine beigegebene Karte hat Girard diese Bezirke und die Reiseroute jedes einzelnen Praefecten veranschaulicht. Die Praefecturen der zweiten Gruppe lassen sich nach Maßgabe der Aufzählung bei Festus zu solchen Reiserouten nicht verbinden, und Girard schliesst daraus, dass der Praetor nach jeder Praefectur je einen Praefecten geschickt habe. Da die Praefecten der ersten Gruppe einen grösseren Bezirk hatten, so seien sie von grösserer Bedeutung gewesen, und daraus erkläre es sich, dass sie später nicht mehr vom Praetor ernannt, sondern vom Volke gewählt worden und damit Magistrate geworden seien. In der Sache jedoch seien die Befugnisse aller Praefecten beider Gruppen gleich gewesen. Girards Erklärung hat neben dem Vorzuge des Geistreichen zugleich denjenigen der Wahrscheinlichkeit. Sie setzt voraus, dass die Verbindung der campanischen Praefecturen, wie es ja natürlich ist, nicht ursprünglich war, sondern dass z. B. Capua und Cumae Anfangs je einen Praefecten hatten, und dass man erst später für beide zusammen einen Praefecten bestellte, oder dass man bei der Gründung einer neuen Praefectur diese einem bereits für eine andere verordneten Praefecten überwies. Einzusehen ist freilich nicht, warum man nicht auch die nichtcampanischen Praefecturen oder doch einzelne in derselben Weise verbunden haben sollte; die Reihenfolge bei Festus ist schon darum nicht schlüssig, weil sie unvollständig ist. Und dass die campanischen Praefecten deswegen, weil jeder von ihnen mehrere Praefecturen erhielt, Magistrate geworden seien, scheint mir keine genügende Erklärung zu sein. Jedenfalls wurden sie vom Stadtpraetor unabhängig, und man wird vielleicht besser die Frage stellen, warum sie selbständig wurden.

Die Praefecten übten, um Girards Darstellung wieder aufzunehmen, die Civilgerichtsbarkeit aus; doch waren sie vielleicht nur in Bagatellsachen zuständig. Aber auch in grösseren Sachen nahmen sie wohl vom Beklagten das *vadimonium*, sich in Rom zu vertheidigen, entgegen. Im Uebrigen war den Parteien anscheinend das Recht ge-

geben, jeden Prozess unter Ausschaltung der Praefecten in Rom selbst anhängig zu machen. Die Praefecturen stellen eine Einrichtung dar, die nach drei Seiten hin Beschränkungen unterlag. Sie sind immer nur für Gemeinden von Bürgern, gleichviel ob mit oder ohne suffragium, begründet worden. Topographisch ferner liegen sie alle innerhalb zweier concentrischer Kreise um Rom, und chronologisch endlich umfaßt die Einrichtung nur ein und ein halbes Jahrhundert: die älteste Praefectura datirt vom Jahre 436, frühestens 401; die jüngste vom Jahre 571.

Den Schluss des Buches bildet die Darstellung der Jurisdiction der Provinzialstatthalter, die nach Girard eigentlich nur die Erben der Generäle gewesen sind.

Münster i. W.

Hugo Krüger.

Thomas, Paul (Dr. iur. u. Advokat in Paris). *Observations sur les actions 'in bonum et aequum conceptae'* (S. A. aus *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*. Paris 1901. 44 p.

Eine tüchtige Arbeit aus dem von dem Pariser Romanisten Audibert (früher in Lyon) begründeten römisch-rechtlichen Seminar; m. W. dem ersten in Frankreich.¹⁾

Das Problem der 'in bonum et aequum' formulirten Klagen wird klar, umfassend und einsichtsvoll erörtert und folgendes, in manchen Einzelheiten neue Ergebniss gut begründet:

¹⁾ Zur Vorgeschichte dieser Neuerung im französischen Rechtsunterricht sei erwähnt, dass Professor Audibert 1896 in dem Bulletin de la société des amis de l'Université de Lyon, welcher ich seit 1890 (diese Zeitschrift XI 224 f.) officiell als 'ami' nahestehe, die mehrfach eigenartigen Einrichtungen meines damals gerade zehnjährigen Lausanner Seminars besprach, mit seiner gleichmässigen Richtung auf Recht und Leben der Römer (eine Probe: der servus vicarius) und daher mit Lesung juristischer und litterarischer Texte in jeder Sitzung. Er schloss seine Besprechung mit den Worten: 'Le système allemand du séminaire offre . . . un modèle qu'il serait difficile de reproduire servilement, mais qu'il n'est peut-être pas impossible d'adapter aux conditions spéciales de l'enseignement juridique dans nos Facultés françaises. C'est cette adaptation du séminaire germanique à un milieu français, du moins par la langue, qu'a tentée avec succès M. Erman, et c'est pourquoi il nous a semblé utile d'attirer l'attention sur cet heureux et encourageant essai.' — Das Lausanner 'Séminaire romain', was übrigens von Professor Herzen, einem langjährigen früheren Mitglied, unverändert weitergeführt wird, ist also vielleicht nicht unbetheiligt an der hochehrfreulichen Einbürgerung der Seminaristen in Frankreich, wie ja Lausanne's Beispiel und Erfolg auch die vor wenigen Jahren noch völlig undenkbare Einführung juristischer Vorlesungen in deutscher Sprache in Genf und Grenoble veranlasste. So ist denn doch Einiges von dem Ztschr. XI 224 Gewünschten: Förderung des französischen 'neidlosen Zusammenarbeitens und Austauschens mit der deutschen Wissenschaft', durch neunzehnjährige stille Arbeit vom Wort zur That geworden.