mäßigkeit in den staatsrechtlichen Hergängen handhaben zu wollen, wie sehr die politischen Unruhen jener Zeit von allen Seiten dazu drängten, es mit den starren Formen des Staatsrechts leichter als sonst zu nehmen, das hat Pais im zweiten Teil seiner Abhandlung an einer längeren Reihe von Beispielen gezeigt, worin ich ein wesentliches Verdienst derselben erblicke.

V.

Zur Interpolationenforschung.

Von

Ludwig Mitteis.

Niemand wird Beselers Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen ohne lebhaftes Interesse zur Hand nehmen. Ein Buch, welches sich die Bereinigung unserer wesentlichsten Erkenntnisquelle des römischen Rechts, nämlich der Digesten, zum Zwecke setzt, hat von vornherein Anspruch auf gesteigerte Beachtung, und am meisten wenn wir sehen, daß hier den Tribonianismen mit einer noch nicht dagewesenen Energie zu Leibe gegangen wird. In der Tat hat man bei Lektüre namentlich des zweiten, zu Ende des vorigen Jahres (1911) erschienenen Heftes den Eindruck, daß unser Verhältnis zur justinianischen Überlieferung in eine neue Phase getreten ist. Was bisher an Interpolationen angenommen wurde, erscheint fast als eine Kleinigkeit neben dem Umfang, in welchem Beseler die Bereinigung der Quellen von Tribonianismen zu vollziehen unternimmt.

Bei der ersten Lektüre hat der Radikalismus des Verfassers unzweifelhaft etwas Irritierendes. Die absolute Rücksichtslosigkeit, mit welcher Beseler in die Texte eingreift, ruft unser Unbehagen hervor, weil sie nichts übrigzulassen droht. Und wir haben gegenüber dem, der die Überlieferung in dieser Weise angreift, etwa die gleiche verdrießliche Empfin-

ding, wie die Bewohner eines alten und liebgewordenen Stadtteils gegen die Arbeiterschar, welche mit der Spitzhacke auszieht, um diesen zu zerstören.

Daran ist zum großen Teil die Arbeitsweise Beselers selbst schuld: sie hat etwas Negatives, Herostratisches. Das ist eine ganz andere Methode als die, welche in den letzten Jahrzehnten auch gegenüber den Interpolationen die herrschende gewesen ist. Diese letztere nämlich ging im wesentlichen aus von der Untersuchung der einzelnen Rechtsinstitute und suchte diese in ihrer klassischen Gestalt wiederherzustellen. Darin lag etwas Positives und darum Versöhnendes: für das, was man am Glauben an die Quellen verlor, wurde sofort Anderes und Besseres gegeben, der alte Glaube durch einen neuen ersetzt. Dabei waren meist auch die Resultate völlig überzeugend, eben weil sie sich als die sachlich überlegene Gestaltung herausstellten; man konnte immer sofort die Probe aufs Exempel machen. Ganz anders wird die Sache jetzt von Beseler angefaßt: er geht nicht von den Instituten aus, sondern von der Sprache. Ja größtenteils, sagen wir es gleich direkt, vom *Vocabularium Iurisprudentiae anteiustinianae*. Letzteres gilt wenigstens vom zweiten Heft seiner Beiträge in ganz überwiegendem Maße: von S. 19—126 werden einzelne in den *Digesten* vorkommende Worte und Ausdrücke untersucht, von denen behauptet wird, daß sie größtenteils oder gar allemal (letzteres geschieht, wenn ich nicht irre, häufiger) interpoliert sind. Dabei fällt nun sofort auf, daß diese Worte fast lauter solche sind, für die das *Vocabularium* schon das gedruckte Material zusammenstellt; mit anderen Worten, der Verfasser hat den Gebrauch dieser Worte nach dem gedruckten Vokabular nachgeprüft, also die Untersuchung vom philologischen Standpunkt geführt. Dabei haftet er freilich nicht allzu ängstlich am einzelnen Wort, sondern zieht auch Stellen heran, die dasselbe nicht enthalten, aber im großen und ganzen ist jenes die typische Arbeitsweise.

Darin liegt schon von selbst gegeben, was ja übrigens der Titel des Werkes selbst ankündigt: der Verfasser sucht die Interpolationen. Man könnte, wenn man davon absieht, daß sein Ausgangspunkt meist die Zusammenstellung im Voka-

bularium ist, ihn als einen Forscher bezeichnen, der mit dem Schleppnetz durch die Quellen hindurchfährt, um zu sehen, wieviel da an Interpolationen hängen bleibt. Das sachliche Ergebnis bleibt dabei zunächst außer Betracht; die Interpolationen werden auf Vorrat konstatiert.

Auch dies ist ein Punkt, der den Leser zunächst etwas gegen das Buch einnimmt. Er sagt sich, der Grundgedanke ist eigentlich nicht neu. Wenn ich nicht falsch berichtet bin, hat man in Italien einmal den Gedanken gehabt, eine planmäßige Razzia auf die Tribonianismen anstellen zu lassen, den Plan aber fallen lassen, weil man dabei viel Willkürlichkeit befürchtete und es für besser hielt, von der sachlichen Seite aus an die Interpolationen heranzutreten. Ebenso haben E. I. Bekker und ich selbst in dem Aufruf zur Herstellung der Interpolationensammlung (diese Zeitschr. 30 p. VI) es ausdrücklich abgelehnt, „eine kritische Durchforschung der Rechtsbücher auf die in ihnen nachweisbaren Interpolationen erst einzuleiten. Denn“ — so sagten wir weiter — „daß bei einem solchen Kesseltreiben viel Voreingenommenheit und Willkür mit einfließen und die Gefahr einer vorschnellen Zerstörung jedes Glaubens an die Überlieferung heraufbeschworen werden würde, läßt sich nicht verkennen. Und dieser Gefahr gegenüber wäre auch die Tatsache, daß in manchen Fällen die Interpolationen sich aus sachlichen Erwägungen heraus mit Sicherheit nachweisen lassen, nicht durchschlagend genug, um ein derartiges Unternehmen zulässig erscheinen zu lassen.“ An diese Worte, die übrigens keineswegs als unser Alleineigentum bezeichnet werden sollen, sondern nur den Standpunkt der großen Mehrheit aller Forscher zum Ausdruck bringen, mag hier erinnert sein, um es zu begründen, wenn ich Beselers Arbeit von vornherein mit sehr gemischten Empfindungen in die Hand genommen zu haben bekenne. Er hat eben den Versuch gemacht, den zu machen so äußerst nahe lag, daß die Arbeit fast als eine mechanische angesehen werden konnte — den aber auch in dieser Weise zu unternehmen jedermann für bedenklich gehalten hat.

Aber, dem sei wie immer ihm wolle, der Versuch ist gemacht, und es erübrigt, sich mit dem Geschehenen abzufinden. Und da will ich denn, um nicht durch Mißstimmung

ungerecht zu erscheinen, sofort anerkennen, daß Beselers Arbeit unzweifelhaft auch ihre förderliche Seite hat. Nicht bloß, weil dabei eine große Anzahl bisher noch nicht beachteter Interpolationen zweifellos festgestellt worden ist, sondern weil sie eben dadurch im Gesamtergebn uns ad oculos demonstriert, daß man Tribonians Wirksamkeit eigentlich bisher doch noch unterschätzt hat. Je weiter man in Beselers Arbeit liest, desto mehr muß man sich sagen, daß wirklich gegen den Digestentext überall das größte Mißtrauen gerechtfertigt ist. Wenn es Beseler darauf ankam, uns dies neuerlich ernstlich zu Gemüte zu führen, so hat er allerdings meines Erachtens sein Ziel erreicht.

Und man wird ihm auch weiter das Prädikat einer ernsten und eindringlichen Quellenforschung zuerkennen müssen. Es setzt gewiß keine geringe Arbeit voraus, eine so ungeheure Anzahl von Zitaten aus dem Vokabular nachzuschlagen, als er nachgesehen hat, und das Resultat in knapper, mit dem Wort sogar auffällig karger Form zusammenzustellen. Viel Scharfsinn, reiche Quellen- und Literaturkenntnis drängen hier ihr Resultat auf engem Raum in anspruchsloser Form zusammen, und man wird nicht anstehn zu sagen, daß das Buch eines der anregendsten, in seiner Art bedeutsamsten ist, welche über die Interpolationenfrage erschienen sind.

Aber neben dieser Anerkennung des zweifellos Geleisteten muß nun auch der Widerspruch zu seinem Recht kommen. Er richtet sich nicht sowohl dagegen, daß Beseler in sehr vielen Fällen Interpolationen annimmt, die er keineswegs streng zu beweisen in der Lage ist: käme es bloß darauf an, so könnte ich mich mit dem schon früher Gesagten begnügen, und außerdem stehe ich durchaus auf dem Standpunkt, daß man in wissenschaftlichen Fragen die Beweislast nicht verteilen darf wie in einem Prozeß. Keineswegs darf man sagen: wer seine Behauptung nicht streng beweist, hat verloren. Hier kommt es vielmehr auf Erkenntnis der objektiven Wahrheit an, und da es außer Zweifel ist, daß Tribonian interpoliert hat, könnte man ebensogut umgekehrt sagen: Wer behauptet, eine Stelle sei echt, hat dies zu beweisen. In gewissem Sinne ist dies auch richtig; das Resultat ist nicht so trostlos als es auf den ersten Blick aussieht,

und wir sind in keiner schlimmeren Lage, als jede andere historische Forschung; die Verlässlichkeit ihrer Quellen muß eben jede prüfen, und es gibt bei den Rechtsquellen immer äußere und innere Anhaltspunkte genug, um in den meisten Fragen zu bestimmten Resultaten zu kommen. Wenn die Zahl der ‚non liquet‘ und der Fragezeichen in den Arbeiten über das klassische Recht sich in Zukunft noch vergrößern wird, so ist ein begründeter Zweifel eben viel besser als unbegründete Leichtgläubigkeit und Fehlbehauptung.

Viel bedenklicher ist es, daß der Verfasser oft seinerseits zur Rekonstruktion der Texte schreitet. Dies ist ein äußerst anfechtbares Unterfangen, welches mitunter zu einer rein willkürlichen Dichtung führt. Man kann es ja begreifen, wenn ein Interpolationenforscher seine negativen Resultate daran nachzuprüfen sucht, ob eine positive Gestaltung des Textes nach seinen Feststellungen möglich bleibt; aber mit der Veröffentlichung solcher freier Kompositionen sollte man äußerst vorsichtig sein. Denn die Gefahr, sich selbst und anderen Leuten willkürliche Phantasien zu suggerieren, ist eine sehr große. Der Verfasser aber nimmt keinen Anstand, auf Schritt und Tritt in die von ihm abgedruckten Quellen in Spitzklammern Worte einzufügen, die ihm als der wahrscheinliche Urtext dünken. Daß das so ziemlich die anfechtbarste Weise ist, die Quellentexte zu behandeln, liegt auf der Hand.

Indessen, genug der allgemeinen Bemerkungen. Es handelt sich hier darum, einzelnes nachzuprüfen. Keineswegs kann dabei an eine allseitige Nachprüfung gedacht werden. Ich bin weit entfernt, alle meine Zustimmung und alle meine Bedenken gegenüber der Behandlung der einzelnen Stellen ausdrücken zu wollen. Daß erstere sehr häufig stattfindet, kann ich mit aufrichtiger Befriedigung aussprechen, aber natürlich daraus nicht folgern lassen, daß ich alles billige, was ich nicht anfechte. Sehr oft bleibt ein non liquet übrig, manches halte ich auch schon jetzt für anfechtbar, ohne das hier des näheren aussprechen und begründen zu wollen.

Ich übergehe zunächst eine Reihe von Vorschlägen, die Beseler S. 1—4 gemacht hat, und finde p. 4 folgendes:

(1.) D. 3, 3, 68 Pap. 3 resp.: Quod procurator ex re domini [mandato non refragante] stipulatur, invito procuratore dominus petere non¹⁾ potest.

Die eingeklammerten Worte sollen interpoliert sein; denn sie sind „zweckloser Zusatz“. „Wahrscheinlich ist das Wort (refragari) überall interpoliert.“ Schon hier erheben sich Bedenken.²⁾ Refragari kommt nach dem bei Beseler angeführten Seckel (-Heumann) in den Digesten neunzehnmal vor und findet sich nicht vor Papinian. Ich gestehe, daß ich es, auch ohne den Zettelindex nachgesehen zu haben, nach allgemeiner Erinnerung für echt papinianisch gehalten habe, und mache diese durch den Index bestätigte Bemerkung nicht umsonst: sie zeigt nämlich, daß man, auch ohne über die Sache Spezialuntersuchungen gemacht zu haben, hier den Eindruck eines spezifisch papinianischen Sprachgebrauchs hat. Und hieran knüpft sich eine allgemeine Bemerkung: Beseler berücksichtigt m. E. zu wenig die spezifische Diktion bestimmter Juristen oder Perioden. Im vorliegenden Fall ergab sich schon nach den Feststellungen seines Gewährsmanns Seckel die Frage: Wenn das Wort immer interpoliert ist, wie kommt es, daß von den 19 Interpolationen keine einzige auf die vorpapinianischen Stellen entfällt? Außerdem: um das Wort als solches für tribonianisch zu erklären, bedürfte es doch des Nachweises, daß es der spezifisch byzantinischen Latinität angehört; nun ist es aber altlateinisch und findet sich schon bei Cicero, Quintilian u. a. Nur in der Juristensprache scheint es erst durch Papinian und seine von ihm beeinflussten Nachfolger größere Beliebtheit erlangt zu haben. Da finden sich aber auch Stellen, gegen welche nicht einmal der leiseste Verdacht aufkommt, wie z. B. Pap. D. 49, 15, 10 pr.: verum huic sententiae refragatur iuris ratio; ähnlich 48, 19, 33; ferner D. 5, 2, 15, 1: privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit; Ulp. D. 50, 17, 19, 1:

¹⁾ non² fehlt in der Florentina; ihr folgen Dernburg Heid. krit. Zeitschr. 1, 16; Schloßmann, Stellvertr. 2, 222 A. 4. Mir scheint non (für dieses die Bas. und die Vulgg.) notwendig. — ²⁾ Es kommt auch schwerlich in Betracht, daß in der verwandten Stelle von Pap., aus demselben Buch, D. 19, 1, 13, 25 der Zusatz 'si — mandavit' wahrscheinlich wirklich interpoliert ist, wie schon Bonfante bemerkt hat.

Non solet exceptio doli nocere eis, quibus voluntas testatoris non refragatur (wozu sollte das interpoliert sein?). — Es ist aber für unsere Stelle auch die Bezeichnung „zweckloser Zusatz“ recht willkürlich. Nicht jeder, der noch Prokurator genannt werden kann, hat ja das Recht alle Ansprüche zu novieren, die zum Vermögen seines Chefs gehören; man setze den Fall Vat. fr. 132—3, wo mehrere „Prokuratoren“ bestellt sind, aber nur einer Generalprokura hat. Oder den Fall, daß jemand für verschiedene Güter je einen Prokurator bestellt hat. Weniger möchte ich mich freilich auf Paulus 5, 8 berufen: „procurator quoque noster ex iussu nostro receptum est ut novare possit“, obwohl auch dies zu sagen scheint: „im Sinne der ihm aufgetragenen Verwaltung“ kann der Prokurator novieren¹⁾, also ‘mandato non refragante’. Denn ich habe mir diese Stelle schon seit einiger Zeit unter denjenigen notiert, die mir in den Sentenzen des Paulus verdächtig sind. Sie könnte nämlich interpoliert sein aus C. Th. 2, 31, 1, welches wichtige Gesetz die Voraussetzungen der A^o quod iussu bei servi, coloni und procuratores actoresve possessionum erschwerte: in Analogie dessen könnte auch für die Novation ein speciale iussum in die Stelle eininterpoliert worden sein. Man könnte sich dafür noch darauf berufen, daß das vorsichtige ‘receptum est ut novare possit’ (sc. procurator noster ex iussu nostro) kaum verständlich ist, wenn das iussu nostro schon von jeher im Text stand: denn mit meiner Einwilligung kann ja jeder meine Forderung novieren, und das gilt schon lange vor Paulus Zeit als selbstverständlich.²⁾ — Indessen selbst wenn man von der Paulusstelle absieht³⁾, genügt schon das vorher Gesagte, um zu zeigen, daß die Annahme einer Interpolation ziemlich in der Luft steht.

(2.) Zu D. 12, 2, 5, 2 will Beseler S. 7 den ganzen Paragraphen als nachklassische, durch Versehen in den Text des Ulpian geratene Randglosse streichen. Der Text lautet:

¹⁾ Vgl. mein RPR 1, 236, A. 9. — ²⁾ Bekanntlich weist schon Cato de agricult. 146. 149 auf die Delegation hin. — ³⁾ Keinesfalls kann man aus derselben schließen, daß auch Justinian das ‘mandato non refragante’ aus dem gleichen Grund interpoliert haben kann wie die Westgothen das ‘ex iussu nostro’. Denn erstere Worte würden diesem Zweck gar nicht entsprechen.

Dato iureiurando non aliud quaeritur quam an iuratum sit, remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit iureiurando.

Die Streichung ist von Beseler schon Beitr. 1, 80 verlangt worden, weil der Paragraph an unrichtiger Stelle stehe; er soll ursprünglich Randglosse zu l. 7—9 gewesen sein, wo von den Folgen der Eidesleistung die Rede ist. Da an letzterer Stelle, besonders l. 7, von *iusiurandum delatum* die Rede ist und auch in der unsrigen *datum* im Sinne von *delatum* zu stehen scheint, sucht Beseler seinen Vorschlag jetzt, Beitr. 2, 7, noch mit dem weiteren Argument zu unterstützen, daß *iusiurandum dare* im Sinne von *deferre iusiurandum* (der ja in unserer Stelle zweifellos obwaltet) ein Gräzismus sei: *ῥγκους διδόναι*. Was nun zunächst das letztere betrifft, so ist es richtig, daß *ῥγκους διδόναι* bei den Griechen auch die Zuschiebung des Eids bedeuten kann. Aber ebensogut heißt es auch den Eid leisten¹⁾, genau wie im Lateinischen, während das Zuschieben auch *προσάγειν*²⁾ genannt wird. Ist es da sehr wahrscheinlich, daß ein griechischer, des Latein aber mächtiger Rechtslehrer sich zu einer falschen Übersetzung hätte verleiten lassen, da doch die Zweideutigkeit des *διδόναι* ihn vorsichtig machen mußte? Außerdem, wie leicht kann *dato* einfach Schreibfehler sein für *d(el)ato*! Denn daß 'dato' im Sinne von „Eid zuschieben“ nicht gut lateinisch ist, liegt ja freilich auf der Hand. Daneben besteht aber noch eine weitere Möglichkeit, nämlich daß 'dato' interpoliert ist für 'suscepto'. Die Stelle steht nämlich im Kommentar zum Konventionaleid, nicht zum Zwangseid; erst Justinian hat, wie wir durch Demelius wissen, aus beiden Instituten eine Einheit gemacht. Der Konventionaleid muß aber vom Gegner angenommen sein, und das kann durch *suscipere* ausgedrückt gewesen sein (cf. l. 6). Stand das hier, so hatte Justinian allen Grund, es durch das farblose 'dare' zu ersetzen, welches auf beide Eidesarten paßt, während 'suscepto' für den Zwangseid eben nicht gepaßt haben würde. Doch bleibt *d(el)ato* viel wahrscheinlicher, weil gleich darauf in § 3 wieder steht

¹⁾ Vgl. z. B. P. Lips. 43, 15. — ²⁾ Daher *iusiurandum inferre* oder *offerre* bei Justinian C. J. 4, 1, 11 und 12.

‘detulerit’; dieses Wort wird eben im Sinn der durch Annahme perfekt gewordenen Zuschreibung des Konventionaleids verstanden.

Aus der Stellung des Paragraphen die Unechtheit zu folgern, ist aber jedenfalls unbegründet. Verbessert man z. B. dato in d(el)ato, so läßt er sich selbst jetzt mit den beiden nächstfolgenden Sätzen in Verbindung bringen. Noch besser wird der Zusammenhang freilich, wenn man § 3 vor § 2 stellt; dann beginnt mit dem jetzigen § 2 die Erörterung der Wirkungen des Eides. Hierbei ist nun ersichtlich gestrichen worden: es fehlt das Edikt über die Wirkung des vom Kläger geleisteten Eides, nur jenes über den Eid des Beklagten ist überliefert. Warum man ersteres gestrichen hat, wissen wir nicht; es ist möglich, daß dasselbe von einer in der daraufhin zu gebenden Klagformel stattfindenden Fiktions sprach. Jedenfalls konnte jene Streichung Umstellungen mit sich bringen, die erraten zu wollen töricht wäre. Unter solchen Umständen aber aus der Stellung der einzelnen Paragraphen etwas für die Echtheitsfrage folgern zu wollen, ist gänzlich ausgeschlossen.

(3.) Daß D.18, 7, 6 pr. (Pap. 27 quaest.) interpoliert ist, wird man dem Verfasser gern zugeben. Ob aber alles sich so verhält, wie er annimmt, bleibt sehr zweifelhaft. Er schreibt, indem er seine Einschübe mit Spitzklammern, seine Tilgungen mit eckigen kennzeichnet:

Si venditor ab emtore caverit ne (servus) [serva] manumitteretur [neve prostituatur] et (is manumissus) [aliquo facto contra quam fuerat exceptum] evincatur, aut (liber) [libera] iudicetur et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstatutam putant, Sabinus non obstatutam. Sed ratio faciet ut (ipso) iure non teneat stipulatio, [si ne manumitteretur exceptum est]: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. [Ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emtor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset.]

Ein recht ansprechender Text, den Beseler sich hergerichtet hat; aber sicher? Ohne weiteres ist zuzugeben, daß das *neve prostituatur* zu Anfang sehr unwahrscheinlich klingt und ebenso das *aliquo facto — exceptum*; daher auch si ne — *exceptum est* preiszugeben ist. Hat man aber dies getan, so ist die vollständige Unechtheit des Schlußsatzes keine unbedingte Notwendigkeit. Freilich ist auch hier manches äußerst verdächtig; so das schwülstige *cum et ancillam — laeserit*; dann die Häufung von *peti et exigi*. Auch könnte der Schlußsatz *alias remota quoque stipulatione* durch den in l. 7 behandelten Fall hervorgerufen worden sein. Anderseits klingt wieder das hier vorkommende '*placuit*' mehr nach Papinian als nach Tribonian und man wird den Gedanken nicht ablehnen können, daß letzterer hier vielleicht zwei verschiedene Stellen zu einer einzigen zusammengeschweißt hat.

(4.) D. 33, 4, 16 Paul. 2 ad Vit.

Qui dotem a matre uxoris acceperat et (soluta matrimonio certam partem se ei redditurum) stipulanti ei promiserat, testamento uxori dotem legavit. Cum quaesitum esset, an uxor dotis summam consequi posset, respondit Scaevola non videri dari uxori quod necesse sit matri reddi.

Die Einschlebung Beselers ist geistreich, aber kaum genügend gerechtfertigt. Vor allem: Warum hätten die Kompilatoren jene Worte gestrichen? Es lag dazu nicht der mindeste Grund vor. Es ist sogar möglich, daß sie sich die Sache genau so vorgestellt hatten, wie Beseler. Denn wer sagt uns, daß zu stipulanti hinzuzudenken ist: dotem (= omnem dotem)? Promittere kann intransitiv gebraucht sein und sagt dann nur: Er hatte mit der Mutter einen Rückgabevertrag (beliebigen Inhalts) geschlossen. Die Mutter gibt ja auch nicht immer allein die ganze Dos, das sehen wir an den El Fayumer Ehekontrakten. Vielleicht erklärt sich so der immerhin bemerkenswerte Ausdruck '*dotis summam*' (an uxor consequi possit). Aber die Entscheidung ist auch dann nicht unglaublich, wenn man an die ganze Dos denkt; daß Scaevola damit „ein formal einwandfreies Legat aus dem Motive des Testators heraus für ipso iure nichtig erklärt, wozu er durchaus nicht befugt ist“, kann man nicht ohne weiteres zugeben. Das Legat hat ja keinen speziell bestimmten Gegenstand,

sondern geht auf die Dos. Da kann man recht wohl sagen: Unter der Dos, die er uxori relegat, versteht der Mann im Zweifel nicht was er bekommen, sondern was er der Frau zurückzugeben hat und das ist hier Null. Man muß dann eben seine Bestimmung einschränkend interpretieren; so wird sein Irrtum unschädlich. Ist freilich der Mann nicht im Irrtum, dann muß man auch anders entscheiden. Das sagt der (hier nicht abgedruckte) Schluß der Stelle, über den Beseler verschiedene Phantasien ausgesprochen hat, kraft deren er ihn für ganz unecht hält. Besonnener und richtiger handelt über diesen Schlußsatz Gradenwitz Interpol. 185 und schon der von ihm zitierte Merillius.¹⁾

(5.) Zu D. 33, 10, 8 (Mod. 9 resp.) — Beseler p. 12 — fällt auf, daß der sonst so eifrige Forscher den Eingang unbeanstandet läßt: „Cum quidam uxori suae legaverat . . .“ Da Modestin nur hätte schreiben können 'legasset', ist Kürzung des Tatbestands durch die Kompilatoren anzunehmen.

(6.) Scaev. 20 dig. D. 34, 1, 18 lautet in Beselers Rekonstruktion (S. 13) ursprünglich so:

Libertis quos testamento manumiserat, alimentorum nomine menstruos (denos) [decem]²⁾ legaverat, deinde codicillis generaliter omnibus libertis menstruos (septenos)²⁾ [septem] et annuos vestiarii nomine denos legavit: quaesitum est an et ex testamento et ex codicillis libertis (legata) [fideicommissum] heredes praestare debeant. Respondit nihil proponi cur non (omnia) [ea] quae [codicillis] data proponerentur, praestari deberent [: nam ab his quae testamento cibarium nomine legata essent, recessum est propter ea quae codicillis relicta sunt].

Eine viel zu gewaltsame Restitution. „Fideicommissum, sagt Beseler, ist auch im Munde des Fragers kaum möglich; aus legata wäre durch die Wirkung des vorhergehenden Wortes legatis geworden, das hätte ein Ungeschickter, der zu bessern glaubte, in libertis verwandelt, endlich wäre fideicommissum hinzugefügt worden. Scaevola mußte die Häufung bejahen, denn Legate können nicht stillschweigend kassiert werden wie Fideikommisse.“

¹⁾ Vgl. zu der Stelle noch Samter in dieser Zeitschr. 27, 180; auch Lenel Pal. Paul. 2067. — ²⁾ So schon Lenel Pal. Scaev. 83.

Nun ist letzteres für die Zeit des Scaevola nicht wahr. Schon Gaius sagt 2, 119, 8: 'et si per damnationem aliquis rem suam legaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat'. Vgl. auch D. 34, 4, 3, 10 und 11. Es wird dem Legatsanspruch einfach Exceptio doli entgegengesetzt. Danach stehen historische Gründe der Echtheit des Schlußsatzes nicht entgegen. Es fragt sich, ob nicht etwa juristische. Hier könnte sich Beseler anscheinend auf die Autorität von Gradenwitz (Interpol. S. 200) und Lenel (Pal. Scaev. 83) berufen, welche beide gleichfalls den Schlußsatz streichen, wie ich vermute (sie geben keine näheren Gründe an) gleichfalls in der Meinung, daß Scaevola beide Vermächtnisse für gültig angesehen habe. Ich würde das keineswegs für eine unbedenkliche Entscheidung halten. Wenn der Testator im Kodizill für alle seine Freigelassenen eine generelle Alimentationsbestimmung trifft, so kann man wirklich sehr wohl, wie es in den Digesten steht, annehmen, daß er damit ältere spezielle Verfügungen hat kassieren wollen, die er nur getroffen hatte, weil er bei der Errichtung des Testaments für die damals Freigelassenen sorgen wollte. Man kann das hier um so mehr, als der Unterschied zwischen beiden Verfügungen inhaltlich nicht groß ist. Daß dann die zuerst Freigelassenen schließlich etwas schlechter wegkommen, als sie ursprünglich standen (sie erhalten jährlich statt 120 nur 94), ergibt einen viel geringeren Fehler als wenn sie 214 bekämen. Diese Erwägung scheint mir stark genug, um wenigstens die Möglichkeit zu tragen, daß der Schlußsatz echt ist, und das trotz der Tatsache, daß diese den Erben günstige Entscheidung mit den Worten 'nihil proponi cur non' so anhebt, als ob sie sachlich für sie ungünstig wäre; Scaevola hat eben seine Besonderheiten. Richtig ist, daß 'recessum est' nicht in der Ordnung ist, weil es grammatisch mit 'legata essent' im Widerspruch steht; aber wie leicht kann 'est' einfacher Schreibfehler sein für 'esse'; ist doch 'essent' neben 'est' selbst für Tribonian eine zu starke Zumutung.¹⁾

¹⁾ Auch das 'recessum est propter ea', das B. rügt, ist ja gewiß nicht schön; aber schließlich hat ja Scaevola seine Responsen nicht persönlich redigiert (Samter, diese Zeitschr. 27).

Aber auch bei den vorhergehenden Worten besteht die Möglichkeit, eine ganz andere Interpolation anzunehmen, als Beseler es tut. Es könnte sein, daß der Fragesteller überhaupt nur nach der Verbindlichkeit des Fideikommisses gefragt und erst Scaevola ihn darauf hingewiesen hätte, daß zwar dieses, daneben aber nicht auch das Legat bestehe. Dann wären also in der Frage die Worte 'et ex testamento' von Justinian zur Verdeutlichung eingeschoben; im Original hätte diese gelautet: *quaesitum est an et ex codicillis libertis fideicommissum heredes praestare deberent*', womit der von Beseler gerügte Fehler, daß das Legat 'fideicommissum' genannt ist, verschwindet. Gerade dieses letztere scheint mir meinen Vorschlag sehr zu unterstützen.

Außerdem mögen wohl, wie schon Gradenwitz und Lenel annahmen, die Worte 'ea — proponerentur' eingeschoben sein (und danach *praestari deberent* hergestellt aus *praestari deberet*, scil. *fideicommissum*). Aber am Sinn würde das nichts ändern.

Ich bin weit entfernt, das alles für mehr zu halten als für eine Möglichkeit. Aber es dürfte doch zeigen, wieviel Varianten aus einer Stelle gemacht werden können, wenn man einmal der Phantasie Spielraum läßt. Was haben also Beselers bestimmte Behauptungen für einen Wert?

(7.) D. 39, 2, 15, 26 Ulp. 53 ad ed. faßt Beseler (S. 15) so:

Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus nec iubendum possidere (nec enim dominium (privatum fundi vectigalis est nec aut recte possidere quis talem fundum aut usu) capere possidendo potest). sed decernendum ut eodem iure esset, quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit.

Wozu die gewaltsame Einschaltung? Es genügt doch, wenn man statt *dominium capere* annimmt *usucapere*. Vielleicht hat Beseler (Gründe gibt er nicht an) es für unwahrscheinlich gehalten, daß die Kommission am einfachen *usucapere* etwas geändert haben würde. Aber dazu hatten sie immerhin Anlaß: sie hatten zu befürchten, daß in ihrem Munde ein 'usucapere non posse' auf die Unmöglichkeit, das emphyteutische Recht zu usukapieren bezogen werden würde. Nun wird ja oft behauptet, daß wirklich die Emphyteusis auch im Justinianischen Recht nicht ersessen werden kann,

wofür man sich auf D. 6, 2, 12, 2 berufen hat. Aber selbst wenn dies richtig ist, so muß man doch erwägen: Als der Kompilator von D. 39, 2, 15, 26 seinen Teilentwurf herstellte, konnte er doch noch nicht wissen, wie sich das Plenum der Kommission schließlich zur Usukapion der Emphyteuse stellen würde, mußte also den Text so neutral als möglich gestalten. Darum hatte es für ihn allen Grund, statt des Wortes 'usucapere', welches leicht auf jene bezogen werden konnte, zu sagen 'dominium capere' (non potest); denn darauf konnte er sich verlassen, daß das Plenum aus dem bloßen Besitz des Erbpachtrechtes keine Eigentumsersitzung werde folgen lassen. Mit der Möglichkeit aber, daß Usukapion der Erbpacht könnte anerkannt werden, mußte er schon wegen des anastasianischen Gesetzes C. J. 11, 62, 14 rechnen.

(8.) Bei D. 42, 1, 5, 1 Ulp. 59 ad ed. (Beseler 15) wird in dem Satz 'condemnet ut quod habet ex testamento vel codicillis Maevii restitueret Titio' das 'habet' etwas gestützt durch restitueret; Beselers 'debet' (statt habet) hat gegen sich, daß man nicht leicht sagt 'restituo quod debeo'. Doch mag die Sache zweifelhaft sein. Im folgenden ist nominav(er)it zu schreiben.

(9.) Zu D. 43, 8, 2, 33 stimme ich Beseler 16 bei, daß der Text der Digesten:

„Scio tractatum an permittendum sit specus et pontem per viam publicam facere: et plerique probant [interdicto eum teneri]: non enim oportere eum deteriorem viam facere.“ nicht der ursprüngliche des Ulpian sein wird. Richtig auch, daß oportere von Ulpian offenbar in einem dem justinianischen entgegengesetzten Sinne gebraucht war: „es ist nicht gerade notwendig, daß Schleuse und Überbrückung den Weg ruinieren“. Nur ist mit Beselers Bemerkung: „Zusatz eines Mannes, der oportere falsch verstanden hatte“, die Sache nicht befriedigend erledigt. Vor allem ergäbe der Beselersche Text, daß nach Ansicht Ulpians jeder an den Reichs- und Landstraßen nach Belieben herumexperimentieren dürfte. Man kommt dem Richtigen vielleicht näher, wenn man D. de cloac. 43, 23, 2 heranzieht. Hier berichtet Venulejus, nach Ansicht des Oflius, Trebatius und Labeo sei das Interdikt de cloacis publicis (D. 43, 23, 1, 15) auch dem zu geben, der auf öffent-

lichem Grund eine Kloake erst neu anlegen wollte und daran gehindert wurde; er selbst ist anderer Ansicht: *novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit*. Das begreift sich auch seit der besseren Fürsorge, die derartige Verwaltungsangelegenheiten in der Kaiserzeit durch die Einsetzung des *Curator viarum publicarum* (MommSEN St. R. 2, 2, 1077 f.) erfahren hatten. Es ist kaum glaublich, daß dem Ulpian diese der Verwaltungsorganisation seiner Zeit allein entsprechende Behandlung nicht auch geläufig gewesen sein sollte. Sein *plerique probant* (sc. — mit Beseler — *permittendum esse*) könnte sich nun auf ein Referat über republikanische Juristen beziehen, welche das Bauen auf der öffentlichen Straße noch für erlaubt ansahen (wobei aber doch wohl vorausgesetzt war, daß der Verkehr dadurch nicht lahmgelegt wurde); statt *plerique* können bestimmte Namen genannt gewesen sein. Dann mag Ulpian sich ähnlich wie Venulejus geäußert haben, womit die Ansicht der Älteren für unpraktisch erklärt war, da nun doch alles auf den Verwaltungsweg ging. Wenn dann Tribonian den gegenwärtigen Text hergestellt hat, so hat er nur die Ansicht des Ulpian auf eine komprimierte Form reduziert.

Natürlich bleibt das alles hypothetisch; aber es zeigt neuerdings, wieviel Möglichkeiten zu erwägen sind, wenn man an die Stellen mit radikalen Änderungsvorschlägen herantritt.

(10.) D. 6, 1, 65, 1 Pap. 2 resp.

— *filiam defensio tuebitur voluntatis*.

Dies bezieht sich auf eine *Exc. doli*. Aber „freilich wird Pap. deutlicher gesprochen, werden die Kompilatoren den abstrakten Ausdruck eingesetzt haben“. Ich sehe nicht ein, warum sie statt einer klaren *Exceptio doli* den präziösen Ausdruck erfunden hätten. Mir scheint dieser richtige *papinianische Eigentümlichkeit*; man vgl. D. 34, 9, 17 (Pap. 13 resp): (*heredem*) *deceptum ignoracione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum*. Der '*defensio*, man sei *bon. fid. possessor*' steht die '*defensio*, dies sei der Wille des Erblassers' logisch vollkommen gleich, und beinahe programmatisch klingt D. 44, 4, 12 (Pap. 3 quaest.) '*Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*'. Sieht es

nicht aus, als behielte sich hier Papinian vor, statt von *exc. doli* von *aequitas defensionis* zu reden? Auch hier hätte ich den individuellen Sprachgebrauch besser berücksichtigt gewünscht.

(11.) An folgenden Stellen streicht Beseler die Erwähnung der *a° de tigno iuncto*:

a) D. 6, 1, 23, 6 Paul. 21 ad Ed.

Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, [nisi adversus eum qui sciens alienum iunxit aedibus. Sed est actio antiqua de tigno iuncto quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit].

Nisi — aedibus ist schon von Eisele (diese Zeitschr. 13, 120) gestrichen worden, dem Krüger folgt. „Gegen *sed* — *descendit* spricht *antiqua* und *quae in duplum descendit*, vielleicht auch *descendit*.“

Nun ist *actio antiqua* allerdings ein *ἀπαξ εἰρημύρον*. Aber *ius antiquum*, *lex antiqua* (D. 9, 4, 2, 1) sind sicher, ersteres häufig bezeugt. Nur wird ein komparativer Sinn, d. h. Vergleichung mit neuerem Recht dazu erfordert. Gerade diese liegt hier vor; der unzuständigen modernen *a° ad exhibendum* wird die zuständige Zwölftafelklage als uralte entgegengesetzt.

„Vielleicht auch *descendit*.“ Was das bedeuten soll, weiß ich nicht, außer wenn ich annehme, daß Beseler ‘*descendere ex lege*’ für verdächtig hält. Nun sehe man

legitimae hereditatis ius quod ex lege duodecim tabularum descendit Ulp. 27, 5

sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere Ulp. D. 26, 10, 1, 2 (danach vielleicht *itp.* § 1)

si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit Ulp. D. 9, 1, 1 pr.

legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt Ulp. 11, 3.

Bleibt also gegründeter Verdacht nur gegen das ‘*in duplum descendit*’. Demnach tut man genug, wenn man diese Worte streicht.¹⁾

¹⁾ Oder für verstellt ansieht.

b) D. 41, 1, 7, 10 Gai. 2 rer. cett.

— propter legem duodecim tabularum qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, [sed duplum pro eo praestet].

„Indizium: hinter sed fehlt, obwohl von der Logik dringend gefordert, das Wort ut.“

Aber das ut steckt logisch eben im 'ne' = 'ut non' drinnen; wird diesem letzteren die Negation weggenommen, und das geschieht in Gedanken, so bleibt wie beim Kräfteparallelogramm noch das ut übrig. Was wollte man sonst zu folgender Stelle desselben Gaius sagen: *damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione . . . obligat adversarium suum?*

c) Danach kann auch in D. 10, 4, 6 Paul. 14 ad Sab. der Schluß 'sed — agitur' nicht mit Grund gestrichen werden; natürlich muß man ihn nicht als Hauptsatz, sondern als Nebensatz, abhängig von *de quo* lesen.

Im weiteren geht Beseler zur Untersuchung einzelner Worte über, welche er für regelmäßig interpoliert hält. Hier ist gezeigt, daß *ambigere* (meist gebraucht in der Wendung *nequaquam ambigendum est* u. ä.) überall sicher *justinianisch* oder doch sehr verdächtig ist; dasselbe gilt auch von den übrigens sehr seltenen Worten *benevolentia* und *benignitas*. Bedenken macht mir vielfach die Behandlung von

Citra.

„Man wird es, sagt Beseler S. 33 am Ende der Revue, nicht unwahrscheinlich finden, daß das Wort *citra* aus dem Wörterbuche der Klassiker gestrichen werden muß.“ Die Behauptung befremdet auf den ersten Blick, weil *citra* auch im Sinn von 'ohne', um den es sich in den fraglichen Stellen überall handelt, ein gutes Wort der silbernen Latinität ist; man beachte insbesondere, wie oft es sich nach Ausweis des Thesaurus bei Quintilian findet, welcher doch der Juristensprache ziemlich nahe steht. Es wäre daher geradezu auffallend, wenn die Juristen es nicht kennen sollten. Dabei ist allerdings eins zu bemerken: wie das Wort in der hier in Rede stehenden Bedeutung überhaupt erst der Kaiserzeit angehört, so dringt es auch bei den Juristen je später desto mehr vor. Von über siebzig Stellen, die Beseler nach dem

Vokabular anführt, ist nur je 1—2 von Julian, Pomponius und Afrikan, alle übrigen von den späteren Klassikern. Gerade diese Beobachtung scheint mir schon a priori gegen die durchgängige Interpolation zu sprechen, denn warum wäre *citra* bei den älteren fast nie interpoliert worden? Eine ganze Anzahl von Stellen steht dabei außer den Digesten; es sind nicht weniger als acht, aus Pauli Sent., aus den Vatic. Fr. und der Collatio. Nun bin ich weit entfernt, hier überall Interpolationen für ausgeschlossen zu halten; aber doppelte Vorsicht ist hier immer nötig. Prüfen wir ferner die Beweise, so finden wir, daß Beseler oft selbst zugestehen muß, keine zu haben; er schreibt „nicht sicher, aber möglich“ oder „sehr glaubhaft“ u. a. zu Paul. 2, 14, 5; 2, 21 a, 14; Val. Fr. 8; Coll. 6, 3, 3; 2, 15, 7, 2; 2, 15, 8, 17; 2, 15, 8, 23 usw. — der Beweis besteht meist nur in der Bemerkung, es liege ein überflüssiges Einschiebsel vor u. ä. An sich ist es ja in solchen Fällen auch völlig gleichgültig, ob wir das Wort für echt nehmen oder nicht; aber man muß sich wegen der Fälle, wo es wichtig ist, sehr hüten, es sich auf diese Weise suspekt machen zu lassen.

Die positiven Beweise sind zum Teil direkt mißlungen:
(12.) Paul. sent. 2, 21 a, 14:

Mulier ingenua quae se sciens servo municipum iunxerit etiam citra denuntiationem ancilla efficitur.

Warum, fragt Beseler, sollte hier eine Ausnahme gelten? Gegenfrage: Wenn keine galt, warum hebt Paulus den Punkt hervor? Der Grund der Ausnahme, die in dem betreffenden Senatuskonsult geregelt gewesen sein kann, ist auch sehr naheliegend: der *Servus municipum* wird in seinem Privatleben von der Stadtverwaltung wenig kontrolliert.

(13.) Noch sicherer ist die Echtheit von *citra* in

Vat. fr. 263 Pap. 12 resp.

Eam quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

Wenn hierzu Beseler S. 35 bemerkt: der das *citra stipulationem* geschrieben hat, hat entweder sich sehr schlecht aus-

gedrückt, oder geglaubt, es gebe eine Stipulation *inter absentes*, folglich ist er nicht Papinian' — so fällt der Vorwurf des Irrtums auf ihn selbst zurück. Meint Beseler wirklich, Epistula sei ein Brief im heutigen Sinn, der räumliche Distanz voraussetzt? Im vorliegenden Fall war dann die Betonung des Mangels der Stipulation sehr notwendig; denn bei Vorliegen solcher war, weil an *Personae exceptae* geschenkt wurde, *Donatio perfecta*.

(14.) Auch in D. 18, 7, 7 ist *citra stipulationem* sicher nicht Glossem. Die hier besprochene Abrede

servus ea lege venit ne in Italia esset; quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem ut poenam praestaret emtor

wäre nämlich im Fall einer Stipulation durch die Konventionalstrafe ohne weiteres und in allen Fällen geschützt gewesen, wie der Fortgang der Stelle (*in poenam quam alii promissit, inciderit*) zeigt. Daß Papinian diese Abrede unter Umständen für nicht einklagbar erklärt, ist nur im Fall des *bonae fidei iudicium* zu rechtfertigen.

(15.) Bei D. 21, 1, 43, 2 Paul. ad ed. aed. ist das einzige von Beseler angeführte Indiz falsch. '*Licet id non fecisset*' statt wie es in den Digesten heißt '*licet id non fuerit facturum*' hätte Paulus nicht bloß nicht sagen müssen, sondern nicht einmal sagen dürfen.

(16.) An der Entscheidung Papinians in D. 34, 4, 25 darf beileibe nichts Wesentliches gestrichen werden:

alteri ex heredibus praeceptionem praedii dedit: mox alteri praestari adversus debitorem actiones ad eum finem mandavit, quo praedium fuerat comparatum. Cum postea praedio distracto citra ullam offensam eius qui praeceptionem acceperat pretium in corpus patrimonii redisset, non esse praestandas actiones coheredi respondi.

Es ist ein ganz wesentliches negatives Tatbestandsmoment, daß der Erblasser das Praelegat des Grundstückes ohne bestimmten Grund in dem Benehmen des Praelegatars aufgehoben hatte. Denn war er durch solchen veranlaßt, so wäre ja seine Maßregel ihres halben Effektes entkleidet worden, wenn dafür auch die kompensatorische Bestimmung zugunsten des Miterben entfallen wäre. Es hätte dann den schuldlosen

Miterben die Hälfte der Strafe getroffen, die nur dem Schuldigen zugebracht war.

Cogere ad aliquid.

In den meisten hierher gehörigen Stellen kann man dem Verfasser zugeben, daß der Ausdruck unecht sein kann; in manchen Fällen ist er es sicher. Zu der Frage Beselers, ob in Paul. sent. D. 2, 4, 17 klassisches Recht dargestellt ist, läßt sich nur bemerken, daß dies sicher der Fall ist; ob der Ausdruck klassisch ist und nicht wie in der westgotischen Redaktion ein späterer Auszug benutzt ist, läßt sich allerdings fragen, und das ist ja für die Behauptung Beselers hinreichend. Die Regel, daß *apud officium* oder *apud acta* Gestellungsbürgschaft übernommen werden kann und bindend ist, gehört natürlich dem Extraordinarprozeß an, ist aber hier nach Ausweis der Papyri schon klassisch. — In einigen Fällen besteht übrigens für die Annahme der Unechtheit gar kein anderer Anhaltspunkt als der, daß die Wendung auch sonst oft interpoliert und an sich häßlich ist (z. B. D. 2, 12, 1, 2; 11, 5, 2 pr.). Zu D. 37, 6, 1, 7 wird man dem Verfasser freilich gern zugeben, daß in der ganzen Nachbarschaft der Stelle stark interpoliert worden ist.

Colligere im Sinne von *concludere* (Beseler S. 52—56).

Gewiß vielfach unecht. Bedenken erregt jedoch, daß es auch im echten Gaius (1, 74) und in der *Collatio* (2, 2, 1) steht. Diese Stellen für glossiert zu halten, besteht kein genügender Grund. Demnach mögen auch sonst einzelne Stellen von Beseler zu Unrecht verdächtigt worden sein.

Condicionalis.

Beseler ist entschlossen, es überall zu streichen. Doch steht das Wort wieder bei Gai. 4, 119, und er selbst gibt zu, daß der „Gräzist“ Gaius es nach dem griechischen *ὑποθετικός* übernommen haben kann. Danach wird es aber auch echt sein bei Gai. D. 35, 1, 107, um so mehr als das von Beseler S. 62 dafür eingesetzte *sub* *condition[al]e* (*datum*) gleich darauf wiederkehrt: der Wechsel im Ausdruck ist hier unbedingt erforderlich. Ebenso unentbehrlich ist das Wort aber auch bei Paul. 62 ad Ed. D. 33, 1, 4 (B. 62):

(17.) Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus — plura legata esse ait et primi anni purum, sequentium condi-

cionale: videri enim hanc condicionem inesse 'si vivat' et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

Denn wenn man hier nach Beselers Vorschlag et primi — condicionalen für Einschub erklärt, bleibt nur der Satz, daß alle im Rentenlegat enthaltenen Einzelvermächtnisse bedingte sind; so schlecht kann der Jurist sich nicht ausgedrückt haben. Auch bei Ulp. D. 30, 41, 2 und 49, 2 habe ich gegen die Streichung große Bedenken, und überhaupt bleibt in diesem Abschnitt sehr vieles unbeweisbar.

Condicticius (B. 63)

wird im Vocabularium für fünf Stellen nachgewiesen. Vier davon hat Beseler besprochen. Für eine davon ist die Interpolation schon von Faber behauptet worden und zweifellos (D. 12, 4, 7). Für Ulp. D. 12, 2, 13, 2 und Paul. 24, 1, 55 wird sie von Beseler behauptet, ebenso auch für Ulp. 12, 1, 24 (nach anderen). Es bleibt die fünfte, die man bei Beseler nicht besprochen findet. Es ist Vat. Fr. 286 = C. J. 8, 54, 3 (Dioelet. et Max. a.º 286); hier ist condicticia sicher nicht erst von Justinian eingesetzt; denn obwohl es in den Vat. Fr. in einer Lücke verschwunden ist, so ist es doch aus der Kodexstelle mit Sicherheit zu restituieren, da diese mit dem Vatikanischen Text bis auf drei sehr kleine Abweichungen wörtlich übereinstimmt. War aber der Ausdruck schon der diokletianischen Kanzlei zur Hand, so kann er ganz wohl noch spätklassisch sein.

Zur Behandlung von Consonare und Constituere finde ich derzeit nichts Dringendes zu bemerken. Mehr dagegen zu Consulere (im Sinne von prospicere alicui); B. 68—85.

Natürlich ist das oft interpoliert. Aber die Behandlung einzelner Stellen fordert den Widerspruch heraus.

(18.) D. 2, 14, 27, 1 (Paul. l. 3 ad ed.) (Bes. 79)

Si cum reo ad certum tempus pactio facta sit ultra neque reo neque fideiussori prodest. Quod si sine persona sua reus pepigerit, ne a fideiussore petatur, nihil id prodesse fideiussori quidam putant [quamquam id rei intersit]: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quae et reo. Ego didici prodesse fideiussori (doli? B.) exceptionem: [non sic enim per liberam personam adquiri, quam ipsi qui pactus sit, consuli videmur¹⁾]. Quo iure utimur.

¹⁾ l. videtur? Hal.

Die stumpfen Klammern bedeuten Beselersche Vorschläge. Da fällt zunächst auf, daß der von ihm gestrichene Satz non sic enim sq. einen Gegensatz erfordert: es muß jemand genannt gewesen sein, der behauptete, die Exceptio (wohl pacti, nicht doli) aus dem Paktum des Hauptschuldners 'ne a fideiussore petatur' könne dem Bürgen nicht zukommen, quia per liberam personam usw. Gewiß waren nicht bloß, wie auch Beseler für möglich hält, die 'quidam' mit Namen genannt gewesen, sondern es war auch dieses ihr Argument angeführt gewesen. Dieses ist gestrichen worden, man hat aber vergessen, nun auch die zugehörige Replik zu kassieren. Um so mehr muß diese echt sein: wie käme denn Tribonian auf diesen hereingeschnitten und sehr gut klassischen Gedanken? Also ist auch das consuli echt.

(19.) D. 17, 1, 58, 1, Paul. l. 4 quaest. (Bes. 73)

Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit; deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator extiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, [pactus videtur iusta ex causa eaque] exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. Sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris. [Nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est.] Plane si sqq.

Die Klammern Beselers halte ich für falsch. Namentlich den Schlußsatz kann man nur dann streichen wollen, wenn man sich im Eifer des Gefechts gar nicht mehr fragt, was dieser denn bei Tribonian bedeuten soll. In Wahrheit ist er nämlich auch für diesen einfach unsinnig: „Durch die Exceptio, wenn man sie dem Mandator oder Fidejussor verleiht, wird nur diesen geholfen, nicht dem Erben, weil dieser jenen regreßpflichtig ist.“ Es ist offenbar nicht möglich, einen sinnloseren Satz zu erfinden; wenn jene Exceptio haben, kommt es doch zu keinem Regreß.

Auf das Richtige führt folgendes: Fideiussori ist zweimal interpoliert; denn die Anfrage bezog sich nur auf einen Mandator. Der Schlußsatz lautete aber im Original 'sed mandatori qui mandati iudicio eandem partem praestaturus est'. Nun war aus qui durch Abschreiberversehen das sinnlose cui geworden, wonach der praestaturus der (insolvente!) Hauptschuldner sein müßte, während es eben der Bürge ist, der mit a° mandati vom Gläubiger für seinen Schaden verantwortlich gemacht wird. Nach Einschaltung des 'vel fideiussori' machten die Kompilatoren, ohne — auch ihrerseits im Übereifer begriffen — den Fehler zu erkennen, aus dem cui ein quibus. Von selbst aber hätten sie jenen sinnlosen Satz nicht geschrieben.

Sonst mag in der Stelle manches interpoliert sein. Als solches betrachte ich z. B. die Worte 'qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris'. Was soll denn id ipsum proclamare heißen? und heißt die Ablehnung des Zwangsvergleichs 'non desiderare decretum praetoris'? Ob auch sicut pignus aut privilegium? Endlich in dem Satz 'plane si sq.' ist 'fidejussorem' interpoliert.

(20.) Mehr als gesagt worden ist, hätte ich auf S. 79 f. über D. de lib. leg. 34, 3, 3, 3 Ulp. 23 ad Sab. gesagt gewünscht. Die bekannte Stelle handelt vom Legatum liberationis, welches einem Korrealschuldner hinterlassen worden ist. Beseler hat darin stark herumgestrichen. Der Gedanke der Stelle ist: Normalerweise hat der Legatar nur Anspruch auf Abschluß eines Pactum de non petendo, denn durch Akzeptilation würde auch der Mitschuldner befreit werden. Den darauf folgenden auf Julian bezugnehmenden Satz, wonach Akzeptilation dann erforderlich ist, wenn die Korrei Socii waren, streicht Beseler. Dabei äußert er sich nicht darüber, wie er sich das Verhältnis dieser Stelle zu dem bekannten Satz von D. 2, 14, 25 pr. cf. auch 45, 2, 9, 1 denkt, wonach bei Correi socii das Pactum (in rem) des Einen auch dem Andern zugute kommt.

Vielleicht freilich — doch glaube ich dies nicht, weil er es sonst wohl gesagt haben würde — hat er die Streichung gerade deswegen vollzogen, weil er dem Widerspruch entgehen wollte. Nach dem justinianischen Text ist nämlich

der Widerspruch eklatant; denn unsre l. 3 steht offenbar auf dem Standpunkt, daß das Pactum auch dem *Correus socius* nichts nützt. Streicht man jedoch mit Beseler den bezüglichen Passus, so kommt man zu der doppelten Schwierigkeit: Erstens, wie konnte Ulpian den wichtigen Fall der Korrealsozietät übergehen? Zweitens: wie konnten die Byzantiner eine Interpolation vornehmen, die einem in den Digesten deutlich und wiederholt ausgesprochenen Satz direkt zuwiderläuft? Dieser mit seiner Annahme verbundenen Schwierigkeit scheint Beseler sich gar nicht bewußt gewesen zu sein. Sonst hätte er vielleicht die Frage aufgeworfen, ob nicht l. 3 de lib. leg. gerade, wenigstens im wesentlichen, in Ordnung und umgekehrt der Satz, daß das Pactum des einen *Correus* dem regreßberechtigten Kollegen nützt, interpoliert ist. — Jedenfalls aber beweisen die von ihm gegen den Satz *sed quid si socii* — inquietor angeführten Umstände nur, daß dessen (unwesentlicher) Schluß tribonianisch ist.

Gern hätte man auch erfahren, wie Beseler über die auf unsere Stelle unmittelbar folgenden §§ 4 und 5 denkt, die die Frage fortspinnen. Da ist sehr viel Verdächtiges vorhanden; namentlich zu § 4 ist man geneigt, Totalinterpolation anzunehmen.

Zum Schluß bemerke ich noch: Beseler weiß selbst sehr gut (S. 76—77), daß *consulere alicui* in zwei Kaiserreskripten vorkommt, wo es sicher echt ist. Nur bei den Juristen darf es das nicht sein.

Zu den Ausführungen über

Culpae (doli) reus

Cur

Dare = *permittere, concedere*

Descendere (im Sinn von „Zuflucht nehmen“)

Dissonare, dissonus

ist wenig zu bemerken. Strenger Beweis ist keineswegs allemal erbracht, aber zahlreiche neue Interpolationen sind zweifellos aufgedeckt, auch für

Decurrere ad aliquid

bleibt manchmal Zweifel.

Hodie

im Sinne von „heutzutage“ ist natürlich sehr oft justinianisch;

viele von den Interpolationen, die Beseler behauptet, werden niemanden überraschen, da jeder sie schon für selbstverständlich und besonderer Hervorhebung nicht bedürftig gehalten hat; z. B. die in D. 4, 4, 1, 2+3. Daß Beseler meiner Restitution von D. 27, 10, 1 pr. (Ber. d. sächs. Gesch. d. Wiss. 1910, 264) zustimmt, nehme ich gern zur Kenntnis. Wenn Beseler auch den Satz *solent sqq.* für ganz unecht erklärt und daran die kurze Bemerkung knüpft „unrichtig Mitteis“, so kann ich nur feststellen, daß auch ich für diesen Satz nirgends die Hand ins Feuer gelegt, sondern nur gesagt hatte, daß ein Widerspruch mit Ulp. 12, 1 nicht erweislich ist. Im übrigen hatte ich die Echtheitsfrage stillschweigend offen gelassen, da ich nicht Behauptungen aufzuhäufen liebe, die unbeweisbar und sachlich gleichgültig sind und keinen anderen Wert haben, als daß man sie nicht gerade widerlegen kann.

Zutreffend sind die zu D. 28, 5, 1, 5—7 nachgewiesenen *Emblemata*; sie bestätigen (vgl. mein RPR 1, 283 f.) die Richtigkeit der Annahme, daß die klassische Zeit in allem Wesentlichen das Erfordernis des äußeren Formalismus durchaus aufrechterhalten hat. So oft sich davon eine scheinbare Ausnahme vorfindet, beruht sie auf Interpolation.

Zu den Bemerkungen über D. 42, 1, 7 verweise ich auf RPR 1, 175 A. 38.

Huiuscemodi.

Zu D. 50, 14, 3 ist außer dem von Beseler Angegebenen auch das Wort ‘*praesides*’ verdächtig. Ulpian kann hier nicht bloß von den Provinzialstatthaltern gesprochen haben. Zu

Indemnis, indemnitas

ist zwar die Tatsache weitgehender Interpolationen sicher. Daß aber das Wort der Juristensprache ganz fremd gewesen sein sollte, ist bedenklich, zumal Beseler selbst annimmt, daß die konsultierende Partei in D. 17, 1, 59, 5 es wirklich gebraucht hat.

Necesse habere.

Diese Wendung als direkt unklassisch zu bezeichnen, verbietet der Umstand, daß sie dreimal in vorjustinianischen Quellen steht: Gai. 3, 206; Paul. 5, 33, 2; Coll. 2, 6, 2. Wenn man nun auch an den beiden letzten Stellen an nachklassische Zusätze glauben will, so kommt man damit doch schon in eine Zeit, die der klassischen nicht sehr fern steht. Und

gegen die Stelle des Gaius ist nichts Ernsthaftes einzuwenden. Ebenso wird man gegen den Schluß von D. 17, 1, 8, 5 (Ulp. 31 ed.) nicht viel vorbringen können; der hier ausgesprochene Gedanke, noch dazu mit 'inquit' eng in die Stelle verflochten, hat den Anschein der Echtheit.

Endlich

Remedium (= Auskunft, Rechtsmittel).

„Wahrscheinlich ist der Ausdruck den Klassikern fremd.“ Nun hätte Beseler schon in BGU 611 Col. III lin. 13 eine Stelle gefunden, wo das Wort in einem Senatuskonsult gebraucht ist, das in die Zeit von 37—61 n. C. fällt. Vielleicht würde er sagen, hier heiße remedium nicht Rechtsmittel, sondern Gegenmittel schlechthin; aber ist da ein Unterschied? Die Anhaltspunkte für die Interpolation sind denn auch öfter gleich Null. Insbesondere ist remediis praetoris in D. 25, 4, 1, 3 absolut unanfechtbar. Ganz unentbehrlich ist ferner remedium in

(21.) D. 29, 2, 69 Ulp. 60 ad ed.

Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium praetoris et circa denegandas primo actiones et circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitutum neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere sqq.

Hier athetiert Beseler den Satz nec ante — tempus substituto; in ziemlich unvorsichtiger Weise, weil dann der Rest unhaltbar wird. Es bleibt ihm nämlich nur der Satz: „Solange der Institut zugelassen wird, ist kein Raum für den Substituten, weil dieser innerhalb des dem Ersteren gesteckten Termins nicht antreten kann.“ Das ist eine so unerträgliche Tautologie, wie sie Beseler sonst in den Quellen nicht zu dulden pflegt. Wie der Text in den Digesten lautet, ist aber alles in schönster Ordnung.

(22.) Sachlich anscheinend richtig, aber nicht hinreichend motiviert ist die Streichung in

D. 36, 4, 5, 16 Ulp. 52 ad ed. (Bes. 123/4).

Imperator Antoninus Augustus rescripsit, certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios

esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. [Quod remedium servaretur et adversus eos qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.]

Hier ist zunächst zu erinnern, was Pernice¹⁾ erkannt hat, daß legatarios et tribonianisch ist; denn wie das 'adire pro tribunali' zeigt, hat es sich um Extraordinärverfahren und Fideikommisse allein gehandelt. Ferner wird aber auch certis ex causis unecht sein; ein so liederliches Referat kann Ulpian nicht gemacht haben — das wäre eine mäßige Belehrung für den Leser gewesen. Er muß den Kreis der so geschützten Personen genau umschrieben haben. Eben deswegen ist der Schlußsatz für interpoliert zu halten, wo übrigens zwischen ex qua causa wohl ein alia (ex alia qua causa) ausgefallen ist und servaretur vielleicht als Gräzismus — *τηρηθείη ἄν* — zu erklären ist.

Besonderes Interesse bietet an den Untersuchungen Beselers eine gegen den Schluß hin (S. 139sq.) eingestreute Untersuchung über „Pronuntiation und Judikat“. Der Gedanke derselben ist, daß im klassischen dinglichen Prozeß die Berufung des siegreichen Klägers auf das ihm günstige Urteil nicht exceptio rei secundum se iudicatae, sondern exc. rei (sec. se) pronuntiatae genannt worden sei. Denn wenn der Judex wirklich zugunsten des Klägers arbitriert, kommt es regelmäßig zu keinem Urteil, man kann also nicht von 'iudicatum' sondern nur von 'pronuntiatum' sprechen.

Die allgemeine Erwägung ist ja gewiß einleuchtend. Ja es wundert mich, warum Beseler sie nicht noch durch ein weiteres Argument unterstützt: Daß der siegreiche Kläger sich durch Exceptio gegen spätere Vindikation des unterlegenen Beklagten schützt, setzt nicht bloß 'in der Regel', sondern notwendig voraus, daß es über den Iussus de restituendo nicht hinausgekommen sei. Ist nämlich der Beklagte verurteilt worden, so wird er durch Zahlung der Litis aestimatio (prätorischer) Eigentümer. In dem Ausnahmefall,

¹⁾ Diese Zeitschr. 14, 154 A. 4.

daß er sie noch schuldig sein sollte, muß dem früheren Kläger zwar gegen die Vindikation irgendwie geholfen worden sein, aber das involviert doch so komplizierte Fragen, daß die bezüglichlichen Stellen offenbar an diese Konstellation nicht denken.

Die sachliche Bedeutung der Beselerschen Lehre wäre, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, nicht gering anzuschlagen. Denn wenn auch neue materielle Rechtssätze sich aus ihr nicht ergeben, so beseitigt sie doch die bei dem heutigen Stand der Wissenschaft immerhin vorhandene Schwierigkeit, daß die *Exceptio rei iudicatae* eine hybride Natur besitzt: in der Hand des Beklagten reine Konsumtionseinrede, macht sie in der Hand des siegreichen Klägers die Rechtskraft des Erkenntnisses geltend. Nun sucht man wohl seit Keller in den Quellen einen allmählichen, halb unbewußten Übergang von der ersten in die zweite Funktion zu erkennen: aber daß es klarer und plastischer wäre, wenn statt dessen schon bei den Klassikern eine Rechtskrafteinrede im eigentlichen Sinn deutlich formuliert wäre, ist nicht zu verkennen.

Es fragt sich nur, ob Beselers These aus den Quellen beweisbar ist.

Er hat die Nachprüfung nicht leicht gemacht, weil er alles, was er in der Rechtskraftslehre an Emendationen glaubt gefunden zu haben, in ziemlich ungeordnetem Zustand nebeneinanderstellt, wie er denn selbst den bezüglichlichen Exkurs nur als „ersten Rodungsversuch“ bezeichnet (S. 140). So stehen denn die Quellenstellen, in denen er die *Exceptio rei pronuntiatae* bloslegen zu können glaubt, durcheinandergewürfelt zwischen anderen, die sich auf ganz andere Fragen der Rechtskraftslehre beziehen.

Erörtern wir zunächst diese letzteren. Hier erregt es Interesse und ist nicht ohne Anhaltspunkte, daß die drei Fragmente, welche die Einrede der Rechtskraft (unter Umständen) auch auf die zur Kompensation gestellte Gegenforderung erstrecken (D. 3, 5, 7, 2; 16, 2, 7, 1; 27, 4, 1, 4), als interpoliert bezeichnet werden (Bes. S. 140—1), wenngleich man bei dem tiefen Dunkel, das noch immer über großen Teilen der Kompensationsgeschichte schwebt, mit der Annahme der rein just-

nianischen Herkunft etwas vorsichtig wird sein müssen. — Nichts zu tun haben ferner mit unserer Frage Stellen wie D. 20, 4, 12 pr; 42, 1, 63; 42, 2, 6, 2; 44, 2, 7, 1; 44, 2, 29, 1. Zu einzelnen davon folgende Bemerkungen. Vortrefflich ist 42, 1, 63 behandelt (S. 163): so radikal Beseler hier auftritt, hat er doch glaube ich das Richtige getroffen. Der in der Stelle ausgesprochene Satz, daß u. U. schon das Wissen von fremder Prozeßführung eine Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte herbeiführt, ist unmöglich; eine solche kann nur durch Zustimmung (d. h. Ermächtigung = pati) herbeigeführt werden. Hier ist massenhaft interpoliert, und auch in den übrigen zitierten Stellen ist das gleiche der Fall. — Zu D. 44, 2, 7, 1 (Beseler S. 145) fällt das Übersehen auf, daß in den Worten 'Si ancillam praegnatem petiero et post litem contestatam conceperit et pepererit' das hier ganz offenbar unsinnige conceperit et nicht beanstandet wird.

Gehen wir aber zu der eigentlichen Frage. Von den auf diese bezüglichen Stellen ist vielleicht eine auszuscheiden, wo Beseler S. 140, wie mir scheint, einen Mißgriff begangen hat, nämlich D. 6, 1, 35, 1; Paul. 21 ad ed. Denn ich habe Bedenken, mit Beseler zu lesen: 'ubi autem alienum fundum petii et iudex (pronuntiavit) [sententia declaravit] meum esse, debet etiam de fructibus (arbitrari) [possessorem condemnare]: eodem enim errore et de fructibus (arbitraturum) [condemnatum]'. Hier wird nämlich die Pronuntiatio bezüglich der Hauptsache als schon in der Vergangenheit liegend gedacht, für die Früchte dagegen für die Zukunft gefragt; eben darum ist bezüglich dieser 'possessorem condemnare' richtiger als Beselers arbitrari. Der Text, wie ihn Beseler gestaltet, setzt einen zweimaligen Arbitratus voraus. Nun ist es wohl richtig, daß in den (Extraordinar-) Verhandlungen der Papyri sich mitunter zwischen der ἀπόφασις bezüglich der Hauptsache und jener bezüglich der Früchte eine kleine Caesur findet; so Oxy. 1102: *δοκεῖ μοι προσῆκον τὸν Εὐδαίμονα τὸ τέταρτον τῆς οὐσίας εἰσενεγκεῖν — Τῶν πρέσβων ἀξιωσάντων ἐπὶ τῆς προσόδου τῶν ἀρουρῶν στήσαι, ὁ ἱερεὺς καὶ ὑπομνηματογράφος ἐνιαυτοῦ τὰς προσόδους ἀπολήμνεται ἢ πόλις.* Aber dieser Nachtrag erfolgt hier doch in ein und derselben Verhandlung; von solchen kleinen Zeitdifferenzen wird der Jurist in einer

theoretischen Schrift schwerlich gehandelt haben.¹⁾ Demnach halte ich für wahrscheinlich, daß zwar statt 'sententia declaravit' mit Beseler 'pronuntiavit' zu lesen, daß aber im übrigen der Text klassisch ist, etwa bis auf die Schlußworte (et quare habeat sqq.).

Was die übrigen Stellen betrifft, so erregt es Bedenken, daß Beselers Restitutionen viermal zu dem Ausdruck *exceptio rei pronuntiatae* führen. Das ist nämlich der Fall bei

D. 3, 3, 40, 2 Ulp. 9 ad ed.

si — ipse praesens causam suam egisset et victus esset: si a me vindicaret, *exceptio rei (secundum me pronuntiatae) [iudicatae]* summovertur,

D. 44, 2, 9, 1 Ulp. 75 ad ed.

Si quis fundum quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitem (pronuntiata) [iudicata] an restituere cogatur? — et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur *exceptio rei iudicatae*, replicare eum oportere de re secundum se (pronuntiata) [iudicata],

D. 44, 2, 19 Marcell. 19 dig.

an *exceptio rei (secundum eum cum quo agitur pronuntiatae) [iudicatae]* obstaret,

D. 43, 30, 1, 4 Ulp. 71 ed.

obicienda erit *exceptio rei (pronuntiatae) [iudicatae]*.

Ob man aber 'rem pronuntiare' sagen konnte, ist mir an sich sehr zweifelhaft. Eine Belegstelle dafür kenne ich nicht, die derzeit (d. h. vor dem Erscheinen des einschlägigen Heftes des *Vocabularium*) vorhandenen Lexika bieten dafür keine Beispiele. Objekt zu pronuntiare ist vielmehr regelmäßig der Inhalt der Sentenz: die Streitsache entscheidet man, aber man spricht sie nicht aus.

Doch ist zuzugeben, daß dieses Bedenken nicht absolut durchschlagen würde, da es ja möglich sein müßte, die Stellen in Beselers Sinn auch mit anderem Wortlaut zu restituieren.

¹⁾ Für ganz ausgeschlossen will ich es jedoch nicht erklären, daß vielleicht an einen Fall gedacht ist, wo die Pronuntiatio nur die abstrakte Eigentumsfrage entschied und das Quantum der Restitution noch einem spezielleren Arbitrat vorbehalten war. Denn ich gebe zu, daß die Worte 'alioquin ... nec rem arbitrabitur' bei dem jetzigen Text etwas Auffallendes haben.

Anderseits ist ein schlagender Beweis, daß 'pronuntiare' gestrichen worden ist, nur in zwei Fällen zu erbringen, nämlich in D. 6, 1, 35 (Beseler 140), wo statt 'ubi autem alienum fundum petii et iudex sententia declaravit meum esse' sicher gestanden hat 'pronuntiavit' (denn ersteres sagt niemand, dem der zweite Ausdruck geläufig ist, wie es bei Paulus der Fall war) und in D. 6, 1, 58 (Beseler 140). Aber beide beziehen sich nicht auf die Exceptio. In allen sonstigen Fällen: D. 3, 3, 40, 2; 43, 30, 1, 4; 44, 2, 11, 10; 44, 2, 15 ist nicht mehr erwiesen, als die Möglichkeit, daß statt exceptio rei iudicatae ein anderer Ausdruck stand, etwa 'exceptio si non secundum me pronuntiatum est' o. ä. Es kommt also doch alles auf die abstrakte Frage hinaus, ob wir angesichts des erhobenen Zweifels an eine Exceptio rei iudicatae für solche Fälle noch glauben können, wo ein Judikat im eigentlichen Sinn gar nicht ergangen war.

Die Frage ist meines Erachtens nicht bloß eine terminologische; denn wenn die Römer die Pronuntiatio des Iudex jemals Judikat genannt haben, so haben sie auch die Idee der materiellen Rechtskraft besessen. Denn unter einem andern Gesichtspunkt konnte man eine Tatsache, die eben ein formelles Judikat nicht ist, sondern nur eine sachlich bindende Entscheidung, nicht ein 'iudicatum' nennen.

Ist nun der Gedanke zulässig, daß die Römer irgendwo in der klassischen Zeit das Entscheiden um seines sachlichen Inhalts wegen Iudicatum genannt haben? Ich glaube doch und möchte dafür einerseits auf den Senatsspruch in der Schiedssache zwischen Melitaia und Narthakion etwa v. J. 147 v. C. verweisen, der sagt 'ὅσα κεκριμένα ἐστὶν κατὰ νόμους . . . ταῦτα καθὼς κεκριμένα ἐστὶν, οὕτω δοκεῖ κύρια εἶναι δεῖν· τοῦτό τε μὴ εὐχερὲς εἶναι, ὅσα κατὰ νόμους κεκριμένα ἐστὶν, ἄκυρα ποιεῖν; andererseits an das Dekret des Helvius Agrippa an die Galilenser 'ut quiescerent et rebus iudicatis starent . . . quoniam pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat'.¹⁾ Bei Cicero p. Flacco 21, 49 findet sich der Fall, daß die Rückforderung des ex causa iudicati Gezahlten abgewiesen wird mit der Begründung: Re iudicata stari oportere.

¹⁾ Vgl. Reichsr. und Volksr. 135.

Man geht bei der herrschenden Lehre, daß der Rechtskraftgedanke von dem Gedanken der Konsumtion erstickt ist, davon aus, daß die *exceptio rei iudicatae* nur eine Funktion der *Exceptio rei in iudicium deductae* ist. Ob dies aber dogmatisch die richtige Auffassung ist, müßte doch noch überprüft werden. Daß sie in sich befriedigend ist, behauptet wohl niemand: das Nebeneinanderbestehen der beiden Klauseln *de re iudicata* und *de re in iudicium deducta* bildet vielmehr den Quell unversiegllicher dogmatischer Schwierigkeiten. Ob sich diese nicht durch die Annahme beseitigen lassen, daß die Klausel *de re iudicata* die ältere, die *de re in iudicium deducta* die jüngere ist? Die Beobachtung, daß in dem von Gaius überlieferten Namen der *Exceptio* das '*iudicatae*' vor dem '*in iudicium deductae*' steht, ist ja schon von anderer Seite — zuletzt von Erman, diese Zeitschr. 27, 407/8 — gemacht und als mögliches Indiz einer historischen Entwicklung bezeichnet worden. In welchem Sinn er sich diese denkt, sagt Erman nicht bestimmt; ich meinerseits halte es nicht für ausgeschlossen, und das ist wohl auch Ermans Meinung, daß der Prätor, als er die *Exceptio* schuf, den Konsumtionsgedanken für das der *Exceptio* unterliegende Gebiet überhaupt nicht gehabt hat, daß es ihm nur um den Schutz der Rechtskraft bei abweislichen Urteilen zu tun war, daß er also bloß die Einrede gab '*si ea res iudicata non sit*'. Der Zusatz '*vel in iudicium deductae*' kann ganz wohl eine bloße durch die zivile Konsumtion der persönlichen Klagen veranlaßte Analogiebildung sein. Wie dann die beiden Prinzipien sich verschmolzen hätten, um in letzter Linie doch wieder auseinanderzugehen, das wäre eine weitere Frage — ob dieselbe mit unserm Material zu lösen, muß hier um so mehr dahingestellt bleiben, als es sich für mich derzeit nur um einen durch Beselers kühne Vorschläge angeregten Einfall handelt.